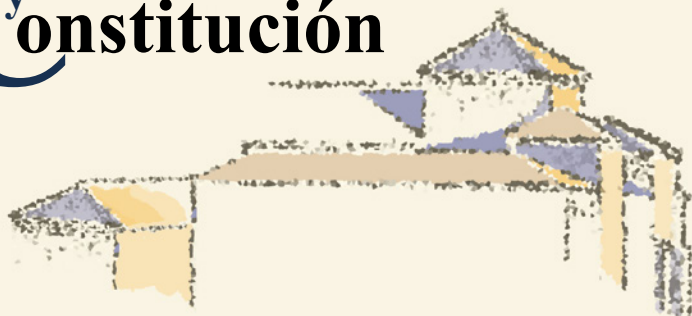


C y P Parlamento y Constitución



Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

Miguel Revenga Sánchez y Javier García Oliva: *“La ley sobre la seguridad en Ruanda y las inseguridades constitucionales del Reino Unido”*.

Luis I. Gordillo Pérez: *“El funcionamiento del parlamento vasco en período de excepción: lecciones aprendidas y asignaturas pendientes”*.

Pedro P. Grández Castro: *“Fundamento moral y efectividad de los derechos: la pobreza como exigencia de justicia”*.

Cristian Altavilla: *“Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho en América Latina. A 20 años de la sanción de la Carta Democrática Iberoamericana y 40 años de la transición democrática en América Latina”*.

Víctor Moreno Martínez: *“Entre la independencia y la reconciliación. El proceso soberanista catalán y la amnistía”*.

II. ARTÍCULOS

Francisco Ruiz González: *“Hacia un tamaño adecuado de las Cortes de Castilla-La Mancha”*

María Pérez-Ugena Coromina: *“Protección de datos en la aplicación de sistemas de inteligencia artificial”*.

Manuel Palomares Herrera: *“Comentarios sobre el estado de la tutela multinivel de los derechos humanos en el sistema Europeo y Americano desde la experiencia hispanocolombiana”*.

III. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2023)*.

M^a del Pilar Molero Martín-Salas: *Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2023)*.

Joaquina Guerrero Sanz: *Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2023)*.

M^a. Elena Rebato Peño: *Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2023)*.

IV. NUEVO DERECHO TRANSVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Hugo Molina Martínez: *“Observatorios de las personas con discapacidad en México. De la actividad jurisdiccional electoral a promotores de cambio en favor de este sector poblacional”*.

Francisco José Sierra Fernández: *“La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Dignidad y educación inclusiva de las personas sordas en lengua de signos”*.

COMITÉ DE HONOR

Pablo Bellido Acevedo

Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha

Francisco Calvo Cirujano

Exletrado de las Cortes de Castilla-La Mancha

Eduardo Espín Templado

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. Magistrado del Tribunal Supremo. Codirector de la revista.

Manuel Antonio Mirón Ortega

Exletrado de las Cortes de Castilla-La Mancha

CONSEJO DE REDACCIÓN

María Barahona Migueláñez

Letrada de las Cortes de Castilla-La Mancha, Directora del Departamento de Gobierno Interior y Apoyo a la Secretaría General

Nicolás Conde Flores

Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha

Francisco Javier Díaz Revorio

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM. ExConsejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Codirector de la revista.

Estefanía Esparza Reyes

Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de La Frontera (Chile)

Santiago Gutiérrez Broncano

Vicerector de Postgrado y Formación Permanente de la Universidad de Castilla-La Mancha

Ignacio Gutiérrez Cassillas

Letrado de las Cortes Generales en el Congreso de los Diputados, Jefe del Departamento de Asesoramiento de la Secretaría Técnica de la Junta Electoral Central y profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid

Wendy Mercedes Jarquín Orozco

Investigadora en la Escuela Judicial Electoral de México

Belén López Donaire

Directora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Roberto Mayor Gómez

Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha, Director del Servicio Jurídico de las Cortes de Castilla-La Mancha

Mª del Pilar Molero Martín-Salas

Profesora Contratada Doctor de Derecho Constitucional UCLM. Cosecretaria de la revista

Belén Roldán Moyano

Directora de Documentación y contenidos web de las Cortes de Castilla-La Mancha

José Alberto Sanz Díaz-Palacios

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo

Xosé Antón Sarmiento Méndez

Letrado Oficial Mayor del Parlamento de Galicia, presidente de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos y profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Parlamentario en la Universidad de Vigo

Esther Seijas Villadongos

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de León

Adriana Travé Valls

Abogada y Profesora Asociada de Derecho Constitucional UCLM. Cosecretaria de la revista.

CONSEJO ASESOR

Luis Arroyo Zapatero, *Catedrático de Derecho Penal UCLM*

Feliciano Barrios Pintado, *Catedrático de Historia del Derecho UCLM*

Enrique Belda Pérez-Pedrero, *Catedrático de Derecho Constitucional UCLM*

Miguel Beltrán de Felipe, *Catedrático de Derecho Administrativo UCLM*

Miguel Ángel Collado Yurrita, *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario UCLM*

Francisco Delgado Piqueras, *Catedrático de Derecho Administrativo UCLM*

Eduardo Demetrio Crespo, *Catedrático de Derecho Penal UCLM*

Antonio Fernández Tomás, *Catedrático de Derecho Internacional Público UCLM*

José Luis García Guerrero, *Catedrático de Derecho Constitucional UCLM*

Nicolás García Rivas, *Catedrático de Derecho Penal UCLM*

Diego López Garrido, *Catedrático de Derecho Constitucional UCLM*

María Martín Sánchez, *Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM*

Mª Luz Martínez Alarcón, *Catedrática de Derecho Constitucional UCLM*

Marcos Francisco Massó Garrote, *Catedrático de Derecho Constitucional UCLM*

José Antonio Moreno Molina, *Catedrático de Derecho Administrativo UCLM*

Mª Elena Rebato Peño, *Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM*

Ana Valero Heredia, *Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM*

Tomás Vidal Marín, *Catedrático (acreditado) de Derecho Constitucional UCLM*

Luis Aguiar de Luque, *Universidad Carlos III*

José Asensi Sabater, *Universidad de Alicante*

Francisco Bastida Freijedo, *Universidad de Oviedo*

Paloma Biglino Campos, *Universidad de Valladolid*

Roberto Blanco Valdés, *Universidad de Santiago de Compostela*

José Luis Cascajo Castro, *Universidad de Salamanca*

Javier Corcuera Atienza, *Universidad del País Vasco*

Francesc de Carreras Serra, *Universidad Autónoma de Barcelona*

Jorge de Esteban Alonso, *Universidad Complutense de Madrid*

Luis María Díez-Picazo Giménez, *Tribunal Supremo*

Javier García Roca, *Universidad de Valladolid*

Ángel Garrorena Morales, *Universidad de Murcia*

Ángel Gómez Montoro, *Universidad de Navarra*

Pedro J. González-Trevijano, *Universidad Rey Juan Carlos*

Juan Fernando López Aguilar, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

Luis López Guerra, *Universidad Carlos III de Madrid*

Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *Tribunal Supremo*

José Antonio Montilla Martos, *Universidad de Granada*

Joan Oliver Araujo, *Universidad de las Islas Baleares*

Alberto Pérez Calvo, *Universidad Pública de Navarra*

Javier Pérez Royo, *Universidad de Sevilla*

Manuel Ramírez Jiménez, *Universidad de Zaragoza*

Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, *Universidad de Jaén*

Alejandro Saiz Arnaiz, *Universidad del País Vasco*

Remedio Sánchez Ferriz, *Universidad de Valencia*

Juan José Solozábal Echavarría, *Universidad Autónoma de Madrid*

Antonio Torres del Moral, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Allan Brewer-Carías, *Universidad Central de Venezuela*

Ricardo Combellas, *Universidad Central de Venezuela*

Krystian Complak, *Universidad de Wrocław*

José Ramón Cossío Díaz, *Corte Suprema de Justicia de la Nación, México*

Francisco Eguiguren Praeli, *Pontificia Universidad Católica de Perú*

Héctor Fix Zamudio, *Universidad Nacional Autónoma de México*

José Xavier Garacoa Ortiz, *Universidad de Guayaquil*

Domingo García Belandé, *Pontificia Universidad Católica de Perú*

Peter Häberle, *Universidad de Bayreuth*

César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional de Perú*

Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México*

Julieta Morales, *Centro Nacional de los Derechos Humanos de México*

Lucio Pegoraro, *Universidad de Bolonia*

Carlos Restrepo Piedrahita, *Universidad Externado de Colombia*

Roberto Romboli, *Universidad de Pisa*

Marcial Rubio Correa, *Pontificia Universidad Católica de Perú*

Antonio Ruggeri, *Universidad de Messina*

Néstor P. Sagüés, *Universidad de Buenos Aires*

Sofía Sagüés, *Universidad Católica Argentina*

Hernán Salgado Pesantes, *Pontificia Universidad Católica de Ecuador*

José Luis Soberanes Fernández, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México*

Luis Fernando Solano Carrera, *Centro de Estudios Judiciales para Centroamérica y el Caribe*

Diego Valadés Ríos, *Universidad Nacional Autónoma de México*

Jorge Reinaldo Vanossi, *Universidad de Buenos Aires*

Ernst Wolfgang Böckenförde, *Universidad de Friburgo*

DIRECCIÓN

Eduardo Espín Templado

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM

Magistrado del Tribunal Supremo

Francisco Javier Díaz Revorio

Catedrático de Derecho Constitucional UCLM

SECRETARÍA

María del Pilar Molero Martín-Salas

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional UCLM

Adriana Travé Valls

Abogada y Profesora Asociada de Derecho Constitucional UCLM

Año 2024

Nº 25

CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA • UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

Anuario



C y **Parlamento**
Constitución

Edita: Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha
Convento de San Gil. Bajada del calvario, s/n. 45071 Toledo

Diseño y Maquetación: Jer Publicidad

Imprime: EGESA

Depósito Legal: TO-984-2000

ISSN: 1139-0026 (Impresa)

ISSN: 2695-9909 (En línea)

Año: 2024

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

Revista Jurídica de periodicidad anual

Web de la revista: <https://parlamentoyconstitucion.cortesclm.es>

ENVÍO DE TRABAJOS

Los originales se harán llegar a través del formulario de la web <https://parlamentoyconstitucion.cortesclm.es/> o remitiéndose por correo a las siguientes direcciones:

FcoJavier.DRevorio@uclm.es o MariaPilar.Molero@uclm.es

Han de ser inéditos y originales. Será responsabilidad del autor informar sobre la situación de los derechos de autor. La publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos será responsabilidad del autor.

Los trabajos deben presentarse anonimizados, evitando cualquier referencia que pueda permitir la identificación de la autoría. Las referencias bibliográficas a obras del autor deben omitirse en esta fase de presentación del manuscrito. De acordarse su publicación, estas referencias se añadirán en su versión final.

El envío de manuscritos presupone, por parte de los autores, el conocimiento y aceptación de estas directrices del Anuario.

Mientras el manuscrito esté en proceso de evaluación por parte del Anuario, los autores se comprometen a no presentarlo para su evaluación a otras revistas.

PROCESO DE EVALUACIÓN Y PUBLICACIÓN

Habitualmente, cualquier miembro del Consejo Asesor puede proponer trabajos para su publicación. También pueden remitirse trabajos directamente al Anuario, en las direcciones indicadas.

El equipo editorial (dirección y secretaría) decidirá sobre la publicación de los trabajos recibido sobre la base —salvo singulares excepciones justificadas— de dos informes de evaluación, emitidos por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la revista, aplicándose el método «doble ciego». La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. La decisión sobre la publicación se adoptará en el plazo de seis meses; no obstante, si transcurrido dicho plazo el autor no recibiere pronunciamiento del Anuario en un año, habrá de entenderse rechazada la publicación.

Teniendo en cuenta los resultados del proceso anterior, la decisión final sobre el contenido de cada número la adoptará el Consejo de Redacción.

Para la publicación de los trabajos se tendrá en cuenta la temática del Anuario y la cantidad de trabajos que se hayan recibido para cada edición. Por este motivo no puede garantizarse la publicación de todos los trabajos recibidos, aunque en todo caso se contestará al remitente.

Los autores de trabajos aceptados podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. Las modificaciones que puedan introducirse se limitarán a la subsanación de errores, sin que resulten posibles alteraciones sustanciales del escrito.

Antes o después de la doble evaluación, el Anuario se reserva el derecho a someter a los trabajos recibidos a cualquier programa antiplagio, considerando los resultados que este pueda ofrecer a la hora de decidir sobre la publicación. En todo caso, el autor tiene derecho a ser informado de los resultados de las pruebas que eventualmente se realicen, si estas son causa de rechazo del trabajo.

DIRECTRICES PARA LOS AUTORES

Idiomas de los originales

El idioma del texto del trabajo será aceptado en castellano o inglés. En determinados casos especiales, el Consejo de Redacción puede valorar la admisibilidad del uso de otros idiomas oficiales en la Unión Europea.

Formato

Todos los trabajos deberán enviarse en formato Word, letra Times New Roman, tamaño 12, espaciado interlineal 1,5 (para las notas a pie de página letra Times New Roman, tamaño 10, espaciado interlineal 1). La extensión máxima será de 50 páginas.

Los trabajos comenzarán con el título, tanto en castellano como en inglés, nombre, apellidos, filiación y mail del autor o autora, y el identificador ORCID.

Tras los datos personales, se hará referencia a la forma en cómo se debe citar el trabajo (Cómo citar/Citation).

Seguidamente, todos los trabajos deben incluir un breve resumen/abstract (120-150 palabras) y enumeración de palabras-clave/key-words (de 4 a 6 palabras) en castellano y en inglés. Se sugiere como Tesoro para la elección de palabras clave: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Bibliotecas-judiciales/Recursos-documentales/Diccionarios/>

Los trabajos irán acompañados de las referencias bibliográficas y, en su caso, jurisprudenciales y legislativas. Todas ellas deberán ser citadas a pie de página de la siguiente forma:

1.1. Bibliografía

- BALAGUER CALLEJON, M^a. L., Igualdad y Constitución española, Tecnos, Madrid, 2010.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., NIETO ROJAS, P., “Medidas y planes de igualdad en las empresas”, GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGINA, J.R (coords), La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- CRUZ VILLALÓN, P., “Sobre el amparo”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 41, 1994.

1.2. Jurisprudencia (trabajos en castellano)

- Sentencia del Tribunal Constitucional español (o STC) 9/2010, de 27 de abril, FJ 2^o.
- Caso Sociétés Colas Est et allii vs. France, recurso núm. 37971/97, Sentencia del TEDH de 16 abril 2002.
- Asunto T-48/96, Acme Industry & Co. Ltd vs. Consejo, Sentencia del TPI de 12 octubre 1999, Rec. 1999, p. II-3089.
- Asunto C-308/06, Intertanko y otros, Sentencia del TJ de 3 junio 2008, Rec. 2008, p. I-4057.

1.3. Case Law (papers in English)

- Case Matthews v UK App no 24833/94 (ECtHR 18 February 1999, 1999-I 251).
- Joined Cases T-222/99, T-327/99 and T-329/99 Martínez and others v Parliament [2001] ECR II-2823.
- Case 137/84 Ministère public v Robert Heinrich Maria Mutsch [1985] ECR 2681, Opinion of AG Lenz.

1.4. Informes de instituciones

- Comisión Europea, Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, Oficina de Publicaciones de la Comisión Europea, Bruselas, 1999.
- Banco Mundial, Informe sobre el desarrollo mundial. Panorama general, Washington DC, 2011, disponible en http://wdr2011.worldbank.org/sites/default/files/SPANISH_WDR2011_Overview.pdf (última consulta: 02.01.2012).

1.5. Otras referencias

En caso de que se empleen otros tipos de documentos distintos de los anteriores, se seguirá el modelo al que más se ajuste a las pautas referidas, teniendo en cuenta que lo importante es proporcionar los datos mínimos necesarios para su identificación y localización: autor, título, lugar, editorial y año de publicación.

Para todo lo demás se ruega se sigan las pautas de citación de la norma UNE-ISO 690.

En el caso de recensiones, además de cumplir con las normas expuestas anteriormente, deben incluir un título propio y los datos completos de la obra que se reseña, incluido el ISBN.

Guía de estilo

Consúltese la proporcionada en la página web del anuario: <https://parlamentoyconstitucion.cortescslm.es>

Derechos de autor

En el momento en que una obra es aceptada para su publicación, se entiende que el autor cede al Anuario en exclusiva los derechos de reproducción, distribución y venta de su manuscrito para su explotación en todos los países del mundo en formato de revista de papel, así como en cualquier otro soporte magnético, óptico y digital.

Los autores cederán también al Anuario los derechos de comunicación pública para su difusión y explotación a través de intranets, internet y cualesquiera portales y dispositivos inalámbricos que decida el editor, mediante la puesta a disposición de los usuarios para consulta online de su contenido y su extracto, para su impresión en papel y/o para su descarga y archivo, todo ello en los términos y condiciones que consten en la web donde se halle alojada la obra. A su vez, el Anuario autoriza a los autores de los trabajos publicados en la revista a que ofrezcan en sus webs personales o en cualquier repositorio de acceso abierto una copia de esos trabajos una vez publicados; junto con esa copia ha de incluirse una mención específica del Anuario, citando el año y el número de la revista en que fue publicado y añadiendo el enlace a la web del Anuario.

Aviso de derechos de autor/a

Las obras están bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.

Se pueden copiar, usar, difundir, transmitir y exponer públicamente, siempre que:

1. Se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista, editorial y URL de la obra).
2. No se usen para fines comerciales.
3. Se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.

Declaración de privacidad

Los nombres y direcciones de correo-e introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

Plagio y fraude científico

A efectos de lo estipulado en la Ley de Propiedad Intelectual respecto a las acciones y procedimientos que puedan emprenderse contra quien infrinja los derechos de propiedad intelectual, la publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos será responsabilidad de los autores, quienes en consecuencia asumirán los eventuales litigios por derechos de autor y fraude científico. Se entiende por plagio:

1. Presentar el trabajo ajeno como propio.
2. Adoptar palabras o ideas de otros autores sin el debido reconocimiento.
3. No emplear las comillas u otro formato distintivo en una cita literal.
4. Dar información incorrecta sobre la verdadera fuente de una cita.

Las prácticas constitutivas de fraude científico son las siguientes:

1. Fabricación, falsificación u omisión de datos y plagio.
2. Conflictos de autoría.

El Anuario publica trabajos inéditos en la lengua de publicación, por tanto, se considerará práctica incorrecta la presentación de trabajos ya publicados, o de aquellos cuyos derechos de propiedad intelectual hayan sido ya previamente cedidos a otra publicación o entidad.

NOTA DE REDACCIÓN

El Anuario “Parlamento y Constitución” no se hace responsable ni comparte necesariamente las opiniones expresadas por los diferentes autores, los cuales las formulan bajo su exclusiva responsabilidad.

PARLAMENTO Y CONSTITUCIÓN. ANUARIO

— Año 2024 N° 25 —

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Cristian Altavilla

Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y PhD Visiting en la Universidad de Bologna, Italia.

Javier García Oliva

Universidad de Manchester

Luis I. Gordillo Pérez

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Deusto.

Pedro P. Grández Castro

Profesor Ordinario de Derecho Constitucional en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Joaquina Guerrero Sanz

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

María Martín Sánchez

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha.

M^a del Pilar Molero Martín-Salas

Profesora Contratada Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Hugo Molina Martínez

Magistrado del Tribunal Electoral Estatal de Chihuahua, México.

Victor Moreno Martínez

Graduado en Derecho. Máster en Derecho Constitucional. Doctorando de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Manuel Palomares Herrera

Doctor en Derecho Constitucional. Profesor Contratado Doctor de la Universidad Internacional de la Rioja.

María Pérez-Ugena Coromina

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

M^a. Elena Rebato Peño

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Miguel Revenga Sánchez

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz.

Francisco Ruiz González

Catedrático de Tecnologías y Sistemas de Información de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Francisco José Sierra Fernández

Doctor en Derecho, Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología y Técnico Superior en Interpretación de Lengua de Signos.



ÍNDICE

I. ESTUDIOS

	<u>Págs.</u>
Miguel Revenga Sánchez y Javier García Oliva. “ <i>La ley sobre la seguridad en Ruanda y las inseguridades constitucionales del Reino Unido</i> ”.	015
Luis I. Gordillo Pérez. “ <i>El funcionamiento del parlamento vasco en período de excepción: lecciones aprendidas y asignaturas pendientes</i> ”.	047
Pedro P. Grández Castro. “ <i>Fundamento moral y efectividad de los derechos: la pobreza como exigencia de justicia</i> ”.	069
Cristian Altavilla. “ <i>Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho en América Latina. A 20 años de la sanción de la Carta Democrática Iberoamericana y 40 años de la transición democrática en América Latina</i> ”.	095
Víctor Moreno Martínez. “ <i>Entre la independencia y la reconciliación. El proceso soberanista catalán y la amnistía</i> ”.	135

II. ARTÍCULOS

Francisco Ruiz González. “ <i>Hacia un tamaño adecuado de las Cortes de Castilla-La Mancha</i> ”	181
María Pérez-Ugena Coromina. “ <i>Protección de datos en la aplicación de sistemas de inteligencia artificial</i> ”.	207
Manuel Palomares Herrera. “ <i>Comentarios sobre el estado de la tutela multinivel de los derechos humanos en el sistema Europeo y Americano desde la experiencia hispanocolombiana</i> ”.	237

III. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

María Martín Sánchez. <i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2023)</i> .	265
M ^a del Pilar Molero Martín-Salas. <i>Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2023)</i> .	271
Joaquina Guerrero Sanz. <i>Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2023)</i> .	287
M ^a . Elena Rebato Peño. <i>Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2023)</i> .	299

IV. NUEVO DERECHO TRANSVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Hugo Molina Martínez. “ <i>Observatorios de las personas con discapacidad en México. De la actividad jurisdiccional electoral a promotores de cambio en favor de este sector poblacional</i> ”.	313
Francisco José Sierra Fernández. “ <i>La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Dignidad y educación inclusiva de las personas sordas en lengua de signos</i> ”.	325

TABLE OF CONTENTS

I. STUDIES

	<u>Págs.</u>
Miguel Revenga Sánchez y Javier García Oliva. “ <i>The Rwanda security law and the constitutional insecurities of the United Kingdom</i> ”.	015
Luis I. Gordillo Pérez. “ <i>The functioning of the basque parliament during states of emergency: lessons learned and pending issues</i> ”.	047
Pedro P. Grández Castro. “ <i>Moral basis and effectiveness of rights: poverty as a demand for justice</i> ”	069
Cristian Altavilla. “ <i>Democracy, Human Rights and the Rule of Law in Latin America. A conceptual review more than 20 years after the sanction of the Ibero-American Democratic Charter and 4 decades after the wave of Democratization in the region</i> ”.	095
Víctor Moreno Martínez. “ <i>Between independence and reconciliation: the catalan sovereignty process and amnesty</i> ”.	135

II. ARTICLES

Francisco Ruiz González. “ <i>Towards a suitable size for the courts of Castilla-La Mancha</i> ”.	181
María Pérez-Ugena Coromina. “ <i>Data protection in artificial intelligence systems application according to GDPR</i> ”.	207
Manuel Palomares Herrera. “ <i>Comments on the state of multilevel protection of human rights in the european and american system the hispanocolombian experience</i> ”.	237

III. CHRONICLES AND COMMENTS

María Martín Sánchez. “ <i>Jurisprudence of the Constitutional Court on autonomous communities (January 1, 2022 to December 31, 2022)</i> ”.	265
M ^a del Pilar Molero Martín-Salas. “ <i>Legislative activity that Regional Parliament of Castilla-La Mancha (from january 1 to december 31 of 2022)</i> ”.	271
Joaquina Guerrero Sanz. “ <i>Activity of the Consultative Council of Castilla-La Mancha in constitutional and by-law matters</i> ”.	287
M ^a . Elena Rebato Peño. “ <i>Constitutional, regional and parliamentary law activities review. (from anuary 1 to december 31 of 2022)</i> ”.	299

IV. NEW TRANSVERSAL RIGHT OF PEOPLE WITH DISABILITIES

Hugo Molina Martínez. “ <i>Observatories for persons with disabilities in Mexico. Of electoral jurisdictional activity to change promoters for this public sector</i> ”.	313
Francisco José Sierra Fernández. “ <i>The International Convention on the rights of persons with disabilities. Dignity and inclusive education of deaf people in sign language</i> ”	325

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Miguel Revenga Sánchez y Javier García Oliva.** *“La ley sobre la seguridad en Ruanda y las inseguridades constitucionales del Reino Unido”.*
- **Luis I. Gordillo Pérez.** *“El funcionamiento del parlamento vasco en período de excepción: lecciones aprendidas y asignaturas pendientes”.*
- **Pedro P. Grández Castro** *“Fundamento moral y efectividad de los derechos: la pobreza como exigencia de justicia”.*
- **Cristian Altavilla** *“Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho en América Latina. A 20 años de la sanción de la Carta Democrática Iberoamericana y 40 años de la transición democrática en América Latina”.*
- **Víctor Moreno Martínez** *“Entre la independencia y la reconciliación. El proceso soberanista catalán y la amnistía”.*

LA LEY SOBRE SEGURIDAD EN RUANDA Y LAS INSEGURIDADES
CONSTITUCIONALES DEL REINO UNIDO

THE RWANDA SECURITY LAW AND THE CONSTITUTIONAL INSECURITIES OF
THE UNITED KINGDOM

Miguel Revenga Sánchez *

Universidad de Cádiz

miguel.revenga@uca.es

<https://orcid.org/0000-0002-7807-6684>

Javier García Oliva

Universidad de Manchester

Javier.oliva@manchester.ac.uk

<https://orcid.org/0000-0003-3565-4445>

Cómo citar/Citation

Revenga Sánchez, M. y García Oliva, J., “La ley sobre la seguridad en Ruanda y las *inseguridades constitucionales* del Reino Unido”, en Parlamento y Constitución. Anuario. Cortes de Castilla – La Mancha – UCLM, nº 25, 2024

Recibido: 10-07-2024

Aceptado: 1-09-2024

Resumen: La Ley sobre seguridad en Ruanda (*Rwanda Act*) ha sido una de las cuestiones relevantes en las que ha desembocado la política migratoria en el Reino Unido durante los últimos años de Gobierno del Partido Conservador. La ley fue aprobada en respuesta a sendas decisiones del Tribunal Supremo del Reino Unido y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos adversas para las pretensiones del Ejecutivo británico. Y ha generado un intenso debate constitucional sobre el alcance de las facultades respectivas del Parlamento y de los jueces, así como sobre la supremacía constitucional, que es el que se analiza en este artículo

Palabras Clave: Constitucionalismo británico. Inmigración y asilo. Cláusulas de exclusión. Parlamento y jueces en el control de la ley y la supremacía constitucional

Abstract: The Rwanda Security Act has been one of the key drivers of migration policy in the UK during the last few years of Conservative Party rule. The Act

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i "asilo y Protección subsidiaria en Andalucía" (PROYEXCEL 00553)

was passed in response to rulings by the UK Supreme Court and the European Court of Human Rights that were adverse to the Government's claims. And it has generated an intense constitutional debate on the scope of the powers of Parliament and courts, and on constitutional supremacy, which is analysed in this article.

Key Words: British Constitutionalism. Immigration. Asylum. Ouster Clauses. Parliament and Judicial Power on judicial review of legislation and constitutional supremacy

SUMARIO

- 1. La Ley sobre seguridad en Ruanda (Rwanda Act) en el escenario constitucional británico.*
- 2. La medida cautelar del TEDH y el debate jurídico interno sobre la política de deportación a Ruanda.*
- 3. La respuesta: lo que dicen ahora la ley (y el tratado).*
- 4. Ouster Clauses: legisladores y jueces en el conflicto sobre la supremacía constitucional*
- 5. Conclusión*

1. La Ley sobre seguridad en Ruanda (Rwanda Act) en el escenario constitucional británico

Tras las elecciones del 4 de julio de 2024, Keir Starmer asumió el cargo de Primer Ministro¹, siendo una de sus primeras decisiones la confirmación de que el “plan” de Ruanda sería cancelado². Este artículo fue escrito en los meses previos a la celebración de dichas elecciones, si bien conscientes de la alta probabilidad de dicha cancelación. La ley aún no ha sido derogada, pero el nuevo gobierno tiene una amplia mayoría en la Cámara de los Comunes, y no hay posibilidad alguna de que el legislativo se oponga a tal medida.

No obstante, aun cuando el plan de Ruanda ya forma parte de la historia y ha dejado de ser un debate actual, las cruciales cuestiones jurídicas que planteó mantienen su vigencia. El análisis de este artículo considerará el lugar de la Constitución en el ordenamiento británico, la función de los tribunales y las garantías del proceso judicial suscitadas durante toda esta saga. Estas interrogantes van mucho más allá de este supuesto concreto, si bien los acontecimientos en los que nos centramos proporcionan el adecuado contexto para nuestro análisis.

Durante los últimos años, la Constitución del Reino Unido se ha visto afectada por acontecimientos políticos y debates de tipo jurídico que han cuestionado su naturaleza y sus características esenciales. En este trabajo vamos a centrarnos en la política de deportaciones a Ruanda planificada durante los últimos años de Gobiernos conservadores y que cabe añadir a la lista de las que, en fechas no lejanas, suscitaron asuntos de enorme calado desde el punto de vista constitucional. Las polémicas en torno al abandono de la Unión Europea, que tuvieron su punto álgido en el referéndum de 2016, reavivaron la cuestión de la soberanía y el lugar de la consulta directa en la arquitectura constitucional. Mediante la diferenciación entre activar impulsos políticos y extraer consecuencias jurídicas, el papel del Parlamento como sede de la soberanía pudo entonces reafirmarse sin mayor quebranto, si bien sólo tras sendas decisiones del Tribunal Supremo (*Miller I* y *Miller II*) en las que este tuvo que conjurar dos tentaciones de signo opuesto: la que tendía a ver en la intervención del Parlamento una interferencia intolerable en la voluntad expresada de manera directa por la ciudadanía, y la que, en aras del cumplimiento del calendario establecido para la salida de la Unión, intentó hurtar a los Comunes la posibilidad misma de decir la última palabra al respecto.

1 Institute for Government “What Will Keir Starmer’s First 24 Hours as Prime Minister Look Like?” <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainer/keir-starmer-prime-minister-first-72-hours>

2 Sam Francis “Starmer Confirms Rwanda Deportation Plan Dead” *BBC News* (6/7/2024)

En *Miller I*, decidido en enero de 2017, el Tribunal Supremo estableció que la notificación al Consejo de la Unión, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, no podía materializarse sin la previa autorización parlamentaria³. Y ello sin desmedro de reconocer la trascendencia *política* de la voluntad expresada a través del referéndum⁴. La furia con la que dicha decisión fue recibida en determinados sectores de la sociedad británica, al considerar que menospreciaba la opinión ya expresada por el pueblo, fue síntoma y reflejo de un malestar constitucional que tiene raíces lejanas y que se retroalimenta con todas las “oscuridades” o “inseguridades” de las que se resiente el armazón del modelo británico de convivencia democrática (Loughlin, 2023; Daly, 2020).

La defensa acérrima del papel del Parlamento en el caso conocido como *Miller II* (fallado en el mes de septiembre de 2019) fue, sobre todo, un modo de reafirmar las virtudes de la representación y de la deliberación democrática frente a un ardid del primer ministro dirigido a impedir la celebración de sesiones parlamentarias en las fechas anteriores a la marcada como final y definitiva para la salida del Reino Unido de la UE⁵. Lo interesante es que, como corresponde a las

3 R (*on the application of Miller and another*) (*Respondents*) v **Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)**, [2017] UKSC 5 (“Miller I”). Los párrafos 40 y siguientes de la sentencia se embarcan en una interesante reconstrucción de las peculiaridades de la Constitución británica. La traducción de esta parte de la sentencia y de otras a lo largo de este trabajo es nuestra. (“A diferencia de la mayor parte de los países, el Reino Unido carece de una Constitución en el sentido de un código simple y coherente de leyes fundamentales con prevalencia sobre las demás fuentes. Nuestras disposiciones constitucionales se han desarrollado a lo largo del tiempo de forma tanto pragmática como basada en principios, a través de una combinación de leyes, acontecimientos históricos, convenciones, escritos académicos y decisiones judiciales...” y el alcance de los poderes de prerrogativa en materia de relaciones internacionales. En esencia, el Tribunal llega a la conclusión de que la profundidad del cambio constitucional representado por el abandono de la Unión Europea (UE) y la incidencia que tiene tal decisión sobre el Derecho interno y los derechos de los ciudadanos británicos hacen que todo ello sobrepase con mucho el ámbito de los poderes de prerrogativa que se pudieran invocar desde la sede del Gobierno”.

4 “El referéndum de 2016 – se lee en el párrafo 124 de la sentencia de *Miller I* – no ha cambiado la ley hasta el punto que permita a los ministros anunciar la retirada de la UE sin una previa base legal. Lo que no significa privar al referéndum de consecuencias, sino reconocerle un valor político que sólo puede transformarse en jurídico cuando el Parlamento actué en consecuencia”.

5 Se trata de una prerrogativa regia que se activa previa deliberación del Gobierno y que se conoce con el nombre de *prorogatio* en el derecho público inglés. Tiene el efecto de suspender la actuación del Parlamento en el período comprendido entre el final de un período y la apertura del siguiente período de sesiones. Regulado por vía de convención, la duración de la misma no suele exceder los 15 días de media, pero en esta ocasión el intento de Boris Johnson era extender la suspensión por espacio de casi 5 semanas, desde la segunda de septiembre, hasta el 14 de octubre (de 2019), precisamente en un período crucial de las negociaciones *in extremis* sobre el *Brexit*, cuya fecha límite se había establecido para el 31 de octubre de 2019. El ejercicio de la prerrogativa, de tan trascendentales efectos políticos en aquel momento, fue recurrido de inmediato ante tribunales de Inglaterra y Escocia, que fallaron en primera instancia contra la

características de un caso al que se puede calificar de único (como así lo resalta la propia sentencia), el Tribunal Supremo tiene que embarcarse en unos razonamientos abstractos para *descubrir* los principios básicos o estructurales que fundamentan y predeterminan el ámbito de lo constitucionalmente admisible, incluyendo el ejercicio de actos de prerrogativa tradicionalmente tenidos como políticos y no justiciables (Elliott, 2017, Finnis, 2019, Sirota, 2021). Los razonamientos que allí se realizan han sido objeto de interpretaciones y glosas diversas, pero si en algo parece haber acuerdo es en que, junto a la defensa de la posición preeminente del Parlamento por sus cometidos simbólicos (gobierno democrático) y efectivos (sede ante la que el Ejecutivo rinde cuentas), es fácil advertir también un posicionamiento “de combate” contra concepciones puramente adjetivas o procedimentales de la forma de gobierno. Nada novedoso, por lo demás, en un contexto en el que, como decimos, hay una pugna soterrada y sostenida sobre las implicaciones del *rule of law*, las esencias de la Constitución y las funciones que desempeñan en ella los jueces y los legisladores (Vírgala, 2018); un juego de orfebrería en el que, como se ha dicho gráficamente (Allan, 2023), la Constitución se asemeja a “plastilina en las manos de facciones enfrentadas”⁶.

Las tensiones esbozadas en las líneas anteriores convergen de la manera más abrupta en la polémica que ha desatado la ley sobre la seguridad en Ruanda. Cualquier política migratoria se presta siempre a miradas contrapuestas en razón de su mayor o menor apego al valor de la dignidad de la persona y al concepto potencialmente universal de los derechos humanos (Díaz Revorio, 2021, López

posibilidad de la revisión judicial de un acto político- *Joanna Cherry QC MP and others v The Advocate General for Scotland* [2019] CSOH 70 y *Miller v The Prime Minister* [2019] EWHC 2381 (QB). En apelación, la “Court of Session Inner House” (un tribunal de apelación escocés) decidió que la *prorrogatio* era un asunto justiciable y que se había ejercido de manera ilegal-*Joanna Cherry QC MP and others v The Advocate General for Scotland* [2019] CSIH 49. Y con una rapidez inusitada, el 24 de septiembre de 2019, el Tribunal Supremo del Reino Unido respaldó tal opinión en el caso *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland*. [2019] UKSC 41.

6 Al igual que en *Miller I*, el Tribunal Supremo incide en la cuestión de la peculiaridad británica, pero conectándola ahora con la responsabilidad de la judicatura para dar efectividad a los principios: “Aunque el Reino Unido no tiene un documento único denominado Constitución, tiene, sin embargo, algo equivalente, que se ha asentado a lo largo de nuestra historia mediante el *common law*, las leyes, las convenciones y la práctica política. Al no estar codificada, se ha desarrollado de forma pragmática y sigue siendo lo suficientemente flexible como para poder evolucionar. No obstante, incluye numerosos principios jurídicos que los tribunales pueden aplicar del mismo modo que otros principios jurídicos. Al darles efecto, los tribunales tienen la responsabilidad de defender los valores y principios de nuestra Constitución y hacerlos efectivos. Es de su responsabilidad determinar los límites legales de los poderes conferidos a cada rama del gobierno, y decidir si alguna forma concreta de ejercicio del poder ha transgredido esos límites. Los tribunales no pueden eludir esa responsabilidad por el mero hecho de que la cuestión planteada tenga un carácter rigurosamente político, por su tono o su contexto”

Ulla, 2024). La ciudadanía es siempre, desde tal punto de vista, una tapadera de estatutos privilegiados, cuando no directamente, como se ha dicho, un constructo “unilateral y totalitario” que denota arbitrariedad y sometimiento (Kochenov, 2019). Los fundamentos de las políticas migratorias suelen verse envueltos en sobreentendidos y justificaciones de tipo moral. Y así, mientras que para unos el endurecimiento de las condiciones para ser admitido en el país y solicitar asilo es una forma de luchar contra las mafias de la inmigración irregular y poner coto a los peligros, a menudo letales, que afrontan quienes emprenden viajes en condiciones precarias, para otros tales políticas propenden a olvidar que la dignidad intangible de cada persona impide utilizar a los individuos como un medio dirigido a lanzar mensajes disuasorios y tranquilizar los fantasmas agitados por el miedo y la xenofobia

Aprobada definitivamente por los Comunes en abril de 2024, la ley sobre la seguridad en Ruanda se enmarca en una política que fue diseñada durante el mandato de Boris Johnson y que reflejaba la posición más intransigente del Partido Conservador contra la llegada de inmigrantes “ilegales”, principalmente a través del Canal de la Mancha. La pretensión de fondo consiste en “externalizar” la gestión de las solicitudes de asilo transfiriendo las responsabilidades que se derivan de ello a un país dotado de credenciales suficientes en lo referido al acatamiento de los compromisos internacionales y el respeto de los derechos humanos. La dicha “externalización” – vocablo vinculado a los imperativos de la globalización y cuyo significado equivale a “encomendar la realización de tareas o servicios propios a otra empresa” (RAE *dixit*) – parece estar asentándose como una solución taumatúrgica en determinados prontuarios de respuestas a la cuestión migratoria (Okoth, 2023). Está en el programa de la ultraderechista Meloni y su plan de concierto con Albania; se va abriendo paso en ciertas alianzas de países de la Unión que propugnan Acuerdos con terceros países (Túnez, Egipto, Mauritania) para evitar la salida de emigrantes a cambio de dinero y “externalizar” el asilo⁷. Y ha sido ya ensayada (siempre envuelta en conflictos jurídicos y con magros resultados prácticos) en países como Dinamarca, Israel y Australia (Gleeson y Konstandinides, 2024)⁸.

7 Véase *El País*, 17 de mayo de 2024: “15 países europeos piden crear centros fuera de la UE para migrantes rescatados en el mar”. Tales países son Dinamarca, República Checa, Bulgaria, Estonia, Grecia, Italia, Chipre, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, Austria, Polonia, Rumanía y Finlandia. Y lo hacen mediante una carta dirigida a la Comisión en la que solicitan, entre otras cosas, reevaluar la aplicación del concepto de “terceros países seguros” al objeto de aumentar las deportaciones de las personas solicitantes de asilo.

8 Véase también el interesante *Briefing* del Parlamento Europeo sobre “Extraterritorial processing of asylum claims” fechado en enero de 2024.

Suponiendo que la intención no es el desentendimiento absoluto con respecto a los derechos básicos de los candidatos a la deportación, el ingrediente básico de la política de externalización es la consideración del país de destino como país “seguro”. Es una apreciación en sí misma dudosa y movедiza. Por más que se han tenido en cuenta estándares objetivos o normativos, lo determinante siempre será cuestión del mayor o menor rigor utilizado para decidir hasta qué punto aquellos se ajustan a las prácticas seguidas en el país calificado⁹. El *factum* decisivo es la propia declaración del país delegante, el establecimiento de una *ficció iuris* dotada de valor por sí misma, incluso frente a pruebas en contrario (Tucker, 2023). Y ello sin más exigencias, o complementando la declaración con tratados o protocolos de actuación acordados con el país de destino.

En el caso del Reino Unido, las políticas de asilo y acogida han acentuado en los últimos tiempos su vertiente más dura y combativa contra la inmigración ilegal. A tal efecto, se pasó de conferir al ministro del Interior la facultad discrecio-

9 En la Unión Europea el concepto de país seguro aparece en el artículo 37 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento y del Consejo sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Los Estados miembros, se lee allí “podrán introducir o mantener legislación que permita, de conformidad con el anexo I, la designación nacional de países de origen seguros a los efectos del examen de solicitudes de protección internacional”. Y el artículo en cuestión prosigue así: “2. Los Estados miembros revisarán periódicamente la situación en los terceros países designados como países de origen seguros de conformidad con el presente artículo. 3. La evaluación de un país para determinar si es un país de origen seguro con arreglo al presente artículo, se basará en una serie de fuentes de información, incluida en particular la información procedente de otros Estados miembros, la EASO, el ACNUR, el Consejo de Europa y otras organizaciones internacionales pertinentes. 4. Los Estados miembros notificarán a la Comisión los países designados como países de origen seguros de conformidad con el presente artículo”. Y en el Anexo I se establecen los estándares generales que deben ser tenidos en cuenta: “Se considerará que un país es un país de origen seguro cuando, atendiendo a la situación jurídica, a la aplicación del Derecho dentro de un sistema democrático y a las circunstancias políticas generales, pueda demostrarse que de manera general y sistemática no existen persecución en la acepción del artículo 9 de la Directiva 2011/95/UE, tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes ni amenaza de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno. Al realizarse esta valoración se tendrá en cuenta, entre otras cosas, el grado de protección que se ofrece contra la persecución o los malos tratos mediante: a) las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país y la manera en que se aplican; b) la observancia de los derechos y libertades fundamentales establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, en particular aquellos que, con arreglo al artículo 15, apartado 2, del referido Convenio Europeo, no son susceptibles de excepciones; c) el respeto del principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; d) la existencia de un sistema de vías de recurso eficaces contra las violaciones de dichos derechos y libertades”. En general, sobre la evolución del concepto en la Unión Europea (Osso, 2023). Y téngase en cuenta además que, en aplicación del llamado pacto europeo migratorio, se acaba de publicar en el DOUE el Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración (véase Fernández Alles, 2024).

nal de deportar inmigrantes (*Nationality and Borders Act* aprobada en 2022) a establecer una política en la que la deportación de los inmigrantes ilegales a sus países de origen, siempre que puedan ser calificados como seguros, se configura como un deber sujeto sólo a una lista de excepciones. Este es el paso que se dio mediante la *Illegal Migration Act*, aprobada por el Parlamento en el mes de julio de 2023, y en cuyas disposiciones se incluye como Anexo un elenco de 57 países que son considerados como seguros¹⁰.

El pacto sellado entre el Reino Unido y Ruanda (un país que 30 años después del genocidio de los tutsis ha consolidado una posición preeminente en los rankings de seguridad de los países del continente africano) se remonta a 2022 y constaba originariamente de dos instrumentos jurídicos: un Acuerdo sobre Migración y Desarrollo económico y un Memorándum de Entendimiento para un pacto de colaboración en materia de asilo. Dicho marco fue (parcialmente) sustituido en diciembre de 2023 por un nuevo Tratado “para el establecimiento de un Consorcio de asilo y para reforzar los compromisos internacionales compartidos en materia de protección de los refugiados y migrantes”. El debate parlamentario sobre el Tratado discurrió en paralelo al de la Ley conocida como “ley sobre seguridad en Ruanda” (que es la que da título a este trabajo)¹¹.

Pero entre lo concordado originariamente y lo que hoy forma parte del Plan Ruanda hubo dos relevantes circunstancias jurídicas sin cuyos pormenores es difícil entender la gran “polvareda” política y constitucional provocada en los primeros meses de 2024 a propósito de la nueva ley.

10 Véase el Catálogo de 57 “países o territorios a los que una persona puede ser deportada”, incluido como Schedule 1 en la *Illegal Migration Act* de 2023. El objetivo de la ley, se lee en la Sección Introdutoria es “prevenir y contener la inmigración ilegal y particularmente la que se lleva a cabo utilizando rutas ilegales e inseguras, exigiendo el traslado desde el Reino Unido de las personas que consigan entrar o llegar infringiendo los controles migratorios”. Hay que tener en cuenta además el trasfondo jurídico plasmado en la Ley de Inmigración de 1971 y en sus normas de desarrollo, de conformidad con las cuales el ministro del Interior está facultado para rechazar una solicitud de asilo cuando el solicitante, habiendo podido presentar la solicitud en un país tercero considerado como seguro, no lo haya hecho.

11 Es la traducción que nos ha parecido más aproximada para el nombre oficial de la ley (*Safety of Rwanda Bill*), por cuanto nos parece que refleja la idea de fondo: lanzar el mensaje de que Ruanda es un país en el que se dan las condiciones de seguridad, material y jurídica, que justifican el empeño legislativo. Como es sabido, la voz inglesa *safety* remite a una condición que se da o no se da en algo, por contraste a *security* que se refiere a las disposiciones y a las medidas que se adoptan para promover tal condición. En español sería algo así como promover seguridad (*security*) para estar a salvo (*safety*)

2. La medida cautelar del TEDH y el debate jurídico interno sobre la política de deportación a Ruanda

Lo que hubiera sido resultado tangible del originario Acuerdo sobre deportación y asilo entre el Reino Unido y Ruanda, un vuelo programado para el 14 de junio de 2022 en el que iban a viajar los primeros deportados, fue suspendido *in extremis* en aplicación de una medida cautelar decretada por el TEDH a instancia de uno de los afectados¹². El Tribunal examina el Memorándum sobre el pacto de colaboración entre el Reino Unido y Ruanda en respuesta a lo demandado por un nacional iraquí al que se le había denegado la solicitud de asilo y cuya expulsión se iba a llevar a cabo en ese vuelo. Pese a que en el Reino Unido el Tribunal Superior de Justicia (*High Court*) reconoció que en el Memorándum había “importantes cuestiones debatibles”, no consideró procedente suspender la expulsión, con el argumento de que al litigante siempre le cabía la posibilidad de regresar al Reino Unido si finalmente obtenía una decisión favorable. Y en las dos vías procesales subsiguientes seguidas por los trámites de urgencia (Tribunales de Apelación y Supremo), la respuesta fue la misma. Al TEDH, en cambio, le parece que este es un asunto en el que procede utilizar la posibilidad de suspensión cautelar abierta por el artículo 39 del Reglamento de Procedimiento¹³. Y ello habida cuenta de las dudas que le suscita la regulación jurídica ruandesa en lo que se refiere a las garantías de procedimiento de las solicitudes de asilo – y para esto se apoya en Informes del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados – y la propia declaración de Ruanda como “tercero país seguro” al efecto de excluir categóricamente el riesgo para los litigantes de sufrir tratos prohibidos por el artículo 3 del Convenio.

Por su parte, la *High Court* no pone objeciones a la política de acuerdos con Ruanda, pero considera que, en el caso concreto en examen, el ministro del In-

12 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Cuarta N.S.K v.United Kingdom (Demanda nº 28774/22).

13 Artículo 39 - Medidas cautelares

1. La Sala o, en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia designado de acuerdo con el apartado 4 del presente artículo podrán, ya sea a instancia de parte o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes cualquier medida cautelar que consideren deba ser adoptada en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento.

2. Cuando así se considere oportuno, el Comité de Ministros será inmediatamente informado de las medidas adoptadas en un asunto.

3. La Sala, o en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia designado de acuerdo con el apartado 4 del presente artículo podrán solicitar a las partes que aporten información sobre cualquier cuestión relativa a la puesta en práctica de las medidas cautelares indicadas.

4. El presidente del TEDH podrá designar como Jueces de guardia a los Vicepresidentes de Sección para resolver sobre la solicitud de medidas cautelares.

terior no fundamentó adecuadamente la negativa a conceder el asilo. Como consecuencia de ello anula la decisión e invita además al recurrente a que lleve el caso ante el Tribunal de Apelación en lo que se refiere a la legalidad del Memorándum. Presentado el correspondiente recurso, el Tribunal de Apelación resolvió por mayoría que las deficiencias detectadas en los procedimientos ruandeses de las solicitudes de asilo no permitían calificar a dicho país como seguro, por lo que la deportación de personas conllevaba vulnerar el artículo 3 del Convenio Europeo y, por ende, de la Sección 6 de la *Human Rights Act* de 1998¹⁴. Sobre la base de lo establecido en esta sentencia del Tribunal de Apelación, el Tribunal Supremo, en una decisión fechada el 15 de noviembre de 2023, desestimó el recurso del ministro del Interior, infligiendo a la política de las deportaciones a Ruanda un varapalo jurídico que es el que el Gobierno, a remolque de la autoridad del Parlamento, y tras tensos debates entre la mayoría y la oposición y entre la Cámara de los Lores y la de los Comunes, ha plantado cara por medio de la Ley sobre Seguridad en Ruanda.

En la sentencia del Tribunal Supremo, decidida unánimemente por cinco jueces, estos comienzan por reivindicar lo que es el ejercicio de la función jurisdiccional como algo separado de la pugna política¹⁵. Establecen después cuál es el núcleo de la cuestión objeto de debate (¿Puede ser considerado Ruanda un país seguro a los efectos legales?) y cuáles son los principales parámetros legales “internos” (el Acuerdo con Ruanda sobre migración y desarrollo económico y el *Memorandum of Understanding*); “internacionales” (los Convenios sobre el estatuto de refugiado y de proscripción de la tortura), y “europeos” (el de la Unión, al que se acude, pese a no ser ya aplicable, y el del Convenio de 1950 con la jurisprudencia del TEDH)¹⁶. A partir de ahí, y con el fin de respaldar el criterio es-

14 *AAA and others v. The Secretary of State for the Home Department*, EWHC [2022] 3230. La sentencia realiza un examen en abstracto de los pormenores del Acuerdo con Ruanda y otro individualizado sobre las alegaciones de cada uno de los recurrentes. En el primer aspecto, el Tribunal, al igual que los apelantes, se basa extensamente en los criterios sentados por el TEDH en el caso *Ilias and Ahmed contra Hungría, un caso fallado en 2020, en el que el Tribunal establece que las autoridades nacionales deben realizar un examen exhaustivo y actualizado, basado en su propia investigación, del funcionamiento efectivo del sistema de asilo en el tercer país en el momento de la expulsión, esto es, un análisis basado no en las estipulaciones legales, sino en la realidad del funcionamiento del sistema en la práctica*.

15 *AAA and others v. Secretary of State for the Home Department*, UKSC (2023) 42: “En este recurso, el tribunal debe decidir si la política de Ruanda es legal. Se trata de una cuestión jurídica que el tribunal debe resolver sobre la base de las pruebas y los principios jurídicos establecidos. Al tribunal no le concierne el debate sobre cuál es la mejor política, y nada en esta sentencia debe considerarse como un apoyo o una oposición a cualquier opinión al respecto”.

16 En el caso del derecho de la UE, se trata, sobre todo, de la de la Directiva 2005/85/EC sobre estándares mínimos de procedimiento en materia de refugio, en cuyos artículos 25 y 27 se condiciona el envío de los solicitantes de asilo a un tercer país seguro al hecho de que los mismos tengan algún tipo de conexión con

tablecido por el Tribunal de Apelación, la sentencia estudia las implicaciones del principio de *non refoulement*, plenamente asumido por el Reino Unido en su legislación interna, así como si la decisión apelada acertó al detectar los “puntos ciegos” y déficits de garantía en la normativa y en la práctica seguida por Ruanda en materia de asilo¹⁷. La conclusión es afirmativa. Y la sentencia no se detiene en el respaldo a lo decidido por el Tribunal de Apelación. Aprovecha además para reivindicar enfáticamente la capacidad de los jueces para entrar en el fondo de las determinaciones realizadas por el Ejecutivo y para erigirse, en definitiva, como el guardián del respeto a las garantías y a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales¹⁸

3. La respuesta: lo que dicen ahora la ley (y el tratado)

El entramado jurídico de la externalización se compone, como decimos, del Tratado concordado con Ruanda en el mes de diciembre de 2023, y de la Ley – a la que se puede calificar de Ley-reacción o Ley-respuesta al varapalo judicial – denominada literalmente *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024* y cuyo cometido, se afirma a renglón seguido, es *to make provision about the re-*

ese país. Este no era el caso de los recurrentes en lo que se refiere a Ruanda.

17 Al efecto, el Tribunal da peso no sólo a los Informes del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, sino a la reciente experiencia de la Aplicación del Acuerdo entre Israel y Ruanda que finalmente fue anulado por el Tribunal Supremo israelí. Tal y como se afirma en el párrafo 102, “Las intenciones y aspiraciones no se corresponden necesariamente con la realidad: la cuestión es si son realizables en la práctica. Así lo ilustra la historia del acuerdo de Ruanda con Israel: no tenemos motivos para dudar de que Ruanda contrajo sus compromisos con Israel de buena fe, y de que el gobierno de Israel creía que se cumplirían. Por lo tanto, la cuestión central en el presente caso no es la buena fe del gobierno de Ruanda a nivel político, sino su capacidad práctica para cumplir sus garantías, al menos a corto plazo, a la luz de las deficiencias actuales del sistema de asilo ruandés, la práctica pasada y continua de devolución (incluso en el contexto de un acuerdo análogo con Israel), y la magnitud de los cambios de procedimiento, comprensión y cultura que parecen necesarios”

18 En los párrafos 55 y 56 trae a colación el Tribunal un par de precedentes del propio Tribunal Supremo (los casos *Secretary of State for the Home Department v Rehman* [2003] 1 AC 153 y *Begum v Home Secretary* [2021] UKSC 7) en los que estaba en juego la revisión de deportaciones por razón de seguridad nacional, señalando lo siguiente: “La jurisprudencia europea deja claro que el hecho de que la deportación sea en interés de la seguridad nacional es irrelevante para los derechos contemplados en el artículo 3. Si existe riesgo de tortura, el Gobierno debe encontrar otra forma de hacer frente a una amenaza para la seguridad nacional. La existencia de un riesgo suficiente es una cuestión de evaluación y predicción basada en pruebas. Para responder a tal pregunta, el ejecutivo no goza de ninguna prerrogativa constitucional (...). Del mismo modo, en *Begum* Lord Reed (con cuya sentencia coincidieron los demás miembros del tribunal) declaró (apartado 69) que en el caso de que se plantee la cuestión de si el secretario de Estado ha actuado de forma incompatible con los derechos del recurrente reconocidos en el Convenio, y en contra de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Derechos Humanos, el tribunal tiene que decidir esa cuestión objetivamente sobre la base de su propia evaluación”.

removal of certain migrants to the Republic of Rwanda. El Tratado se fundamenta en la voluntad conjunta de mejorar el sistema de protección y de asilo para las personas que emprenden peligrosos viajes hasta las costas del Reino Unido¹⁹. Evalúa positivamente la evolución del sistema de acogida y de respuesta al asilo experimentado por la República de Ruanda²⁰. Y en 8 apartados y 3 anexos va desgranando minuciosamente las responsabilidades de cada parte, las condiciones de acomodo y el trato a los solicitantes, las formalidades para la tramitación de las solicitudes, y las vías para la información y la supervisión conjunta del funcionamiento del sistema, así como los *financial arrangements*, parte de trascendental importancia en la cooperación acordada²¹.

La ley, por su parte, consta de un apartado introductorio, sobre propósitos y definiciones, y 10 apartados dispositivos. Entre los propósitos, la ley se refiere al de “prevenir y disuadir la migración ilegal, particularmente la que supone utilizar rutas o medios inseguros” mediante el “traslado” (*removal*) de las personas a la República de Ruanda en las condiciones previstas por las leyes de inmigración. Tras reafirmar la soberanía del Parlamento británico y declarar que la validez de la ley no se ve afectada por las disposiciones del Derecho Internacional que ella misma cita (entre las cuales menciona de manera expresa cualquier deci-

19 El texto puede consultarse en la web de la Home Office: Policy Paper UK-Rwanda Treaty: Provisions of an Asylum Partnership, publicado el 5 de diciembre de 2023

20 “Considerando que, durante muchos años, Ruanda ha acogido y dado cobijo voluntariamente a cientos de miles de refugiados, ofreciendo sistemas adecuados de protección a los refugiados, en consonancia con los principios de solidaridad internacional que sustentan el sistema internacional de protección a los refugiados, y comprometida con la noción de que se puede mejorar la cooperación y el reparto de la carga con respecto a los solicitantes del estatuto de refugiado. Ruanda ha asumido importantes compromisos en materia de protección y asistencia a los refugiados, como la firma del Memorando de Entendimiento con la Unión Africana (UA) y el ACNUR por el que se establece el Mecanismo de Tránsito de Emergencia (ETM, por sus siglas en inglés), cuyo objetivo es proporcionar protección y asistencia vitales y soluciones a largo plazo a los refugiados extremadamente vulnerables atrapados en Libia, mediante su traslado temporal a Ruanda”.

21 El artículo 18 del Tratado, sobre “Financial arrangements”, se limita a indicar que “las partes pactarán acuerdos financieros dirigidos a sostener la reubicación de las personas”. Y en el *Factsheet* oficial del Gobierno británico sobre el Rwanda Bill, en el Apartado “¿Cuáles son los costes de la política sobre Ruanda?”, se indica lo siguiente: “Hasta ahora hemos dado a Ruanda 240 millones de libras, que se desglosan en 120 millones en el primer año y 100 millones en el segundo para el Fondo de Transformación e Integración Económica, y 20 millones en el primer año como crédito para pagar los costes operativos antes de los vuelos. Se espera que sea una asociación a largo plazo. El coste total se irá conociendo con el tiempo, a medida que las personas sean reubicadas, y dependerá de sus circunstancias individuales, del número total de personas enviadas y del efecto disuasorio de la política”. Durante los debates parlamentarios de la ley, estas cifras estuvieron en el origen de las muchas ironías sobre el elevado coste efectivo para las arcas del Reino Unido de la deportación a Ruanda de cada uno de los individuos finalmente afectados.

sión o medida susceptible de ser adoptada por el TEDH²²), la ley define como seguro a todo país al que puedan ser trasladadas las personas desde el Reino Unido sin infringir las obligaciones de Derecho Internacional que sean relevantes en lo que respecta al trato que tales personas puedan recibir en el país de destino. E insistiendo en el significado de país seguro, la ley aclara que incluye la exigencia de que las personas no sean reenviadas desde ese país a un país tercero irrespetuoso con las obligaciones de Derecho Internacional y los requisitos establecidos para la tramitación de las solicitudes de asilo.

Ya se ve que la combinación de vinculaciones (al Derecho Internacional) y des-vinculaciones (a las decisiones del TEDH) convierte a la ley en un extraño compacto de estipulaciones contradictorias que hacen de ella una fuente de conflicto bidireccional: en el orden interno, intentado “sujetar” los alcances del control de los jueces y, en el supranacional, desconociendo las implicaciones que dimanen en tal esfera de la pertenencia del Reino Unido al sistema europeo de garantía de los derechos (King, 2024, Lock, 2024). La “sujeción judicial” se implementa en la primera de las disposiciones sustanciales de la ley, en la cual se establecen las consecuencias que se derivan a tales efectos para cualquier operador jurídico (“decisión-maker”). Por operador jurídico entiende la ley al secretario de Estado (ministro), así como a cualquier empleado público que tome decisiones en materia migratoria; y también (y esto es aún más importante) a cualquier juez o tribunal al que le corresponda conocer de las demandas de revisión que se presenten contra tales decisiones.

Lo que la ley pretende es que unos y otros consideren a Ruanda como un país seguro. Y sobre todo, cuando se trata de los jueces o de los tribunales, la ley excluye que entren a revisar decisiones que cuestionen dicho extremo, ya sea porque se impugne directamente el aserto (“Ruanda *no* es un país seguro”), o bien porque se invoque la posibilidad de reenvío del solicitante de asilo a un país tercero, o bien el incumplimiento de los compromisos adquiridos por Ruanda mediante el Tratado²³.

22 Apartado Introdutorio. 6: “A los efectos de la presente Ley, el Derecho internacional» incluye: la Convención de Derechos Humanos, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, el Derecho internacional consuetudinario y cualquier otra fuente, convenio o norma de Derecho internacional, incluidas las providencias, sentencias, decisiones o medidas adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

23 Artículo 2 (4): “En particular, un juzgado o tribunal no debe tomar en consideración ninguna reclama-

El “desmontaje” del riesgo de intervención (preventiva o reactiva) del TEDH se materializa en el apartado nº 3 de la ley, titulado precisamente “Inapplication of the Human Rights Act de 1998”. Se trata de un intento de suspender la vigencia normalizada del régimen de los derechos convencionales “incorporados” en la ley de 1998, una parte básica del cual consiste en el deber genérico de interpretación conforme, establecido en la secciones Segunda y Tercera, así como en el deber (que recae sobre todas las autoridades públicas) de actuar en modo compatible con los derechos del Convenio (secciones Sexta a Novena de la ley). Se trata de inaplicaciones o interrupciones que, entre otras cosas, neutralizan el valor de la jurisprudencia del TEDH del horizonte de las referencias interpretativas; y que sólo afectan, aclara la ley, con una original (por decirlo de algún modo) técnica legislativa, a las decisiones cuyo fundamento radique en la proclamación genérica de Ruanda como país seguro realizada en la propia ley.

En efecto, según lo que dispone el apartado 4 de la ley, cuya rúbrica es “Decisiones basadas en circunstancias individuales”, cuando concurren tales circunstancias en las personas afectadas, el ministro a quien compete la decisión de deportar, así como los jueces y los tribunales a los que les corresponde revisarla, vuelven a estar sometidos al régimen común o normalizado de vigencia de los derechos incorporados y proclamados mediante la *Human Rights Act*; un “sometimiento” que es sobre todo “empoderamiento” para decidir en sintonía con las fuentes de inspiración interpretativa y aplicativa que resultan de la pertenencia al sistema europeo de protección de los derechos²⁴.

ción o queja basada en que la República de Ruanda va a trasladar o puede trasladar o enviar a una persona a otro Estado en contravención de cualquiera de sus obligaciones internacionales, incluidas en particular sus obligaciones en virtud de la Convención sobre los Refugiados; ni tampoco cualquier reclamación o queja referida a que una persona no recibirá una respuesta justa y adecuada de una solicitud de asilo, u otra solicitud similar, en la República de Ruanda; o cualquier reclamación o queja de que la República de Ruanda no actuará de conformidad con el Tratado de Ruanda”.

24 Apartado 4 de la Ley: “El artículo 2 no impide: a) que el Secretario de Estado o un funcionario de inmigración decida (en virtud de cualquier disposición aplicable de las Leyes de Inmigración) si la República de Ruanda es un país seguro para la persona en cuestión, basándose en pruebas convincentes relacionadas específicamente con las circunstancias individuales particulares de la persona (en lugar de basarse en que la República de Ruanda no es un país seguro en general), o b) un juzgado o tribunal que examine una revisión o un recurso contra una decisión pertinente en la medida en que la revisión o el recurso se interpongan por considerar que la República de Ruanda no es un país seguro para la persona en cuestión, basándose en pruebas convincentes relacionadas específicamente con las circunstancias individuales particulares de la persona (y no por considerar que la República de Ruanda no es un país seguro en general). Los criterios para establecer cuándo una decisión está basada en la proclamación general o en las circunstancias específicas del afectado distan de ser claros. De hecho, esto dio lugar a un cruce de cartas entre la ONG *Asylum Aid* y el Ministerio del Interior, así como a la previsión de un alud de reclamaciones judiciales, tal y como se relata en la interesante entrada del blog de dicha ONG

El marco legislativo establecido por el *Rwanda Act* se completa en lo sustantivo con un par de disposiciones, que participan del mismo aliento confuso y contradictorio en punto al respeto de los derechos humanos y las implicaciones garantistas que se derivan de ello. La primera es una tajante reafirmación de la “soberanía” del Reino Unido para acatar o dejar de hacerlo las decisiones que pueda adoptar el TEDH en vía cautelar. El Apartado 5 establece, en efecto, que “corresponderá al ministro de la Corona (*sic*) y sólo a él, la decisión sobre el cumplimiento de las medidas provisionales (*interim measures*). En consecuencia – añade el Artículo en una nueva vuelta de tuerca sobre el ámbito de las decisiones jurisdiccionales – los jueces y tribunales no tendrán en cuenta las medidas provisionales cuando conozcan de cualquier demanda o recurso relativa al traslado de una persona a la República de Ruanda decidido en aplicación de las leyes migratorias.”

El segundo de los preceptos utiliza, en cambio, la sazón legislativa para “proclamar”, la voluntad de luchar contra la esclavitud moderna y el tráfico de seres humanos. La vía para hacerlo consiste en encargar al ministro del Interior la realización de informes con cadencia anual relacionados con la aplicación de la ley bajo tal perspectiva (que también se contempla en el artículo 13 del Tratado), informes que deben hacerse públicos, haciendo llegar al Parlamento una copia. La obligación establecida en este precepto es, en realidad, una contrapartida a la negativa de los Comunes a aceptar una enmienda procedente de los Lores para evitar los traslados de los individuos víctimas de trata. El efecto combinado de esa negativa, junto a la entrada en vigor de la Ley de Inmigración Ilegal, de 2023, supone, como se ha dicho (Robottom, 2024), una nueva brecha de incumplimientos por parte del Reino Unido, de tajantes obligaciones internacionales derivadas de instrumentos como el Convenio europeo contra la trata de seres humanos y el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 4).

4. Ouster Clauses: legisladores y jueces en el conflicto sobre la supremacía constitucional

Dicho de manera sintética, parece que el instrumento legislativo que acabamos de resumir está diseñado para llevar a cabo sin más sobresaltos la política migratoria del Gobierno, en lo que se refiere a las deportaciones, con desentendimiento de las obligaciones internacionales contraídas mediante Tratado, y eludiendo las trabas que pudieran provenir del control judicial. En lo que se refiere

“Rwanda – all is not lost: Asylum Aid’s arguments on why the Home Office must still consider the real risk of people being sent into danger from Rwanda”.

a los vínculos internacionales, debido a la naturaleza “dual” en lo que concierne a las relaciones entre los ordenamientos británico e internacional (Sedley, 2015), las autoridades nacionales siempre podrán, si así lo desean, ignorar los compromisos asumidos mediante Tratado. Y ello con independencia de las valoraciones políticas que un comportamiento semejante merezca.

Para el Derecho Constitucional británico la cuestión realmente punzante es la que ha cuajado en el intento de de excluir el control judicial. ¿Es ello posible? Y si lo es, ¿bajo qué condiciones o requisitos? Para comprender el lugar de las llamadas en derecho inglés “*ouster clauses*” (cuya traducción aproximada sería cláusulas de exclusión o de “desalojo” de las facultades revisoras de los jueces) incluidas en la Ley sobre Ruanda, es imprescindible conocer la posición de dichas cláusulas en el contexto genérico o constitucional en el cual se insertan. Y teniendo en cuenta, ante todo, que aquellas no son ninguna novedad, lo cual explica que los debates en torno a ellas sean también añejos. De manera simple y directa, las *ouster clauses* son disposiciones cuya finalidad es cerrar la puerta del control judicial en lo concerniente al ejercicio de poder público²⁵.

Dado que una parte esencial de la función constitucional del Poder Judicial consiste en asegurar que otros actores, y de manera especial los que se hallan en la órbita del Poder Ejecutivo, no sobrepasen los márgenes de poder que tienen asignado, cualquier limitación que se establezca al respecto debe ser recibida con extrema cautela. Vendría a ser el equivalente jurídico a desactivar un artefacto de seguridad tan básico en un automóvil como el *air-bag*. Hay ocasiones en que tal desactivación no es que esté justificada, sino que resulta obligatoria en circunstancias muy concretas; por ejemplo, cuando un bebé viaja en un asiento adaptado para tal fin. Lo que hacen entonces los fabricantes de automóviles es asegurarse de que la desactivación del *air-bag* obedezca a una acción muy consciente del conductor como precaución para que la cancelación temporal no se produzca de manera inadvertida. Con más razón si pensamos lo importante que es que el mecanismo de seguridad vuelva a activarse en el mismo momento en que la precaución excepcional no sea ya necesaria. Pues bien, algo semejante puede decirse de las *ouster clauses* (de su fundamento nos ocupamos después): son un instrumento a disposición de los legisladores sobre cuyo uso, rigurosamente excepcional, han de extremarse las medidas de control. De ahí que las *ouster clauses*, con independencia de la forma en la que se plasmen en el caso concreto, sean siempre

25 UK Parliament “Legislative Scrutiny: Judicial Review and Courts Bill: Chapter 4: Ouster Clauses” <https://publications.parliament.uk/pa/jt5802/jtselect/jtrights/884/88407.htm#footnote-006> (publicado el 7 de diciembre de 2021, fecha última consulta 20 de mayo de 2024).

objeto del más riguroso escrutinio por parte de los jueces.

Esa máxima inspiradora de la actuación de los tribunales fue expuesta de la manera más elocuente por el vizconde Simonds en el caso *Pyx Granite v Ministry of Housing and Local Government*:²⁶

“Es un principio sólidamente asentado que solo mediante palabras claras puede excluirse el acceso a los tribunales de Su Majestad por parte de quienes pretendan defender sus derechos”.

Vale la pena detenerse un momento para advertir cuántas implicaciones tiene esa sucinta enunciación.

En primer lugar, la referencia a los tribunales de “Su Majestad”; a primera vista, y tal como corresponde a un juez que escribe a mediados del siglo xx, puede parecer tan sólo una fórmula ritual. Sin embargo, estamos ante algo más que un mero uso poético del lenguaje. Es el reflejo más ortodoxo de las convenciones constitucionales vigentes en el Reino Unido, de conformidad con las cuales se sobreentiende que el poder judicial actúa a la manera de un representante del rey y dicta sentencia en nombre de éste (Fortin, 2024). El protagonismo de los jueces en el ejercicio de la jurisdicción resolviendo conflictos penales y civiles proviene de una exigencia práctica ya detectada en la Edad Media: la de que el correcto desempeño de la función judicial desbordaba ampliamente lo que estaba al alcance de las capacidades de una sola persona (Parkes, 2023).

Del mismo modo, en términos doctrinales, las funciones que corresponden al poder ejecutivo también son ejercidas en el nombre del rey o de la reina. Esto significa que ni el uno ni el otro deben realzar sus competencias propias en perjuicio ajeno, dado que el alcance de ellas, y las responsabilidades que derivan de su ejercicio, están perfectamente delimitadas y tienen igual importancia. Además, carece de lógica concebir lo que dimana de una misma autoridad como algo que está en tensión o en contraposición, ya que se supone que las dos partes promueven los mismos intereses colectivos, de manera que controlar la legalidad de la actividad del ejecutivo no es, en definitiva, otra cosa que defender el bien común.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, está la exigencia de que una cláusula de exclusión sólo es válida si está expresada en términos inequívocos. Esta norma de la “claridad debida” se puso de relieve en *Anisminic*, un caso de finales de los

26 *Pyx Granite Co. Ltd v Ministry of Housing and Local Government* [1960] AC 260, párrafo 286

60 del pasado siglo, que continua siendo paradigmático en materia de control jurisdiccional de la actividad administrativa²⁷. El conflicto surgió a raíz de la crisis del canal de Suez, durante la cual el Gobierno egipcio expropió varias propiedades y, entre ellas, algunas que afectaron de lleno a los intereses de Anisminic, una empresa que actuaba en el sector minero. El ejecutivo egipcio se comprometió a indemnizar a las autoridades británicas por los bienes incautados, y el Parlamento del Reino Unido aprobó una ley que regulaba el modo de proceder para el reparto de las compensaciones económicas²⁸. A tal efecto se instauró una especie de tribunal u órgano (*Commission*) para resolver las reclamaciones, y en esa instancia fue rechazada una pretensión de la empresa *Anisminic* con el argumento de que los afectados por la expropiación no cumplían el requisito de tener nacionalidad británica. Esta decisión fue impugnada por vía judicial, pero una cláusula de exclusión contenida en la Sección 4(4) de la Ley vino a plantear el conflicto en toda su crudeza.

El pleito llegó hasta lo que era entonces la más alta instancia de la jurisdicción, el Comité Judicial de la Cámara de los Lores, el cual falló que el tenor literal de la ley aprobada para regular la cuestión carecía de la claridad suficiente como para impedir la revisión judicial del asunto²⁹.

Sus Señorías concluyeron que la susodicha disposición sólo podía surtir efectos cuando se hubiera constatado la existencia de una decisión adecuadamente justificada. Así pues, una resolución por parte de la Comisión revisora errónea o incorrectamente fundada enervaría la posibilidad de que surtiera efectos la cláusula de exclusión. En el caso en examen la Comisión había interpretado de manera equivocada el significado legal del aserto “sucesor en el título”, lo que impedía dar por cumplido el requisito de la adecuada justificación, y abría en consecuencia la vía para la plena reconsideración judicial.

Hemos dedicado algún tiempo al examen de este caso señero porque nos parece que desmiente, o cuando menos matiza, la opinión que tiende a denunciar un fenómeno de activismo o judicial o politización de los jueces en el Reino Unido como consecuencia de la entrada en vigor, en 1998, de la Ley de Derechos Humanos (Cowell, 2017).

Antes al contrario, las tensiones entre los tribunales y otros poderes son una característica de larga data en la Constitución británica; una que forma parte de

²⁷ *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147

²⁸ Foreign Compensation Act 1950

²⁹ “La resolución adoptada por la Comisión sobre las reclamaciones que se planteen ante ella conforme a lo estipulado en la presente ley no podrán ser recurridas ante ningún otro tribunal”

los engranajes básicos de su maquinaria de controles y equilibrios para evitar el abuso de poder. Más allá de las cláusulas de exclusión, nos encontramos, por tanto, con una marca distintiva que se remonta a la Edad Moderna y al famoso caso *Entick contra Carrington*³⁰. En esa decisión clave en el constitucionalismo británico, los jueces se alzaron de manera resuelta contra las pretensiones del Gobierno de eludir las garantías tradicionales del *Common Law* para allanar un domicilio a la búsqueda de pruebas sobre una intentona sediciosa.

El caso *Anisminic* demuestra por lo demás la solidez con la que desde hace mucho tiempo el poder judicial ha sabido ejercer de contrapeso de los otros poderes, y no solo del ejecutivo, sino también del legislativo. Si el caso llegó hasta la Cámara de los Lores, fue precisamente porque el alcance de la cláusula de exclusión era algo muy discutido. Y a nadie se le escapa el hecho de que, con el fin de defender la coherencia de la Constitución tomada en su conjunto y reivindicar el principio del control judicial, el tribunal eludió una interpretación apegada a la letra de la cláusula, pues ello hubiera impedido la revisión jurisdiccional de las conclusiones alcanzadas por la Comisión revisora.

Ciertamente no hay una relación directa entre los cambios sociales y políticos acaecidos en el escenario constitucional durante las décadas iniciales del presente siglo y el recelo y la actitud hiper vigilante de los jueces frente a las cláusulas de exclusión. El planteamiento ha sido coherente y las razones de fondo que podemos encontrar en casos como *Pyx Granite* y *Anisminic* pueden identificarse también en sentencias más recientes; por ejemplo en *R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal*.³¹ En esta sentencia, Lord Carnworth se expresó con contundencia del siguiente modo:

*“no se puede dar efecto vinculante a una cláusula cuyo objeto sea excluir con carácter absoluto las facultades revisoras de un tribunal superior con respecto a lo decidido por un tribunal de inferior categoría”*³².

El sentido y el alcance de esta declaración ha sido cuestionado por decisiones posteriores. Y además debe tenerse en cuenta que, entre las conclusiones a las que llegó el tribunal en el caso *Privacy International*, no estaba la de excluir totalmente la jurisdicción del Tribunal Superior. Así que las observaciones de Lord Carnworth sobre este extremo parecen más bien *obiter dicta*. Por otra parte, la conclusión del Tribunal Supremo en este caso no fue unánime, sino por mayo-

30 *Entick v Carrington* EWHC [1765] KB J98

31 *R (Private International) v Investigatory Powers Tribunal* [2019] UKSC 22

32 *Ibid*, párrafo 144

ría de cinco a dos. Las citadas palabras de Lord Carnworth son simplemente, en definitiva, una reafirmación retórica de la capacidad de los jueces para interferir en la soberanía parlamentaria, una observación que no es, desde luego, pacífica y que no puede ser tenida como un precedente dotado de fuerza vinculante.

Para desentrañar todo esto, hace falta de nuevo entender el contexto. Hay algunos paralelismos evidentes entre los hechos que dieron lugar a *Privacy* y los de *Anisminic*. El llamado *Investigatory Powers Tribunal* (IPT) fue creado en el año 2000 mediante una ley llamada *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (RIPA), cuyo cometido era, entre otras cosas, hacer posible una supervisión eficaz de la actuación de los tres principales servicios de inteligencia: el Security Service (MI5), el Secret Intelligence Service (MI6) y el Government Communications Headquarters (GCHC). La RIPA contenía una cláusula de exclusión, expresada en los siguientes términos:

*“Salvo en el caso de que el Secretario de Estado disponga lo contrario para un caso concreto, las providencias, los laudos y otras decisiones del IPT, incluso las adoptadas sobre su propia competencia, no serán susceptibles de recurso ni podrán ser cuestionadas ante ningún tribunal”*³³.

La entidad recurrente interpuso una demanda denunciando las medidas adoptadas por el secretario de Estado en virtud de una ley de 1994, la *Intelligence Services Act*, cuya Sección 5(2) le permitía emitir autorizaciones en favor de los servicios de inteligencia para realizar intervenciones sobre bienes o sobre comunicaciones telefónicas. El litigio versaba sobre si esta facultad abarcaba también la posibilidad de emitir autorizaciones genéricas (*thematic warrants*), lo que obviamente confería a los servicios de inteligencia un margen de actuación mucho mayor, al liberarlos de la carga de tener que solicitar múltiples permisos para cada una de las intervenciones específicas. Ello traía como consecuencia una disminución evidente del control. Así que, en vía de cuestión preliminar, los jueces tuvieron que decidir si la cláusula de exclusión eliminaba de raíz la posibilidad misma de entrar en el asunto.

Lord Carnworth, apoyado en este razonamiento por Lady Hale, Lord Reed, Lord Kerr y Lord Lloyd-Jones, consideró que el caso planteaba exactamente la misma cuestión jurídica que *Anisminic*: la cláusula de exclusión únicamente tendría validez en la medida en que el fundamento legal de las órdenes habilitantes hubiera sido el adecuado³⁴. Además, según la misma opinión, no se estaría ante un ámbito de interpretación regulado por las reglas generales de la hermenéuti-

³³ *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* s67(8)

³⁴ *R (Private International) v Investigatory Powers Tribunal* [2019] UKSC 22, para. 105

ca, sino por uno en el que rige la presunción general del *Common Law* contraria a la exclusión de las competencias revisoras del tribunal superior³⁵. Es destacable que, concordando con las conclusiones de Lord Carnworth, Lord Lloyd-Jones recogió en su Opinión la idea de que el despliegue efectivo de la soberanía del Parlamento presupone la disposición de un órgano independiente habilitado para interpretar y mediar en la legislación aprobada por el Parlamento³⁶. O dicho con otras palabras: que el ejercicio de la función jurisdiccional, rectamente entendido, no es una traba, sino un ingrediente jurídico que coadyuva al poder legislativo a desempeñar de manera adecuada sus funciones constitucionales.

Por el contrario, Lord Sumption entendió que la Sección 67(8) de RIPA, al excluir la jurisdicción del Tribunal Superior y la reconsideración de las decisiones del IPT, simplemente daba sentido al objetivo de la ley y al del propio organismo creado por ella: disponer de una supervisión judicial de las actividades del ejecutivo en el ámbito de la inteligencia. Así las cosas, el ejercicio de sus competencias por parte del IPT vendría a ser una garantía suficiente como para que la falta de recurso ante un tribunal de superior rango no pudiera ser considerado como un ataque dirigido contra el Estado de Derecho³⁷.

El carácter matizado y sumamente polémico de las conclusiones del Tribunal Supremo en este caso explica el rumbo tomado en lo sucesivo por las cláusulas de exclusion. En *R (Oceania) v Upper Tribunal*, el magistrado Saini rechazó resueltamente el argumento de que la opinión de Lord Carnworth en *Privacy International* pudiera ser esgrimida en apoyo de la idea de que los tribunales tuvieran la facultad, o incluso el deber, de anular una cláusula de exclusión que se situara de manera inequívoca en contra del control judicial³⁸. Saini subrayó la supremacía que corresponde al Parlamento en el contexto constitucional británico:

*“La Corona con el Parlamento ostenta la soberanía y la legislación promulgada por la Corona con el consentimiento de ambas Cámaras tiene carácter supremo”*³⁹.

Aisladamente considerada, es difícil tener por precedente válido la opinión de Lord Carnworth que antes hemos citado. Pero si situamos el caso *Privacy Inter-*

35 Ibid, párrafo 107

36 Ibid, párrafo 160

37 Ibid, párrafos 172-206

38 *R (Oceania) v Upper Tribunal* [2023] EWHC 791 (Admin)

39 Ibid, párrafo 52

national de manera holística y en el contexto más amplio de la jurisprudencia, una comparación entre dicha opinión y la expresada por Saini en *R (Oceania)* hace que esta última se nos aparezca como una defensa un tanto airada de la más pura ortodoxia constitucional.

Esa visión ortodoxa fue la adoptada en 2023 por el Tribunal de Apelación, en el caso *R (LA) v Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber)* cuando tuvo que habérselas de nuevo con el alcance de la cláusulas de exclusión⁴⁰. El caso versó sobre la solicitud de asilo de LA, una mujer musulmana y lesbiana, de origen albanés, que había huido al Reino Unido tras recibir amenazas e intimidaciones por parte de la familia de su pareja. Rechazada la solicitud en vía administrativa y por el Tribunal de Primera Instancia, el Tribunal de apelación le denegó el permiso para recurrir esta **última** decisión. La cláusula de exclusión que se alzó entonces como una barrera insalvable para las pretensiones de la recurrente fue la recogida en la Sección 11A de la ley sobre Tribunales, Cortes y Ejecución⁴¹. Cabe señalar que esta disposición se había introducido en 2022 como una enmienda a la legislación existente, adoptada en respuesta a *R (Cart) v Upper Tribunal*, una sentencia del Tribunal Supremo que había permitido la apelación de las decisiones del *Upper Tribunal* en una serie de circunstancias⁴². Fue, dicho de otro modo, una iniciativa legislativa diseñada para combatir la posición adoptada por los jueces en el caso *Cart*. En la sentencia *LA Dingeman* concluyó que el tenor literal de la nueva sección estaba dotado de la suficiente claridad semántica como para cerrar el cauce de la revisión judicial.

Tiene razón Murray cuando señala que la cuestión que se planteaba en *LA* difería significativamente de la que tuvo que afrontar Lord Carnworth en *Privacy International* (Murray, 2024). Es importante no olvidar que en *Privacy* la pregunta era si la ley era lo suficientemente clara como para revocar la presunción del *Common Law* contra la exclusión de la revisión judicial. Sin embargo, en *LA Dingeman* no se detiene a discutir las consideraciones de Lord Carnworth en *Privacy* sobre la inviabilidad de las exclusiones generales. Y con razón, pues todo ello no habría pasado de ser *obiter dicta*. Lo que a Murray le parece destacable en *LA* es la reafirmación de la lectura clásica del constitucionalismo británico dirigida (en sus propias palabras) contra “un constitucionalismo del *common law* cada vez más vociferante y que presenta el Estado de Derecho como la imposición de límites sustantivos a la competencia legislativa del Parlamento”.

40 *R (LA) v Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber)* [2023] EWHC Civ 1337

41 *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, s11A

42 *R (Cart) v Upper Tribunal* [2011] UKSC 28

Murray previene contra el peligro de convertir el Derecho Constitucional en lo que él describe como un juego de “exhibición de cartas de triunfo” entre los poderes. Para él no tiene interés analizar los supuestos en términos de cuál es el principio constitucional prevalente, ya que ello supone arrinconar el propósito que subyace en los diferentes principios y doctrinas. La soberanía parlamentaria y la función interpretativa del poder judicial, nos dice, derivan y tan sólo pueden entenderse enclaustradas en el mismo marco constitucional. Y refiriéndose a los argumentos del magistrado Laws en el caso *Cart*, cuyo eco recoge Murray, concluye lo siguiente:⁴³

“Del mismo modo que el Parlamento no limita la soberanía que ostenta cuando se obliga a sí mismo, tampoco puede impedir que haya control judicial sobre los límites jurisdiccionales que él mismo se ha autoimpuesto. En ausencia de ese control, aquel a quien le corresponde decidir podría arrogarse poderes que el legislativo nunca le confirió. Y para que la voluntad del Parlamento quede adecuadamente objetivada en una ley, los dictados de ésta deben estar siempre al alcance de instancias judiciales dotadas de autoridad”.

Este razonamiento es convincente debido a que encaja a la perfección en la arraigada tradición constitucional a la que antes nos hemos referido. Al ser parte el poder legislativo y el poder judicial del mismo cuerpo político, y los dos con carácter esencial, considerarlos como órganos con objetivos contrapuestos es un error, ya que la razón de ser de ambos es sostener el mismo compromiso colectivo. Además, en términos puramente prácticos, los poderes parlamentarios no tendrían sentido sin actores que se encargaran de llevarlos a cabo una vez que traspasen los confines de Westminster. Para que su voluntad sea efectiva, hacen falta instancias neutrales dotadas de capacidad interpretativa. Y ello para evitar que nadie se arrogue una inmunidad de actuación en nombre de supuestas obligaciones que, en realidad, traicionan la voluntad legislativa.

El único desacuerdo que nos suscita todo esto es el polo sobre el que bascula el razonamiento y las consecuencias que se derivan sobre los principios y las prioridades constitucionales. Es incontestable que la tarea interpretativa del poder judicial está conectada con la idea de una ejecución de la ley acorde con la voluntad del Parlamento, tal y como resaltan Laws y Murray. Si bien eso es sólo una parte de la verdad, pues la soberanía parlamentaria no es una finalidad en sí misma, sino un instrumento dirigido al logro de un objetivo constitucional. Nadie

43 *Cart* [2009] EWHC 3052 (Admin)

duda que los órganos y los principios constitucionales son fundamentales, pero ni aquellos ni estos se sostienen en el vacío.

En el Reino Unido la soberanía del Parlamento deriva de la Constitución y está concebida como un medio al servicio de los objetivos del sistema político y jurídico. En este último cabe identificar un conjunto de principios igualmente esenciales, como son el Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales. Y sólo tomando en su conjunto los presupuestos y las exigencias que se derivan de todo ello pueden entenderse las polémicas que se plantean, en su sentido más amplio y profundo, a propósito de regulaciones migratorias como las contenidas en la ley sobre la seguridad en Ruanda

Si la labor interpretativa del poder judicial tuviera en el Reino Unido su fundamento principal o exclusivo en el hecho de propiciar el ejercicio de la soberanía parlamentaria, entonces sería difícil que pudiera actuar como un baluarte contra los ataques inflingidos a los derechos humanos. Sólo serviría, dicho de otro modo, para sostener una concepción objetiva del Estado de Derecho, basada en el positivismo jurídico, del estilo descrito por Raz (2009). Pero imbuido en la esencia misma de la Constitución británica está el compromiso con el sostenimiento de ciertos valores, como los que consisten en el respeto de los derechos humanos y sus garantías. Esos valores han tenido reflejo desde siempre en los dictados de los órganos judiciales, incluido el Tribunal Supremo⁴⁴, y en documentos de tanta trascendencia simbólica y jurídica como la Magna Carta de 1215. Entre estos derechos se encuentra el acceso a un juicio justo, tal y como afirmó expresamente el Tribunal Supremo en 2017, en el caso *UNISON*. En esta sentencia, los jueces se cuidaron de vincular la *ratio decidendi* del caso en el derecho al juicio justo tradicional del *Common Law*, limitándose a indicar que un análisis desde la perspectiva del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos les habría llevado a la misma conclusión.

Esto viene a demostrar que la función interpretativa del poder judicial no es sólo un instrumento para dar efectividad a la soberanía del Parlamento, sino un cauce mediante el cual se asegura también el respeto de las garantías constitucionales. Y lo que ello pueda tener de complejo procede de los debates que se suscitan a propósito de la naturaleza y alcance de dicha función, en parte como consecuencia de la falta de un documento codificado que plasme los valores y las garantías de manera incontestable. Dicho en otros términos, si afirmamos que la Constitución británica incorpora en su esencia una cierta interpretación subjetiva

44 *R (UNISON) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51

del Estado de Derecho, ¿cómo pueden discernirse y articularse los valores que la inspiran y cómo pueden ir evolucionando al hilo de los cambios sociales?

Lo cierto es que el Parlamento, en el que la supremacía sustantiva la tiene ahora una Cámara de elección democrática, tiene un papel vital a la hora de impulsar la evolución jurídica, de los valores del ordenamiento jurídico como reflejo de las necesidades dinámicas de una sociedad y una cultura en constante evolución. Esta consideración nos devuelve a una realidad concreta, la de los instrumentos legislativos relativos al asilo y a la inmigración, que es la que hemos tenido en el trasfondo de este artículo. La pregunta, en definitiva, sería: ¿qué es lo que denota la voluntad reiteradamente mostrada por el Parlamento de reafirmar su concepción de los derechos plasmada en leyes y de situarla a resguardo de los controles judiciales?

5. Conclusión

El conflicto a propósito de la ley sobre Ruanda podría ser visto como una colisión frontal entre los derechos humanos recogidos en los acuerdos internacionales, la Ley de Derechos Humanos de 1998 y el propio *Common Law*, por un lado, y la expresión de voluntad de la Cámara de los Comunes con el aval de la elección democrática, por otro.

La disposición para imponer a la fuerza determinados objetivos políticos desentendiéndose de las violaciones de los derechos humanos que ello pudiera causar revela cierta faceta oscura de la democracia y de los peligros que se derivan de emprender la senda del populismo. Ni que decir tiene que quienes defienden tales políticas siempre podrán argumentar que la descalificación de las mismas bajo la despreciativa etiqueta de populistas, es sólo la expresión del resentimiento causado por haber sido derrotadas en el debate político o no haber encontrado el favor de las urnas. Quienes apoyan el plan Ruanda ven en él un instrumento plenamente viable y “humanitario”, por cuanto lo contemplan como la respuesta al fracaso de las tácticas anteriores para evitar que pequeñas embarcaciones en manos de traficantes crucen el Canal de la Mancha, con el sufrimiento y la pérdida de vidas humanas que ello conlleva. Sin embargo, incluso aquellos que están convencidos de la pertinencia de esta manera de ver las cosas deberían plantearse la cuestión de los límites de la soberanía parlamentaria. Porque, de no haberlos en el terreno dogmático, ¿a quién le correspondería poner reparos a una ley en virtud de la cual las minorías étnicas fueran recluidas en campos de concentración o las personas de más de ochenta años fueran víctimas sis-

temáticas de planes eutanásicos?

Mientras que para algunos las políticas plasmadas en el plan Ruanda eran, en el caso de materializarse, una vía directa hacia el terremoto constitucional, otros vaticinaron, de manera más cautelosa, que el conflicto acabaría por remansarse. Como sostiene Napley, en realidad los tribunales no se enfrentan a una elección tajante entre aceptar la voluntad del Parlamento y plegarse a la cláusula de exclusión, o bien responder con una decisión tan “cataclísmica” como declarar inconstitucional y nula la legislación de referencia. Y en este sentido cabe resaltar que Ley sobre la seguridad en Ruanda no declaró inaplicable el artículo 4 de la Ley de Derechos Humanos de 1998, lo que significa que la declaración de incompatibilidad entre la ley y el Convenio era una alternativa disponible para los jueces.

En resumen, lo que nos parece más probable es que los tribunales británicos, en lugar de activar el botón de la “guerra nuclear” declarando la nulidad de la ley en alguna de sus variantes, se decanten por dar un disparo de advertencia, y que ello sea suficiente como para que tanto el ejecutivo como el legislativo atemperen sus posiciones. De hecho ya hay una relevante toma de postura al respecto. En una sentencia fechada el 13 de mayo de 2024, el Tribunal Superior de Justicia (High Court) de Irlanda del Norde ha declarado que la ley no resulta allí de aplicación. Y ello porque, según el juez Humphreys, la ley sitúa el nivel de protección de los derechos por debajo de lo pactado para aquel territorio en el marco jurídico *ad hoc* post Brexit, poniendo en peligro la vigencia de los Acuerdos de paz del “Viernes Santo”⁴⁵.

Pero de ser así las cosas, y dándolas por previsibles a corto o incluso a medio plazo, el conflicto abierto por la Ley sobre la seguridad en Ruanda dejaría sin resolver las preguntas básicas que continúan abiertas. ¿Quiénes son los guardianes últimos de los derechos constitucionales básicos? Responder esta pregunta en el contexto británico es complicado, no tanto por la naturaleza no codificada de lo constitucional, sino porque falta voluntad para retomar los debates sobre las cuestiones últimas e incómodas que se llevan orillando desde los compromisos alcanzados en 1688 tras la Gloriosa Revolución. En lugar de realizar en aquel momento un tajante “reseteo”, se optó por conservar los rasgos externos de un sistema de impronta medieval, si bien es verdad que tal sistema se ha mostrado

45 Caso *Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review in the Matter of an Application by JR295 and in the Matter of the Illegal Migration Act 2023* [2024] NIKB 35. En realidad, el caso se refiere a las cláusulas de la *Illegal Migration Act* que dan cobertura a la deportación. Y se trata de una línea jurisprudencial que confirma la adoptada poco antes por el mismo tribunal en la sentencia recaída en el caso *Dillon* (Véase sobre esto Deb y Murray, 2024 a y Deb y Murray, 2024 b)

encomiablemente compatible con el despliegue progresivo de un marco democrático liberal perfilado a base de conflicto y negociación.

Que una forma de gobierno tan peculiar e idiosincrática como esta sea o no capaz de mantener sus señas de identidad en los años venideros tampoco lo sabemos. Pero al menos podemos dar por sentadas un par de certezas con las cuales pondremos punto final al presente trabajo. La primera es que, al momento de escribir estas líneas, ningún solicitante de asilo había sido derivado a Ruanda, pese a la sostenida declaración de intenciones al respecto por parte del Gobierno. Es más: tras la disolución del Parlamento en el mes de mayo de 2024, el primer ministro, Rishi Sunak, hizo de las deportaciones una cuestión importante de su programa electoral, prometiendo que los vuelos se llevarían a cabo en el caso de resultar reelegido. Ello vendría a demostrar que las respuestas dadas por los jueces al plan Ruanda tuvieron algún efecto. Pero también permite constatar la peligrosa deriva que tomó todo el asunto: la de solicitar el apoyo de los electores para unas políticas **más simbólicas que efectivas** y claramente conflictivas con el respeto de los derechos humanos.

Y la segunda y última nos lleva a resaltar que las respuestas judiciales de inmediato y largo aliento a las que hemos aludido en el presente trabajo no son el reflejo de una nueva cultura judicial propiciada por la Ley de 1998. Más bien, las cláusulas de exclusión, así como la intrincada danza entre el poder judicial y los otros poderes, particularmente el legislativo, se encuentran entre las señas genéticas de la Constitución británica. Mantener en vigor el principio de soberanía parlamentaria sin que ello suponga desmerecer el compromiso con las garantías de los derechos son dos condiciones imprescindibles si lo que se pretende es poner coto al camino que conduce hacia una erosión irreversible del edificio democrático.

REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

Abrisketa Joana (2024), “Reino Unido adopta una ley controvertida para deportar emigrantes a Ruanda”, *Agenda Pública*, 25 de abril.

Allan Trevor (2023), “Constitutionalism at Common Law: The Rule of Law and Judicial Review”, *Cambridge Law Journal*, 82(2).

Cowell Frederick (ed) (2017), *The Case Against the 1998 Human Rights Act*, Milton Park, Taylor and Francis.

Crumney Conor (2024), “The Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill and the Judicial Disapplication of Statutes”, *UK Const Law Association*, 26 de marzo.

Daly Eoin (2020), “Constitutionalism and Crisis Narrativ in Post-Brexit Politics”, *Political Studies*, 68.

Deb Anurag y Murray Colin (2024 a), “The Dillon Judgement, Disapplication of Statutes and Article 2 of Northern Ireland Protocol/Windsor Framework”, *EU Law Analysis*, 8 de marzo.

Deb Anurag y Murray Colin (2024 b), “The Illegal Migration Act and its inevitable fate in Northern Ireland: Re NIHRC & JR295’s applications for judicial review”, *Electronic Immigration Network*, 30 de mayo.

Díaz Revorio Francisco Javier (2021), “De la dignidad a las medidas anti-discriminatorias: reflexiones sobre los derechos de los migrantes”, en José María Porras (dir.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y en España. Estudio de sus derechos*, Cizur, Aranzadi.

Elliott Mark (2017), “The Supreme Court’s Judgment in Miller: In Search of Constitutional Principle”, *Cambridge Law Journal*, 257.

Elliott Mark (2023), “Are we Headed for a Constitutional Crisis?”, *The Telegraph*, 12 de diciembre.

Fasel Raffael (2024), “Ouster Clauses and the Silent Constitutional Crisis”, *U.K. Const. Law Association*, 20 de febrero.

Fernández Alles Joaquín (2024), “El Pacto sobre Migración y Asilo: un asunto constitucional para la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, 125.

Finnis John (2019), “The unconstitutionality of the Supreme Court’s prorogation judgment”, *policyexchange.org.uk*.

Foram Michael (2023), “A Great Forgetting: Common Law, Natural Law and the Human Rights Act”, en Johnson, R. y Yuan Y. Z. (eds.) *Sceptical Perspectives on the Changing Constitution of the United Kingdom*. Oxford, Hart.

Fortin Marie-France (2024), *The King Can Do No Wrong: Constitutional Fundamentals, Common Law History and Crown Liability*, Oxford, OUP.

Gee Graham y McCorkindale Chris (2019), “The Political Constitution at 40”, *U.K. Const. Law Association*, 3 de junio.

Gleeson Madeline y Konstadinides Theodore (2024), “The UK’s Rwanda policy and Lessons from Australia”, *U.K. Const. Law Association*, 14 de marzo.

Griffith John (1979), “The Political Constitution”, *The Modern Law Review*, 42.

King Jeff (2024), “The House of Lords, Constitutional Propriety and the Safety of Rwanda Bill”, *UK Const. Law Association*, 26 de enero.

Kochenov Dimitry (2019), *Citizenship*, Cambridge, MIT.

Laws, John (2020), *The Constitutional Balance*. Oxford, Hart.

Lock Daniella (2024) “UK Government Assessments of Risk Refugees and ECHR Constraints on UK Immigration Policy in the Rwanda Rulings”, *U.K. Const. Law Association*, 7 de febrero.

Loughlin Martin (2023) *The British Constitution. A Very Short Introduction*, OUP, 2023.

López Ulla Juan Manuel (2024), *Políticas migratorias, derechos y valores*, Valencia, Tirant.

Murray Philip (2024), “Cart Revisited: Ouster Clauses and the Upper Tribunal” *Cambridge Law Journal*, 83(1).

Napley Kingsley (2024), “The Rwanda Act: A Constitutional Crisis” *New Law Journal*, May.

Okoth Felicity (2023) “A No-Win Situation. Deconstructing the Efficacy of EU Externalization Policies from an African Perspective”, *Policy Brief de la Foundation of European Progressive Studies*.

Osso Berfin (2023) “Unpacking the Safe Third Country Concept in the European Union: Borders, Legal Spaces, and Asylum in the Shadow of Externalization”, *International Journal of Refugee Law*, 35.

Parkes Joseph (2023), *A History of the Court of Chancery*, Creative Media Partners, London.

Raz Joseph (2009), *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, OUP.

Robottom James (2024) “The Safety of Rwanda Act, Slavery and the Common Law”, *UK. Const. Law Association*, 25 de abril.

Sedley Stephen (2015), *Lions Under the Throne: Essays on the History of English Public Law*, Cambridge, CUP.

Sirota Léonid (2021) “The case of the prorogations and the political constitution”. *Journal of Commonwealth Law*, 3 (1).

Tucker Adam (2023) “The Rwanda Policy, Legal Fictions and Parliamentary Authority”, *U.K. Const. Law Association*, 22 de noviembre.

Vírgala Eduardo (2018) *La Constitución británica en el siglo XXI. Soberanía parlamentaria, constitucionalismo common law y leyes constitucionales*, Madrid, Marcial Pons.

Walace Stuart (2024) “The Rwanda Bill: A Constitutional Tipping Point?”, *The Constitution Society*, 14 de febrero.

EL FUNCIONAMIENTO DEL PARLAMENTO VASCO EN PERÍODO DE EXCEPCIÓN:
LECCIONES APRENDIDAS Y ASIGNATURAS PENDIENTES 1

THE FUNCTIONING OF THE BASQUE PARLIAMENT DURING STATES OF
EMERGENCY: LESSONS LEARNED AND PENDING ISSUES

Luis I. Gordillo Pérez²

Universidad de Deusto

gordillo@deusto.es

<https://orcid.org/0000-0002-8200-232X>

Cómo citar/Citation

GORDILLO PÉREZ, L. I., “El funcionamiento del parlamento vasco en período de excepción: lecciones aprendidas y asignaturas pendientes”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*. Cortes de Castilla – La Mancha – UCLM, nº 25, 2024

Recibido: 25-06-2024

Aceptado: 01-09-2024

Resumen: Este trabajo analiza algunas de las cuestiones fundamentales que se suscitaron con motivo de la anulación de la primera convocatoria de las elecciones al parlamento vasco que habrían de alumbrar la que ha sido la XII Legislatura (2020-2024). Así, este estudio profundiza en cuatro de los problemas de naturaleza jurídico constitucional que se plantearon con motivo de la anulación de la primera convocatoria electoral para las elecciones al Parlamento Vasco que estaban previstas para el 5 de abril de 2020 y que, al igual que en el caso de Galicia, se acabaron anulando. Además de la cuestión jurídica relativa a la anulación de la convocatoria en sí misma, se profundiza en tres cuestiones que el Parlamento Vasco o, mejor dicho, la Mesa, resolvió en falso: las competencias de la Diputación permanente en este anodino período, la celebración de sesiones telemáticas y la delegación del voto de los parlamentarios (antes y después de la celebración de las elecciones).

1 Una versión inicial de este trabajo se presentó como comunicación al XXI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España “Constitución y elecciones”, Universidad de Valladolid-Cortes de Castilla y León, 7-8 marzo 2024.

2 El autor ha sido parlamentario vasco durante la XII Legislatura (2020-2024). El decreto por el que se puso fin a la misma se publicó en el *Boletín Oficial del País Vasco*, núm. 42, 27 febrero 2024 (Decreto 7/2024, de 26 de febrero, del Lehendakari, por el que se disuelve el Parlamento Vasco y se convocan elecciones).

Palabras clave: Elecciones, Derecho parlamentario, Estado de alarma, Diputación permanente

Abstract: This paper analyzes some of the fundamental questions that arose due to the cancellation of the first call for the elections to the Basque Parliament that were to illuminate what was the XII Legislature (2020-2024). Thus, this study delves into four of the problems of a constitutional legal nature that arose due to the cancellation of the first electoral call for the elections to the Basque Parliament that were scheduled for April 5, 2020 and that, as in the case of Galicia, they ended up being annulled. In addition to the legal question related to the annulment of the call itself, we delve into three issues that the Basque Parliament or, rather, the Presidium ('Mesa'), resolved wrongly: the powers of the permanent deputation in this anodyne period, the celebration of telematic sessions and the delegation of the vote of parliamentarians (before and after the elections).

Key words: Elections, Parliamentary law, State of alarm, Parliament

SUMARIO

1. Anulación de la convocatoria electoral y necesidad de adaptación.

2. Las competencias de la Diputación Permanente.

3. La celebración de sesiones telemáticas.

4. La delegación del voto de los parlamentarios.

5. Epílogo.

Bibliografía

1. anulación de la convocatoria electoral y necesidad de adaptación.

El 10 de febrero de 2020, el *Lehendakari* del Gobierno Vasco decidió adelantar las elecciones autonómicas y, al igual que su homólogo gallego, disolver el parlamento autonómico y convocar elecciones que se celebrarían el 5 de abril de 2020³.

Sin embargo, la declaración de la pandemia global por la OMS, el estado de alarma, el empeoramiento de la situación sanitaria y toda la incertidumbre que ello conllevaba, llevaron al ejecutivo a plantearse posponer la cita con las urnas. La legislación electoral no incluía, ni incluye en la actualidad, disposiciones normativas que permitan suspender, posponer o anular una cita electoral, una vez que se ha procedido a disolver el parlamento autonómico. La única medida relacionada se contiene en la ley del referéndum, que prohíbe la celebración de consultas «en ninguna de sus modalidades durante la vigencia de los estados de excepción y sitio en alguno de los ámbitos territoriales en los que se realiza la consulta o en los noventa días posteriores a su levantamiento». Además, prosigue el artículo cuarto de esta norma, «si en la fecha de la declaración de dichos estados estuviere convocado un referéndum, quedará suspendida su celebración, que deberá ser objeto de nueva convocatoria»⁴.

Ante esta situación, el *Lehendakari* convocó a los partidos el 15 de marzo de 2020 para «consensuar la no celebración de las elecciones autonómicas el 5 de abril»⁵. En esa reunión, el Gobierno Vasco compartió con los asistentes las conclusiones de un primer informe elaborado por el Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco y fechado a 13 de marzo de 2020 en el que se analizaba la situación y se planteaban posibilidades para posponer las elecciones. Quizá el párrafo de más interés es aquel en el que se aseveraba que «en presencia de la laguna legal que obliga a colmar el régimen legal vigente por aplicación de los mecanismos de integración del ordenamiento jurídico como son los principios generales (art 1 del Código civil), la interpretación, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, el espíritu y finalidad de las normas, y la equidad en la aplicación de la Ley (art. 3 del Código civil) o la analogía y aplicación extensiva de los supuestos legales a casos no expresamente previstos en los mismos (art. 4 del Código civil), creemos que tiene en este caso sentido afirmar que por la entrada en vigor del Decreto de disolución del Parlamento, el *Lehendakari* no se ve desposeído de ninguna de las facultades que le otorga el ordenamiento jurídico, como es singularmente la facultad de convocar elecciones y fijar la fecha de los comicios».

Además, y a propósito del Decreto de disolución y convocatoria de elecciones vigente, el dictamen añadía que «la vigencia de dicho Decreto de convocato-

ria está sometido a las mismas normas que disciplinan la eficacia general y la vigencia de las normas jurídicas, y puede ser revisada, anulada o, como defendemos ahora, revocada por otro acto posterior del mismo o mayor rango, dentro de los mecanismos normales que prevé el ordenamiento jurídico». En este informe se planteaban también modificaciones legales e incluso la curiosa alternativa de que el decreto de anulación de las elecciones fuese aprobado por el «Consejo de Gobierno» y no tanto por el *Lehendakari*⁶.

En esta reunión, los asistentes, que eran los actores políticos que tenían representación parlamentaria, tras consensuar la «no celebración» de las elecciones, plantearon al Gobierno Vasco una serie de cuestiones de tipo concreto. Éstas eran las siguientes:

Si la Diputación Permanente del Parlamento Vasco tiene capacidad para legislar y, en concreto, para reformar la ley electoral vasca.

Si «dejar sin efecto la convocatoria electoral» supone suspender el proceso ya iniciado (con la consiguiente posibilidad de retomarlo posteriormente) o si ello suponía anular la convocatoria, con lo que habría que iniciar un nuevo proceso desde el principio.

De aceptar la primera posibilidad de la cuestión anterior, «si aplazar las elecciones, supone retomar el proceso ya iniciado en el mismo punto en el que se encontraba en el momento del aplazamiento».

Estas cuestiones fueron respondidas a través de otro informe jurídico del Gobierno Vasco, en este caso, emitido «tras haber recabado la opinión de los Servicios Jurídicos del Parlamento Vasco y resultando unánime y compartida con ellos la argumentación y conclusiones de este informe, sin perjuicio de que no se incluya en la firma a sus Servicios Jurídicos al objeto de preservar la independencia de la institución parlamentaria»⁷.

En cuanto a la primera de las cuestiones (sobre la capacidad de la Diputación permanente para legislar), el informe gubernamental, citando parte del razonamiento de otro informe de los servicios jurídicos del Parlamento Vasco, respon-

6 *Informe del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco sobre la gestión de la convocatoria electoral 2020 al Parlamento Vasco y el contexto actual de crisis de salud pública*, Vitoria, 13 de marzo de 2020, pp. 6-7.

7 *Informe jurídico a los partidos políticos sobre gestión de la convocatoria electoral 2020 al Parlamento Vasco y el contexto actual de crisis de salud pública*, Vitoria, 17 marzo 2020, y disponible en <<https://shorturl.at/dlvDJ>>.

dió negativamente a esta cuestión⁸. Resulta, cuando menos, curioso, que el informe del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco, que tiene fecha de 17 de marzo de 2020 y que sirvió en gran medida para justificar el Decreto de anulación de la convocatoria electoral, cite parte del informe de los Servicios Jurídicos del Parlamento Vasco, cuando este último informe tiene fecha posterior (31 de marzo de 2020) y no sería hasta la reunión de la Mesa de la Diputación Permanente de 1 de abril de 2020 cuando se analizó y se «tomó conocimiento» de dicho informe por parte del órgano que lo encargó.

Toda esta información fue enviada a la Junta Electoral de Euskadi, por conducto de su presidente y también presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, junto con una misiva del *Lehendakari* en el que participaba al órgano electoral del acuerdo con los partidos y la propuesta de decreto para dejar sin efecto la convocatoria inicial⁹. La Junta Electoral, a través de unos acuerdos más pragmáticos que jurídicos, y en sesión celebrada el 17 de marzo de 2020 «comparte el consenso de las fuerzas políticas en cuanto a la imposibilidad de proseguir el desarrollo electoral en las actuales circunstancias» y, en consecuencia, «considera legítima, proporcionada y conforme a derecho la propuesta de dejar sin efecto la celebración de las elecciones» convocadas para el 5 de abril de 2020¹⁰.

De los acuerdos alcanzados por la Junta Electoral de Euskadi destacan dos razonamientos. En primer lugar, el órgano electoral considera que «dejar sin efecto la convocatoria electoral significa efectivamente ‘anular la convocatoria con la obligación de convocar una nueva’». Y, en segundo lugar, la Junta Electoral, intentando llenar el vacío jurídico que habilitara al *Lehendakari* para actuar en este sentido, «expresa como fundamento suficiente de esta posición» tres elemen-

8 *Vide* los acuerdos de Mesa de la Diputación Permanente de 24 de marzo de 2020 en los que el órgano rector acordó, a petición de un grupo de parlamentarios, «solicitar un informe jurídico en el que se analicen y delimiten las competencias de la Diputación Permanente». Igualmente, *vide* el *Informe jurídico de análisis y delimitación de las competencias de la Diputación Permanente*, Servicios Jurídicos del Parlamento Vasco, Vitoria, 31 de marzo de 2020. Este informe, disponible en <<https://shorturl.at/aelR9>> fue, además, publicado, con nota introductoria del Letrado Mayor, como ITURBE MACH, A., “Informe jurídico de análisis y delimitación de las competencias de la Diputación Permanente (Parlamento Vasco. 31.3.2020)”, *Legebiltzarreko Aldizkaria / Revista del Parlamento Vasco. LEGAL*, núm. 3, 2022, pp. 260-273.

9 *Vide* la misiva del *Lehendakari* junto con el *Acuerdo adoptado en reunión con los partidos y acompañado del informe de Situación del Viceconsejero de Salud sobre la expansión del Coronavirus Covid-19*, Vitoria, 16 marzo 2020 y disponible en <<https://shorturl.at/DORZ7>>

10 Acuerdos de la Junta Electoral de la CAPV, en sesión celebrada el día 17 de marzo de 2020, disponible en <<https://www.legebiltzarra.eus/portal/es/web/eusko-legebiltzarra/parlamentarios-y-organos/jeca/acuerdos>>

tos: la declaración de emergencia sanitaria, el acuerdo alcanzado entre los partidos políticos y, finalmente, el «equilibrio entre poderes», para lo que considera necesario que «el control democrático siga ejerciéndose y que la información que el Gobierno debe remitir al Parlamento permita su ejercicio».

Estos acuerdos de la Junta Electoral avalaron la anulación de la convocatoria electoral y la posterior convocatoria “en segunda vuelta” y en este sentido cabe resaltar que hubo un amplio consenso político e incluso jurídico sobre la decisión final de anular la convocatoria, aunque algunas voces se pronunciaron por otros mecanismos. Sin embargo, como se verá en el apartado posterior, el cumplimiento del tercer elemento, relativo al control parlamentario del gobierno, resultó más complejo y su sustanciación sólo se materializaría parcialmente¹¹.

Más adelante, el *Lehendakari* convocó a los partidos políticos el 30 de abril de 2020¹², donde ya se propuso celebrar las elecciones antes de agosto y, tras otra reunión el 14 de mayo, finalmente, se acabarían convocando elecciones para el 12 de julio «porque se considera que, si se respetan las medidas de higiene y distanciamiento físico prescritas por las autoridades sanitarias, es en verano cuando la evolución de la epidemia alcanzará las cifras más bajas (...)».

En todo caso, en el propio decreto de convocatoria se establecía que «si un hipotético rebrote empeorase de manera sobrevenida las condiciones de salud pública, dificultando la celebración de los comicios en la fecha señalada, se volvería a dejar sin efecto la convocatoria, posponiendo la votación a una fecha posterior que ofreciera las debidas garantías sanitarias»¹³.

Junto con la convocatoria, se aprobó una resolución específica del viceconsejero de Salud en el que contenía unas directrices sanitarias específicas «para la celebración de las elecciones al parlamento vasco convocadas para el próximo 12 de julio de 2020»¹⁴.

11 LÓPEZ BASAGUREN, A., “Sobre elecciones en tiempo de pandemia: a propósito de la suspensión de las elecciones en Euskadi y Galicia y de la anulación de la suspensión de las elecciones en Cataluña”, *Legebiltzarreko Aldizkaria / Revista del Parlamento Vasco. LEGAL*, núm. 2, 2021, pp. 136-171; CEBRIÁN ZAZURCA, E., “Covid-19 y anulación de procesos electorales autonómicos en País Vasco y Galicia”, *Revista general de derecho constitucional*, núm. 33, 2020.

12 *Vide* la nota de prensa junto con toda la documentación que se trasladó a los partidos, disponible en <<https://www.irekia.euskadi.eus/es/news/61567-lehendakari-convoca-los-partidos-politicos-una-nueva-reunion-mayo-para-analizar-fecha-las-elecciones>>

13 Decreto 11/2020, de 18 de mayo, del Lehendakari, por el que se convocan elecciones al Parlamento Vasco, *Boletín Oficial del País Vasco*, núm. 94, 19 mayo 2020.

14 Resolución de 25 de junio de 2020, del Viceconsejero de Salud, por la que se publican las directrices sanitarias para la celebración de las elecciones al Parlamento Vasco convocadas para el próximo 12 de

Desde un punto de vista jurídico, tres fueron los principales problemas que se suscitaron a propósito del funcionamiento del Parlamento Vasco en esta época en la que coincidieron diversas situaciones extraordinarias como fueron la pandemia y la declaración del Estado de alarma y la disolución del Parlamento.

Los problemas que se suscitaron fueron: las funciones y competencias de la Diputación Permanente, la posibilidad de celebrar sesiones telemáticas y la de delegar el voto de los parlamentarios. Estas cuestiones se suscitaron casi a la vez durante el período en el que el parlamento estuvo disuelto, pero también recuperaron su vigencia en los primeros períodos de sesiones, donde se hubo de adaptar el funcionamiento normal de un Parlamento a las excepcionales circunstancias sanitarias y de limitación de la libre circulación en el territorio de la Comunidad Autónoma.

2. Las competencias de la Diputación Permanente.

Tras la aprobación de la disolución de la Cámara vasca, se produjo el clásico acuerdo de la Mesa de la Diputación Permanente en la que se «toma conocimiento de la comunicación del Gobierno anunciando la publicación hoy, 11 de febrero de 2020, del Decreto de disolución y convocatoria de elecciones, y declara, conforme al artículo 130 del Reglamento, la caducidad de todas las iniciativas y trabajos parlamentarios pendientes a 11 de febrero de 2020, a excepción de los convenios de colaboración cuya autorización por este Parlamento se esté tramitando y las iniciativas europeas»¹⁵.

Además, de acuerdo con los artículos 66 a 68 del Reglamento del Parlamento Vasco, la disolución de la Cámara supone que se activa la Diputación Permanente, que estará en funciones hasta la sesión constitutiva de la próxima legislatura. Desde un punto de vista político, resulta interesante comprobar como la coalición de gobierno PNV-PSE, que carecía de mayoría absoluta en el pleno, sin embargo, sí que la tenía en la Mesa (2 miembros de Nacionalistas Vascos -PNV-, 1 de Socialistas Vascos -PSE-, 1 de EH Bildu y 1 de Elkarrekin Podemos) y también en la Diputación Permanente (12 miembros de 22)¹⁶.

julio de 2020, *Boletín Oficial del País Vasco*, núm. 129, 2 julio 2020.

15 Acuerdo de Mesa de la Diputación Permanente de 11 de febrero de 2020, sobre la declaración de caducidad de las iniciativas parlamentarias en trámite, como consecuencia de la disolución de la Cámara.

16 La composición de la Diputación Permanente, donde se incluye la de la Mesa, que forma parte de ella, está disponible en <https://www.legebiltzarra.eus/comorga/c_comorga_dip_L11.html>

En cuanto a la posibilidad de presentar iniciativas por parte de los miembros de la Diputación, en tanto que el resto de parlamentarios deja de serlo tras la publicación del Decreto de disolución, el acuerdo establece que «sus miembros pueden presentar las iniciativas y ejercer las facultades parlamentarias correspondientes, salvo la iniciativa legislativa, todo ello sin perjuicio de la legitimación necesaria para la convocatoria de la Diputación Permanente».

Sobre esta cuestión, siempre se han planteado problemas de interpretación, en tanto que la tradición es asumir que desaparecen los grupos parlamentarios, que son quienes en términos generales tienen la capacidad de presentar iniciativas como tales, pero, sin embargo, el artículo 66.3 del Reglamento, a propósito de la Diputación Permanente, establece que «será convocada por la presidencia (...), a iniciativa propia o a petición de dos grupos parlamentarios o de una quinta parte de sus miembros».

Sobre esta cuestión, el acuerdo de la Mesa, «siguiendo precedentes anteriores, (...) considera que, disuelto el Parlamento, es de aplicación el requisito de la quinta parte de los miembros (art. 66.3), y no, en cambio, la de dos grupos parlamentarios, entendiéndose que en este momento no existen propiamente grupos parlamentarios»¹⁷.

Parece un caso de interpretación contraria a la letra del Reglamento, aunque los servicios de la Cámara intentan reconducirlo al extraño caso de solicitud de convocatoria en un «período inter-sesiones» (v.gr. en el mes de enero o agosto), cosa extraña, porque no tiene mucho sentido convocar la Diputación Permanente cuando se puede convocar un pleno del Parlamento sin más en esas fechas¹⁸.

En circunstancias normales, y en tanto que la vida de la Diputación Permanente es limitada y los parlamentarios, además, suelen estar más centrados en las cuestiones electorales, esta interpretación limitadora de las funciones de este órgano pasaría prácticamente desapercibida. Sin embargo, las declaraciones de la emergencia sanitaria, del estado de alarma y la anulación de la convocatoria electoral añadieron presión y tensión al funcionamiento de este órgano¹⁹.

17 Acuerdo de Mesa de la Diputación Permanente de 11 de febrero de 2020. En el mismo sentido, *vide* el *Informe jurídico de análisis y delimitación de las competencias de la Diputación Permanente*, *op. cit.*, p. 6.

18 *Ibidem*.

19 CARRASCO DURÁN, M., “El parlamento en los tiempos del Coronavirus: el recurso a la Diputación permanente”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 122, 2021, pp. 119-150.

Así, por una parte, tras la declaración del estado de alarma, la Mesa de la Diputación Permanente acordó la suspensión de todos los plazos administrativos y procesales²⁰.

Sin embargo, más tarde la Mesa intentaría enmendar las consecuencias de esta situación en la que el control parlamentario al Gobierno quedaba totalmente en suspenso y, a través del acuerdo de Mesa de la Diputación Permanente de 24 de marzo de 2020, en relación con las solicitudes de información remitidas al Gobierno y su respuesta, «insta al Gobierno a que, más allá de los acuerdos adoptados el pasado día 16 de marzo respecto a la suspensión de plazos, en la medida de sus posibilidades responda a las solicitudes de información requeridas a la mayor brevedad posible, en el entendimiento de que, en la situación de excepcionalidad en la que nos encontramos, la recepción de las informaciones solicitadas es la que posibilita un adecuado control al Gobierno por parte de la Diputación Permanente»²¹.

Este acuerdo de la Mesa de la Diputación Permanente es, sin duda, tributario de los acuerdos de la Junta Electoral de Euskadi que, a la vista del trámite de audiencia «conferido» por el *Lehendakari* previo a la aprobación del Decreto que dejaba sin efecto la convocatoria electoral, «considera (...) que el necesario equilibrio entre poderes es una garantía institucional imprescindible que debe sustanciarse en un constante diálogo entre la Diputación Permanente del Parlamento Vasco y el Gobierno Vasco de modo que el control democrático siga ejerciéndose y que la información que el Gobierno debe remitir al Parlamento permita su ejercicio»²².

Por lo demás, esta situación se mantuvo hasta la constitución del nuevo Parlamento Vasco, cuya Mesa acordaría el 1 de septiembre de 2020 restablecer el plazo de quince días hábiles, desde que se produzca la constitución del Gobierno, para que el ejecutivo conteste a las preguntas por escrito.

20 Acuerdo de la Mesa de la Diputación Permanente de 16 de marzo de 2020, relativo a las medidas complementarias al plan de contingencia ante el coronavirus (covid-19), medida octava.

21 Más adelante, en su reunión del 1 de abril de 2020, la mesa reiteraría el acuerdo de 24 de marzo de 2020 «los acuerdos adoptados el pasado día 16 de marzo respecto a la suspensión de plazos, en la medida de sus posibilidades, responda a las solicitudes de información requeridas a la mayor brevedad posible, en el entendimiento de que, en la situación de excepcionalidad en la que nos encontramos, la recepción de las informaciones solicitadas es la que posibilita un adecuado control al Gobierno por parte de la Diputación Permanente». Los dos miembros de la mesa pertenecientes a partidos de la oposición votaron en contra «al entender que el correcto control al Gobierno supondría que las respuestas a las solicitudes de información y preguntas para su respuesta por escrito fueran remitidas en los plazos reglamentarios».

22 Acuerdos de la Junta Electoral de la CAPV, en sesión celebrada el día 17 de marzo de 2020, disponible en <<https://www.legebiltzarra.eus/portal/es/web/eusko-legebiltzarra/parlamentarios-y-organos/jeca/acuerdos>>

En esta tesitura, inmersos en una situación de emergencia sanitaria, con una declaración de estado de alarma vigente, un Parlamento disuelto y sin perspectivas de que se vayan a convocar elecciones en el corto plazo y con una Diputación Permanente en la que las funciones de los parlamentarios de la oposición quedan reducidas a la mínima expresión, un grupo de parlamentarios solicitó, mediante escrito de 17 de marzo, la elaboración de un informe jurídico sobre las consecuencias que el aplazamiento de las lecciones previstas para el 5 de abril de 2020 tiene en el Parlamento.

La Mesa, en su reunión del 24 de marzo de 2020, acordó «solicitar un informe jurídico en el que se analicen y delimiten las competencias de la Diputación Permanente». Este informe, elaborado por los servicios jurídicos del Parlamento, y con fecha de registro de entrada el 31 de marzo de 2020, fue «conocido» por la Mesa de la Diputación Permanente el 4 de abril de 2020, tal y como consta en los acuerdos de Mesa²³.

Mientras tanto, los miembros de la Diputación Permanente iban presentando escritos con iniciativas cada vez más parecidas a las propias de un Parlamento ordinario. Así, además de las preguntas por escrito y las solicitudes de información, los parlamentarios comenzaron a presentar proposiciones no de ley. La sustanciación de debates relativos a proposiciones no de ley en periodos de disolución del Parlamento, aunque permitido por el Reglamento, es algo excepcional²⁴.

Esta situación hizo que se planteara otra cuestión importante relativa a los mecanismos de control y al propio estatus de la oposición. Pero, desde el comienzo de este período y, especialmente, tras el informe de los servicios jurídicos del parlamento, la Mesa de la Diputación Permanente se remitía automáticamente al acuerdo de Mesa de 11 de febrero de 2020 antes citado y que, en lo relativo a la presentación de iniciativas, establecía el requisito «de la quinta parte de los miembros (art. 66.3), y no, en cambio, la de dos grupos parlamentarios, entendiéndose que en este momento no existen propiamente grupos parlamentarios». Es decir, al no existir grupos parlamentarios, se hacía necesario reunir un quinto de los veintidós miembros que componían la Diputación Per-

23 El denominado *Informe jurídico de análisis y delimitación de las competencias de la Diputación Permanente*, de 31 de marzo de 2020, fue publicado, con nota introductoria del Letrado Mayor, como ITURBE MACH, A., “Informe jurídico de análisis y delimitación de las competencias de la Diputación Permanente (Parlamento Vasco. 31.3.2020)”, *op. cit.*, pp. 260-273.

24 Así, el *Informe de análisis y delimitación de competencias de la Diputación Permanente*, *op. cit.*, pp. 14-15, recuerda los escasos precedentes que se han dado, concretamente dos proposiciones no de ley en el período entre las legislaturas VIII y IV (28 enero 2009) y una en el período entre las legislaturas IX y X (2 octubre 2012).

manente en la XI Legislatura, porcentaje que sólo alcanzaba el grupo EH Bildu entre la oposición²⁵.

Los parlamentarios pertenecientes al grupo Elkarrekin Podemos presentaron proposiciones no de ley que fueron rechazadas sistemáticamente por la mayoría de la Mesa (con el voto en contra de la secretaria segunda -adscrita al grupo Elkarrekin Podemos- y de la vicepresidenta primera -adscrita al grupo EH Bildu-). En algún caso se produjo el «préstamo de parlamentarios» y una parlamentaria de EH Bildu sumó su firma a una proposición no de ley presentada por parlamentarios del “extinto” grupo Elkarrekin Podemos, con lo que se logró su admisión a trámite²⁶.

Por otra parte, la Mesa también fue contraria a admitir que los parlamentarios de la oposición presentaran enmiendas a la totalidad a las proposiciones no de ley del grupo EH Bildu, limitando considerablemente la dinámica parlamentaria y el ejercicio de las funciones de impulso y control por parte de los parlamentarios de otros grupos²⁷.

3. La celebración de sesiones telemáticas.

Con el agravamiento de la situación sanitaria, e incluso antes de la declaración del estado de alarma, la Mesa de la Diputación Permanente comenzó a adoptar una serie de medidas destinadas a reducir la presencia física en los edificios y dependencias de la Cámara²⁸. Esta situación desaconsejaba y/o dificultaba

25 La composición de la Diputación Permanente en la XI Legislatura está disponible aquí <https://www.legebiltzarra.eus/comorga/c_comorga_dip_L11.html>

26 Acuerdo de la Mesa de Diputación Permanente de 8 de abril de 2020.

27 *Vide* los Acuerdos de Mesa de la Diputación Permanente de 16 de abril de 2020 por el que se resuelve la no admisión a trámite de enmiendas presentadas a las proposiciones no de ley. Ante la solicitud de reconsideración por parte del parlamentario afectado (Sr. Barrio Baroja), la Mesa de la Diputación Permanente «se reafirma en el acuerdo de no admisión a trámite» alegando que el Reglamento no lo permite. El acuerdo se adoptó con el voto en contra de la vicepresidenta primera y de la secretaria segunda.

28 *Vide* el Acuerdo de Mesa de la Diputación Permanente de 11 de marzo de 2020, por el que se aprueba el Plan de contingencia ante el Coronavirus (COVID-19); el acuerdo de Mesa de la Diputación Permanente de 13 de marzo de 2020, sobre la Propuesta de medidas a adoptar a raíz de la reunión del grupo de coordinación del Plan de Contingencia en relación con la situación de emergencia de salud pública derivada de la pandemia de coronavirus COVID-19, por la que se acordó el cierre de los edificios del parlamento vasco y de todos sus edificios; y, ya en pleno estado de alarma y confinamiento, el acuerdo de Mesa de la Diputación Permanente de 16 de marzo de 2020, de medidas complementarias al plan de contingencia ante el coronavirus (covid-19) aprobado por la Mesa de la Diputación Permanente el 11 de marzo de 2020 y a las medidas adoptadas a raíz de las propuestas del grupo de coordinación del plan de contingencia en relación con la situación de emergencia de salud pública aprobadas el 13 de marzo de 2020.

ba enormemente la reunión física de los miembros de la Diputación Permanente, con lo que, a propósito de la petición de una reunión de la Diputación Permanente, el día 25 de marzo de 2020, la Mesa también acordó solicitar un informe técnico y otro jurídico sobre las «posibilidades de realizar una reunión telemática de la Diputación Permanente».

Al día siguiente, el 25 de marzo, la Mesa recibió un informe presentado por el Letrado Mayor, fechado el día anterior y que concluía que «en estos momentos no se dan las condiciones, ni jurídicas ni técnicas, que permitan garantizar un debate no presencial contradictorio». La Mesa, que no tomaría conocimiento del informe hasta el día siguiente, pospuso una decisión al respecto y, así, el 26 de marzo y «ante la imposibilidad de realizar una reunión presencial de la Diputación Permanente que garantice la igualdad de participación de todos los grupos parlamentarios», la Mesa acordó realizar «una reunión informativa del lehendakari con los portavoces de los grupos para dar cumplimiento a la competencia solicitada» por uno de los grupos.

Por lo demás, y ante las dudas y reservas jurídicas que, según el informe de los servicios jurídicos del Parlamento, planteaba la celebración de reuniones telemáticas con las características habituales de una sesión parlamentaria, la Mesa transformó en una «reunión informativa» telemática lo que debería haber sido una comparecencia en toda regla²⁹.

No obstante, la Mesa de la Diputación Permanente acabaría convocando una reunión telemática de este órgano que, a todas luces se asemeja a un pleno ordinario de un Parlamento en período de sesiones³⁰.

Más adelante, con el comienzo de la XII Legislatura, el Parlamento Vasco aprobó por unanimidad una propuesta de modificación de su Reglamento que permitía adaptar el funcionamiento de la Cámara a la compleja situación³¹.

29 *Vide* el Acuerdo de Mesa de la Diputación Permanente de 26 de marzo de 2020, por el que se resuelve la convocatoria de «una reunión informativa del lehendakari con los portavoces de los grupos para dar cumplimiento a la comparecencia solicitada por EH Bildu a fin de que el lehendakari explique las medidas que el Gobierno ha tomado y va a tomar en relación con la emergencia sanitaria y el estado de alarma». En los acuerdos del mismo día figura la toma de conocimiento de los informes jurídicos y técnicos relativos a la celebración de sesiones telemáticas.

30 *Vide* el Acuerdo de Mesa de la Diputación Permanente de 8 de abril de 2020 por el que se convoca «con carácter excepcional (...) una reunión telemática de la Diputación Permanente» con un orden del día que incluye la sustanciación de 4 proposiciones no de ley.

31 Acuerdo del Pleno del Parlamento Vasco de 24 de septiembre de 2020, por el que se modifica el Reglamento, disponible en <<https://shorturl.at/dEFP4>>

Básicamente, estas modificaciones permitían que la Mesa, en algunos casos de acuerdo con la Junta de Portavoces, resolviera la posibilidad de que los parlamentarios pudieran participar en las sesiones de las Comisiones de manera telemática, aunque no podían ejercer el voto si no estaban presentes en la sala. Esta situación hizo posible que se sustanciaron abundantes comparecencias en las tramitaciones de los proyectos y proposiciones de ley, en las que el presidente y algún otro parlamentario estaban presentes y otros se podían conectar de manera telemática³².

En el caso del Pleno, sin embargo, y a pesar de que la reforma reglamentaria permitía la realización de una sesión telemática (artículo 75 bis), hasta la fecha no se ha realizado ninguna. Esta situación duraría un año, hasta que la Mesa restableció la presencialidad total en la actividad parlamentaria³³.

4. La delegación del voto de los parlamentarios.

En tanto que los informes jurídicos y resoluciones de la Mesa, y analizados en los dos apartados anteriores, condicionaban la participación telemática en las Comisiones al no ejercicio del voto por parte de los parlamentarios y, atendiendo también al hecho de que se redujo considerablemente (en torno a un 50%) el aforo en el salón de plenos del Parlamento Vasco, la solución pasaba por permitir la delegación del voto.

Mediante el acuerdo de Mesa de la Diputación Permanente de 21 de abril de 2020 se aprobó en su momento la posibilidad de delegar el voto en las reuniones que la Diputación Permanente celebrase durante el tiempo que perdure la situación de emergencia sanitaria. Y más adelante, iniciada su andadura la XII Legislatura, se efectuó la reforma reglamentaria del 24 de septiembre de 2020 permitía la delegación del voto «en situaciones excepcionales que impidan la normal presencia» de los parlamentarios en la Cámara (artículo 89.1).

32 *Vide* el acuerdo de 6 de octubre de 2020 por el que se aprueba la Instrucción de la Mesa del Parlamento Vasco por el que se regula la presencia, uso y funcionamiento de las distintas salas del Parlamento Vasco dedicadas a la actividad parlamentaria, disponible en < <https://shorturl.at/iFV45>>

33 *Vide* el acuerdo de Mesa de 27 de octubre de 2020 que, entre otras cosas, limita el aforo en las sesiones del Pleno, lo que implicará que aumenten las delegaciones de voto. Esta limitación estuvo vigente hasta el acuerdo de la Mesa de 14 de septiembre de 2021 que restablecía la presencialidad total en el pleno y en las comisiones. Igualmente, resulta de interés, el acuerdo de la Mesa de 26 de octubre de 2021 por el que se aprueba la Instrucción de la Mesa del Parlamento Vasco de 26 de octubre de 2021 por la que se regula el acceso, presencia y uso de las salas e instalaciones del Parlamento Vasco, disponible en <<https://shorturl.at/vxJ13>>

En este sentido, la Mesa aprobó, además, una serie de acuerdos en los que se regulaban los aforos de las dependencias parlamentarias, se disponían los requisitos para la participación telemática en sesiones de comisiones y se establecían los procedimientos de delegación del voto, tanto en el pleno como en las comisiones³⁴.

Como se ha avanzado *supra*, esta posibilidad de delegación del voto estuvo vigente hasta el acuerdo de la Mesa de 14 de septiembre de 2021 que restablecía la presencialidad total en el pleno y en las comisiones, con lo que en estos momentos sólo se permite la delegación en casos de baja por maternidad/paternidad, ingreso hospitalario o enfermedad grave. La delegación, por cierto, suele hacerse en favor del portavoz del grupo o de algún portavoz suplente.

Por lo demás, la reforma reglamentaria permitía incluso que la Mesa pudiera «motivadamente, autorizar la emisión del voto telemáticamente, por el procedimiento que determine» (artículo 93 del Reglamento). Sin embargo, hasta la fecha, la Mesa no ha aprobado ningún procedimiento en este sentido ni ha autorizado ninguna emisión de voto telemática, con lo que las situaciones de imposibilidad de presencia física de los parlamentarios se han resuelto a través de la delegación del voto.

No obstante, estos acuerdos de Mesa y la reforma del Reglamento, tras las recientes sentencias del Tribunal Constitucional, se confirma que la delegación del voto ha de ser excepcional y restrictiva y, en todo caso, el delegante habría de expresar previamente y de forma fehaciente el sentido del voto, lo cual exigiría establecer unos mecanismos internos en las Cámaras que garantizaran este particular, cuestión que está pendiente en la mayoría de las asambleas españolas³⁵.

34 *Vide* el acuerdo de 6 de octubre de 2020 por el que se aprueba la Instrucción de la Mesa del Parlamento Vasco por el que se regula la presencia, uso y funcionamiento de las distintas salas del Parlamento Vasco dedicadas a la actividad parlamentaria, *op. cit.*; el acuerdo de Mesa de 6 de octubre de 2020 por el que la Mesa señala que, en relación con las delegaciones de votos solicitadas, los grupos deberán comunicar el momento a partir del cual se revoca la delegación (mientras no se señale lo contrario, las delegaciones de voto seguirán en vigor); el acuerdo de Mesa de 20 de octubre de 2020 sobre la Delegación de voto en comisiones (facultaba a las mesas de las comisiones para tramitar las delegaciones de voto); y el acuerdo de Mesa de 27 de octubre de 2020 que, entre otras cosas, limita el aforo en las sesiones del Pleno, lo que supuso, lógicamente, que aumentasen las delegaciones de voto.

35 Sobre esta cuestión, *in extenso*, *vide* la STC 65/2022, de 31 de mayo, ECLI:ES:TC:2022:65 y la STC 96/2022, de 12 de julio, ECLI:ES:TC:2022:96. Para un análisis, ORTEA GARCÍA, E., “La delegación de voto en los Parlamentos autonómicos: ¿sentencia de muerte? La nueva jurisprudencia de las SSTC 65/2022, 96/2022 y concordantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 127, 2022, pp. 317-343; ALBA BASTARRECHEA, E., “La indelegabilidad práctica del voto parlamentario: comentario a la Sentencia 65/2022, de 31 de mayo, del Tribunal Constitucional”, *Legebiltzarreko Aldizkaria / Revista del Parlamento Vasco. LEGAL*, núm. 4, 2023.

5. Epílogo.

La gestión de la crisis derivada de la Covid-19 ha tenido muchas derivadas y muchas aristas. Por una parte, se tensó increíblemente la normativa electoral, particularmente en lo relativo a la anulación o ‘cancelación’ de las elecciones vascas y gallegas previstas inicialmente para el 5 de abril de 2020³⁶.

El gran consenso político existente sobre lo inadecuado de continuar con el proceso electoral que los decretos de disolución y convocatoria iniciaron evitó quizá un mayor debate social y jurídico relativo a la capacidad de un gobierno de interrumpir un proceso de estas características, sus limitaciones y sus consecuencias. Los decretos de los gobiernos vasco y gallego utilizaron la expresión “dejar sin efecto” la celebración de las elecciones³⁷.

Ciertamente, los efectos fueron los de una anulación en toda regla, en tanto que se suspendieron los procesos administrativos que acompañan a todo proceso electoral (subvenciones, logística, personal...). Así, por ejemplo, se dejó sin efecto el sorteo efectuado por los ayuntamientos que determinó la composición inicial de las mesas electorales y, posteriormente, hubo que realizar de nuevo el sorteo³⁸.

Quizá los servicios jurídicos de los gobiernos autonómicos afectados evitaron emplear el término anulación en tanto que ya no era posible reconstituir los parlamentos ya disueltos con su composición anterior, aunque estos aseguraron la continuidad de las asambleas a través de sus respectivas diputaciones permanentes. Como se ha apuntado, las mesas de los parlamentos afectados, particularmente del vasco, que es el que ha servido de objeto de análisis en este trabajo, debieron de haber evitado interpretaciones tan limitadoras de los derechos de los

36 En este sentido, *vide* las consideraciones de BARRAT ESTEVE, J., “¿Pueden cancelarse unas elecciones?”, *Revista de Derecho*, Vol. 21/1, 2020, pp. 43-70.

37 Decreto 7/2020, de 17 de marzo, del Lehendakari, por el que deja sin efecto la celebración de las elecciones al Parlamento Vasco del 5 de abril de 2020, debido a la crisis sanitaria derivada del Covid-19, y se determina la expedición de la nueva convocatoria (*Boletín Oficial del País Vasco*, núm. 55, 18 marzo 2020) y Decreto 45/2020, de 18 de marzo, por el que se deja sin efecto la celebración de las elecciones al Parlamento de Galicia de 5 de abril de 2020 como consecuencia de la crisis sanitaria derivada del COVID-19 (*Diario Oficial de Galicia*, núm. 54-Bis, 18 marzo 2020).

38 Así, *vide*, por ejemplo, el Acta de la sesión extraordinaria del pleno del ayuntamiento de Lejona/Leioa de 10 de marzo de 2020 para designar a los presidentes y vocales de las mesas «para las próximas elecciones al Parlamento Vasco, a celebrar el 5 de abril de 2020» (expediente 2020/3D/SESPLE), disponible en <<https://shorturl.at/vLRS2>> y el Acta de la sesión extraordinaria del pleno del ayuntamiento de Lejona/Leioa de 16 de junio de 2020 para designar a los presidentes y vocales de las mesas «para las próximas elecciones al Parlamento Vasco, a celebrar el 12 de julio de 2020» (expediente 2020/6N/SESPLE), disponible en <<https://shorturl.at/bcvX3>>.

grupos parlamentarios en las labores de control al gobierno, y esa es una de las críticas fundamentales que aquí se apuntan.

Nadie puede prever este tipo de situaciones, pero sí que es posible realizar interpretaciones de las normas existentes, particularmente en el ámbito parlamentario, para mantener en la medida de lo posible el funcionamiento normal de las instituciones y, particularmente, asegurar el control parlamentario del ejecutivo. En este sentido, la experiencia ha demostrado que las decisiones de la mesa del Parlamento vasco fueron más bien representativas de la mayoría política existente y no tanto decisiones de tipo jurídico que tendieran a mantener la posición institucional del parlamento como órgano de control del gobierno. Con las mismas normas y un mayor sentido institucional, como el que se observó en otras latitudes, se habría alcanzado un resultado bien distinto³⁹.

Por otra parte, el Estado de las autonomías ha mostrado ampliamente sus carencias y, especialmente, su falta de mecanismos de coordinación adecuados⁴⁰. Además, se ha observado una manifiesta incapacidad para actualizar normas que necesitaban una reforma urgente, como la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública o la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. La insuficiente base jurídica o la ausencia de regulación de situaciones excepcionales (como la necesidad de anular una convocatoria electoral) tensaron de manera imparable la estructura jurídica e institucional⁴¹.

39 GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “La ductilidad del Derecho Parlamentario en tiempos de crisis. Actividad y funcionamiento de los parlamentos durante el estado de alarma por COVID-19”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 46, 2020, pp. 271-308; GRIGLIO, E., “Parliamentary Oversight under the Covid-19 Emergency: Striving against Executive Dominance”, *The Theory and Practice of Legislation*, Vol. 8/1-2, 2020, pp. 49-70; KETTEMANN, M. C.; LACHMAYER, K. (Eds.), *Pandemocracy in Europe: power, parliaments and people in Times of COVID-19*, Hart, Oxford, 2021; BOLLEYER, N.; SALÁT, O., «Parliaments in Times of Crisis: COVID-19, Populism and Executive Dominance», *West European Politics*, Vol. 44/5-6, 2021, pp. 1103-1128; HÖHNE, B., “Los parlamentos de los Länder de la RFA y la política de emergencia en la pandemia de la Covid 19”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 23, 2022, pp. 7-33.

40 También en EE UU se han observado problemas similares. En este sentido, *vide* FEDERMAN, P. S.; CURLEY, C., “Exploring Intra-State Tensions in Government Responses to COVID-19”, *Publius: The Journal of Federalism*, Vol. 52/3, 2022, pp. 476-496; STEYTLER, N., “Federalism under Pressure. Federal ‘health’ factors and ‘co-morbidities’”, STEYTLER, N. (Ed.), *Comparative Federalism and Covid-19. Combating the Pandemic*, Routledge, London, 2021, pp. 396-422; VAMPA, D., “COVID-19 and Territorial Policy Dynamics in Western Europe: Comparing France, Spain, Italy, Germany, and the United Kingdom”, *Publius: The Journal of Federalism*, Vol. 51/4, 2021, pp. 601-626.

41 En este sentido, resultan de interés las reflexiones contenidas en TAJADURA TEJADA, J., “El Estado de Derecho frente al COVID”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 120, 2021, pp. 137-175.

En el caso específico de Euskadi, se observó un esfuerzo especial por parte del Gobierno Vasco en mantener una suerte de dualismo jurídico, estableciendo una suerte de transposiciones de normativas nacionales que ya resultaban de aplicación en el territorio de la Comunidad Autónoma, decretando situaciones de «emergencia sanitaria» en paralelo al estado de alarma que en la práctica no suponían más que coordinar a los distintos departamentos del gobierno en la lucha contra la pandemia o estableciendo planes («Bizi Berri»⁴²) que se superponían a las distintas fases de desescalada reguladas por la normativa nacional.

Además, la crisis sanitaria y su gestión han contribuido también a alertar sobre la necesidad que tienen los gobiernos de rendir cuentas ante el parlamento y, en este sentido, resulta capital que los parlamentos cuenten con unas normativas que les permitan ejercer la labor de control de la actividad gubernativa, manteniendo el pluralismo político y haciéndose eco de los problemas y preocupaciones sociales.

En este sentido, las mayorías que sustentan a los gobiernos, o los gobiernos que controlan a las mayorías, pueden estar tentadas de limitar estas importantes funciones, sobre todo a través de interpretaciones interesadas de los reglamentos operadas por las Mesas.

Es aquí donde se echa en falta un mayor control de la juridicidad de las decisiones de los órganos rectores de las Cámaras, aspecto que en nuestro país es siempre polémico y, en todo caso, tardío, dados los tiempos en los que se mueve actualmente el Tribunal Constitucional. La censura del Tribunal constitucional español a propósito del ‘cierre del Congreso’, es bastante ilustrativa de la importancia de la institución parlamentaria, particularmente en estas situaciones de crisis, así como de la necesidad de una mayor celeridad en la resolución de este tipo de recursos⁴³.

Por último, y desde una perspectiva más económica, se ha observado un cierto distanciamiento entre los poderes públicos y el tejido económico en el sentido de que a pesar de que han sido muy numerosos los planes y programas de ayudas a empresas, así como algunos ajustes en materia fiscal, sin embargo, estos han tenido una eficacia relativa⁴⁴.

42 Esta expresión se podría traducir por la conocida expresión «Nueva normalidad».

43 Sobre el papel del parlamento en una situación de emergencia, *vide* BARCELÓ ROJAS, D. A.; DÍAZ RICCI, S.; GARCÍA ROCA, F. J.; GUIMARAES TEIXEIRA ROCHA, M. E. (Coords.), *Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

44 Para una muestra de medidas de tipo fiscal adoptadas las haciendas forales vascas, *vide* CALVO VÉRGEZ, J., “Análisis de las principales medidas tributarias adoptadas por los distintos territorios forales del

Muchos de ellos han quedado sin ejecutar, en ocasiones se han mantenido ciertas cargas sociales en situaciones muy comprometidas para las empresas y en otros casos se ha criticado también la configuración actual de los procesos de contratación pública⁴⁵.

Finalmente, en cuanto a los aspectos relativos al impacto de los fondos *Next Generation EU*, la cuestión desborda los objetivos de este trabajo, pero el propio gobierno vasco se ha mostrado habitualmente crítico con la forma de gestionarlos por parte del ejecutivo central⁴⁶.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA BASTARRECHEA, E., “La indelegabilidad práctica del voto parlamentario: comentario a la Sentencia 65/2022, de 31 de mayo, del Tribunal Constitucional”, *Legebiltzarreko Aldizkaria / Revista del Parlamento Vasco. LEGAL*, núm. 4, 2023.

BARCELÓ ROJAS, D. A.; DÍAZ RICCI, S.; GARCÍA ROCA, F. J.; GUIMARAES TEIXEIRA ROCHA, M. E. (Coords.), *Covid-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

BARRAT ESTEVE, J., “¿Pueden cancelarse unas elecciones?”, *Revista de Derecho*, Vol. 21/1, 2020, pp. 43-70.

BOLLEYER, N.; SALÁT, O., “Parliaments in Times of Crisis: COVID-19, Populism and Executive Dominance”, *West European Politics*, Vol. 44/5-6, 2021, pp. 1103-1128.

País vasco en 2020 para hacer frente a la crisis global de la covid-19”, *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*, núm. 270, 2020; y MARTÍNEZ BÁRBARA, G., “La fiscalidad en tiempos de pandemia: Las haciendas forales frente a la covid-19”, *Zergak: gaceta tributaria del País Vasco*, núm. 59, 2020, pp. 139-157.

⁴⁵ Para una pequeña ilustración, *vide* la respuesta dada por el Consejero de Economía y Hacienda el 17 de diciembre de 2021 a la solicitud de información relativa a la devolución de 116 millones en ayudas covid al gobierno central por falta de ejecución (expediente 12\10\05\03\01106), disponible en <<https://shorturl.at/bpX26>>. Además, *vide* PASCUA MATEO, F., “La contratación administrativa ante la COVID-19”, *Revista de administración pública*, núm. 213, 2020, pp. 439-478.

⁴⁶ *Vide* la Comparecencia a petición propia del Sr. Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno Vasco ante el Parlamento Vasco, para dar cuenta del estado de situación de los Fondos Europeos de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y sobre el MRR, y su afectación en Euskadi (expediente núm.12\10\06\02\00097), Diario de Sesiones, de 10 de febrero de 2023, disponible en <<https://shorturl.at/inoR8>>

CALVO VÉRGEZ, J., «Análisis de las principales medidas tributarias adoptadas por los distintos territorios forales del País vasco en 2020 para hacer frente a la crisis global de la covid-19», *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*, núm. 270, 2020.

CARRASCO DURÁN, M., “El parlamento en los tiempos del Coronavirus: el recurso a la Diputación permanente”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 122, 2021, pp. 119-150.

CEBRIÁN ZAZURCA, E., “Covid-19 y anulación de procesos electorales autonómicos en País Vasco y Galicia”, *Revista general de derecho constitucional*, núm. 33, 2020.

FEDERMAN, P. S.; CURLEY, C., “Exploring Intra-State Tensions in Government Responses to COVID-19”, *Publius: The Journal of Federalism*, Vol. 52/3, 2022, pp. 476-496.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “La ductilidad del Derecho Parlamentario en tiempos de crisis. Actividad y funcionamiento de los parlamentos durante el estado de alarma por COVID19”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 46, 2020, pp. 271-308.

GRIGLIO, E., “Parliamentary Oversight under the Covid-19 Emergency: Striving against Executive Dominance”, *The Theory and Practice of Legislation*, Vol. 8/1–2, 2020, pp. 49-70.

HÖHNE, B., “Los parlamentos de los Länder de la RFA y la política de emergencia en la pandemia de la Covid 19”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 23, 2022, pp. 7-33.

ITURBE MACH, A., “Informe jurídico de análisis y delimitación de las competencias de la Diputación Permanente (Parlamento Vasco. 31.3.2020)”, *Legebiltzarreko Aldizkaria / Revista del Parlamento Vasco. LEGAL*, núm. 3, 2022, pp. 260-273.

KETTEMANN, M. C.; LACHMAYER, K. (Eds.), *Pandemocracy in Europe: power, parliaments and people in Times of COVID-19*, Hart, Oxford, 2021.

LÓPEZ BASAGUREN, A., “Sobre elecciones en tiempo de pandemia: a propósito de la suspensión de las elecciones en Euskadi y Galicia y de la anulación de la suspensión de las elecciones en Cataluña”, *Legebiltzarreko Aldizkaria / Revista del Parlamento Vasco. LEGAL*, núm. 2, 2021, pp. 136-171.

MARTÍNEZ BÁRBARA, G., “La fiscalidad en tiempos de pandemia: Las haciendas forales frente a la covid-19”, *Zergak: gaceta tributaria del País Vasco*, núm. 59, 2020, pp. 139-157.

ORTEA GARCÍA, E., “La delegación de voto en los Parlamentos autonómicos: ¿sentencia de muerte? La nueva jurisprudencia de las SSTC 65/2022, 96/2022 y concordantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 127, 2022, pp. 317-343.

PASCUA MATEO, F., “La contratación administrativa ante la COVID-19”, *Revista de administración pública*, núm. 213, 2020, pp. 439-478.

STEYTLER, N., “Federalism under Pressure. Federal ‘health’ factors and ‘co-morbidities’”, STEYTLER, N. (Ed.), *Comparative Federalism and Covid-19. Combating the Pandemic*, Routledge, London, 2021, pp. 396-422.

TAJADURA TEJADA, J., “El Estado de Derecho frente al COVID”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 120, 2021, pp. 137-175.

VAMPA, D., “COVID-19 and Territorial Policy Dynamics in Western Europe: Comparing France, Spain, Italy, Germany, and the United Kingdom”, *Publius: The Journal of Federalism*, Vol. 51/4, 2021, pp. 601-626.

FUNDAMENTO MORAL Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS: LA POBREZA COMO
EXIGENCIA DE JUSTICIA

MORAL BASIS AND EFFECTIVENESS OF RIGHTS: POVERTY AS A DEMAND FOR
JUSTICE

Pedro P. Grández Castro *

Pontificia Universidad Católica del Perú

pgrandez@pucp.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7174-5534>

Cómo citar/Citation

GRÁNDEZ CASTRO, P. P., “Fundamento moral y efectividad de los derechos: la pobreza como exigencia de justicia”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*. Cortes de Castilla-La Mancha – UCLM, n.º 24, 2024.

Recibido: 03-06-2024

Aceptado: 31-07-2024

Resumen: La efectividad de los derechos no depende solo de normas, ni compromete solo la acción de los gobiernos: hay un conjunto de prácticas éticas y morales, unido a la falta empatía social, que impiden ver el problema de la protección efectiva de los derechos de quienes se encuentran en contextos de vulnerabilidad. Esta es una piedra angular en la construcción de responsabilidades éticas frente al problema. Henry Shue ha aportado algunos argumentos sobre la relevancia moral racional que sustenta la obligación institucionalizada a través del Derecho para combatir este tipo de problemas en las sociedades actuales; en particular, aplica las nociones de derecho moral y derecho básico, y sus exigencias positivas y negativas, en relación con el problema de la pobreza. En la primera parte de este artículo, se destaca la importancia conceptual de esta construcción, para luego, vincular esta estructura conceptual con la visión pluralista de los derechos fundamentales prioritarios en contextos de vulnerabilidad. En la segunda parte, se analiza el caso especial de la protección de los más pobres, indagando en los tipos de obligaciones que impone la pobreza y la protección de derechos básicos como el derecho a la subsistencia en condiciones de dignidad.

* Profesor Ordinario en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) de la PUCP. Director de *Palestra-International center for legal studies*.

Palabras clave: derechos morales, derechos básicos, vulnerabilidad, constitucionalismo de los derechos, pobreza y derechos humanos.

Abstract: The effectiveness of rights does not depend only on norms, nor does it only involve the action of governments: there is a set of ethical and moral practices, together with the lack of social empathy, which prevent us from seeing the problem of the effective protection of the rights of those who are in contexts of vulnerability. This is a cornerstone in the construction of ethical responsibilities in the face of the problem. Henry Shue has provided some arguments on the rational moral relevance that supports the obligation institutionalized through Law to combat this type of problem in today's societies; in particular, he applies the notions of moral right and basic right, and their positive and negative demands, in relation to the problem of poverty. In the first part of this article, the conceptual importance of this construction is highlighted, in order to then link this conceptual structure with the pluralist vision of priority fundamental rights in contexts of vulnerability. In the second part, the special case of the protection of the poorest is analyzed, investigating the types of obligations imposed by poverty and the protection of basic rights such as the right to subsistence in conditions of dignity.

Key words: moral rights, basic rights, vulnerability, constitutionalism of rights, poverty and human rights.

1. Las nociones de derecho moral y derecho básico en la discusión en torno a la efectividad de la protección de los más vulnerables

1.1 La noción de derecho moral

Según Shue¹, un derecho moral provee una base racional para una demanda justificada a efectos que el disfrute de su substancia sea socialmente garantizado contra cualquier amenaza estándar y actual. Esta vinculación entre Derecho y moral en la justificación de los derechos básicos, abre interesantes perspectivas para la exigencia jurídica de posiciones que, en sociedades como la nuestra, encuentran resistencias sociales para su implementación (por ejemplo, los derechos de grupos en situación de vulnerabilidad como la población LGBTI o los pueblos indígenas). Pero no solo ello, sino que plantea también la necesidad de comprender los derechos en forma integral e interdependiente, en la que unos derechos sostienen la exigencia de otros, requiriendo para su efectividad, tanto mandatos de no interferencias (obligaciones negativas), como compromisos y obligaciones positivas, no solo de parte del Estado, sino también de parte de la sociedad en su conjunto.

Si hay buenas razones a favor de un derecho moral, entonces una persona puede exigir su disfrute efectivo reclamando para ello cargas o gravámenes no solo al Estado sino también a los individuos de una comunidad, quienes deberán adecuar su comportamiento a las exigencias provenientes de los derechos. Esta estructura que presenta, a primera vista, una justificación de los derechos bastante cercana a la desarrollada por el iusnaturalismo tiene, sin embargo, la ventaja de integrar la justificación con su concreción práctica y efectiva.

La discusión teórica en torno a los derechos solía evitar —a veces de manera consiente— este problema, asumiendo que la justificación convoca esfuerzos filosóficos con altos niveles de abstracción, mientras que la eficacia, se creía, atañe más bien a cuestiones de política del Derecho o establecimiento de procesos e instituciones de corte más bien operativo o funcional². El concepto de derechos morales de Shue, al menos en este punto, tiene la virtud de poner las cosas sobre

1 Henry Greyson Shue (1940) es un filósofo estadounidense y profesor emérito de Política y Relaciones Internacionales en el Merton College de la Universidad de Oxford. Anteriormente fue profesor Wyn y William Y. Hutchinson de Ética y Vida Pública en la Universidad de Cornell. Las referencias en este trabajo son, fundamentalmente, a su influyente libro: SHUE, H., *Basic Rights*, Princeton, New Jersey, 1980; 2.ª edición, 1996, p. 13.

2 Al respecto, ver por ejemplo: FERRAJOLI, L., “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones constitucionales*, n.º 15, 2006, pp. 113-136.

la tierra: una justificación razonable de los derechos básicos solo tiene sentido si es que se piensa en su exigencia y garantía social³.

Otro de los resultados relevantes de esta construcción es que, si asumimos que alguien tiene un derecho moral es porque existen argumentos racionales para su exigencia, lo que conduce de manera inevitable a su disfrute efectivo. Esto quiere decir que no basta con su solo reconocimiento formal, o que su exigencia supone un favor o llamado a la misericordia: tener un derecho significa que me merezco algo y puedo exigirlo con dignidad como el titular que soy. Con frecuencia, el disfrute de un derecho solo se satisface a plenitud cuando alguien hace algo que antes venía desatendiendo o cuando deja de hacerlo. Así, obligaciones positivas (de hacer) convergen con obligaciones negativas (dejar de hacer) cuando los derechos imponen sus cargas sociales.

Otra consecuencia —como ya se ha adelantado— es que los derechos asumidos como exigencias racionales, obligan socialmente. Esto se puede asemejar a lo que los alemanes suelen llamar el efecto horizontal o entre particulares de los derechos humanos (entre otros, Alexy⁴). En la tradición europea continental, los derechos solían presentarse como tutelados o garantizados por y desde el Estado. Es una visión centralizada del poder la que seguramente llevó en los siglos XVIII y XIX a asumir aquella teoría de los derechos públicos subjetivos. Pero tener derechos debe significar, poder imponerlos, incluso llegado el caso, a pesar del Estado o, de cualquier estructura social que se interpusiese. Esto significa que los derechos pueden disciplinar el comportamiento de otros sujetos.

Si alguien tiene un derecho, este solo puede concretarse socialmente extendiendo su capacidad de alterar el comportamiento en quienes efectivamente pudieran afectarlo o hacerlo impracticable. Esto ocurre, por ejemplo, con las minorías y su derecho de objeción de conciencia. Desde esta perspectiva, no se necesita más que el derecho, pues las garantías serían parte de su contenido material⁵. Conciencia racional, exigencia, eficacia práctica y garantía social de inalterabilidad de estatus, configuran de este modo una cadena de conceptos que permiten hablar de que un derecho básico realmente existe en una determinada sociedad.

3 Esta tesis podría entrar en conversación perfectamente con el planteamiento de FERRAJOLI, L., *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, Trotta, Madrid, 2016.

4 ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002.

5 Al respecto, ver también: FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

Una expresión contemporánea de esta discusión podemos encontrarla en el debate actual relacionado con el papel y el impacto de las empresas en los derechos humanos. Al respecto, una de las tesis más elaboradas en el marco del constitucionalismo es la desarrollada por Ferrajoli en relación con los déficits que presenta la teoría constitucional en el contexto de la globalización de los mercados y la primacía de la actividad empresarial en la organización de las economías alrededor del mundo⁶. Para el autor, “[...] no ha sido elaborada [aún] una teoría del Estado de derecho y de los derechos fundamentales contra los poderes privados comparable con aquella elaborada contra los poderes públicos”⁷.

Por supuesto que, en la actualidad, es posible encontrar algunos intentos para desarrollar una teoría de tal magnitud, como el propuesto por John Ruggie, quien, frente a la resistencia de un modelo vinculante, postula una estrategia con un marco conceptual que distribuye responsabilidades entre el Estado, la empresa y la sociedad⁸. Este marco fue aprobado por la Organización de las Naciones Unidas en el 2008, sobre cuyas bases se adoptaron los llamados Principios Rectores⁹.

No obstante, pese a intentos de este tipo, hoy en día persiste con fuerza la necesidad de ampliar la estrategia de los límites y vínculos del Derecho

6 GRÁNDEZ, P., “Nota preliminar”, FERRAJOLI, L., *Libertad y propiedad. Por un constitucionalismo de Derecho Privado*, Palestra, Lima, 2018, pp. 7-12.

7 FERRAJOLI, L. “Por un constitucionalismo de Derecho Privado”, conferencia presentada en el congreso *Riflessioni sul diritto privato futuro*, realizado en la Università di Camerino los días 23 y 24 de octubre de 2003.

8 “El marco se basa en responsabilidades u obligaciones diferenciadas pero complementarias. Comprende tres principios básicos: el Estado debe proteger frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, en particular las empresas; la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos; y la necesidad de tener una vía más efectiva a los remedios o recursos. Cada principio es un componente esencial del marco: el deber del Estado de proteger constituye la raíz misma del régimen internacional de derechos humanos; la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos dimana de la expectativa básica que la sociedad tiene de las empresas; y el acceso a los remedios o recursos deriva de que los esfuerzos más concertados no pueden prevenir todos los abusos, en tanto que el acceso a la tutela judicial suele ser problemático, y el número, alcance y eficacia de los remedios no judiciales son limitados”, RUGGIE, J., “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *The American Journal of International Law* 101, n.º 4, 2007.

9 Asamblea General, Resolución 17/4 de junio de 2011. “En realidad, los PR no fueron concebidos como un documento estático, que los Estados debían adoptar y que luego cabía esperar que impusieran a las empresas. En lugar de eso, fueron diseñados para generar una nueva dinámica regulatoria, diferente, en la que los sistemas de gobernanza públicos y privados, fueran empresariales o civiles, pudieran aportar cada uno algo con un valor diferenciado, compensar las debilidades del otro y reforzarse mutuamente. De allí debería surgir un régimen global más integral y efectivo, con medidas jurídicas específicas. La imagen espacial que incorporan los PR es la de un ecosistema regulatorio, no la de una jerarquía”, RUGGIE, J., “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *op. cit.*

internacional y del constitucionalismo hacia ámbitos propios del Derecho privado, el mercado y las corporaciones que constituyen verdaderos poderes que, en muchos casos, suponen auténticos desafíos para la vigencia de los derechos humanos en todo el mundo.

1.2 La noción de derecho básico

Junto a la noción de derecho moral encontramos la de derecho básico. Muchos de los derechos que se recogen hoy en los textos constitucionales calificarían como derechos básicos en la estructura extrapositiva que propone Shue. Otros, sin lugar a dudas, no lograrían pasar este test estructural¹⁰.

Shue ha seleccionado especialmente dos derechos que serían derechos superiores, pero al mismo tiempo, básicos: seguridad y subsistencia¹¹. Superiores porque, en el balance eventual (hoy todo se suele llevar a una balanza imaginaria), estos derechos serían imponderables o mejor, tendrían siempre que salir vencedores en cualquier ponderación. Y básicos, por cuanto están en la base de otros derechos y los sostienen o fundamentan. Shue considera que sin seguridad y sin un mínimo de condiciones de subsistencia, ya no tendrían sentido o carácter práctico todos los demás derechos. La propia dignidad solo es posible bajo condiciones adecuadas de vida en las que las amenazas a la seguridad o la vida estén ausentes. Seguridad y vida son así solo dos dimensiones de un mismo estatus posible de dignidad.

Por ejemplo, una situación de hambruna constituye una amenaza latente a la seguridad; así también una guerra siempre pone en riesgo la subsistencia. El derecho a tener asegurado un mínimo de alimentos y el derecho a tener un mínimo de seguridad no están tan distanciados como pudiera pensarse a primera vista. Por ello, si se tuviera que reducir a un solo derecho la condición de *básico*, es probable que este tenga que ser el de *seguridad*. Seguridad frente a los bandoleros del estado de naturaleza, seguridad de que mañana podremos llevarnos un alimento a la boca, seguridad de que una pandilla no nos impedirá regresar a casa del trabajo, seguridad de que una catástrofe no acabará con nuestras reservas de alimentos, seguridad, en fin, de que un virus como el COVID-19 no acabará con nuestras vidas por falta de oxígeno¹², etc.

10 Pensemos, por ejemplo, en el derecho a portar armas que aparece en una de las primeras enmiendas de la Constitución norteamericana, o el derecho más antiguo, el de propiedad.

11 SHUE, H., *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign policy*, Princeton University Press, New Jersey, 1996, pp. 13 y ss.

12 Me refiero aquí al drama que pasan muchas familias peruanas en los días en que escribo este artículo.

Ahora bien, un problema en el que también existe discusión, es cuánto de lo básico es exigible como impostergable y, por tanto, en forma obligatoria. Quizás aquí el ejercicio convenga hacerlo con un *derecho básico* como el de subsistencia. ¿Cuánto es lo mínimo razonable que todo ser humano puede exigir porque es lo debido? Por ejemplo, ¿cuán pobre o cuál debiera ser el estado de discapacidad, para exigir un mínimo existencial? Algunas legislaciones suelen cuantificar el derecho a un “mínimo vital”¹³. Esta es, sin embargo, una estrategia que puede resultar engañosa, en la medida que no todos tienen las mismas prioridades, incluso cuando su nivel de pobreza pudiera ser cuantificable.

Por ello, la estrategia de Shue, también en este punto, resulta innovadora, en la medida que conecta la propia subsistencia con los demás derechos: lo mínimo será lo que hace posible el disfrute de otros derechos¹⁴. Nadie puede decir que disfruta de los derechos que supuestamente están protegidos por la sociedad si es que carece de los elementos esenciales para una vida razonablemente sana y activa. Gracias a las conexiones que se pueden (deben) establecer entre los derechos básicos, la estrategia de Shue propone como derechos básicos de subsistencia, un conjunto de derechos que de otro modo difícilmente contarían como tales: “aire y agua no contaminados, una adecuada alimentación, vesti-

Un sistema de salud pública absolutamente ineficiente que deja en manos del mercado elementos básicos de la seguridad en salud como el oxígeno, ha generado cientos de muertes en la pandemia del COVID-19 en el Perú. “Tuvimos que vender casi todas nuestras cosas porque mi mamá comenzó a necesitar oxígeno todo el tiempo. No le podíamos quitar el oxígeno y aquí era casi imposible conseguirlo”, así relata el drama de su familia Fiorella Sorroza, para un reporte de la BBC News mundo: MILLÁN VALENCIA, A., “Coronavirus en Perú | La escasez de oxígeno por el covid-19 que puso en alerta al gobierno”, *BBC News Mundo*, 12 de junio de 2020. Cfr. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53025355>

13 INDACOCHEA, Ú., “El derecho al mínimo vital. Un análisis de su posible fundamentación como derecho humano”. GRÁNDEZ, P. (ed.), *El Derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos*, Palestra, Lima, 2011, pp. 259-284.

14 En este punto, la estrategia argumentativa de Shue parece asemejarse a la que también ha desarrollado con gran vigor en los últimos años Luigi Ferrajoli, desde luego, con otra base conceptual y filosófica. El punto de encuentro dice Ferrajoli entre derechos de libertad y los derechos sociales, está en su carácter universal del principio de igualdad. Según argumenta, “[...] la igualdad jurídica, en palabras del art.1 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, consiste en la «égalité en droits», obviamente «en droits fondamentaux», esto es, en los derechos fundamentales, sean éstos individuales o sociales. No es otra cosa que, en otras palabras, el universalismo de los derechos fundamentales; entendiendo por universalismo no ciertamente, como se sostiene a veces, el consenso universal tributado a éstos, sino el hecho de que los mismos, desde los derechos de libertad a los derechos sociales – contrariamente a los derechos patrimoniales, sobre los que se funda en cambio la desigualdad jurídica – corresponden igual y universalmente a todos. Cfr. Ferrajoli, L. “la Igualdad y sus garantías”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, AFDUAM n.º 13, 2009. P. 313

do y alojamiento, y un mínimo de asistencia médica preventiva¹⁵, forman parte de este mínimo indispensable sin los cuales los demás derechos resultan promesas irrealizables¹⁶.

Lo que resulta de estas consideraciones no es una lista cerrada de derechos sino más bien un contexto, un espacio para exigencias razonables. En cada caso, el mínimo exigible de subsistencia debe ser evaluado sobre la base del contexto, los actores y los demás elementos que confluyen en su apreciación de forma inevitable (objetiva y subjetiva). Razonabilidad es aquí, de nuevo, una palabra que, aunque genere siempre algún escepticismo por su imprecisión, sin embargo, resulta irremplazable¹⁷. Esta línea de razonamiento es cercana en sus resultados a lo que propone la doctrina alemana con relación al mínimo existencial, distinguiendo un mínimo, biológico o fisiológico, que consistiría en lo indispensable para no morir, y, de otro lado, un mínimo de autonomía social, denominado “mínimo existencial sociocultural”, que alude a un mínimo de interacción humana, un denominado “mínimo de inserción” en la vida social, cultural, o política, sin lo cual en realidad no hablaríamos de un mínimo de dignidad¹⁸.

1.3 La efectividad de la protección de derechos básicos en contextos de vulnerabilidad

Las nociones de derecho moral y derecho básico toman una especial relevancia cuando se trata de la protección de derechos que se encuentran enmarcados en contextos de vulnerabilidad. Justamente la idea de contexto referida al final del apartado anterior, es la que permite cambiar la perspectiva de cómo afrontar el problema de la efectividad de los derechos de quienes más necesitan de protec-

15 PAYNE, M., “Henry Shue on Basic Rights”, *Essays in Philosophy* 9, n.º 2, 2008, artículo 5.

16 Por ejemplo, ¿qué sentido tiene el derecho a una educación de calidad si es que un niño no está adecuadamente alimentado? Lo más probable es que no pueda asimilar los conocimientos o no resista siquiera el horario impuesto si es que no ha consumido las calorías mínimas necesarias.

17 Como ha sostenido MacCormick, la razonabilidad no es un concepto descriptivo sino evaluativo y, en esa medida, sujeta a la relatividad propia de nuestras evaluaciones, sin embargo, el sufrimiento, las angustias humanas y la exclusión de derechos, hacen referencia a situaciones concretas en el que nuestra subjetividad queda en buena medida supeditada a “constataciones” empíricas. (cfr. MacCormick, N. *Retórica y Estado de Derecho*, trad. de Angel Gascón, Ed. Palestra, Lima, 2015).

18 Cfr. SARLET, I., “Dignidad (de la persona) humana, mínimo existencial y justicia constitucional. Algunas aproximaciones y algunos desafíos”, AA. VV., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Derechos humanos, tomo V, vol. 2, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2015.

ción. Al respecto, autores como Prieto Sanchís han avanzado en una línea de razonamiento que bien valdría la pena profundizar¹⁹. Se trata del enfoque interseccional que vincula el tema de las minorías con problemas como el de la pobreza. El planteamiento es el siguiente:

[...] un grupo diferenciado por su pertenencia étnica o por su religión puede sufrir además discriminación socioeconómica y ocupar los escalones más bajos de la pirámide social, y bien pudiéramos llamar a estos grupos “las minorías de las minorías”; tal es el caso de los emigrantes africanos en Europa, de los chicanos en Estados Unidos, etc. Las minorías socioeconómicas, tanto si coinciden con las minorías culturales como si no lo hacen, plantean un problema de igualdad de hecho o sustancial, o también de discriminación inversa. Esto es, se trata de decidir si el rasgo o elemento que da vida a la minoría (edad, enfermedad, pobreza) constituye una de aquellas desigualdades fácticas parciales que autorizan una diferenciación normativa —un trato desigual en sentido estricto— tendente u orientada precisamente a la eliminación de dicha desigualdad fáctica²⁰.

Esta es la situación de las minorías culturales originarias de América, convertidas en tales a consecuencia de un sistema de dominación como fue la colonia. Se trata, como bien escribe Prieto, de las “minorías entre las minorías”, minorías diezmadas durante la colonia, y que el Estado constitucional tiene el deber moral (en correspondencia al derecho moral) de reivindicar e impedir que sean eliminadas por completo. Este riesgo sería producto de las nuevas formas, incluso más letales que la propia colonia, como el extractivismo sin reglas, sobre todo de las grandes empresas transnacionales, que invaden territorios y destruyen la convivencia pacífica de las comunidades que han resistido hasta ahora. Este es el desafío mayor de los Estados constitucionales de América Latina. El desencuentro histórico entre Estado de Derecho y comunidades puede hallar en este punto la posibilidad de su reencuentro, en la medida que el modelo constitucional sea capaz de proteger a las comunidades en su resistencia cultural, lingüística y económica²¹.

El reconocimiento de su vulnerabilidad histórica, como grupos, primero dominados, luego explotados y excluidos en sus derechos básicos, compromete una

19 PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”, *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 5, 1995, pp. 111-143; *Id.*, “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, *Doxa*, n.º 15-16, 1994, pp. 367-387.

20 PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”, *ob. cit.*, p. 140.

21 GRÁNDEZ, P., “La Constitución que emerge: las voces acalladas de las comunidades originarias en el discurso constitucional peruano de comienzos del siglo XXI”, *DPCE Online* 37, n.º 4, 2019.

agenda social que pasa, necesariamente, por intervenciones normativas que, reconociendo la facticidad histórica de su exclusión, sea capaz de articular estrategias normativas para garantizar su condición de grupos vulnerables. No solo el reconocimiento de sus territorios que sigue costando lograr en la agenda interamericana²². Incluso el reconocimiento de las lenguas originarias y su debida protección es muy reciente²³.

El concepto de *vulnerabilidad*, incluso asumiendo los problemas similares al de minorías en cuanto a su ambigüedad, permite sin embargo, focalizar mejor el problema. Sobre todo si asumimos la reconstrucción que recientemente ha propuesto Susanna Pozzolo. Conforme a dicha reconstrucción, se trata de superar la dicotomía “autonomía-vulnerabilidad”, para ubicar la vulnerabilidad en un determinado contexto que es siempre cambiante y dinámico. Como anota Pozzolo, “[e]stos contextos son constituidos por, y a su vez constituyen, una red de relaciones que ‘afectan’ en distinta medida a las personas, porque su configuración y control queda en gran parte fuera de las posibilidades de incidencia real de los particulares. Incluso los colectivos no logran determinar el entorno completamente”²⁴.

De este modo, antes que personas o grupos vulnerables, conviene más bien hablar de *situaciones o contextos* que hacen vulnerables a cualquier persona o grupo. El cambio de perspectiva logra visibilizar, por otro lado, el rol de la sociedad y del Estado en la superación de estas dificultades. Pozzolo se refiere así a una “autonomía relacional”, que permite conjugar autonomía y vulnerabilidad, al posibilitar una mirada a los “confines de la autonomía y la vulnerabilidad en su relación recíproca”²⁵.

Mirar el contexto para fortalecer las capacidades y las autonomías aun cuando sigue siendo una apuesta liberal, llama la atención de la comunidad y del Estado a la hora de establecer la agenda de las políticas públicas para fortalecer las

22 El estado de la cuestión puede consultarse en este documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009. Original: Español, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

23 GRÁNDEZ, P., “Por un constitucionalismo igualitario. Las minorías en la obra de Luis Prieto Sanchis”, IBÁÑEZ, P. A., GRÁNDEZ, P., MARCIANI, B., POZZOLO, S. (eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchis*, Palestra, Lima, 2020, p. 5.

24 POZZOLO, S., “¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis de derecho en perspectiva de género”, *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 51, 2019, p. 5.

25 *Ibidem*.

autonomías (personales o comunitarias, diremos nosotros). Por otro lado, mirando el contexto, el concepto de vulnerabilidad permite una mejor orientación de las garantías reforzadas por parte del Estado. Como lo ha dispuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”²⁶. Lo que supone que los Estados deben adecuar la protección de los derechos a “las exigencias que en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”²⁷.

En esta dirección, la vulnerabilidad ha sido sugerida como criterio para el análisis de la responsabilidad de los Estados por la Corte, no solo para el caso de las comunidades originarias, que se encuentran en una situación de marginación histórica sino para toda clase de minorías cuyas condiciones, ya sea por el contexto en que se encuentren o por sus especiales condiciones personales o de grupo, requieren de la actuación del Estado para actuar en el marco de sus obligaciones internacionales. Como se ha recordado, citando a la jurisprudencia de la Corte:

[l]a discriminación estructural o histórica contra la mujer²⁸, el trato desfavorable hacia las minorías sexuales²⁹, el desprecio de la identidad cultural múltiple de los habitantes o el riesgo estructural de algunos miembros de la población civil (los defensores de derechos humanos)³⁰, son algunos de los ejemplos más recurrentes de incapacidad de los sistemas estatales, donde la Corte IDH ha impuesto severas reformas³¹.

26 Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de julio de 2006, § 103.

27 *Ibidem*.

28 Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009.

29 Caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012, párrs. 91-92.

30 Caso *Comunidad de Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de junio de 2005, párrs. 99-100; Caso *Comunidad Indígena de Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, párr. 51; Caso *Comunidad Indígena de Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006, párrs. 59-60, 89, 95; Caso *Valle Jaramillo vs. Colombia*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 2008, párr. 87; Caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de mayo de 2010, párr. 1.

31 ESTUPIÑAN, R., “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

Muchos de los grupos que, por su situación de vulnerabilidad, exigen un tratamiento diferenciado de las políticas públicas y normativas, no solo para compensar su situación de desventaja, sino para fortalecer su autonomía, son a su vez, como lo ha hecho notar Luis Prieto, “minorías socioeconómicas”³². Se trata de grupos que, a diferencia de las minorías tradicionales, religiosas, culturales o disidentes en general, para quienes el liberalismo ensayó como posibilidad de convivencia la “tolerancia” a sus creencias, prácticas y/o maneras de ser, en el caso de las minorías pobres en cambio, como bien lo ha sugerido Prieto, parece que lo que corresponde es más bien mostrarse “intolerante”, en la medida que “no se debe ser tolerante con el hambre y la miseria”³³.

De este modo, si “[l]a igualdad de hecho constituye una dimensión de la igualdad a secas y se alimenta de los mismos valores de dignidad y autonomía que constituyen el fundamento de los derechos básicos”³⁴, entonces, todas las medidas y acciones para lograr su concreción deben ser instrumentalizadas a través del Derecho. El mandato de igualdad es la apuesta más ambiciosa del Estado constitucional, y las interferencias y recodos para alcanzarlo son diversos. Las minorías expresan, por un lado, la aspiración de una sociedad plural, y, por el otro, postergación, exclusión y dominación. La combinación de las variables *pobreza y minoría*, esclarecida en forma adecuada con los enfoques contextuales o situacionales de la vulnerabilidad, ayudan a comprender los desafíos del Estado constitucional.

2. Exigencias positivas y negativas de los derechos básicos en un caso particular: el contexto de vulnerabilidad generado por la pobreza

La estructura conceptual de los derechos morales y básicos, así como el enfoque contextual de la vulnerabilidad, debe ahora servirnos para analizar las exigencias que surgen de las instituciones y personas frente a un caso particular que —si bien ya mencionamos— ahora nos puede ayudar a retratar el tema con mayor claridad: el problema de la pobreza. En este punto resultará de especial importancia la convergencia entre las obligaciones negativas y positivas frente a los derechos.

Humanos: esbozo de una tipología”. BOURGORGUE-LARSEN, L. (coord.), *Derechos humanos y políticas públicas*, Edo-Serveis, Barcelona, 2014, pp. 203-204.

32 PRIETO SANCHÍS, L., “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, *ob. cit.*

33 *Ibid.*, p. 140.

34 *Ibid.*, p. 148.

2.1 El contexto de la pobreza y la vulnerabilidad en la exigencia de los derechos

Aun cuando no es fácil establecer un concepto que capte en toda su dimensión el significado del ser pobre, podemos convenir en que se trata de una situación que coloca en un estado de indefensión permanente al ser humano, debido fundamentalmente a carencias materiales básicas para subsistir. Un estatus de vulnerabilidad permanente no elegido, sino en muchos casos impuesto por una situación estructural³⁵. La pobreza no es una extensión residual del mercado de las oportunidades como nos sugieren a veces algunos economistas, sino una situación mantenida por un sistema estructural de injusticias y desigualdades que se solapan con las propias declaraciones de derechos en los textos legales y constitucionales.

Por ello, cuando se discute sobre este tema resulta necesario primero tomar conciencia de la dimensión del problema. Muchas veces no basta con que los derechos se reconozcan positivamente si no se tiene suficiente empatía con ellos, es decir, si no somos capaces de sensibilizarnos de su importancia³⁶. Algo de esto pasa con la pobreza y el discurso de los derechos. Se trata, primero de asumir sin vacilaciones que la pobreza constituye una seria violación permanente de los derechos fundamentales y una afrenta a la dignidad humana, para luego, plantearnos con toda honestidad si es posible, desde el Derecho, cambiar o mover las estructuras sociales que permiten que estos niveles de injusticia se mantengan.

Esto porque, en América Latina, durante mucho tiempo los diagnósticos más simples e intuitivos sobre el problema de la pobreza y la exclusión han terminado fuera de la órbita del Derecho. No obstante, en los últimos años, luego de múltiples ensayos y fracasos en esa dirección, las miradas han vuelto al Derecho. La caída de las dictaduras ha abierto las puertas para las promesas del constitucionalismo de los derechos. La condición es, en todo caso, que el constitucionalismo vuelva su mirada a los más vulnerables, esto es, que los reclamos de los pobres tengan asidero en el programa del Estado constitucional.

Se trata ahora de leer comprometidamente las promesas de la Constitución. La pregunta es si pueden removerse las estructuras de la exclusión a partir del discurso y la práctica de los derechos. Las constituciones prometen muchas cosas, y sus mensajes más profundos no siempre se encuentran

35 PARRA, Ó., "Derechos humanos y pobreza en el Sistema Interamericano. El rol del análisis estructural a partir de informes y siete escenarios estratégicos basados en la responsabilidad internacional", *Revista IIDH*, n.º 56, 2012, pp. 274-320.

36 HUNT, L., *La invención de los derechos humanos*, op. cit.

en el texto expreso y en las lecturas obvias. A veces hay que hurgar con cierta insistencia y mucha creatividad en busca de respuestas. En esta dirección, lo que ha cambiado en las últimas décadas es nuestra comprensión sobre la democracia, que ya no se reduce hoy a la garantía de la propiedad, el voto y los procedimientos parlamentarios.

Una parte importante de las promesas constitucionales se han podido concretar a través de las actuaciones de los jueces, siendo así la práctica judicial un lugar para la posibilidad de lograr enormes triunfos a favor de los derechos. Se trata de un cambio auspicioso de actitud y compromisos. El constitucionalismo de los derechos ha dejado, de este modo, abierta las posibilidades de nuevas lecturas de la Constitución³⁷. Un constitucionalismo que asume como punto de partida ético a la dignidad de la persona, el mismo que dotado de un carácter normativo, deja de ser solo un elemento retórico y se convierte en un principio-derecho exigible y en el fundamento de los derechos fundamentales.

Si asumimos el constitucionalismo en serio, la pobreza debería verse como la ofensa más denigrante a la dignidad³⁸, porque rebaja la condición de ser humano convirtiendo a las personas en mendigos. Antes que titulares de derechos, se convierten en destinatarios de promesas y medios para la realización de políticas asistenciales que degradan su condición de seres libres e iguales en dignidad. Incapaces de forjarse un destino en libertad, los pobres parecen arrinconados a aceptar como dádivas de misericordia los vasos de leche³⁹ que derrama la abundancia del programa neoliberal. Como quiera que el plantear una crítica racional a estas políticas que instrumentalizan al ser humano, atacando su dignidad y su libertad, es visto como “políticamente incorrecto”, no hay quien salga al frente del debate, quizá también debido a que el asistencialismo ha generado sus propios “liderazgos” en la casta política que utiliza a la pobreza y a la exclusión como armas de captación de votos.

A partir de comprender la dimensión del problema, muchas son las alternativas para el combate de la pobreza. No obstante, de todas esas opciones, en América Latina poco fueron exploradas las posibilidades de las acciones o demandas judiciales. A veces, olvidamos que el constitucionalismo, a la par que ha procla-

37 PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2017.

38 POGGE, T., “Dignidad y justicia global”, *Diánoia* 56, n.º 67, 2011, pp. 3-12.

39 En alusión al Programa social Vaso de Leche, ejecutado por el gobierno peruano a fin de ofrecer una ración diaria de alimentos a una población considerada vulnerable, con el propósito de ayudarla a superar la inseguridad alimentaria en la que se encuentra.

mado derechos de todos frente a todos, también ha empoderado a los jueces para su eficaz defensa⁴⁰. El constitucionalismo de los derechos confía en los jueces, espera que las promesas de la Constitución puedan hacerse realidad gracias a la acción de la justicia y, en consecuencia, la lucha contra la exclusión por razones de pobreza debería encontrar en la acción de la justicia un importante campo para la protección de los más pobres.

Por ejemplo en el Perú, el camino de la lucha judicial contra la pobreza lo señaló el Tribunal Constitucional en los primeros años de la transición democrática. Una sentencia emblemática es la del caso Mesa García⁴¹, en donde la recurrente, una paciente con VIH/SIDA, presentó una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud (MINSA) para que se le brinde atención médica integral, pues manifestaba su imposibilidad material de asumir los costosos tratamientos que requería su enfermedad. La pobreza aquí se expresa como imposibilidad de acceder a servicios de salud. La procuradora pública del MINSA reconoció la existencia de la obligación de satisfacer la dignidad y los derechos fundamentales a la vida y a la salud, pero negó que sea el Estado el que en todos los supuestos deba asumir tal obligación.

Resulta sintomática la respuesta que desde la administración del Estado se da al problema. Al no aceptar que el MINSA ostenta la posición de garante del derecho a la vida y a la salud, se evidencia un problema en la propia organización del sistema estatal. Una vez presentada la demanda, el problema se trasladó al campo jurisdiccional, desde donde se pudo institucionalizar discursos de tutela efectiva de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional asumió el reto con una respuesta comprometida con la vigencia de la Constitución en su conjunto, aunque tardía, pues la recurrente falleció unas semanas antes que el Tribunal se pronunciara favorablemente.

La sentencia es una muestra de la labor que desde la jurisdicción constitucional se puede desempeñar para la vigencia de todos los derechos fundamentales, aun de aquellos que exigen una actuación positiva del Estado. Mediante esta sentencia, se descarta la conservadora exclusión de los derechos sociales como derechos programáticos, para asumir un nuevo paradigma: los derechos sociales “representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena

40 ROA, J., “El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, Abril, Research Paper n.º 11, 2020.

41 Exp. 02945-2003-AA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, 20 de abril de 2004.

autodeterminación”⁴². Se reafirma así la real dimensión del principio de dignidad, que impregna a todos los derechos por igual, ordenando su máxima eficacia.

El mandato concreto de esta sentencia no solo se remite a exigir a la administración estatal el asumir la obligación de brindar atención médica integral a la demandante, sino que responde al clásico alegato de la falta de partida presupuestal para realizar tal mandato. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que este argumento no puede invocarse, menos aun cuando la realidad política demuestra que la corrupción en el uso de los recursos públicos incide gravemente en la atención de los derechos que demandan obligaciones del Estado; por lo que, sin afectar mayores recursos, los mismos pueden destinarse a dar prioridad en la atención de casos urgentes y graves como el del caso. En esta línea, el nivel de exigencia al Estado depende de su actuación encaminada a satisfacer los derechos fundamentales, pues “tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión” —énfasis agregado—⁴³.

Otro ejemplo, mucho más reciente, de la enorme importancia que tienen los jueces en la lucha contra la pobreza, lo encontramos en el caso Cieza Fernández⁴⁴. En este caso, dos hermanas recurrieron a la tutela constitucional debido a que la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) les había denegado la posibilidad de seguir estudios secundarios en la escuela más cercana a su comunidad ubicada en Utcubamba, Amazonas. Ello debido a que ambas eran mayores de edad, y dada la regulación en materia de educación, ellas debían continuar sus estudios en un centro de educación básica alternativa (CEBA). El problema, no obstante, era que el CEBA más cercano a donde ellas residían, se encontraba a cuatro horas de distancia (dos de caminata y dos en automóvil) y solo brindaba clases nocturnas. Por tal motivo, ellas solicitaban que se les permita estudiar en un instituto educativo regular, ubicado a hora y media del caserío donde vivían, puesto que era el más cercano y sí ofrecía clases durante el día.

Al analizar el caso, el Tribunal Constitucional consideró que no solo se vulneró el derecho a la educación de las hermanas Cieza Fernández, sino que, además, el caso exponía un estado de cosas inconstitucional en torno a la disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas de extrema pobreza del ámbito rural. En tal sentido, verificó que “el caso individual de las demandantes e[ra] uno que re-

42 Exp. 02945-2003-AA/TC, *ob. cit.*, fundamento jurídico 10.

43 Exp. 02945-2003-AA/TC, *ob. cit.*, fundamento jurídico 39.

44 Exp. 00853-2015-PA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, 14 de marzo de 2017.

presenta en idénticas circunstancias a miles de peruanos que, por vivir en zonas rurales de nuestro país y encontrarse en situación de pobreza extrema, no tienen acceso, en condiciones de igualdad, a la educación [...]”⁴⁵

Nuevamente, presentando un argumento contra la tesis de la progresividad de los derechos sociales, los magistrados señalaron que si bien “la disponibilidad y accesibilidad a la educación de las personas pobres del ámbito rural se encuentra dentro de una política pública de ejecución progresiva, [...] no puede contener una ejecución *sine die* (sin plazo y sin fecha)”⁴⁶. Por tal motivo, y debido a que “las personas de extrema pobreza del ámbito rural están expuestas a condiciones que fomentan su vulnerabilidad” el Tribunal consideró necesario ordenar al Ministerio de Educación una serie de medidas para revertir esta situación, como “diseñar, proponer y ejecutar un plan de acción que en un plazo máximo de cuatro años [28 de julio de 2021] vencería”⁴⁷.

Ambos casos si bien no constituyen acciones judiciales que destruyen estructuras de exclusión —aunque el segundo expresa un intento mayor que el primero—, muestran que, también en nuestro sistemas jurídicos, los jueces pueden lograr cosas y situaciones que no son posibles a través de las deliberaciones del Parlamento. El otro aspecto que merece la pena resaltar a partir de estos casos es el enorme poder transformador de situaciones de vulnerabilidad que encarna hoy en día la jurisdicción. Constatada la injerencia de la pobreza en la plena realización de los derechos y las vías que ofrece el Derecho, toca identificar los retos que desde este pueden asumirse. El compromiso en la eliminación de situaciones de pobreza va de la mano con la toma de conciencia de los efectos que pueden conseguirse desde las situaciones en que nos encontremos. Se requieren personas conscientes de sus derechos, poderes y situaciones, para asumir roles activos en la construcción de un Estado de justicia, con una Constitución normativa integradora, que exige su interpretación y que le impone el reto a todos los titulares de los derechos que reconoce.

2.2 Los derechos no son solamente cuestiones de los gobiernos: las exigencias positivas y negativas en la lucha contra la pobreza

La doble dimensión de los derechos que se expresan como obligaciones de no interferencia, pero también como expresión de la libertad positiva para realizar

45 Exp. 00853-2015-PA/TC, *ob. cit.*, fundamento jurídico 65.

46 Exp. 00853-2015-PA/TC, *ob. cit.*, fundamento jurídico 73.

47 Exp. 00853-2015-PA/TC, *ob. cit.*, fundamento jurídico 75.

uno mismo su libertad como “su propio amo” en la célebre expresión de Berlin⁴⁸, parece que ha estado de alguna forma siempre presente. Los derechos para ser tales, deben ser capaces de imponer no solo obligaciones de abstención, sino también acciones positivas.

Es la misma proyección de la libertad positiva y negativa a la que se refería Isaiah Berlin, aunque proyectada hacia los demás⁴⁹. Pensemos en el derecho a la libertad de expresión. Este derecho paradigmático en una democracia plural solo tiene sentido si se puede garantizar que exista, junto a la obligación de no impedir la difusión de las expresiones y discursos, también la garantía social de que existan diversidad de opiniones. Entonces no hay garantía social de la libertad de expresión si no está garantizada la variedad de opiniones circulando en un determinado contexto. Eso solo será posible si hay acciones encaminadas a promover que surjan distintos medios que difundan una variedad de ideas.

Si los derechos solo fueran capaces de imponer obligaciones negativas de no interferencia, sería muy difícil sostener que tenemos compromisos por disminuir o impedir las catástrofes de la desigualdad y el hambre en el mundo. ¿Cuánto y en qué medida estamos comprometidos con esto? Esta es, en todo caso, la cuestión a determinar. Shue señala que “[...] todo lo que a veces es necesario hacer es proteger a las personas cuya subsistencia está seriamente amenazada por individuos e instituciones que generan este daño ya sea de forma intencionada o no”⁵⁰. Por ello, a veces no haría falta una concreta acción, sino más bien, el solo hecho de no seguir actuando como lo venimos haciendo o tomar conciencia que nuestras acciones están causando daño. Por lo tanto, un derecho “positivizado” conlleva un deber correlativo de evitar privar a otros de su único medio de subsistencia disponible, así como el deber de ayudar a los necesitados.

Shue argumenta que todos los derechos fundamentales (y quizás todos los derechos morales) tienen un conjunto de tres deberes correlativos: (i) deber de no privar; (ii) deber de proteger de la privación; y, (iii) deber de ayudar a los necesitados. De este modo, la dicotomía “negativo-positivo” desaparece para poner en evidencia que tener un derecho supone siempre compromisos de acción. En efec-

48 BERLIN, I., HARDY, H., *El fuste torcido de la humanidad*, Península, Madrid, 2002, p. 190.

49 Un concepto de libertad en ese sentido se asemeja más a la noción de libertad social desarrollada por Axel Honneth, quien toma como base el desarrollo teórico hegeliano al respecto. Esta forma de libertad busca influir en la transformación de las instituciones sociales que se convierten en una forma de condición de posibilidad para el despliegue pleno de la libertad: HONNETH, A., *El derecho de la libertad*, Katz Editores, Madrid, 2014.

50 SHUE, H., *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign policy*, *ob. cit.*, p. 40.

to, la protección de las garantías sociales es la base para el rechazo de Shue a la dicotomía negativo-positivo en la teoría de los derechos: el aspecto “positivo” de un derecho fundamental a la seguridad física se deriva de la necesidad de protección, y se requiere protección para evitar la privación de la propia subsistencia. Sin protección, el derecho fundamental a la seguridad física sería un derecho desnudo “negativo” con solo deberes correlativos para no privar a una persona de la seguridad física. En resumen, solo un derecho positivo incluiría una obligación correlativa para proporcionar ayuda y protección real frente a su violación.

De este modo, para Shue, el disfrute real de los derechos no se cumple con cargas solo negativas. Las personas tienen derecho a la protección de sus derechos y la protección conduce a un rechazo de la dicotomía entre derechos negativos y positivos. Pero su argumento en contra de la dicotomía supone que las garantías sociales son parte del sentido corriente del concepto de un derecho moral.

Sobre la base de un concepto racional de derecho fundamental, Shue cree finalmente que nuestras obligaciones con los más desfavorecidos no se cierran solo con obligaciones de tipo negativo⁵¹. Tenemos la obligación moral y hay buenas razones para obligarnos a combatir y reducir la pobreza en el mundo. Aunque las ideas no aparecen con claridad sobre la forma en que esto ocurriría, Shue coincide en este punto otorgando un valor central a las instituciones.

Si tenemos derechos, tienen que existir instituciones o —mejor aún puede afirmarse que— existe un derecho universal a tener instituciones que ayuden a diseñar una estrategia de compromisos globales. Los derechos son límites a las fuerzas políticas y económicas, y estas no pueden imponer su “lógica” para generar hambre o exclusión de unos en beneficio del placer y abundancia para otros. Para Shue, toda sociedad y/o Estado que no puede garantizar la integridad física de la mujer y/o los niños —dentro y fuera del hogar— tiene un problema fundamental que viola los derechos humanos básicos de seguridad personal⁵². Se trataría de un caso de violación estructural de derechos que debiera convocar esfuerzos de todo tipo para aliviar y eliminar estos defectos.

Aun cuando no haya trazado una estrategia puntual para combatir la pobreza en el mundo, la filosofía de Shue ha puesto las columnas del pensamiento que debe llevarnos hacia ello. Sin duda, una primera idea potente en el trabajo de Shue es que la garantía “sustancial” de los derechos básicos está en el disfrute efectivo y su garantía social supone un compromiso que atañe a todos. Este es un punto

51 SHUE, H., *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign policy*, ob. cit., pp. 36 y ss.

52 PAYNE, M., “Henry Shue on Basic Rights”, *Essays in Philosophy* 9, n.º 2, 2008, artículo 5.

crucial. Los derechos no son cuestiones de los gobiernos solamente: hay un conjunto de prácticas —y a veces de falta empatía social⁵³— que impiden ver el problema. Esta es una piedra angular en la construcción de responsabilidades éticas frente al problema.

Muchas veces ocurre que los compromisos contra la pobreza y a favor de solventar los derechos básicos de todos se ahuyentan con argumentos utilitaristas, asumiendo que la enormidad de la pobreza y las carencias serían tan imposibles de saciar que toda lucha estaría destinada al fracaso. Sin embargo, esta visión de frustración puede ser menguada desde el comienzo si se reconoce: que (i) lo que es básico para unos no es necesariamente básico para otros; y, (ii) que, con frecuencia, el acceso a los derechos básicos no siempre supone un desprendimiento material, como ocurre por ejemplo con el acceso a derechos a decidir sobre su propio cuerpo en el caso del aborto y las imposiciones a las mujeres de asumir las cargas del embarazo o la libre unión de personas del mismo sexo.

Como ha argumentado Marcelo Alegre, la fuerza moral a favor de un derecho se incrementa cuando no exige sacrificios extremos de los demás, al tiempo que el desvalor moral de la resistencia o de la violación que supone el mantener determinadas actitudes o comportamientos, decae aún más en este mismo escenario⁵⁴. El mismo caso de la pobreza extrema, quizá optimizando mecanismos de distribución, no supone más que una suma de comportamientos más solidarios. Piénsese, por ejemplo, en los problemas con el agua que muchas veces supone una cultura de hábitos diferentes, hábitos solidarios. Dejar de promover la guerra podría seguramente aminorar significativamente el padecimiento de mucha gente. Quizá es solo cuestión de asumir nuevos compromisos y comportamientos más acordes con un catálogo básico de derechos de todos y, sobre todo, motivar una actitud de compromiso empático respecto de las carencias de los demás.

Muchas veces, los problemas de los derechos básicos y su relación con la vulnerabilidad y la pobreza en el mundo, se esconden detrás de actitudes pesimistas que son una forma de renunciar a los compromisos éticos que conllevan. Todos los seres humanos somos seres racionales y es sobre nuestra racionalidad que se construyen también nuestras obligaciones. No se trata de obligaciones que no podemos asumir. Como recuerda Shue, asumir que tenemos derechos, supone que podemos exigirlos. Si nuestros derechos descansan en una exigencia razonable frente a otros, entonces el Derecho tiene un cometido institucional que cumplir.

53 HUNT, L., *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona, 2010.

54 ALEGRE, M., “Pobreza, Igualdad, y derechos humanos”, *Revista jurídica de la Universidad de Palermo* 6, n.º 1, 2005, pp. 175-198.

El Derecho puede convertir en coactivo aquello que solo está acompañado de buenas razones, es decir, que podemos asumir como *carga razonable*.

El primer compromiso es, desde luego, revisar nuestras estructuras institucionales, de modo que ellas no generen, por el solo hecho de su implementación, desajustes o procedimientos que dañen o permitan la vulneración de los derechos. La perspectiva institucional de la organización global se basa en acuerdos que se concretan a través de pactos, normas, convenios. En esta línea, los argumentos de Pogge son valiosos también, pues todo podría estructurarse de otra manera si pensamos en que la estructura actual está aumentando la pobreza y la violencia en el mundo⁵⁵.

Los derechos básicos de los más vulnerables nos obligan, no a ser compasivos y/o caritativos, sino a desmontar nuestras estructuras legales actuales y a revisar también nuestros comportamientos frente a los que no pueden valerse por sus propios medios. Pensar primero en los más vulnerables porque las razones son mayores a favor de ellos. Si concebimos los derechos como argumentos a favor de ciertas acciones, sin duda el hambre, la falta de educación, o el precario acceso a la salud constituyen violaciones indefendibles para quedarnos con los brazos cruzados; no hay ninguna razón que avale un comportamiento de esta naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE, M., “Pobreza, Igualdad, y derechos humanos”, *Revista jurídica de la Universidad de Palermo* 6, n.º 1, 2005, pp. 175-198.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002.

BERLIN, I., HARDY, H., *El fuste torcido de la humanidad*, Península, Madrid, 2002.

ESTUPIÑAN, R., “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”. BOURGORGUE-LARSEN, L. (coord.), *Derechos humanos y políticas públicas*, Edo-Serveis, Barcelona, 2014.

FERRAJOLI, L. “Por un constitucionalismo de Derecho Privado”, conferen-

55 POGGE, T., *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press, Cambridge, 2008.

cia presentada en el congreso *Riflessioni sul diritto privato futuro*, realizado en la Università di Camerino los días 23 y 24 de octubre, 2003.

FERRAJOLI, L. “la Igualdad y sus garantías”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, AFDUAM n.º 13, 2009

FERRAJOLI, L., *Libertad y propiedad. Por un constitucionalismo de Derecho Privado*, Palestra, Lima, 2018.

FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

FERRAJOLI, L., “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones constitucionales*, n.º 15, 2006, pp. 113-136.

FERRAJOLI, L., *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, Trotta, Madrid, 2016.

GILBERT, M., *Rights and demands. A foundational inquiry*, Oxford University Press, Londres, 2018.

GRÁNDEZ, P., “La Constitución que emerge: las voces acalladas de las comunidades originarias en el discurso constitucional peruano de comienzos del siglo XXI”, *DPCE Online* 37, n.º 4, 2019.

GRÁNDEZ, P., “Nota Preliminar: El constitucionalismo frente a los desafíos de la pobreza”, GRÁNDEZ, P. (ed.), *El Derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos*, pp. 11-16. Palestra, Lima, 2011.

GRÁNDEZ, P., “Nota preliminar”, FERRAJOLI, L., *Libertad y propiedad. Por un constitucionalismo de Derecho Privado*, pp. 11-16. Palestra, Lima, 2018.

GRÁNDEZ, P., “Por un constitucionalismo igualitario. Las minorías en la obra de Luis Prieto Sanchís”, IBÁÑEZ, P. A., GRÁNDEZ, P., MARCIANI, B., POZZOLO, S. (eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís*, Palestra, Lima, 2020.

HONNETH, A., *El derecho de la libertad*, Katz Editores, Madrid, 2014.

HUNT, L., *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona, 2010.

INDACOCHEA, Ú., “El derecho al mínimo vital. Un análisis de su posible fundamentación como derecho humano”. GRÁNDEZ, P. (ed.), *El Derecho frente a la pobreza. Los desafíos éticos del constitucionalismo de los derechos*, pp. 259-

284, Palestra, Lima, 2011.

MACCORMICK, N. *Retórica y Estado de Derecho*, trad. de Angel Gascón, Ed. Palestra, Lima, 2015).

MILLÁN VALENCIA, A., “Coronavirus en Perú | La escasez de oxígeno por el covid-19 que puso en alerta al gobierno”, *BBC News Mundo*, 12 de junio de 2020. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53025355>

PARRA, Ó., “Derechos humanos y pobreza en el Sistema Interamericano. El rol del análisis estructural a partir de informes y siete escenarios estratégicos basados en la responsabilidad internacional”, *Revista IIDH*, n.º 56, 2012, pp. 274-320.

PAYNE, M., “Henry Shue on Basic Rights”, *Essays in Philosophy* 9, n.º 2, 2008, artículo 5.

POGGE, T., *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press, Cambridge, 2008.

POGGE, T., “Dignidad y justicia global”, *Diánoia* 56, n.º 67, 2011, pp. 3-12.

POZZOLO, S., “¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis de derecho en perspectiva de género”, *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 51, 2019, pp. 1-23.

PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2017.

PRIETO SANCHÍS, L., “Igualdad y minorías”, *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 5, 1995, pp. 111-143.

PRIETO SANCHÍS, L., “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, *Doxa*, n.º 15-16, 1994, pp. 367-387.

ROA, J., “El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, Abril, Research Paper n.º 11, 2020.

RUGGIE, J., “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *The American Journal of International Law* 101, n.º 4, 2007, pp. 819-840.

SARLET, I., “Dignidad (de la persona) humana, mínimo existencial y justicia constitucional. Algunas aproximaciones y algunos desafíos”, AA. VV., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en ho-*

menaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos, tomo V, vol. 2, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2015.

SHUE, H., *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign policy*, Princeton University Press, New Jersey, 1996.

JURISPRUDENCIA

Caso *Comunidad de Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de junio de 2005.

Caso *Comunidad Indígena de Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005.

Caso *Comunidad Indígena de Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006.

Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de julio de 2006.

Caso *Valle Jaramillo vs. Colombia*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de noviembre de 2008.

Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009.

Caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de mayo de 2010.

Caso *Atala Riffó e hijas vs. Chile*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012.

Exp. 02945-2003-AA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, 20 de abril de 2004.

Exp. 00853-2015-PA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, 14 de marzo de 2017.

INFORMES DE INSTITUCIONES

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009. <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA. UNA REVISIÓN CONCEPTUAL A MÁS DE 20 AÑOS DE LA SANCIÓN DE LA CARTA DEMOCRÁTICA IBEROAMERICANA Y A 4 DÉCADAS DE LA OLA DE DEMOCRATIZACIÓN EN LA REGIÓN.

DEMOCRACY, HUMAN RIGHTS AND THE RULE OF LAW IN LATIN AMERICA. A CONCEPTUAL REVIEW MORE THAN 20 YEARS AFTER THE SANCTION OF THE IBERO-AMERICAN DEMOCRATIC CHARTER AND 4 DECADES AFTER THE WAVE OF DEMOCRATIZATION IN THE REGION.

Cristian Altavilla *

(CONICET/UNC/UES21, Argentina)

cristianaltavilla@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6592-435X>

Cómo citar/Citation

Altavilla, C., “Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho en América Latina. Una revisión conceptual a más de 20 años de la sanción de la Carta Democrática Iberoamericana y a 4 décadas de la ola de Democratización en la región”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*. Cortes de Castilla-La Mancha – UCLM, n.º 24, 2024.

Recibido: 04-02-2024

Aceptado: 30-04-2024

Resumen: El presente trabajo se plantea indagar acerca del nacimiento y la evolución de tres conceptos clave del sistema interamericano de derechos humanos: Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, conceptos que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de gran parte

* Abogado, Doctor en Derecho y Cs. Ss. (2016) por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) con un PhD Visiting en el Doctorado en Ciencia Política de la Universidad de Bolonia, Italia (2012/2013). Magister en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Pos-Doctor por la Universidad Nacional de Córdoba y por la Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, Italia. Director del Instituto Internacional de Democracia, Derechos Humanos y Empresa – IIDHE (UES21). Profesor de la materia Derecho Público Provincial y Municipal y de Derecho Político, Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Córdoba y Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal en Universidad Siglo 21 (UES21). Investigador Asistente de CONICET (desde 2022). Investigador postdoctoral en CONICET (2016-2019) e investigador visitante en Universidades de diferentes países (Brasil, Dinamarca, España, Colombia, Italia y Estados Unidos). Ha sido visiting scholar en la Universidad de Harvard y en la Universidad de Massachussets (Estados Unidos), y en la Universidad de Bologna, Italia. Ha publicado libros y más de 40 trabajos en temas relacionados con su área de especialización, en revistas y medios nacionales e internacionales.

de la doctrina, se encuentran interconectados dentro del esquema del sistema interamericano de derechos humanos; sin embargo, estos tres conceptos no se derivan lógicamente uno de otros, sino que esta intervencionalización sólo puede darse a través de un esfuerzo interpretativo que, además, requiere de la acción concreta de los Estados para que tengan vigencia efectiva.

En esta tarea, el trabajo se propone revisar los contenidos teóricos y normativos de estos tres conceptos, con especial hincapié en los intentos por normativizarlos a través de instrumentos internacionales.

Palabras Clave: Democracia; Derechos Humanos; Estado de Derecho; América Latina

Abstract: This paper sets out to investigate the birth and evolution of three key concepts of the Inter-American human rights system: Democracy, Rule of Law and Human Rights, concepts that in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and much of the legal doctrine, are interconnected within the scheme of the inter-American human rights system; however, these three concepts are not logically derived from each other; rather, this interlinkage can only occur through an interpretative effort that, in addition, requires the concrete action of the States to have effective validity.

This paper aims to review the theoretical and normative contents of these three concepts, with special emphasis on the attempts to normativize them through international instruments.

Key Words: Democracy; Human Rights; Rule of Law; Latin America

1. Introducción

La *Carta Democrática Interamericana (CDI)* puede considerarse un punto de inflexión en el desarrollo de los regímenes democráticos, especialmente en el intento de los organismos supranacionales de fijar estándares comunes y conceptos consensuados de lo que debemos entender por democracia.

Una de las grandes preocupaciones actuales de los organismos internacionales, ha sido precisamente la dificultad por encontrar conceptos y elementos consensuados a nivel internacional de lo que es o debiéramos entender por *democracia* y por *Estado de derecho*.

En este contexto, es que han surgido diferentes intentos por llegar a una conceptualización sistematizada del término “democracia” y de “Estado de Derecho”; ejemplo de ello lo es el “*Reporte sobre el Estado de Derecho*” adoptado por la Comisión de Venecia en su 86ª sesión plenaria (Venecia, Italia, 24 y 25 de marzo de 2011), y a nivel latinoamericano, la propia *Carta Democrática Interamericana* adoptada por la Asamblea General de la OEA en su 28º período extraordinario de sesiones, el 11 de septiembre de 2001, en Lima, Perú.

Este intento de sistematización de conceptos tan amplios, multifacéticos y multívocos presenta ingentes problemas. A pesar de ello, se observan interesantes avances llevados a cabo tanto desde lo *normativo* como desde lo *jurisdiccional*.

En su faz *normativa*, encontramos definiciones tanto en el derecho internacional como en el derecho nacional, interno, de diferentes Estados. Esta tendencia comienza a darse tempranamente en los Estados a través de sus propias constituciones hacia fines del s. XIX y (sobre todo) en la primera mitad del s. XX. Sin embargo, los sistemas democráticos aun tendrán que sortear importantes obstáculos: los regímenes totalitarios de la primera mitad del s. XX (el nazismo y el fascismo), la guerra fría (enfrentamiento entre las democracias occidentales y los sistemas comunistas orientales) las dictaduras militares en Europa y América Latina que se extendieron y sucedieron entre mediados y el primer cuarto de la segunda mitad del s. XX. Las constituciones post Segunda Guerra Mundial en Europa occidental, las constituciones de la era de la redemocratización en América Latina de la década del 80, las constituciones de la Europa oriental post era soviética, las constituciones del sudeste asiático fueron reaceptando la democracia como forma de gobierno y tendieron a reasegurarla a través de dispositivos legales en procura de su defensa. En paralelo, en el ámbito internacional, los distintos bloques regionales también comenzaron a elevar el principio democrático como un *desideratum*, primero, y como una garantía, después, al punto que apare-

ce hoy ya como una *obligación* de los Estados el instaurar y asegurar regímenes democráticos (ver más adelante, art. 1° CDI). Esto no ha sido posible sin sortear grandes dificultades, sobre todo jurídicas. Hasta entonces, los organismos internacionales se encontraron con un gran escollo frente a los principios nada menos que rectores del ordenamiento jurídico internacional, que son la independencia, el principio de soberanía estatal, de no intervención y de autodeterminación, aun hoy invocados por los propios Estados frente a determinadas disposiciones. Sin embargo, como reconoce David Held, “en el derecho internacional contemporáneo también se puede vislumbrar la tendencia a dejar de considerar el Estado como una entidad legítima por el mero hecho de reivindicar el poder público; es decir, se tiende a rechazar todo principio de legitimidad que sea indiferente a la naturaleza, forma y operación del poder político. Corporizada en ciertos instrumentos legales, se pone en práctica la concepción de que el Estado legítimo debe ser un Estado democrático que propugna ciertos valores comunes” (1997:134).

A partir de entonces, los conceptos de *democracia*, de *Estado de derecho* y de *derechos humanos* comienzan a adquirir una relevancia inusitada, no solo desde lo normativo, a través de su recepción en instrumentos legales y constitucionales, tanto nacionales como internacionales, sino también de su interpretación, en especial, por los tribunales internacionales.

En este contexto, surgen algunos interrogantes: ¿Cuál es, en consecuencia, el conjunto de *valores mínimos* que definen a la democracia y al Estado de derecho en el régimen jurídico del Sistema Interamericano? Y una vez definido estos valores, ¿cuál es el *límite de la competencia e intervención* de los organismos internacionales en los regímenes nacionales internos? Esto nos lleva a pensar también: ¿*Cuáles son los fundamentos legales* de la democracia y el Estado de Derecho? Y, en función de ello, ¿cómo se plantea la relación entre el *derecho* y la *democracia* y el *Estado de Derecho*?

Se trata de un aspecto de la realidad social que emerge como un punto de confluencia entre el derecho y la política; por eso no es tan fácil definir estos elementos, porque se entrecruzan principios, valores, por un lado, normas, disposiciones, por otro, y prácticas, costumbres y usos, por otro lado.

En este trabajo se busca hacer un recorrido histórico y teórico sobre estos tres conceptos (Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos), para arribar a la necesaria intervencionalidad que se presenta entre ellos. En este recorrido se intentará vislumbrar cuáles son esos estándares fijados en el sistema interamericano de derechos humanos para arribar a un concepto común de democracia y de Estado de Derecho, y su estrecha relación con el sistema de derechos humanos.

2. Aclarando algunos conceptos preliminares

2.1 Democracia

La democracia, en cuanto forma de gobierno y en cuanto expresión que denota una determinada doctrina política, ha sido una de las expresiones más difíciles en conceptualizar y de delimitar su significado.

El uso generalizado del término democracia es bastante reciente (en términos históricos). Para la época de las revoluciones liberales, el término “democracia” no solo no estaba ampliamente difundido como en la actualidad, sino que incluso se la miraba con sospecha y recelo, ya que se la vinculaba con la idea de *igualitarismo radical* y con lo que hoy conocemos como *democracia directa*, es decir, una democracia no representativa (Dahl 2006).

En su evolución hasta la actualidad, el régimen democrático se interceptará con la importante evolución que tendrán los derechos humanos a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y su creciente proceso de internacionalización. Será recién a partir del s. XX que el régimen democrático comenzará a difundirse en el mundo – no sin sobresaltos. En Europa, la democracia se asentará en la Europa occidental tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la caída de los regímenes totalitarios en Alemania (nazismo) e Italia (fascismo), la transición operada en Portugal tras la Revolución de los Claveles en 1974 y en España tras la muerte de Franco en 1975; en América Latina se dará inicio a una ola de democratización con el paulatino abandono de regímenes totalitarios (dictadoras militares) en República Dominicana y Ecuador en 1978, Perú en 1980, Honduras en 1981, Bolivia en 1982; Argentina en 1983, El Salvador en 1984, Guatemala, Brasil y Uruguay en 1985; Paraguay y Panamá en 1989; y Chile en 1990. La Europa Occidental vivenciará un proceso similar tras el desmantelamiento de la Unión Soviética y que terminaría con la independencia de las quince repúblicas de la Unión Soviética entre marzo de 1990 y diciembre de 1991; en un proceso simultáneo, pero más extenso en el tiempo, los países del sudeste asiático realizaron sus transiciones democráticas entre 1986 y 1999 (Filipinas, Corea del Sur, Taiwán, Pakistán, Mongolia, Nepal, Tailandia, Bangladesh e Indonesia, seguidos luego por Camboya, China, Hong Kong, Laos, Malasia, Myanmar, Corea del Norte y Vietnam).

Es así que “después de 1989, tras una serie de acontecimientos de sobra conocidos, comenzó a cobrar fuerza la idea de que el progreso de la democracia era ya un ‘movimiento universal’” (Groppi 2012:9). En efecto, la democracia comenzó a expandirse por todas las latitudes, siendo cada vez más los países que la adop-

tan como forma de gobierno: “Durante el siglo XX, el número de países que contaba con las instituciones políticas básicas de la democracia representativa aumentó notablemente. Al inicio del siglo XXI, observadores independientes coincidieron en que más de un tercio de los países nominalmente independientes del mundo poseían instituciones democráticas comparables a las de los países de habla inglesa y a las de las democracias más antiguas de la Europa continental. En otra sexta parte de los países del mundo, estas instituciones, si bien un tanto defectuosas, igualmente proporcionaban grados históricamente altos de gobierno democrático” (Dahl 2004:30).

Este proceso de democratización coincide, a su vez, con una *nueva etapa del constitucionalismo*, la del constitucionalismo de la internacionalización de los derechos humanos, caracterizada por la recepción y defensa de los derechos humanos, al mismo tiempo que incorporan tratados internacionales de derechos humanos con la misma jerarquía y operatividad que la propia constitución (ver Henderson 2004).

En Europa, las constituciones de Alemania de 1949, la italiana de 1948, la austríaca de 1945, la francesa de 1958, la portuguesa de 1976, la española de 1978, se caracterizarán precisamente por la recepción de los derechos humanos y por la defensa del régimen republicano y democrático. En América Latina se producirá también un importante avance del constitucionalismo, denominado el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* con las constituciones de Brasil de 1988, la colombiana de 1991 y las más recientes de Ecuador de 2008 y la boliviana de 2009.

Estas constituciones incluso han incorporado cláusulas pétreas que impiden la modificación de la forma de gobierno o de los derechos humanos reconocidos por esos textos. Italia (art. 139) y Francia (art. 89) prohíben la modificación de la forma republicana de gobierno; Alemania (art. 79.3) prohíbe cualquier modificación de la Ley Fundamental que afecte, entre otros puntos, los principios enunciados en su art. 1º, que recepta el principio de la dignidad humana y la inviolabilidad e inalienabilidad de los derechos humanos y del art. 20, que contiene la declaración de Alemania como un Estado federal democrático y social (inc. 1º), el principio de la soberanía popular (inc. 2º) y del Estado de derecho, al sostener que “El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho” (inc. 3º). Brasil (Art. 60.3) prohíbe abolir, entre otros, la separación de poderes y los derechos y garantías individuales.

2.1.2. La recepción de la democracia en los instrumentos internacionales

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948) consagró el *principio democrático*, de manera implícita, en su art. 21, el cual reconoce los siguientes derechos:

Artículo 21

1. *Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.*

2. *Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

3. *La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.*

En términos sustancialmente similares, el *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos* (1966), recepta el principio democrático en el art. 25, pero con una diferencia importante: aparece ahora como *obligación legal* de los Estados. La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2000) introduce el término “democracia” en su Preámbulo (“Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la *democracia* y del Estado de Derecho”). La *Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José* (1969), introduce también en su *Preámbulo* el término “democracia” (“Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones *democráticas*, un régimen de *libertad personal* y de *justicia social*, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre...”).

Por otro lado, la democracia aparece en este instrumento como *límite a la facultad reglamentaria* de los Estados en la regulación y limitación de ciertos derechos fundamentales, tales como el Derecho de Reunión (Art. 15), la Libertad de Asociación (Art. 16), el Derecho de Circulación y de Residencia (Art. 22), sosteniendo que, en todos estos casos, “el ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, *en la medida indispensable en una sociedad democrática*, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

En estos últimos dos instrumentos, la democracia aparece como un *valor*.

En términos similares a la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y al *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*, el *Pacto de San José de Costa Rica*, con el título de “derechos políticos”, recepta el principio democrático en su art. 23.

Como puede apreciarse, la democracia es considerada en estos instrumentos desde una *perspectiva formalista o procedimentalista*, lo que algunos autores denominan democracia “formal o procedimental” (Ferrajoli 2008, 2012), una concepción que sólo tiene en cuenta las formas o los procedimientos, es decir, el método de formación de las decisiones públicas, y cuyo único fundamento axiológico es el principio de *autonomía* – es decir, de auto-gobierno, de gobierno propio y la facultad de darse sus propias leyes e instituciones. Esta concepción formalista solo tiene en cuenta *quiénes* – el pueblo y sus representantes – y el *cómo* – la regla de la mayoría. Esta es la concepción clásica, que ha estado presente desde su creación en la Grecia clásica y sostenida por todos los autores y pensadores de la historia de las ideas políticas, desde Platón y Aristóteles, pasando por Rousseau, hasta los modernos teóricos como Kelsen, Bobbio, Schumpeter, Dahl, Popper y Waldron (Ferrajoli 2012).

Sin embargo, en una *interpretación dinámica y sistemática*, considerando el conjunto de los tratados internacionales y cada uno de ellos como un sistema normativo, que incluye un conjunto de derechos y deberes fundamentales, se desprende – aunque por vía de *interpretación* – que la democracia pueda ser concebida no solo desde la forma (*quién y cómo*), sino también desde el contenido (*qué*), es decir, una democracia sustancial cuyos contenidos son los derechos y libertades fundamentales, que complementan los derechos políticos (derechos de participación ciudadana – democracia formal):

“La voluntad de los electores se manifiesta en efecto auténticamente sólo si se puede manifestar libremente. Y puede manifestarse libremente solo si está garantizado el ejercicio, además del derecho a votar, de las libertades fundamentales de todos y cada uno: de la libertad de pensamiento, de prensa, de información, de reunión, de asociación” y estos derechos de libertad, agrega Ferrajoli, “en cambio, son efectivos en la medida en que se sustentan a su vez en la garantía de los derechos sociales a las prestaciones positivas, es decir, a la subsistencia, la salud, la educación y la información. Sin la satisfacción de estos derechos y las obligaciones públicas que les corresponden, tanto los derechos políticos como los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: porque no hay participación en la vida pública sin garantía de vitalidad mínima, ni formación de volun-

tades conscientes, a la educación o a la información” (2012:71). En igual sentido, David Held (1993) sostiene que los individuos deberían ser libres e iguales para determinar las condiciones de su propia vida, y para ello, deberían disfrutar de los mismos derechos en la especificación del marco que genera y limita las oportunidades disponibles para ellos, siempre y cuando no utilicen este marco para negar los derechos a los otros.

Aparece así entonces la *estrecha vinculación* con los derechos humanos. Como se verá más adelante, esta es la concepción de democracia que receipta el sistema interamericano, producto primero de la interpretación judicial (de la Corte Interamericana a través de sus sentencias y opiniones consultivas), luego por expresa recepción normativa. El sistema normativo interamericano ha adoptado una posición material de democracia, vinculándolo con los conceptos de derechos humanos y de Estado de Derecho, como tres elementos que se interrelacionan y dan sustento a una forma de gobierno deseada en cuanto forma propicia para el desenvolvimiento de la persona humana y la garantía y respecto a su dignidad, avanzando así no solo en la noción de lo que debe entenderse por democracia, sino también, en los elementos esenciales que ésta debe tener. Esta posición será plasmada en la *Carta Democrática Interamericana*.

2.2. Estado de derecho

El concepto de *Estado de Derecho* ha encontrado también ciertos escollos para arribar a una definición precisa en el ámbito jurídico-normativo. Si bien es cierto que ya las primeras constituciones modernas reflejaban la estructura básica de lo que entendemos por *Estado de derecho*, su conceptualización y sus elementos caracterizan tés no han estado ajenos al debate académico. También es cierto que el concepto de Estado de derecho ha sido menos controvertido que el de democracia, y menos manipulado, ya que se trata de algo más técnico que valorativo.

El *Estado de Derecho* tiene su origen en las revoluciones liberales de los s. XVII y XVIII, aunque el término nacerá más tarde (*circa* s. XIX). Como tal, denota la idea central de la subordinación del Estado y todos sus órganos a la ley; se contraponen así a la idea de absolutismo y de totalitarismo, regímenes donde reina el más *puro positivismo jurídico*, donde la ley se identifica con la voluntad del monarca o el líder; al decir de Hobbes, no existe ley justa o injusta, es la ley lo que decide lo justo y lo injusto; ninguna ley en sí misma puede ser injusta, es decir, contraria a derecho; “puede ser mala, contraria a la equidad, pero no injusta. Ello es así porque para Hobbes, el derecho no tiene ni puede tener más que una fuente: el Estado” (Chavallier 2006:47).

Las tres grandes revoluciones liberales que marcarán el inicio del Estado de Derecho serán la Revolución Gloriosa de 1688 en Inglaterra, la revolución norteamericana de 1776 y la revolución francesa de 1789, con sus respectivos documentos fundantes: el *Bill of Rights* inglés de 1688, la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Constitución francesa de 1791 (y sus sucesivas, de 1793, 1795). Todos estos documentos tienen un *objetivo* en común: limitar el poder, y utilizan un mismo *mecanismo*, la división del poder del Estado en ramas o departamentos. Y los tres tienen un fin último: preservar la dignidad humana.

Al decir de Brewer-Carías “Esos acontecimientos fueron los que comenzaron a trastocar todos los principios que hasta entonces habían dominado el constitucionalismo monárquico, dando origen en contraste, al Estado de derecho, es decir, a una *forma de organización política* en la cual *los órganos y autoridades del gobierno del Estado* comenzaron a tener su origen en el ejercicio de la soberanía popular, y todos ellos, incluyendo el Monarca, no sólo *derivaban sus poderes de la Constitución y la ley*, sino que también *estaban limitados por ellas*” (2016:24/25).

No debe olvidarse que la finalidad última de estos movimientos ha sido y sigue siendo preservar la *dignidad humana*; se trata de un sistema que “tiene por finalidad, además de la racionalización del ejercicio de las potestades públicas, garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos” (Brewer-Carías 2016:143). La *división del poder* se lleva a cabo – no solo con un criterio de eficiencia – para limitar el poder, impedir que todo el poder soberano del Estado se concentre en una sola persona (o algunas o varias); la sola concentración del poder en una sola persona constituye lo que los teóricos del s. XVIII (principalmente Madison) denominaron “tiranía”.

El Estado de Derecho se sustenta en dos grandes principios, uno político, que es el principio de la *soberanía del pueblo*, y otro jurídico, cual es el principio del *imperio de la ley*. El instrumento que utilizan, en común, es la *Constitución*, a través de la cual se materializa el principio basal de la doctrina del Estado de derecho: la supremacía de la ley, o el imperio de la ley (*the rule of law*). Se produce así una vinculación casi indisoluble entre *constitucionalismo* y *Estado de derecho*: “en términos generales, puede afirmarse que el ‘Estado de Derecho’ constituye el objetivo concreto del movimiento histórico-político conocido con el nombre de ‘constitucionalismo’ [...] El Estado de Derecho es la institucionalización de la doctrina del constitucionalismo” (López 1998:365).

La idea de fondo es evitar gobiernos arbitrarios, basados en la sola voluntad de quien gobierna, buscando, en su lugar, hacer descansar toda la estructura de gobier-

no sobre *normas racionales*, producto de la razón del hombre y, como tales, no arbitrarias, sujetas a la lógica y basadas en principios que están por encima del ordenamiento jurídico positivo, valores tales como el de justicia, equidad, igualdad.

La doctrina del Estado de Derecho utiliza precisas técnicas jurídicas para lograr su cometido, tales como: (1) Supremacía de normas jurídicas fundamentales (Constitución): “Declaración de Derecho”; (2) Distinción entre poder constituyente y poder constituido; (3) División orgánica y funcional entre los poderes constituidos; (4) Independencia del Poder Judicial; (5) Designación por elección de los titulares del poder constituyente y constituido mediante competencia pacífica normativamente regulada; (6) Legalidad administrativa; (7) Control de la actividad de los órganos estatales e institucionalización de la oposición (López 1998:365).

El término *Estado de Derecho* es tomado de la expresión alemana “*Rechtsstaat*”, empleada por primera vez por Robert von Mohl (1829) y ampliamente utilizado por la escuela alemana de la *Teoría General del Estado*. La expresión en sí mismo encierra la idea de la supremacía del Derecho por sobre el Estado y hace referencia a un particular tipo de Estado que se estructura a partir de un particular ordenamiento jurídico (López 1998). Todo Estado necesita de derecho; la principal característica del Estado moderno es, precisamente, la concentración de la potestad legislativa, es decir, de crear normas de contenido obligatorio, de alcance universal y de cumplimiento forzoso y coactivo (incluso a través de la fuerza o violencia física). Por ello, como sostiene Heller (2007), el poder del Estado es siempre legal (es decir, poder político jurídicamente organizado). Pero lo que el Estado de Derecho y el Constitucionalismo instalan es un Estado sometido a la ley y no una ley sometida a la voluntad del Estado (o de la persona que lo encarna).

En el mundo anglosajón, se utiliza la expresión “*rule of law*”, que se traduce habitualmente como sinónimo de Estado de Derecho, aunque literalmente significaría “imperio” o “gobierno” de la ley. Esta expresión fue popularizada por el jurista británico A. V. Dicey en su famosa obra *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (“Introducción al Estudio del Derecho de la Constitución”) de 1885.

2.2.1. La recepción del Estado de Derecho en los instrumentos internacionales

El término es receptado expresamente en varias disposiciones del *Tratado de la Unión Europea* (2002), empezando por su Preámbulo, el cual dispone “Confir-

mando su adhesión a los principios de libertad, *democracia* y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del *Estado de Derecho*”.

Se lo incluye también en el art. 6.1, el cual establece que “La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el *Estado de Derecho*, principios que son comunes a los Estados miembros”; el art. 11.1, establece que los objetivos de la política exterior y de seguridad común de la Unión serán, entre otros, “el desarrollo y la consolidación de la *democracia* y del *Estado de Derecho*, así como el respeto de los *derechos humanos* y de las libertades fundamentales”; el art. 177.2 acerca de la política de la Comunidad en el ámbito de la cooperación al desarrollo, “contribuirá al objetivo general de desarrollo y consolidación de la *democracia* y del *Estado de Derecho*, así como al objetivo de respeto de los *derechos humanos* y de las libertades fundamentales”;

En materia de cooperación económica, financiera y técnica con terceros países, el art. 181.A.1, define que la política de la Comunidad “contribuirá al objetivo general del desarrollo y la consolidación de la *democracia* y del *Estado de Derecho*, así como al objetivo del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

Sin embargo, estos instrumentos no avanzan hacia una definición o determinación de su contenido, elementos, requisitos, etc., por lo que se limitan a la sola mención de la expresión. Esta preocupación fue advertida por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, al manifestar que en los diferentes documentos donde se aborda la cuestión del Estado de Derecho contienen elementos que “no son suficientes para la redacción de una lista de requisitos clave sobre el estado de derecho, aceptados por el Consejo de Europa, y mucho menos de una definición” (citado por la Comisión de Venecia en su “Reporte sobre el Estado de Derecho”, págs. 6/7).

Según informa el Reporte, diferentes organismos de la Unión Europea, tales como el Consejo de Europa y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, han trabajado para lograr un concepto consensuado del término Estado de Derecho; entre los elementos o requisitos que se mencionan como esenciales para este principio, se rescatan:

- a. Prohibición de arbitrariedad;
- b. Derecho a obtener una reparación justa por parte de jueces independientes;
- c. Seguridad jurídica;
- d. Igualdad ante la ley;

Sin embargo, hasta ese momento no se había logrado una definición, ni siquiera una aclaración, del principio (Comisión de Venecia 2011).

Otro organismo europeo que se embarcó en esta tarea ha sido la *Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa* (OSCE). Este organismo ha elaborado una serie de recomendaciones a los Estados miembros para fortalecer el Estado de Derecho, enfatizando en “la necesidad de que el alcance de la adhesión al Estado de derecho y observancia del mismo sea universal, tanto en el ámbito nacional como internacional; y el firme compromiso con un orden internacional basado en el Estado de derecho y en el derecho internacional” (OSCE 2008).

La OSCE subraya “la importancia que tiene el *Estado de derecho* como factor que *afecta a todas las dimensiones* a la hora de asegurar el respeto de los *derechos humanos* y la *democracia*, la seguridad y la estabilidad, la gobernanza, las relaciones económicas y comerciales mutuas, la seguridad en las inversiones y un entorno propicio para los negocios, así como su función en la lucha contra la corrupción, la delincuencia organizada y todo tipo de tráfico ilegal, incluido el de drogas y armas, así como la trata de personas, por lo que sirve como fundamento para el desarrollo político, económico, social y medioambiental de los Estados participantes”. Más allá de lo contundente de la declaración, es posible observar – nuevamente – que ni parte ni avanza hacia una definición del Estado de derecho ni de sus elementos esenciales.

El documento de la OSCE (2008) también refuerza la idea de la *interrelación* entre los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia, en cuya vinculación “se refuerzan mutuamente”. Aunque el documento tampoco profundiza esta idea.

En el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU), se han producido trabajos y reportes que intentan también arribar hacia un concepto único del principio y la identificación de sus elementos esenciales; sin embargo, en tres documentos producidos en 2002, 2004 y 2005, se observa cierta variación en el enfoque:

El primer reporte hace hincapié en los siguientes elementos:

- a. Poder judicial independiente;
- b. Instituciones de derechos humanos independientes;
- c. Poderes estatales limitados y definidos;
- d. Elecciones transparentes y justas;

El segundo reporte, en cambio, resalta los siguientes elementos:

- a. Calidad de la legislación;
- b. Supremacía de la ley;
- c. Igualdad ante la ley;
- d. Rendición de cuentas;
- e. Seguridad jurídica;
- f. Transparencia legal y procesal;
- g. Eliminación de arbitrariedad;
- h. Separación de poderes;
- i. Supremacía.

El tercer documento, una Resolución del Comité de Derechos Humanos de la ONU (DH Res. 2005/32, titulada “Democracia y el estado de derecho”), hace foco en tres elementos:

- a. Separación de poderes;
- b. Supremacía de la ley;
- c. Igualdad de protección bajo la ley.

3. Necesidad de diferenciar conceptos

Los tres conceptos aquí analizados han tenido un desarrollo diferente a lo largo del tiempo y en los distintos países. Así, por ejemplo, el concepto de *Estado de Derecho* no ha tenido tanta recepción legal como la *democracia* o los *derechos humanos*; sin embargo, al tratarse de una técnica jurídica, sí es posible encontrar que prácticamente todas las constituciones modernas receptan explícitamente los principios esenciales sobre los que se basa (soberanía del pueblo y supremacía de la ley) y regulan las técnicas jurídicas a través de las cuales el Estado de derecho se ve operativizado (ver *supra*), aun cuando la expresión no sea utilizada con asiduidad en los textos jurídicos y constitucionales. En este sentido, es posible identificar que en las *democracias viejas* es más raro encontrar la expresión (Alemania, España, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza, etc.), pero, aun así, se encuentran presentes los principios y técnicas jurídicas que lo definen.

Por su parte, la *democracia*, en cuanto forma de gobierno, por su propia naturaleza, ha sido más difícil, no solo de conceptualizar, sino también de regular en textos normativos, y ello se debe fundamentalmente a que, como forma de gobierno, se basa en prácticas y costumbres, más que en particulares reglas, y como tal, resulta difícil de receptar en textos normativos.

Los *derechos humanos*, por su parte, han recibido una consagración en innumerables instrumentos internacionales; como tales, estos derechos al constituir reglas precisas, son fácilmente receptados en normas jurídicas, lo cual ha permitido una enorme expansión – al punto de que importante doctrina llega a criticar tales técnicas legales o constitucionales *reglamentaristas*, que regulan hasta el detalle determinados derechos, lo que termina por atentar contra su propia eficacia.

La sola referencia a la democracia no implica, de por sí, la existencia o vigencia de los derechos humanos. Como se sostuvo, una concepción democrática clásica, procedural o formal, fácilmente admite un tipo de régimen totalitario que, como tal, puede menoscabar los derechos humanos – García San José trae como ejemplo el reciente caso del Frente Islámico de Salvación que buscaba instaurar en Argelia, a través de la voluntad popular, formal y libremente manifestada, un sistema que amenazaba en forma directa a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (2006:66).

La propia Corte Interamericana dejó en claro esta diferencia al sostener que “la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana”¹.

Como señala García San José, se produce así una paradoja: “si bien la democracia no implica los derechos humanos, pudiendo incluso entrar en contradicción con ellos, los derechos humanos presuponen, en cambio, la democracia que no puede realizarse plenamente sin éstos” (2006:66).

En última instancia, no fue sino ésta la gran preocupación de Madison y los padres fundadores. Para Madison, una facción compuesta por una minoría, era fácilmente controlada por el “*principio republicano*”, es decir, a través del voto regular. El principal peligro, para ellos, era la facción compuesta por una mayoría: “Cuando una mayoría está incluida en una facción, la forma de gobierno po-

1 CIDH (2021), Opinión Consultiva N° 28/21, párr. 44.

pular, por otro lado, le permite sacrificar a su pasión o interés gobernante, tanto el bien público como los derechos de otros ciudadanos. Asegurar el bien público y los derechos privados contra el peligro de tal facción, y al mismo tiempo preservar el espíritu y la forma del gobierno popular, es, pues, el gran objetivo al que se dirigen nuestras investigaciones”.

Esta intervencionalidad se produce en los instrumentos internacionales y, más propiamente, en la *Constitución*: “Entre las diferentes caracterizaciones de la Constitución hay una que es reiteradamente utilizada: la Constitución como el «estatuto jurídico de lo político». En otra formulación, se afirma que la Constitución es el «lugar de reunión» entre la democracia y el constitucionalismo” (Gomes Canotilho 2009).

Tal como sostiene Luigi Ferrajoli, la democracia en su concepción formal (o estrecha), lleva a la consideración únicamente de la forma en que opera ese tipo de gobierno, es decir, un sistema en el cual las decisiones políticas son expresión – directa o indirecta – de la voluntad popular: “tal definición no es en realidad capaz de dar cuenta de las modernas democracias constitucionales, que serían, de la misma manera, no-democracias. El poder popular absoluto, ignora y contradice el paradigma del estado de derecho, que no admite la existencia de poderes no sujetos a la ley” (2012:71) a lo que cabe agregar la falta de garantías en el respeto y cumplimiento efectivo de los derechos humanos, aspecto en el que precisamente el Estado de Derecho aparece como el mecanismo adecuado para garantizar esa efectividad y vigencia – un claro ejemplo lo constituyen las llamadas *democracias plebiscitarias*.

La democracia se diferencia entonces en su *contenido*: “A la noción puramente formal o procedimental suele añadirse el argumento de que los límites a la voluntad de las mayorías garantizados por ciertos derechos fundamentales son ‘condiciones’, o ‘pre-condiciones’ o ‘prerrequisitos’ de la democracia. Pero una condición, si se considera necesaria, equivale a un requisito esencial y, por tanto, debe incluirse, como condición *sine qua non*, en la definición del término que se quiere definir” (2012:69).

Por su parte, también es posible diferenciar entre derechos humanos y Estado de Derecho. La mera consideración del *Estado de Derecho*, tampoco garantiza, por sí mismo, la vigencia de los derechos fundamentales: “El Estado de derecho es insuficiente para hacer realidad el principio formalmente consagrado de la igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta, dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho en una expresión de los más fuertes. Por el contrario, el *Estado social de derecho* ha de proponerse favore-

cer la igualdad social real. Esto trae como consecuencia la obligación de proteger derechos tales como el del empleo, el del arrendatario, el de la mujer y la juventud, el de seguridad social y asistencia médica, el de educación, etc.” (Villar Borda 2007:83).

Aparece así entonces la idea o noción de “Estado social de derecho”, fórmula creada por Hermann Heller, quien utiliza el término Estado de derecho para diferenciarlo de las dictaduras. Así, la igualdad formal será expresión del Estado de derecho, mientras que el principio de igualdad sustancial, será expresión del Estado social (Gianniti 2022a:144).

La experiencia histórica ha demostrado también que la relación entre derechos humanos y Estado de Derechos no es tan natural como podría suponerse en la actualidad; así, por ejemplo, los estados liberales decimonónicos, prototipos del Estado de Derecho, no reconocían los más fundamentales derechos colectivos, que solo aparecen después en el tiempo, ya entrado el s. XX, tales como los derechos económicos, sociales y culturales (Villaseñor Alonso 2015), presentándose como un claro ejemplo de la disociación entre Estado de Derecho y Derechos Humanos.

En Europa puede observarse una evolución paralela o dual de la declaración de derechos, realizadas en declaraciones especiales y externas a los textos constitucionales, por un lado, y los textos constitucionales, más preocupados por la organización del poder. Esto dio lugar a la aparición de un distingo entre la Constitución propiamente dicha (por ejemplo, la Constitución francesa de 1791), que era la que regulaba la relación entre los poderes políticos supremos del Estado, por una parte, y la declaración de derechos, destinada a regular la relación fundamental entre el Estado y el ciudadano, por el otro; estas últimas no fueron consideradas como *jurídicamente vinculantes*. Más adelante, algunas declaraciones se incluyeron en los textos constitucionales, pero quedaron relegadas a los Preámbulos, partiendo de la base de que *eran políticamente vinculantes, pero no jurídicamente vinculantes* (por ejemplo, la Constitución francesa de 1946 y la actual de 1958, que ni siquiera contiene una declaración de derechos, sino que se remite al Preámbulo de la Constitución de 1946) (Gianniti, 2022b).

Sin embargo, no debe dejarse de lado que la instauración del Estado de derecho significó el primer paso en la historia de la humanidad, para el reconocimiento y efectiva vigencia de los derechos humanos, siendo su finalidad última la preservación de la dignidad humana y sus más elementales derechos (vida, libertad, propiedad). Pero la visión liberal decimonónica, desconfiada como era de lo colectivo, soslayó, durante mucho tiempo, el principio de igualdad material o sustancial.

4. La necesaria intervencionalización entre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos

Si bien los tres conceptos pueden ser claramente diferenciados, lo cual significa también que ninguno de ellos implica *lógicamente* al otro, es de resaltar que a lo largo de la particular evolución que cada uno de ellos ha tenido a en los últimos siglos, y en particular, en las últimas décadas, hoy en la actualidad es posible afirmar que en el estadio actual del derecho internacional del sistema interamericano se ha producido una *necesaria intervencionalización* entre los tres elementos. Tal como lo ha sostenido la CIDH, “El proceso de internacionalización de los derechos fundamentales de la persona, de su codificación y desarrollo progresivo tanto a nivel universal como interamericano, se ha erigido por consiguiente en un límite infranqueable al poder estatal”, y como tal, elemento esencial del Estado de Derecho.

Así ha sido resaltado por la CIDH en varios de sus precedentes, basándose, asimismo, en normas concretas del sistema interamericano. Uno de sus precedentes más significativos ha sido la Opinión Consultiva 28/21, emitida el 7 de junio de 2021, solicitada por la República de Colombia referente a la figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos.

En ella insistió en la idea de la *triada* que forman estos tres conceptos: “[e]l concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una *triada*, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”².

En esta concepción, se vincula a los derechos humanos a la idea de democracia sustancial, a la cual se le atribuye como objetivo principal, el respeto de los derechos de las minorías, “respeto que se garantiza mediante la protección del Estado de Derecho y de los derechos humanos”. De este modo, “La interdependencia entre democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos es la base de todo el sistema del que la Convención forma parte”³.

Por su parte, el Estado de Derecho, más allá de ser una precisa técnica jurídica que impide la concentración del poder y, con ello, propicia la vigencia y res-

2 CIDH (2021), Opinión Consultiva N° N° 28/21, párr. 44; en igual sentido, Opinión Consultiva N° 8/87, párr. 26, y Opinión Consultiva 27/21, párr. 39.

3 CIDH (2021), Opinión Consultiva N° N° 28/21, párrs. 45 y 46.

peto a los derechos humanos, se erige como condición indispensable para el desarrollo de la democracia: “por más que el principio de la separación se vea sometido a una presión extraordinaria, no parece que la democracia pueda subsistir en un entorno de poderes confusos. Desde este punto de vista, el principio de separación de poderes es algo más que un simple instrumento para la limitación de los poderes, conforme a la máxima de que solo el poder frena al poder, sino que es además un recurso indispensable para ordenar los flujos de la comunicación pública, asegurar espacios de influencia en los que puedan valer las razones de los más débiles, promoviendo, en último término, la creación de ocasiones de ‘resistencia constitucional’” (Greppi 2012:119).

Precisamente, en esto se basa la *democracia constitucional*: “Una democracia no es un régimen basado en la tiranía de la validez obtenida por apoyo mayoritario, sino que encuentra su fundamento y razón en un principio mayoritario restringido en aras de la consecución de la legitimidad por la necesidad de propender hacia la satisfacción igualitaria de los intereses de todos. La tiranía mayoritaria se distingue radicalmente de la democracia basada en una Constitución” (García Jaramillo 2013:18). La vinculación de la democracia con los derechos sociales – que surgen precisamente de la concepción sustancial de la igualdad – será “el primer elemento innovador y específicamente característico de la democracia constitucional del siglo XX” (Salazar Ugarte 2013:149).

Y aquí aparecen dos elementos esenciales del Estado de Derecho: la supremacía constitucional y la independencia de los órganos judiciales; tal como sostuvo Madison, precisamente “uno de los sentidos de tener una norma con superioridad jerárquica respecto de las otras, era dejar ciertos asuntos por fuera de la coyuntura política, uno de los cuales eran ciertos derechos o libertades básicas” (García Jaramillo 2013:18). Desde esta perspectiva, una decisión mayoritaria no resulta genuinamente democrática. Se contrapone así a las tendencias populistas que buscan depositar en las mayorías populares la última palabra en la configuración de políticas y en las decisiones políticas. Este tipo de posturas rechazan la idea de representación, al sostener una genuina participación popular directa, pero, paradójicamente, terminan siendo más representativas, al punto de constituir verdaderas delegaciones en lo que Guillermo O’Donnell ha denominado democracias delegativas (1994, 2017).

Como veremos a continuación, esta intervencionalidad entre democracia, derechos humanos y Estado de derecho ha sido el resultado de una larga evolución del sistema interamericano, cuyo punto más elevado lo constituye la sanción de la CDI.

5. Hacia la búsqueda de definiciones y estándares comunes en el sistema interamericano de derechos humanos. La Carta Democrática Interamericana

La Carta Democrática Interamericana fue aprobada en sesión especial de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 11 de septiembre de 2001, en la ciudad de Lima, Perú. La década comprendida entre 1991 y 2001 representa la más fructífera con respecto al tema de la democracia en el derecho internacional americano (Departamento de Derecho Internacional 2011).

Se trata de uno de los documentos más importantes en materia de democracia con que cuenta el sistema interamericano – incluso a nivel mundial – y representa el producto más acabado de una larga evolución comprendida de intentos y propuestas por generar, por un lado, una idea consensuada de democracia y, por el otro, efectivos mecanismos de protección de ésta.

5.2.1. Principales disposiciones

La *Carta Democrática Interamericana* se compone de 28 artículos distribuidos en 6 capítulos: I) La democracia y el sistema interamericano; II) La democracia y los derechos humanos; III) Democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza; IV) Fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática; V) La democracia y las misiones de observación electoral; VI) Promoción de la cultura democrática.

Es posible reunir estas disposiciones en tres grandes grupos:

a. Democracia y sistema interamericano: elementos y componentes esenciales de la democracia

El Capítulo I, titulado “La democracia y el sistema interamericano”, contiene una serie de disposiciones y declaraciones en torno al concepto, los elementos y componentes esenciales de lo que debe entenderse por democracia representativa. Resulta interesante resaltar el calificativo de “representativa” que la Carta utiliza para referirse al régimen democrático del cual está tratando, lo cual en sí mismo es una declaración: La Carta pareciera querer distinguir entre democracias directas y aquellas basadas en la representación política.

La CDI comienza reconociendo el *derecho a la democracia* de los pueblos americanos, y la *obligación* de los Estados de promoverla y defenderla (art. 1° CDI).

En su artículo 2° contiene más bien una declaración: “El ejercicio efectivo

de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de igualdad conforme al respectivo orden constitucional”.

La CDI define lo que entiende por elementos esenciales y componentes fundamentales de la democracia representativa.

Entre los *elementos esenciales* de la democracia representativa, reconoce, entre otros:

1. El respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales;
2. El acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho;
3. La celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo;
4. El régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3°).

Como puede verse, existe una estrecha vinculación con los elementos esenciales del Estado de Derecho, por lo que esta concepción se amolda con la visión sustancial de la democracia, que vas más allá de lo meramente procedimental.

Con respecto a los *componentes fundamentales* del ejercicio de la democracia, estos son:

1. La transparencia de las actividades gubernamentales;
2. La probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública;
3. El respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa;
4. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida; y
5. El respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad (art. 4°).

Finalmente, enfatiza en la *participación* como condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia (arts. 5 y 6), tanto de la ciudadanía directamente, como a través de las instituciones representativas, en particular, de los partidos políticos, cuyo “fortalecimiento es prioritario para la democracia” (art. 5).

b. Democracia y Derechos Humanos

En los capítulos II y III, la CDI contiene una serie de declaraciones en las que considera esencial para la existencia y consolidación de todo régimen democrático, la vigencia efectiva de los derechos humanos, al mismo tiempo que reconoce que esta vigencia no sería posible sino lo es dentro de un marco democrático: “La CDI se elaboró en la perspectiva de unir los conceptos ‘democracia’ y ‘derechos humanos’, asumiendo que son interdependientes. En esa línea, la democracia permite la vigencia de los derechos humanos y éstos articulan al modelo político” (Bernaes Ballesteros, 2006:10).

La CDI adopta así claramente una *posición material* de la democracia, que va más allá de los elementos formales o procedimentales que definen a la democracia; no se trata de un régimen procedimental para la toma de decisiones, sin contenido sustancial; todo lo contrario, declara de manera incontrastable, que no puede haber democracia sin un efectivo ejercicio y goce de los derechos fundamentales y que, al mismo tiempo, la democracia, en cuanto forma de gobierno, es indispensable para la existencia y vigencia de aquellos derechos.

Desde esta perspectiva, puede cobrar mayor sentido el *Derecho a la democracia* que recepta la CDI: “A todo evento, más allá de lo normativo reiterado, la Carta innova esta vez al consagrar a la democracia como un *derecho de los pueblos* que los gobiernos han de garantizar. Su noción renovada, en efecto y sin dejar espacios para las dudas, subordina lo procedimental e institucional a lo material o sustantivo, a saber, considerar a la democracia – es nuestra opinión – como un *derecho humano totalizante*: Con lo que todas a una de las respectivas premisas, en lo particular los elementos esenciales de la democracia, a pesar de que apunten de conjunto hacia su reafirmación como régimen o forma de organización del poder, con vistas al comportamiento positivo o negativo que se espera tanto del Estado como de la sociedad en el campo de las libertades, mudan a fin de cuentas la naturaleza de la misma democracia” (Aguiar 2018:25).

En igual línea, el Comité Jurídico Interamericano interpretó que el régimen democrático al que se refiere la CDI “no se agota en los procesos electorales, sino que se expresa también en el ejercicio legítimo del poder dentro del marco del Estado de Derecho que incluye el respeto a los elementos, componentes y atributos de la democracia” que la propia CDI determina (Arrighi 2013:63), aunque no define.

La Corte Interamericana por su parte, ha seguido esta misma interpretación, al sostener de manera clara y contundente que “la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional,

incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales⁴.

Se trata de un derecho que comprende a un conjunto de derechos esenciales, antes diseminados en los textos legales: “es que los *derechos políticos* han comenzado a dejar de estar reducidos a los que generalmente se habían enumerado expresa y aisladamente en las Constituciones, como ha sido el caso de los derechos al sufragio, al desempeño de cargos públicos, a asociarse en partidos políticos, y más recientemente, a la participación política en forma directa; pudiéndose identificar, además, un *derecho a la democracia* que los comprende a todos” (Brewer-Carías 2016:138).

En síntesis, el derecho a la democracia es un derecho colectivo (es el derecho que tienen los *pueblos* dice la CDI) que engloba y reagrupa a todos los derechos humanos reconocidos por los sistemas nacionales y el sistema interamericano en sus diferentes instrumentos. Cobra sentido así, en tanto y en cuanto, el sistema democrático es buscado y querido como un sistema que permite e impulsa la vigencia efectiva de los derechos humanos.

Por último, adopta una concepción amplia de los derechos humanos, al sostener que éstos tienen “un carácter universal, indivisible e interdependiente” (art. 7°), y aunque no establece cuáles son los derechos humanos (lo cual tampoco es un objetivo de la CID), se remite en su lugar, al sistema interamericano y al sistema universal de derechos humanos.

c. Mecanismo de acción colectiva para la defensa de la democracia

El *Capítulo IV* es tal vez el más significativo en cuanto adopta una serie de medidas concretas tendientes no solo a fortalecer el régimen, sino también a defenderlo en caso de encontrarse en riesgo su continuidad, en lo que puede considerarse un verdadero *mecanismo de acción colectiva* en defensa de la democracia. Este capítulo se complementa con las disposiciones de los capítulos subsiguientes, el *Capítulo V*, sobre “La democracia y las misiones de observación

4 CIDH (2021), Opinión Consultiva N° N° 28/21.

electoral”, que de alguna manera viene a institucionalizar una práctica consolidada de la OEA a través de sus misiones electorales, y el Capítulo VI, “Promoción de la cultura democrática”, que vuelve al tono de declaraciones de los primeros capítulos, y por el cual los Estados Miembros se comprometen a implementar determinadas medidas que apuntan precisamente a la consolidación de la democracia, no solo como una determinada forma de gobierno, sino también como un modo de vida “fundado en la libertad y el mejoramiento económico, social y cultural de los pueblos” (art. 26).

El Capítulo IV habilita, en primer lugar, la posibilidad de los estados miembros de recurrir a las distintas autoridades de la OEA, como el Secretario General o al Consejo Permanente en circunstancias que, a criterio del Estado parte, “considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder”, a fin de “solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática” (art. 17).

Asimismo, se establece la posibilidad del Secretario General o del Consejo Permanente puedan “disponer visitas y otras gestiones con la finalidad de hacer un análisis de la situación” así como de “adoptar decisiones dirigidas a la preservación de la institucionalidad democrática y su fortalecimiento”, con el consentimiento del Estado afectado (Art. 18).

Hasta aquí, la intervención siempre se da a pedido del propio Estado miembro, así como las acciones y gestiones que el Secretario o el Consejo decidan implementar, lo serán siempre con el acuerdo del Estado involucrado. Sin embargo, el art. 20 da “legitimidad” – podríamos decir – a otros Estados miembros o bien, de “oficio” por parte del Secretario General de la OEA, de “solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente”. El Consejo Permanente, a su vez, y según la situación, puede disponer la realización de “gestiones diplomáticas”, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática; Si estas gestiones diplomáticas resultaren infructuosas el Consejo Permanente puede convocar a sesiones extraordinarias de la Asamblea General “para que ésta adopte las decisiones que estime apropiadas, incluyendo gestiones diplomáticas, conforme a la Carta de la Organización, el derecho internacional y las disposiciones de la presente Carta Democrática”.

Por último, el art. 21 establece una sanción a aquellos Estados donde se ha producido la ruptura del orden democrático. Esta sanción consiste en la *suspensión* del ejercicio de su derecho de participación en la OEA.

Esta medida puede ser tomada por la Asamblea General, una vez convocada a sesiones extraordinarias, ésta constata que se ha producido la ruptura del orden democrático en el Estado y luego de que las gestiones diplomáticas hayan sido infructuosas, conforme a la Carta de la OEA puede tomar la decisión de suspender al Estado Miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros, suspensión que entrará en vigor de inmediato.

Se trata de una disposición de suma importancia en esta evolución no solo por la búsqueda de una fórmula común para definir la democracia, sino también para protegerla.

Además, se patentiza la intervencionalidad entre *democracia y derechos humanos*, ya que la violación de estos por parte del Estado Miembro puede constituir una causal de intervención de la OEA en el marco de la aplicación de la CDI. Es decir, que la violación de los derechos humanos constituye una afectación seria del sistema democrático; esto debe ser interpretado en concordancia con el art. 7° junto con el 3° y el 4°.

Sin embargo, no cualquier violación de los derechos humanos podría activar la aplicación de la CDI y sus mecanismos de defensa; en este sentido, tal como sostiene, tiene que tratarse de violaciones sistemáticas; las violaciones singulares deberán canalizarse por los mecanismos y canales establecidos por el sistema interamericano de derechos humanos, a través de la actuación de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (Nikken Bellshaw-Hógg 2006). En primer lugar, es importante aquí resaltar que los órganos de aplicación en uno y otro caso, son claramente diferentes: en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, los órganos competentes son la Corte y la Comisión, mientras que, en el caso de la CDI, los órganos habilitados y competentes son el Secretario General y el Consejo Permanente (en los supuestos del art. 17 y 18), el Consejo Permanente y la Asamblea General (en los supuestos de los art. 19, 20 y 21).

En segundo lugar, en cuanto a los supuestos de hecho, debe tratarse de una *situación general*, “que revele un cuadro persistente de violaciones graves, manifiestas y fehacientemente comprobadas de los derechos humanos”, conforme a la Resolución 1503 (XLVII) de ECOSOC del 27 de mayo de 1970 (Nikken Bellshaw-Hógg 2006:42).

Además de ello, también vale considerar que no cualquier violación de cualquier derecho humano, por lo que es dable considerar que existe una especie de

“núcleo duro” dentro del universo de derechos humanos reconocidos internacionalmente, el cual puede ser deducido a partir de dos criterios que fija la Convención Americana: (1) aquellos derechos sobre los cuales no se autoriza la suspensión bajo supuestos de estados de excepción (art. 27), los cuales incluyen: Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); derecho a la vida (artículo 4); derecho a la integridad personal (artículo 5); prohibición de la esclavitud y servidumbre (artículo 6); principio de legalidad y de retroactividad (artículo 9); libertad de conciencia y de religión (artículo 12); protección a la familia (artículo 17); derecho al nombre (artículo 18); derechos del niño (artículo 19)); derecho a la nacionalidad (artículo 20) y derechos políticos (artículo 23); (2) derechos sobre los cuales, por imperativo de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe “prestar particular atención”, conforme al art. 20 de su Estatuto; estos son: Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (art. I); derecho de igualdad ante la ley (art. II); derecho de libertad religiosa y de culto (art. III); derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (art. IV); derecho de justicia (art. XVIII); derecho de protección contra la detención arbitraria (art. XXV); y derecho a proceso regular (art. XXVI) (Nikken Bellshaw-Hógg 2006:43).

Si bien es cierto que este tipo de mecanismos ya había sido incluido en la Resolución N° 1080 y luego introducido en Carta de la OEA (Art. 9°) en 1992, la primera directamente no resultaba vinculante, por tratarse de una resolución, y la segunda, como se vio anteriormente, no surtía efectos respecto de todos los Estados miembros de la OEA, sino solo de aquellos que la ratificaron. Además, los supuestos incluidos por la Resolución N° 1080 se limitaban al derrocamiento del régimen democrático, quedando fuera muchos otros supuestos, tales como autogolpes (como el caso de Perú en 1992 y Guatemala en 1993), o de procesos de deterioros provocados por los propios gobiernos de origen perfectamente democrático.

Estas imprecisiones fueron advertidas por la comunidad, y fueron los propios Estados miembros quienes impulsaron, a través de lo que terminaría siendo la Carta Democrática, un documento que precisara con mayor detalle, no solo las situaciones fácticas que pondrían en peligro un sistema democrático, sino también mecanismos precisos para evitarlas o restablecer el régimen en caso de que este haya sido interrumpido.

La gran innovación que produce la CDI es que ella sí es vinculante para los Estados miembros: La CDI fue adoptada por resolución de la Asamblea General, y las “resoluciones de la Asamblea General, aprobadas por la instancia suprema de la organización, obligan inmediatamente a todos sus órganos y, en tanto inte-

grantes de los mismos, a los estados miembros, haya sido cual haya sido su posición al tiempo de su adopción” (Arrighi 2013:60).

Más allá de los lineamientos teóricos que estas disposiciones pudieran aportar en el proceso de fortalecimiento de los sistemas democráticos en la región – que no es menor – han sido también objeto de aplicación práctica en varios supuestos de hecho, contribuyendo de manera decisiva a fortalecer o restablecer, según el caso, los sistemas democráticos en diferentes países de la región.

Los mecanismos de defensa colectiva de la democracia, como se dijo anteriormente, fueron producto de una evolución que comienza con el Compromiso de Santiago en 1991, seguido por el Protocolo de Washington y la Declaración de Quebec⁵ de 2001 y culmina con la CDI sancionada en 2001 (Ayala Corao 2006). Estos dispositivos, lejos de quedar relegados al mero papel, fueron aplicados en varias oportunidades y siguen siendo aplicados hoy.

Podemos identificar, así, dos grandes supuestos de aplicación de estos mecanismos: (a) aquellos en base a la Resolución 1080 y de la Carta de la OEA y (b) supuestos de aplicación concreta de la CDI (Arrighi 2013, Nikken Bellshaw-Hógg y Ayala Corao 2006).

Solo para referenciar, de modo sintético, pueden mencionar las **medidas implementadas en el marco de la Resolución N° 1080 y la Carta de la OEA en los casos de Haití (1991)** cuando se derrocó al presidente democráticamente electo, Aristide, la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores adoptó una serie de medidas para restablecer el orden democrático (reconocimiento al gobierno de Aristide, solicitud de ruptura de las relaciones diplomáticas con el gobierno de facto, entre otras); **Perú (1992)**, frente al autogolpe del presidente Fujimori, la Reunión ad hoc envió una *misión* con cancilleres y el Secretario General gracias a la cual se logró un acuerdo para llamar a elecciones para constituir una asamblea constituyente; **Guatemala (1993)** cuando el presidente electo Jorge Serrano Elías propició un autogolpe, (25 de mayo), denominado “Serranazo”, suspendiendo la vigencia de la constitución, se disolvió el congreso y la Suprema Corte, se impusieron una serie de medidas violatorias de los derechos humanos, tales como la censura y la suspensión de garantías. La Reunión *ad hoc* de ministros de relaciones exteriores convocó a una reunión para tratar la situación, pero antes de tomar cualquier medida, el presidente de facto guatemalteco dimitió al cargo el 1 de junio de ese mismo año; **Paraguay (1996)** frente a un nuevo intento de golpe militar contra el presidente Juan Carlos Wasmosy, el Consejo Per-

5 Declaración de la Cumbre de Québec (22 de abril de 2001).

manente, invocando la Resolución N° 1080, declaró que no reconocería otro gobierno que no fuera el del presidente legítimo; **Perú (2000)** donde nuevamente se detecta un fraude masivo en las elecciones presidenciales de 2000, entre Alberto Fujimori (por un tercer mandato) y Alejandro Toledo, la OEA solicitó la realización de una segunda vuelta; La participación de la OEA en esta crisis fue muy importante, en particular a través de la llamada “Mesa de Diálogo de la OEA”; sin embargo, la crisis se agudizaría hasta terminar con la renuncia de Fujimori al cargo de presidente.

Por otro lado, pueden mencionarse **medidas concretas implementadas en el marco de la Carta Democrática Interamericana: Nicaragua (2004 y 2005)**, cuando en un conflicto de poderes suscitado entre el presidente Bolaños y el legislativo, se acudió en dos oportunidades a la OEA (2004 y 2005) solicitando asistencia en el marco de la CDI; El organismo envió en las dos ocasiones, misiones al país para instar y facilitar el diálogo; en **Ecuador (2004)**, cuando el presidente Gutiérrez había destituido a los miembros de la Corte Suprema y nombrado en su reemplazo a nuevos miembros a través de un procedimiento muy controvertido e inconstitucional, dicha situación generó un importante conflicto de poderes que terminó con la destitución del presidente y de los nuevos miembros de la Corte por parte del Congreso nacional; el nuevo gobierno, a cargo del vicepresidente, solicitó la intervención de la OEA en el marco de la CDI; El Consejo Permanente envió una *misión* que ayudó en el proceso de designación de los nuevos miembros del cimero tribunal; **Honduras (2009)** al producirse el derrocamiento del presidente electo Zelaya, disponiéndose una misión a cargo del Secretario General; fracasada la misión, los estados miembros de la OEA, por unanimidad, dispusieron la suspensión de Honduras en aplicación del art. 21 de la CDI. Esta medida fue levantada en 2011 por la Asamblea General.

En **Ecuador (2010)**: frente a un levantamiento policial contra el presidente Correa, el Consejo Permanente emitió un comunicado dando el apoyo al orden constitucional; en **Venezuela (2012)**, al producirse la detención del presidente Hugo Chávez por un grupo militar, el Consejo Permanente convocó a una sesión extraordinaria de la Asamblea General, en aplicación del art. 20 CDI; resuelta la crisis, el Secretario General llevó a cabo una *misión* para establecer una mesa de diálogo y supervisar el proceso electoral y el proceso de reforma constitucional en marcha; Mas tarde, en **2018**, la Asamblea General emitió la Resolución 2929 sobre la situación en Venezuela (de fecha 5 de junio de 2018), por la que se resolvía, - entre otros muchos – declarar que el proceso electoral carecía de legitimidad por no cumplir con los estándares internacionales, por no haber contado con la participación de todos los actores políticos venezolanos y haberse de-

sarrollado sin las garantías necesarias para un proceso libre, justo, transparente y democrático y urgir al Gobierno de Venezuela a dar pasos para garantizar la separación e independencia de los poderes constitucionales y restaurar la plena autoridad de la Asamblea Nacional, el Estado de Derecho y las garantías y libertades de la población;

En **Nicaragua (2021)**, frente a situaciones graves de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la CDI, y de afectación de derechos humanos, en especial, los de naturaleza política, el Consejo Permanente aprobó una resolución (del 8 de diciembre de 2021) sobre la situación en Nicaragua al considerar que “no está cumpliendo los compromisos asumidos en la Carta Democrática Interamericana”. La medida se basa en las infracciones o faltas cometidas por el presidente Daniel Ortega y su esposa (vicepresidente) Rosario Murillo, y establece una serie de medidas, como solicitar la revocación de todas las leyes que restrinjan la participación política y limiten los derechos humanos de una manera contraria a las obligaciones internacionales de Nicaragua en materia de derechos humanos, establecer un diálogo con todos los partidos y actores políticos y sociales, liberación de los presos políticos, realizar una misión de alto nivel autorizada por parte del Consejo Permanente de la OEA.

En **El Salvador (2021)**, a raíz de una serie de sucesos de significativa importancia para la seguridad general del país, en febrero de 2021 el propio gobierno salvadoreño (el presidente Nayib Bukele Ortez primero y la Asamblea Legislativa después) solicitó, invocando el art. 17 CDI, una *misión especial* a la Secretaría General de la OEA, llevada a cabo por el Secretario General ese mismo mes. Concluida la misión, se elaboró un detallado informe donde se analiza la situación de El Salvador, considerando cada uno de los elementos y componentes esenciales que define la CDI (arts. 3 y 4), detectando un fuerte incumplimiento en cada uno de ellos; El Informe finaliza con una serie de recomendaciones al gobierno en orden a superar la situación de crisis. Sin embargo, el gobierno avanzó en medidas que implicaron una fuerte restricción a los derechos fundamentales, en especial a través de la prolongación infundada del Estado de Excepción, y atentaron contra los principios básicos del Estado de Derecho, tal como la destitución de los miembros de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y del Fiscal General. Frente a estas situaciones, el Secretario General de la OEA rechazó las destituciones e instó a dar continuidad a los trabajos iniciados por la Misión Especial presidida por el Secretario General.

Finalmente, en **Perú (2022)**, en el marco de una fuerte crisis constitucional que vivía el país desde el inicio del mandato del nuevo presidente, Pedro Castillo, en particular por su confrontación con el Congreso de la República, y los in-

tentos de éste de destituirlo a través del mecanismo de juicio político, el Consejo Permanente envió un Grupo de Alto Nivel para analizar la situación en Perú, “en concordancia con la Carta Democrática Interamericana, para que realice una visita al Perú con el fin de hacer un análisis de la situación de la que informará a este Consejo”, misión que concluyó con un pedido de diálogo a todos los actores políticos. La decisión fue tomada en sesión extraordinaria del Consejo Permanente, la que fue convocada a pedido del propio gobierno peruano, y la resolución fue aprobada por aclamación⁶. La situación sin embargo se agravó hasta concluir en una dramática detención del presidente, por delito de rebelión, abuso de autoridad e infracción a la constitución, por la decisión del presidente de decretar el Estado de excepción y disolver el Congreso Nacional con la finalidad de convocar una asamblea constituyente, en un verdadero intento de autogolpe de Estado. La decisión del presidente fue tomada horas antes del inicio de las sesiones en el Congreso donde se debatiría la vacancia presidencial (destitución), la que fue aprobada con 101 votos a favor; la decisión de su detención fue tomada por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

3. Algunas conclusiones

Si bien es cierto que aun hoy no se han logrado conceptos universalmente consensuados de democracia y Estado de derecho, es posible afirmar que, tras innumerables intentos, se han logrado grandes avances en la actualidad. Pueden identificarse denominadores comunes universales a estos conceptos, tales como han sido definidos en el *Reporte sobre el Estado de Derecho* de la Comisión de Venecia de 2011 y la Carta Democrática Interamericana.

Cabe resaltar en particular las disposiciones de la CDI, pioneras en el derecho internacional y se encaminan, de forma decidida, a fomentar y fortalecer el sistema democrático en la región (Arrighi 2013). Sin lugar a dudas, significa un paso más adelante del derecho internacional y sus organismos hacia una mayor limitación de los principios de soberanía, de independencia, de no intervención y el principio de autodeterminación, proceso que se da casi en paralelo al del establecimiento de instancias jurisdiccionales supranacionales para hacer valer derechos humanos conculcado por los Estados. La resistencia a la incorporación de este tipo de sanciones ha sido, por supuesto, mayor (véase Arrighi 2013 y las distintas propuestas presentadas a lo largo de las décadas para incorporar disposiciones

6 Resolución CP/RES. 1208 (2400/22), aprobada por el Consejo Permanente el 20 de octubre de 2022 (https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-071/22).

tendientes al no otorgamiento de reconocimiento e interrupción de las relaciones diplomáticas con gobiernos antidemocráticos, surgidos de un golpe de Estado).

Cabe agregar que además de los mecanismos concretos de protección de la democracia, las declaraciones generales contenidas en el documento no son solo manifestaciones de deseos y buenas intenciones, sino que también producen impacto a través de las *decisiones judiciales* que tengan que resolver casos puntuales de violación de derechos humanos, a través de lo que se denomina la “*interpretación democrática pro homine et libertatis*” respecto de derechos violados y convencionalmente tutelados (Aguiar 2018).

Es decir, tal como la propia CIDH lo ha definido, el *principio democrático* se erige como un principio interpretativo: “Por tanto, el principio democrático inspira, irradia y guía la aplicación de la Convención Americana de forma transversal. Constituye tanto un principio rector como una pauta interpretativa. Como principio rector, articula la forma de organización política elegida por los Estados americanos para alcanzar los valores que el sistema quiere promover y proteger, entre los cuales se encuentra la plena vigencia de los derechos humanos. Como pauta interpretativa, brinda una clara orientación para su observancia a través de la división de poderes y el funcionamiento propicio”⁷.

Así, “a pesar del origen político de este instrumento regional y teniendo como fin primario la defensa colectiva de la democracia, este tribunal la ha posicionado como un documento relevante en la interpretación de los derechos políticos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, existe una relación benéfica entre la CDI y la CADH que ha contribuido a un entendimiento más amplio de estos derechos, favoreciendo nuevos desarrollos” (Salas Cruz 2014:185).

En igual sentido se ha expresado el Comité Jurídico Interamericano (CJI) al sostener en la Resolución relativa al tema “*Elementos Esenciales y Fundamentales de la Democracia Representativa y su Vinculación con la Acción Colectiva en el Marco de la Carta Democrática Interamericana*” CJI/RES. 159 (LXXV-O/09) que “el régimen democrático no se agota en los procesos electorales, sino que se expresa también en el ejercicio legítimo del poder dentro del marco del estado de derecho que incluye el respeto a los elementos, componentes y atributos de la democracia arriba referidos” (Departamento de Derecho Internacional 2011:324).

7 CIDH (2020) Opinión Consultiva N° 26/20, párr. 72, y (2021) Opinión Consultiva N° 28/21, párr. 56.

En este aspecto, la sanción de la CDI ha sido crucial, desde que ésta “emergió como una herramienta para actualizar, interpretar y aplicar la Carta de la OEA en materia democrática e implica un desarrollo progresivo del Derecho internacional. Se estableció una concordancia de los contenidos normativos en aras de ofrecer el concepto común de la democracia, como conjunto de valores mínimos de su régimen jurídico en el SIDH”; a partir de este *corpus iuris* se puede deducir un “test democrático interamericano” que “se articula a partir de los elementos esenciales y componentes fundamentales de la consolidación democrática (arts. 3 y 4), de una condicionalidad dual entre democracia y derechos humanos (arts. 7 y 8), en interdependencia con lo social (arts. 11 a 13)” (Morales Antoniazzi 2021:1232). Se trata así de una guía clara para los Estados en su accionar cotidiano y, en particular, frente a situaciones de emergencia (como lo ha sido recientemente la pandemia del COVID-19, o la más prolongada emergencia económica y social que viene azotando la región desde décadas) que exigen la restricción de ciertos derechos y libertades.

Si bien es cierto que, por un lado, los organismos internacionales han avanzado hacia el reconocimiento de derechos ciudadanos y de obligaciones estatales, restringiendo la soberanía estatal en varias áreas antes consideradas de exclusiva injerencia estatal, sin posibilidad alguna de intervención foránea so pena de quebrantar el inviolable principio de soberanía estatal, expresado concretamente en los principios jurídicos de la autodeterminación y de la no intervención, es cierto también, por otro lado, que tales compromisos no son asumidos sino con el propio consentimiento de los Estados y, tal vez lo más importante, es que todos estos instrumentos internacionales reposan en la idea del Estado Nación para poder hacer efectivos tales declaraciones, erigiendo a los propios Estados en los únicos sujetos capaces de garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y declaraciones contenidas en los instrumentos internacionales.

Respecto del consentimiento de los Estados, la CIDH dejó en claro que no se trata de ninguna imposición, sino que es el resultado de la propia voluntad de los Estados miembros del sistema interamericano: “Tomando en cuenta lo anterior es claro que el ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye una obligación jurídica internacional y estos soberanamente han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva”⁸.

8 CIDH (2021), Opinión Consultiva N° N° 28/21, párr. 55.

Es posible afirmar así que en esta concepción material de la democracia (que la vincula a la idea de Derechos Humanos y al Estado de Derecho) que adopta el sistema interamericano, se “*propone como tesis la vuelta a la centralidad y fortalecimiento del Estado*, como único garante capaz de asegurar los derechos humanos y sus “nuevas generaciones”. En otras palabras, la democracia se habría de legitimar en la idea del bienestar y el restablecimiento de las competencias debilitadas del Estado soberano, espacial o territorial, a pesar de ser hoy un artificio decimonónico y fuente, bajo dicha concepción tutelar, de los autoritarismos personalistas o neopopulismos que han sido mencionados como fenómenos de actualidad” (Aguar 2018:26).

En América Latina, el Estado sigue siendo, como lo ha sido prácticamente desde sus orígenes en el s. XIX y tal como ha sido concebido por sus propios padres fundadores (Bolívar, Alberdi, Egaña), el agente garante del progreso y el bienestar, con todo lo que ello implica tanto desde lo positivo como de lo negativo (ver, Gargarella 2021).

Tanto los instrumentos como la propia Corte han sido insistentes en remarcar la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de las normas del sistema interamericano – ello es así porque el Estado, entre otras razones, es el Estado el único sujeto responsable a nivel internacional y, además, la única organización en condiciones suficientes de operar verdaderos cambios sociales y de imponer sus decisiones. Por ello, en este contexto, los *grandes desafíos* para las democracias latinoamericanas son el fortalecimiento de la sociedad civil.

Pero esta concepción encierra serios problemas y peligros para el propio sistema democrático; la concertación latinoamericana de fortalecimiento del Estado se ha debido, fundamentalmente, a la ausencia de una sociedad civil fuerte y autónoma. Por ello mismo es que puede constatarse que en la Región, “el Estado determinó fuertemente a la sociedad, apareciendo como modernizador, revolucionario, transformador o garante de un orden represivo, pero en todos los casos con una gran influencia sobre la sociedad. Si en los países centrales, la sociedad mantuvo mayor autonomía y una dinámica menos dependiente del sector público, aquí, aun en épocas dominadas por perspectivas liberales, no se libró de esa fuerte determinación” (García Delgado 1994:28). A diferencia de la experiencia vivenciada en Europa, en América Latina, “la habitual y alta influencia de lo estatal se produjo tanto en la conformación del modelo de desarrollo, en la constitución de los actores e identidades, como en la misma vida cotidiana” (García Delgado 1994:28), con una fuerte determinación en la conformación de la sociedad civil.

No basta con depositar en el Estado toda la responsabilidad en el asegu-

miento y fortalecimiento de la democracia, corriendo el riesgo de terminar generando escenarios propios o alentadores para el surgimiento de modelos autoritarios que se enmascaran bajo el ropaje de la democracia, situaciones de las que la región latinoamericana ha dado sobradas experiencias (Levitsky y Ziblatt 2018); los usos y costumbres políticos de la región tampoco son demasiados alentadores, ya que todavía persisten prácticas que son reñidas con el ideal democrático (Fantini 2018). Por otra parte, las sociedades civiles evitan tomar decisiones y asumir responsabilidades, buscando la estabilidad en el derecho en lugar de la política (Brand 2006:62).

Precisamente, la ausencia o la deficiencia de mecanismos institucionalizados de control sobre el Estado y sus agentes y la ausencia de acuerdos políticos (polarización) han sido los dos grandes factores que han impedido la consolidación y perfeccionamiento de los regímenes democráticos en la región (O'Donnell 2010, 2017, 2001). En este sentido, tal como advertía O'Donnell, el Estado debería tener suficiente poder para tomar decisiones colectivas y, al mismo tiempo, contar con mecanismos que protejan derechos frente a eventuales decisiones arbitrarias; de ahí la insistencia, en sus últimos trabajos, de profundizar una agenda de investigación sobre las interrelaciones entre democracia y Estado (D'Alessandro 2011).

De esta manera, el principio democrático se reduce a una perspectiva formalista. En el ámbito de las ciencias políticas, autores de la talla de O'Donnell (2010, 2017) han enfatizado en la importancia de la ley y del sometimiento del Estado a su propio sistema jurídico, es decir, el Estado de Derecho, para el sostenimiento y fortalecimiento de la democracia; la ley, en cuanto constituye el sistema legal, no solo es fuente de validez para las decisiones del Estado (sobre todo para reclamar para sí el uso exclusivo y justificado de la fuerza física), sino que también tiene la función de igualar, protegiendo a los más débiles, a través del reconocimiento de derechos sociales, culturales, económicos, etc.: “cuando se verifica la existencia de las diferentes *accountabilities* y hay promulgación y efectividad suficientes de derechos sociales como para ejercer la agencia, se puede hablar de un “Estado democrático de Derecho” (D'Alessandro 2011:253).

Aparece así una nueva terminología que combina los tres elementos: El Estado democrático de Derecho, donde se conjuntan la democracia material con los derechos humanos (concepción material) en el marco de un diseño estatal limitado con el objetivo de propiciar y garantizar la vigencia de aquellos derechos; así, hoy, es posible afirmar que, en términos jurídicos, en el sistema interamericano la calidad de la democracia se define en función de la vigencia y eficacia de los derechos humanos (Acuña 2014).

En función de ello, es posible afirmar que la Carta Democrática ha avanzado en dos grandes innovaciones: por un lado, ha definido a la democracia representativa vinculándola con un contenido específico, el de los derechos humanos, así como sus elementos y componentes esenciales, que coinciden con aquellos del Estado de Derecho, y por otro lado, ha avanzado hacia la consagración de un sistema de defensa de la democracia a través de *mecanismos de acción colectiva* que contiene tanto acciones preventivas y restaurativas, como sancionatorias. Con respecto al primer aspecto, la CDI ha definido un verdadero régimen jurídico que establece los contenidos mínimos que definen democracia y Estado de derecho con fundamentos legales. Esto se ve reforzado con el segundo aspecto, que habilita la intervención de un organismo internacional para sostener, remediar o fortalecer los regímenes democráticos en el interior de los Estados miembros. No cabe dudas de que, desde el punto de vista jurídico, la CDI goza de carácter operativo que prevé un mecanismo dispositivo – a diferencia de las resoluciones de la Asamblea General, que son más bien de tipo declarativas – que fija pautas concretas de causales, mecanismos de control, órganos competentes y sanciones puntuales frente a determinadas situaciones que afecten gravemente la vigencia y calidad de la democracia. Aquí surge la cuestión del límite de estas intervenciones, que claramente está dado por el uso de la fuerza; pero las experiencias pasadas han dado ejemplos positivos de un conjunto de medidas que – sin utilizar la fuerza – han contribuido decididamente sino a consolidar, si al menos a apuntalar las tambaleantes democracias de la región.

7. Bibliografía

Acuña, Juan Manuel (2014) “Democracia y Derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional* Núm. 30, enero-junio, pp. 3-23.

Aguiar, Asdrúbal (2018) *Calidad de la democracia y expansión de los derechos humanos*, Miami: Miami Dade College, Ediciones EJV International.

Altavilla, Cristian, Solá, Victorino y Sommer, Christian G. (2022), “La Reelección Presidencial Indefinida en Perspectiva Constitucional e Internacional Comparada: Reflexiones desde una mirada del derecho interamericano de los derechos humanos”, *Latin American Journal of European Studies*, Vol. 2 No. 1, pp. 17- 54.

Arrighi, Jean Michel (2013) “El sistema interamericano y la defensa de la democracia”, *AHLADI*, Vol. 21, pp. 47-74.

Arrighi, Jean Michel (2013) “El sistema interamericano y la defensa de la democracia”, *AHLADI*, Vol. 21, pp. 47-74.

Ayala Corao, Carlos (2006) “Los Mecanismos Internacionales para la Protección Colectiva de la Democracia en la Carta Democrática Interamericana”, en Nikken Bellshaw-Hógg, Pedro y Ayala Corao, Carlos (dir.) *Defensa colectiva de la Democracia: definiciones y mecanismos*, Lima: Comisión Andina de Juristas, pp. 87-114.

Bernales Ballesteros, Enrique (2006) “Presentación” en Nikken Bellshaw-Hógg, Pedro y Ayala Corao, Carlos (dir.) *Defensa colectiva de la Democracia: definiciones y mecanismos*, Lima: Comisión Andina de Juristas, pp. 9-10.

Brand, Jürgen (2006) “La evolución del concepto europeo de Estado de derecho” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Año 12, pp. 37-63.

Brewer-Carías, Allan R. (2016) *Principios del Estado de Derecho. Aproximación histórica*, Miami: Miami Dade College, Ediciones EJV International.

Chevallier, Jean Jacques (2006). *Las Grandes Obras Políticas desde Maquiavelo hasta nuestros días*. Bogotá: Editorial Temis.

Comisión de Venecia (2011) *Reporte sobre el Estado de Derecho*, 86ª sesión plenaria, Venecia, Italia, 24 y 25 de marzo de 2011.

Critchlow, Donald (2015) *American Political History. A Very Short Introduction*, Oxford: Oxford University Press.

D’Alessandro, Martin (2011), “Sobre la democracia, la agencia y el Estado. Algunas notas a partir de la teorización de Guillermo O’Donnell”, *PolHis, Ensayos Críticos*, N° 28, 2º sem., pp. 249-257.

Dahl, Robert A. (2004) “La Democracia”, *POSTData* N° 10, pp. 11-55.

Dahl, Robert A. (2006) *A Preface to Democratic Theory. Expanded Edition*, Chicago And London: The University Of Chicago Press.

Dahl, Robert A. (2012) *La Democracia*, Barcelona: Ariel.

Departamento de Derecho Internacional – Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA (2011) *La democracia en los trabajos del Comité Jurídico Interamericano (1946-2010)*, Washington DC: OEA.

Fantini, Claudio (2018) *La tenue virtud. Uruguay como excepción al caos en la región*, Montevideo: Planeta.

Ferrajoli, Luigi (2008) “Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. La Rigidez de La Constitución y Sus Garantías”, en *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*, México DF: Editorial Fontamara.

Ferrajoli, Luigi (2012) “La democrazia costituzionale”, *REVUS, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, N° 18, pp. 69-122.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2020) “La Protección de la Democracia desde La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Parlamento y Constitución*, Año 2020, N°21, pp. 85-126.

Ferreyra, Raúl Gustavo (2006) “Poder, Democracia y Configuración Constitucional. Momentos de creación y momentos de aplicación del sistema constitucional argentino”, *Cuadernos Electrónicos N° 3 enero-junio – Derechos Humanos y Democracia*, pp. 24-57.

García Delgado, Daniel R. (1993) *Estado & Sociedad. La nueva relación a partir del cambio estructural*, Buenos Aires: TESIS Grupo Editorial NORMA S.A.

García Jaramillo, Leonardo (2013) “Introducción”, en Post, Robert y Siegel, Reva Constitucionalismo Democrático. Por uina reconciliación entre Constitución y pueblo, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

García San José, Daniel (2006) “El Concepto de democracia en derecho internacional”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N°. 14, pp. 65-86.

García San José, Daniel (2006) “El concepto de democracia en derecho internacional”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 14, pp. 65-86.

Gargarella, Roberto (2001) “En nombre de la Constitución. El legado federalista dos siglos después” en Boron, Atilio A. (Compl.) *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Buenos Aires: Eudeba, CLACSO, pp. 167-188.

Gargarella, Roberto (2021) *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires: Siglo XXI.

Gianniti, Pasquale (2022a), *Diritti Fondamentali e Giudice Comune. Verso un Sistema Europeo di Tutela Integrata*, Roma: Aracne.

Gianniti, Pasquale (2022b), *Dignità e Solidarietà per uno Statuto dei Diritti*

Fondamentali, Roma: Aracne.

Gomes Canotilho, José Joaquim (2009) “El principio democrático. Entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo”, *Revista de derecho constitucional europeo*, N°. 11, Homenaje a Peter Häberle (I), pp. 49-64.

Greppi, Andrea (2012) *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Madrid: Trotta.

Hamilton, Alexander, Jay, John and Madison, James (2001) *The Federalist*, Indianapolis: Liberty Fund.

Held, David (1993) *Modelos de democracia*, Madrid: Alianza.

Held, David (1997) *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona: Paidós.

Heller, Hermann (2007) *Teoría del Estado*, México: Fondo de Cultura Económica.

Henderson, Humberto (2004) “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine” *Revista IIDH*, Vol. 39, pp. 71-99.

Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel (2018) *How Democracies Die*, New York: Crown Publishing.

López, Mario Justo (1998) *Manual de Derecho Político*, Buenos Aires: Depalma.

Morales Antoniazzi, Mariela (2021) “El mandato transformador del Sistema Interamericano como respuesta a la pandemia a la luz del test democrático”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 19, Issue 4, October, pp. 1229–1234.

Nikken Bellshaw-Hógg, Pedro (2006) “Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de *defensa colectiva* de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana”, en Nikken Bellshaw-Hógg, Pedro y Ayala Corao, Carlos (dir.) *Defensa colectiva de la Democracia: definiciones y mecanismos*, Lima: Comisión Andina de Juristas, pp. 30-86.

Nikken Bellshaw-Hógg, Pedro (2006) “Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de *defensa colectiva* de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana”, en Nikken Bellshaw-Hógg, Pedro y Ayala Corao, Carlos (dir.) *Defensa colectiva de la Democra-*

cia: definiciones y mecanismos, Lima: Comisión Andina de Juristas, pp. 30-86.

O'Donnell, Guillermo (1994) "Delegative Democracy", *Journal of Democracy*, Vol. 5, No. 1, January, pp. 55-69.

O'Donnell, Guillermo (2010) *Democracia, agencia y estado. Teoría con intención comparativa*, Buenos Aires: Prometeo.

O'Donnell, Guillermo (2017) *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Prometeo.

O'Donnell, Guillermo (2001) "Estado de Derecho y Democracia en América Latina. Accountability horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza política", *Isonomía* No. 14 México abr., pp. 7-31.

OSCE – Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa - (2008), *MC.DEC/7/08/Corr.1*, 5 de diciembre de 2008.

Ramacciotti, Beatriz M. (2009) *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*, Córdoba: Lerner.

Salas Cruz, Armando (2014) "La Carta Democrática Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 31, julio-diciembre, pp. 185-235.

Salazar Ugarte, Pedro (2013) *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México: FCE.

Schönbohm, Horst (2012) "Reflexiones sobre el estado de derecho en América Latina" en Ahrens, Helen (Comp.) *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbohm*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung / Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, pp. 47-56.

Stein, Torsten y Kaiser, Anna Judith (2012) "Estado y derecho en América Latina hoy: derecho internacional y Estado de derecho", en Ahrens, Helen (Comp.) *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbohm*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung / Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, pp. 31-46.

Villar Borda, Luis (2007) "Estado de derecho y Estado social de derecho" *Revista Derecho del Estado* N° 20, diciembre, pp. 73-96.

Villaseñor Alonso, Isabel (2015) "La democracia y los derechos humanos: una relación compleja", *Foro Internacional* 222, LV(4), pp. 1115-1138.

ENTRE LA INDEPENDENCIA Y LA RECONCILIACIÓN: EL PROCESO SOBERANISTA
CATALÁN Y LA AMNISTÍA

BETWEEN INDEPENDENCE AND RECONCILIATION: THE CATALAN SOVEREIGNTY
PROCESS AND AMNESTY

Víctor Moreno Martínez.

Universidad de Castilla - La Mancha.

Victor.Moreno6@alu.uclm.es

0009-0000-1200-5798

Como citar/Citation

MORENO MARTÍNEZ, V., “Entre la independencia y la reconciliación: El proceso soberanista catalán y la amnistía”, Parlamento y Constitución. Anuario. Cortes de Castilla-La Mancha – UCLM, 2024.

Recibido: 10-04-2024

Aceptado: 20-06-2024

Resumen: Este estudio tratará de analizar de una manera breve el proceso soberanista catalán desde una perspectiva histórica, analizando los hechos acontecidos desde los inicios del nacionalismo catalán en el siglo XIX, hasta los hechos más recientes de octubre de 2017. Además, este trabajo también abordará de una manera breve la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 459/2019, de 14 de octubre (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), la cual juzgó las acciones de varios involucrados en el denominado “Procés”. Finalmente, se realizará un análisis sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. Esta ley ha generado un intenso debate en la sociedad española debido a las dudas que suscita la constitucionalidad de la norma. En conjunto, este estudio buscará proporcionar una comprensión contextualizada del proceso soberanista catalán, examinando tanto sus raíces históricas como sus ramificaciones legales y políticas en la actualidad.

Palabras clave: Amnistía, Constitucionalidad, Proceso soberanista, Referéndum y Sentencia.

Abstract: This study will aim analyze, in a brief manner, the Catalan independence process from a historical perspective, examining the events that have occurred from the beginnings of catalan nationalism in 19th century to the most recent events of October 2017. Additionally, this study will also briefly address Supreme Court Judgment No. 459/2019, of October 14 (Criminal Chamber, Section 1), which judged the actions of various individuals involved in the so-called “Procés”. Finally, an analysis will be conducted on the constitutionality of the

Organic Law Amnesty for institutional, political, and social normalization in Catalonia. This Organic Law sparked intense debate in Spanish society due to doubts regarding the constitutionality of the norm. Overall, this study will seek to provide a contextualized understanding of the Catalan independence process, examining both its historical roots and its legal and political ramifications in the present.

Key Words: Amnesty, Constitutionality, Sovereignty process, Referendum and Sentence.

SUMARIO

I. Introducción.

II. Perspectiva histórica del proceso soberanista catalán.

2.1 Preautonomía y recuperación de la identidad catalana

2.2 Camino hacia la autonomía

2.3 El nuevo estatuto y el inicio del proceso secesionista.

III. Breve análisis de los delitos de rebelión y sedición conectados con la “sentencia 459/2019 del tribunal supremo”.

IV. Análisis de la constitucionalidad de la ley orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña

4.1 Amnistía e indultos: un debate contemporáneo

4.2 La amnistía de 1977

4.3 Los indultos de 2021

4.4 La propuesta de ley de amnistía

4.5 Constitucionalidad de la amnistía: desafíos y perspectivas en el contexto actual.

V. Conclusiones

I. Introducción

La amnistía ha sido a lo largo de la historia de la humanidad un instrumento político y legal utilizado en diversos contextos para promover la reconciliación y el perdón de una determinada sociedad. En el caso que nos ocupara en el presente estudio, la Ley Orgánica de amnistía ha surgido como un tema de debate desde el año 2017, a raíz de los hechos que acontecieron en Cataluña durante aquel año. Actualmente, esta ley ha sido aprobada por las Cortes Generales el 30 de mayo de 2024 tras varios meses de trámite, publicándose en el Boletín Oficial del Estado el día 11 de junio. Todo ello, ha generado un debate amplio y profundas controversias, así como reflexiones sobre su viabilidad y adecuación con el marco constitucional vigente.

A lo largo del presente estudio, se examinarán los diferentes antecedentes históricos y sociales más importantes de la historia reciente de Cataluña, hechos que indudablemente guardan relación con la situación actual. En primer lugar, analizaremos el surgimiento del nacionalismo catalán en el siglo XIX, así como su posterior evolución en el tiempo y su adaptación a la realidad política española. Todo ello, junto con el análisis de la Sentencia 459/2019, de 14 de octubre, emitida por el Tribunal Supremo (en adelante STS 459/2019). Sentencia que surgió a consecuencia del juicio a varios de los líderes políticos y sociales implicados en el conocido como “*Procés*”¹. La STS 459/2019 generó un amplio número de reacciones y supuso un gran impacto en la política catalana y española, todo ello es antecedente necesario para la comprensión de la actual Ley Orgánica de amnistía, así como las implicaciones políticas que la misma está teniendo.

En todo este contexto que se nos presenta, resulta crucial analizar la Ley Orgánica mencionada desde una perspectiva multidimensional, teniendo en cuenta las implicaciones históricas y sociales del contexto catalán, así como también analizando la adecuación de la ley con el marco jurídico español existente.

II. Perspectiva histórica del proceso soberanista catalán

Cataluña actualmente es una de las 17 Comunidades Autónomas que conforman España, tratándose de una de las autonomías con mayor riqueza de todo el país, así como también una de las autonomías con mayor sentimiento de pertenencia. Dicho esto, cabe reseñar que el movimiento independentista catalán no

1 Proceso soberanista catalán.

es fruto de la etapa actual, sino que encuentra su origen mucho antes. Es por ello por lo que se hace necesaria una primera aproximación histórica que trataremos de abordar en el presente apartado.

2.1 El movimiento nacionalista catalán en el siglo XIX y principios del siglo XX: Surgimiento y evolución

El movimiento nacionalista catalán encuentra sus orígenes a partir del siglo XIX, con el auge de los diferentes nacionalismos periféricos que encontramos en España, que en esa época empezaban a ser relevantes en todo el país. La idea de nación por la cual surgían gran parte de los nacionalismos periféricos tiene su fundamento en la realidad cultural que reclama como indispensable la realidad prepolítica que es el grupo étnico, el concepto de pueblo².

El siglo XIX es el siglo en el cual se sentaron las bases de la sociedad actual³, los movimientos obreros, las revoluciones sociales y otros movimientos relevantes. En esa época España vivía una situación de inestabilidad, tras la pérdida de las últimas colonias en América en el año 1898 y el auge de los nacionalismos periféricos el país se encontraba en una inestabilidad territorial bastante acuciante. En Cataluña, que es el caso que nos ocupa, la conocida como *Renaixença*, movimiento cultural de recuperación de la lengua catalana como una lengua cultural⁴ supuso el auge del sentimiento catalán en la sociedad catalana de aquel entonces. No solo la *Renaixença* inspiró un auge del sentimiento catalán, sino que también supuso un verdadero auge de dicho sentimiento la rápida industrialización que vivió Cataluña en aquellos años⁵, ya que se trataba de una de las regiones de España con mayor industrialización, ello supuso un aumento de la riqueza en Cataluña que, unido al movimiento cultural, provocó un aumento del sentimiento de pertenencia.

En el siglo XX, la llegada al poder del general Primo de Rivera mediante un

2 De Blas Guerrero, A y Rubio Lara, MJ., “*Teoría del Estado I (El Estado y sus instituciones)*”. Universidad nacional a distancia, Madrid, 2016, p. 230.

3 Marx, K y Engels, F., “*El Manifiesto Comunista*”, Traducido del alemán por Mauricio Amster, Babel, Santiago de Chile, 1948, Dickens, C., “*Grandes esperanzas*”, Traducido por Jonio González, Penguin Clásicos, 1861y Tocqueville, A., “*La democracia en América*”, Traducido por Alexis de Tocqueville, Alianza editorial, 1835.

4 “La *Renaixença*”, *Llengua catalana i literatura*, s.f. Disponible en: <https://joanlopezcasanoves.jimdo-free.com/batx1/literatura/la-renaixen%C3%A7a/> (Consultado 28/01/2024).

5 “La industrialización en España”, *es.Scholarium*, s.f Disponible en: https://es.scholarium.educarex.es/useruploads/r/c/50209/scorm_imported/52424635115958138436/3_la_industrializacin_en_espaa.html (Consultado 28/01/2024).

golpe de Estado el 13 de septiembre de 1923, provocó 7 años de dictadura que acabó con el proyecto constitucional de 1876⁶. La dictadura de Primo de Rivera llevó a cabo una política represiva contra el nacionalismo catalán, la lengua y bandera catalanas fueron prohibidas, lo que provocó una clandestinidad de los líderes nacionalistas catalanes de por aquel entonces⁷. Uno de los líderes más reconocidos de aquella primera etapa del siglo XX, fue Frances Macià, que fue a su vez uno de los principales impulsores del nacionalismo catalán en la década de los años veinte⁸. A consecuencia de la dictadura que vivía España, Frances Macià se exilió a París⁹ junto a otros líderes nacionalistas catalanes. En el año 1931 y en la antesala de la llegada de la Segunda República a España, Frances Macià regresó a España ante el fin de la dictadura del general Primo de Rivera en enero de 1931¹⁰, regresando a Barcelona el 22 de febrero de ese mismo año¹¹.

La década de los años treinta comenzó en España con grandes cambios políticos. El 14 de abril del año 1931 se proclamaba la República más comúnmente conocida como la Segunda República Española. En Cataluña Frances Macià que pasaría a ser “*President*”¹², proclamaría el mismo 14 de abril la República Catalana integrada en lo que el mismo Macià llamó como “Confederación de Pueblos Ibéricos”¹³. La proclamación de la República Catalana no duró demasiado ya que el poder central de Madrid y el gobierno catalán llegaron a un acuerdo por el cual, el gobierno catalán renunciaba a la República Catalana a cambio de un estatuto de autonomía para Cataluña¹⁴. Durante la Segunda República Española, Lluís Companys sucedió en el cargo a Frances Macià como “*President*” y siendo el mismo Lluís Companys quien proclamó el 6 de octubre del año 1934 el Es-

6 Queralt Del Hierro, M.P., “*Atlas ilustrado de la Historia de España*”. Editorial Susaeta, Madrid, 2006, págs. 182 a 185.

7 Avilés Farré, J, Egidio León, A y Mateos López, A., “*Historia Contemporánea de España desde 1923*”. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011, p. 15.

8 “Francesc Macià”. Biografías y Vidas. *La enciclopedia en línea*, s.f. Disponible en: <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/m/macia.htm> (Consultado 25/01/2024).

9 Palomas I Moncholí, J, “Francesc Macià” *MemòriaEsquerra, La Hiperenciclopedia Històrica D’Esquerra Republicana*, s.f. Artículo disponible en: <https://memoriaesquerra.cat/biografies/macia-llusa-francesc> (Consultado 25/01/2024).

10 “Dictadura de Primo de Rivera. Asamblea Nacional 1923-1930” *Congreso de los Diputados*, s.f. Disponible en: <https://www.congreso.es/es/cem/primoriv> (Consultado 25/01/2024).

11 Pons, M, “Francesc Macià regresa del exilio para ser presidente” *El Nacional* 22 de febrero de 2021. Artículo disponible en: https://www.elnacional.cat/es/efemerides/francesc-macia-retorna-del-exilio-para-ser-presidente_585312_102.html (Consultado 26/01/2024).

12 Presidente de la Generalidad de Cataluña.

13 Alcoberto, A., “*Historia de Cataluña en 100 episodios clave*”. Lectio Ediciones, Barcelona, 2016, p. 182.

14 Ibid.

tado Catalán integrado en la República Federal Española, proclamación que sería disuelta rápidamente por el poder central de Madrid¹⁵. Los principales líderes de aquella proclamación entre los cuales se encontraba Lluís Companys, fueron encarcelados¹⁶. Años más tarde los líderes de aquella proclamación de independencia fueron amnistiados, como consecuencia de la victoria del Frente Popular en las elecciones celebradas en el año 1936, en consecuencia, dicha amnistía también supuso que los líderes catalanes fueran repuestos en sus respectivos cargos de gobierno al frente de la Generalitat de Cataluña¹⁷.

En el año 1936 y como consecuencia de la gran inestabilidad que sufría España aquellos años, se produjo uno de los hechos que cambiarían la historia reciente de España, la Guerra Civil. El conflicto militar dejó a Cataluña y al conjunto de España sumida en una guerra sin cuartel, la cual enfrentó al bando republicano y al bando nacional. La Guerra Civil española terminó el día 1 de abril del año 1939 con la victoria del bando nacional, lo que supuso el inicio de la dictadura del militar Francisco Franco Bahamonde, quien se convertiría en el jefe del Estado español durante casi 40 años. Durante los años de la dictadura franquista, el independentismo catalán tuvo que vivir nuevamente en la clandestinidad.

La dictadura franquista se extendió durante casi 40 años, y con la vuelta de la democracia a nuestro país, el nacionalismo catalán se intentó reformar, dejando atrás las tesis más independentistas para así defender unas posiciones más autonomistas, posiciones que se conocieron como catalanistas, es decir luchar por una mayor autonomía de Cataluña dentro del territorio español. El 29 de septiembre de 1977, se restableció la Generalitat de Cataluña de manera provisional hasta la entrada en vigor del régimen de autonomía, ello fue posible gracias al Real Decreto-ley 41/1977, de 29 de septiembre, sobre el restablecimiento provisional de la Generalitat de Cataluña.

2.2 Camino hacia la autonomía constitucional

En el año 1978, y tras años de profundos cambios en la vida política española, llegó el momento que culminó la transición española, la aprobación de la Constitución. La redacción de la Constitución se llevó a cabo por diferentes fuerzas políticas españolas, entre las cuales se encontraba lo que se conoció como “Minoría Catalana”, representada por el abogado y político catalán Miquel Roca, el

15 Alcobarro, A. (2016). Op.cit., p. 186.

16 Ibid.

17 Alcobarro, A. (2016). Op.cit., p. 187.

cual fue considerado como uno de los padres de nuestra actual Constitución¹⁸. La aportación de Miquel Roca consiguió que en el texto constitucional se reconocieran las diferentes nacionalidades históricas que componían España, ello quedó plasmado en el artículo 2 de la Constitución “.....*garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran...*”.

Cataluña accedió a la autonomía, mediante lo que se conoció como “vía rápida”. La Constitución española de 1978 no estableció un modelo territorial acabado, sino que se configuró como un Estado que permitiría el acceso a la autonomía de las diferentes nacionalidades y regiones que componían el país (Art. 2 CE). Se establecieron varios procedimientos de acceso a la autonomía, Cataluña accedió por la vía establecida en el artículo 151 de la Constitución, a las que se acogieron aquellos territorios que ya habían gozado anteriormente de un régimen autonómico¹⁹. El artículo 151 permite obtener un mayor nivel de autogobierno desde el principio de la adquisición de la autonomía, pero a diferencia de la otra vía conocida como vía general, esta vía tenía unos requisitos más exigentes. La vía general pronto pasó a conocerse como vía lenta, frente a la vía rápida, de la que se beneficiarían aquellas autonomías que optasen por el procedimiento de acceso especial²⁰. Las comunidades que se formaron por medio del artículo 151 podían asumir las competencias del artículo 148.1 de la Constitución, así como aquellas competencias que no se establecen en el artículo 149 como competencias exclusivas del Estado central. Tras la adquisición de autonomía de Cataluña se aprobó el Estatuto de Autonomía de Cataluña en el año 1979²¹, por el cual accedía oficialmente a la autonomía y al autogobierno, constituyéndose en una Comunidad Autónoma dentro de España. Cabe decir, que el Estado de las autonomías en nuestro país, fue fruto de una composición posterior al momento de aprobación de la Constitución, careciendo la distribución territorial de un referente constitucional claramente definido²². La última etapa del siglo XX fue una etapa tranquila, en la cual las pretensiones independentistas catalanas sufrieron un gran retroceso.

18 “Miquel Roca i Junyent”. *CIBOB Barcelona Centre For International Affairs*, s.f. Disponible en: https://www.cidob.org/biografias_lideres_politicos/europa/espana/miquel_roca_i_junyent (Consultado 01/02/2024).

19 Queralt Del Hierro, M.P. (2006). Op.cit, p. 235.

20 Blanco Valdés, R.L., “*El Laberinto territorial español*”. Alianza Editorial, Madrid, 2014, p. 180.

21 De Blas Guerrero, A, Fernández-Miran Alonso, F, De Andrés Sanz, J y Sánchez- Roca Ruiz, M. “*Sistema político español*”. Universidad nacional a distancia, Madrid, 2014, p. 362.

22 De Blas Guerrero, A, Fernández-Miran Alonso, F, De Andrés Sanz, J y Sánchez- Roca Ruiz, M. (2014): Op. cit. p. 345.

2.3 El nuevo Estatut catalán y el inicio del proceso secesionista

El nuevo siglo trajo consigo la intención de aprobar un nuevo Estatuto para Cataluña. El Parlamento catalán aprobó en el año 2005 una propuesta de reforma del Estatuto catalán del año 1979²³, propuesta que fue aprobada posteriormente por parte del Congreso de los Diputados, así como sometida a referéndum y entrando en vigor en junio del año 2006. Todo ello no estuvo exento de polémica, el partido por aquel entonces en la oposición al Gobierno de España que era el Partido Popular (En adelante, PP) recurrió el Estatuto Catalán por considerarlo inconstitucional²⁴, para ello interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (En adelante, TC). El PP interpretó que el recurso que presentó ante el TC buscaba “impedir un daño irreparable”²⁵. El recurso, fue resuelto mediante la sentencia 31/2010, de 29 de junio de 2010. La sentencia del TC recortó parte del Estatuto catalán del año 2006, provocando a su vez una fuerte respuesta de una parte de la sociedad catalana en contra de esta resolución.

En los años posteriores las tesis independentistas iban ganando más adeptos, uno de los hechos significativos que tuvieron lugar durante aquellos años fue la manifestación del 11 de septiembre de 2012 en Barcelona, por la cual se reclamaba la independencia de Cataluña²⁶. El 11 de septiembre es el día de celebración de la autonomía de Cataluña o más comúnmente conocido como la Diada Nacional de Cataluña, en dicha celebración siempre se producía alguna manifestación que reclamaba la independencia, pero aquel año la participación fue más relevante que en años anteriores. Las cifras de participación en la manifestación rondaron según fuentes oficiales el millón y medio de personas, si bien es cierto que algunas fuentes, como la Delegación del Gobierno en Cataluña, bajaban esta cifra de participación por debajo del millón de personas²⁷.

23 Alcobarro, A. (2016): Op.cit, p. 210.

24 EFE., “El PP presenta el recurso contra el Estatut por usar el término nación e “imponer” el catalán” *El Confidencial* 30 de julio de 2006. Artículo disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2006-07-30/el-pp-presenta-el-recurso-contra-el-estatut-por-usar-el-termino-nacion-e-imponer-el-catalan_509630/ (Consultado 04/02/2024).

25 Marcos, P., “El PP recurre al Constitucional el Estatuto catalán “para impedir un daño irreparable”, *El País* 1 de agosto de 2006. Artículo disponible en: https://elpais.com/diario/2006/08/01/espana/1154383213_850215.html?event_log=go (Consultado 04/02/2024).

26 Oms, J, Mondelo, V y González, G, “El clamor independentista colapsa Barcelona”, *El Mundo* 11 de septiembre de 2012. Artículo disponible en: <https://www.elmundo.es/elmundo/2012/09/11/barcelona/1347377095.html> (Consultado 04/02/2024).

27 Llorenç B, “Unas 600.000 personas en la manifestación independentista”, *La Vanguardia* 14 de septiembre de 2012. Artículo disponible en: <https://www.lavanguardia.com/politica/20120914/54349577571/manifestacion-independentista-600-000-personas.html> (Consultado 04/02/2024).

A partir del año 2012 comenzó una nueva etapa en Cataluña, por aquel entonces el presidente de Cataluña intentó conseguir un pacto fiscal con el Estado, petición que le fue denegada por parte del presidente de España Mariano Rajoy del PP²⁸. Una vez desestimada la petición de pacto fiscal, Artur Mas convocó elecciones para el día 25 de noviembre del año 2012, elecciones con la que buscaba conseguir una mayoría suficiente que respaldara una futura consulta de autodeterminación²⁹. En las elecciones de aquel año Artur Mas y su partido Convergència i Unió (En adelante, CIU) ganaron, pero sin la mayoría suficiente como para gobernar en solitario, por lo que necesitaron a Esquerra Republicana de Catalunya (En adelante, ERC) para poder gobernar, y con la intención de llevar a cabo una consulta de autodeterminación durante la legislatura. En septiembre del año 2014, el parlamento catalán aprueba la Ley de Consultas de Cataluña, oficialmente la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no refrendarias y otras formas de participación de la ciudadanía. Esta ley buscaba amparar la consulta sobre el futuro político de Cataluña, prevista para el 9 de noviembre de 2014. Una vez publicada la ley en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, el presidente catalán firmó el decreto de convocatoria de consulta para el día 9 de noviembre de 2014. Dicho decreto fue recurrido, así como la Ley de consultas, por parte del Gobierno de España, recurso que el TC admitió a trámite, hecho que supuso la suspensión automática de la consulta. Con todo esto, la consulta finalmente tuvo lugar, si bien la participación en la misma por parte de la sociedad catalana no llegó al 50%. La ley finalmente fue declarada como parcialmente inconstitucional por parte del TC, en su Sentencia 31/2015, de 25 de febrero. Por su parte el decreto de convocatoria de la consulta del día 9 de noviembre, fue anulado por el TC en su sentencia 32/2015, de 25 de febrero.

El referéndum es una consulta popular que permite la toma de decisiones de manera directa por parte de la ciudadanía. En el artículo 23.1 de la Constitución española se reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, *“los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”*. Este derecho está reservado al pueblo como titular exclusivo de la soberanía, para ejercer la toma de las diferentes decisiones políticas, que habitualmente son ejercidas a través de sus representantes³⁰. El

28 “Rajoy rechaza el pacto fiscal que propone Mas”, *Expansión* 21 de septiembre de 2012. Artículo disponible en: <https://www.expansion.com/2012/09/20/catalunya/1348141379.html> (Consultado 04/02/2024).

29 García, L, “Artur Mas: “Ha llegado la hora de ejercer el derecho a la autodeterminación”, *La Vanguardia*, 25 de septiembre de 2012. Artículo disponible en: <https://www.lavanguardia.com/politica/20120925/54351101655/artur-mas-ejercer-derecho-autodeterminacion.html> (Consultado 17/02/2024).

30 López Guerra, L y Espín, E (dir.), *“Manual de Derecho Constitucional”*. Tirant lo Blanch, Valencia,

artículo 149.1.32 establece la potestad exclusiva del Estado para poder convocar un referéndum, no existiendo en nuestra carta magna el derecho de autodeterminación al que hacían alusión los partidos independentistas. En nuestra Constitución encontramos diferentes clases de referéndum: referéndum de ratificación de la reforma total o parcial de la Constitución que afecte al Título preliminar, al capítulo segundo, sección primera y al Título II (Art. 168.3), este tipo de referéndum es obligatorio y vinculante. Referéndum facultativo de ratificación sobre la reforma parcial de la Constitución (Art. 167.3). Referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial transcendencia (Art. 92).

En el ámbito autonómico la Constitución también prevé una serie de referendums: Referéndum de ratificación de la iniciativa autonómica (Art. 151.1). Referéndum de ratificación del proyecto de Estatuto de Autonomía (Art. 151.3 y 5). Referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía (Art. 152.2). Referéndum sobre la incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma Vasca (Disposición transitoria 4º).

El independentismo catalán, por tanto, enfrentaba con la legalidad española ya que el derecho de autodeterminación no está reconocido en nuestra carta magna. Las diferentes bases históricas de la idea de la libre determinación tienen una dimensión interna, que viene ligada a la idea de gobierno representativo³¹. La autodeterminación es un término que mayormente ha sido empleado para aquellos países que son considerados como colonias³² y los mismos están sujetos a una jurisdicción por parte de otro Estado. Estos países tienen el derecho de reclamar el conocido como derecho de autodeterminación. A partir de la década de los años 60, la definición de los diferentes pueblos como sujetos del derecho de autodeterminación, supuso un importante paso para la descolonización de los diferentes pueblos que aun vivían subyugados a grandes potencias. El derecho de autodeterminación no cabe en nuestra actual Constitución, pues Cataluña no es un sujeto soberano, siendo España en su conjunto la única poseedora de la soberanía nacional tal y como se establece en el artículo 1.2 de la Constitución “*la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del estado*” siguiendo en el artículo 2 “*la constitución se fundamente en la indisoluble unidad de la nación española...*”

2022, p. 322.

31 De Blas Guerrero, A, y Rubio Lara, M.J (2016). Op.cit, p. 240.

32 Olcese Schenone, G.M., “*Derecho a decidir y autodeterminación en el caso catalán*”. Análisis y reflexiones de acuerdo con el Derecho Constitucional español. Ars Iuris Salmanticensis: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, 2015, p. 154.

En el año 2015, y tras la inconstitucionalidad de la consulta de 2014, se convocaron elecciones en Cataluña, con un carácter plebiscitario³³. Estas elecciones fueron ganadas en escaños por los partidos independentistas, pero no así en votos, ya que los partidos contrarios a la independencia lograron más del 50% de los apoyos. Los partidos independentistas formaron gobierno y convocaron un nuevo referéndum para octubre del año 2017, bajo la aprobación de la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, denominada como la ley del referéndum de autodeterminación. La ley que aprobó el Parlamento catalán fue recurrida mediante un recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el abogado del estado en nombre del presidente del gobierno. El TC declaró la ley como inconstitucional en su sentencia 114/2017, de 17 de octubre, ya que Cataluña no es poseedora del derecho de autodeterminarse al no ser considerada como un sujeto político de derecho. El sujeto político de derecho en este caso es España, así como según la Constitución, la unidad de España es insoluble, y la soberanía nacional reside en el pueblo español y no solo en una parte de este.

Tras la declaración del referéndum como inconstitucional, las autoridades catalanas hicieron caso omiso de la resolución del TC, siguiendo adelante con la convocatoria del referéndum, que se celebró finalmente el día 1 de octubre de 2017 tras unos meses muy convulsos en la sociedad catalana. El referéndum fue ganado por el sí con un apoyo a la opción de independencia del 90%³⁴, pero dicho apoyo a la independencia no fue un apoyo real ya que la participación fue de menos de la mitad de la sociedad catalana, quedándose en casa la mayoría de los votantes potenciales de la permanencia en España. El mes de octubre de aquel año fue un mes muy convulso en la política catalana y en general en toda la política española. El gobierno catalán finalmente declaró la aprobación de la resolución para declarar la independencia de Cataluña del resto de España, la resolución de independencia se llevó a cabo en el Parlamento catalán y contó con 72 votos a favor sobre 135 diputados que ostenta el Parlamento catalán³⁵. Como consecuencia de la declaración de independencia, el Senado español aprobó la aplicación del artículo 155 de la Constitución³⁶, por el cual se permite la in-

33 Alcobarro, A., (2016): Op. cit, p. 212.

34 S. Baquero, C., “Un 90% de “síes” con 2,2 millones de votos y una participación del 42%, según el Govern”, *El País* 2 de octubre de 2017. Artículo disponible en: https://elpais.com/ccaa/2017/10/02/catalunya/1506898063_586836.html (Consultado 27/02/2024).

35 Ríos, P y Piñol, A., “El Parlament de Catalunya aprueba la resolución para declarar la independencia”. *El País* 27 de octubre de 2017. Artículo disponible en: https://elpais.com/ccaa/2017/10/27/catalunya/1509105810_557081.html (Consultado 27/02/2024).

36 Domínguez, I y Alberola, M., “El Senado aprueba aplicar el artículo 155 en Cataluña”. *El País* 27 de octubre de 2017. Artículo disponible: https://elpais.com/politica/2017/10/27/actualidad/1509105725_777595.

tervención de una autonomía siempre y cuando esta autonomía se haya saltado la legalidad vigente. Posteriormente, la fiscalía se querelló contra los líderes independentistas por el delito de rebelión. El presidente por aquel entonces Carles Puigdemont, así como varios de sus consejeros del gobierno catalán, se marcharon a Bélgica con el fin de eludir la actuación de la justicia española, si bien no todos los miembros del gobierno catalán se marcharon fuera de España y tuvieron que someterse al enjuiciamiento de sus hechos.

III. Breve análisis de los delitos de rebelión y sedición conectados con la “Sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo”

Como consecuencia de los hechos narrados en el punto predecesor, el 22 de octubre de 2018, el Tribunal Supremo (en adelante TS) abrió el llamado como “Juicio del *Procés*”, comenzando así uno de los juicios más mediáticos de la historia de España. La Sala Segunda del TS fue la encargada de llevar a cabo el juicio dada la condición de los imputados, los cuales formaban parte del gobierno catalán, la Mesa del Parlamento catalán y dos presidentes de entidades independentistas, sumando un total de 18 imputados³⁷, con diferentes peticiones para cada uno de ellos, que en términos generales englobaban delitos de rebelión, sedición, desobediencia y malversación de caudales públicos.

Los delitos más relevantes por los cuales fueron acusados los líderes independentistas catalanes fueron principalmente los delitos de rebelión y sedición. En nuestro país este tipo de delitos ostentan una larga tradición histórica nacida en el Código Penal de 1820, ya que siempre ha tenido una sección dirigida a proteger las diferentes instituciones que componen el Estado democrático y de derecho³⁸. El delito de rebelión se encuentra recogido en el Título XXI de los delitos contra la Constitución española, mientras que el delito de sedición actualmente ha sido derogado por parte del legislador español y ha sido sustituido por un delito de desórdenes públicos agravados. En el derecho penal español, el término de orden público se ha visto tradicionalmente asociado a una indeterminación considerable del mismo, como consecuencia de dicha indeterminación, han sido numerosos los regímenes autoritarios que hacían que el orden público tuviera un carác-

[html](#) (Consultado 27/02/2024).

37 Rubio Martín, A., “Quiénes son los 18 procesados por el 1-O en Cataluña y de qué se les acusa” *La Cope* 29 de octubre de 2018, Artículo disponible en: https://www.cope.es/actualidad/espana/noticias/quienes-son-los-procesados-del-1-o-que-enfrentan-juicio-oral-que-les-acusa-20181029_284519 (Consultado 27/02/2024).

38 Morillas Cueva, L., “*Estudios sobre el código penal reformado*”. Dykinson, Madrid, 2015, p. 181.

ter omnicompreensivo, dirigido no a los gobernados, sino a los gobernantes manteniendo un estatus imperante³⁹. En la actualidad podemos decir que se entiende por orden público aquel conjunto de condiciones legales y reglamentariamente establecidas que respetan los principios marcados en la Constitución, así como los derechos fundamentales, determinando a su vez las reglas mínimas de convivencia de la sociedad.

De manera breve, el delito de rebelión constituye el delito más grave contra las instituciones del Estado. Se trata de la consecución de una serie de finalidades con un carácter claramente político, no significando que cualquier protesta en acción a defender un determinado interés, constituya un delito de rebelión ya que nuestra Constitución reconoce el derecho a la protesta pacífica en el artículo 21. El delito de rebelión se considera como un delito “antisistema”⁴⁰, ya que el mismo se configura como un delito contra el orden político vigente en el momento de la comisión del delito. Este tipo de delitos se consuma con el mero hecho de llevar a cabo el atentado contra el orden político vigente, independientemente de la consecución del objetivo marcado⁴¹.

Por su parte, el delito de sedición nos venía a identificar un tipo de delito menos grave que el delito de rebelión, no tratándose este de un delito cometido con el objetivo de subvertir el orden constitucional vigente, sino más bien tratándose de un delito cometido con el fin de desobedecer la aplicación de una determinada ley. La diferencia que resulta fundamental con el delito de rebelión se concreta en su naturaleza y en su contenido, pretendiendo diversos objetivos⁴². En este sentido, el delito de sedición consistía en una especie de levantamiento civil para impedir la aplicación de las leyes o de las diferentes resoluciones administrativas o judiciales, habiendo sido tradicionalmente calificada como una rebelión en pequeño⁴³. Sin embargo, como ya hemos adelantado anteriormente, dicho delito ha sido derogado por la Ley Orgánica 14/2022,

39 Cano Paños, M.A., “Los delitos de rebelión y sedición en el ordenamiento jurídico español y su eventual aplicación al proceso independentista catalán”. Revista electrónica de Estudios Penal es y de la Seguridad, n°5, 2019, p. 29.

40 García Rivas, N., “Rebelión (Delito de)”. Revista en Cultura de la Legalidad, n.º 18 2020, p. 291.

41 “Delitos de Rebelión y Sedición: ¿en qué consisten y en qué se diferencian? *Castillo Castrillón -Abogados-* s.f. Disponible en: <https://castillocastrillonabogados.es/rebelion-y-sedicion/#:~:text=El%20delito%20de%20rebeli%C3%B3n%3A%20car%C3%A1cter%20y%20pena&text=La%20rebeli%C3%B3n%2C%20se%20configura%20como,tanto%20no%20cabe%20la%20tentativa>. (Consultado 07/03/2024).

42 Muñoz Cuesta, J., “*El delito de sedición: protagonista del debate jurídico de la sentencia del “procés”*”. Thomson Reuters, 2019, p. 6.

43 Lamarca Pérez, C., “*Delitos, La parte especial del Derecho penal*”. Dykinson, Madrid, 2017, p. 976.

de 22 de diciembre.

El 14 de octubre de 2019 salió a la luz la Sentencia 459/2019 del TS, más comúnmente conocida como la sentencia del “*Procés*”. La Sentencia del “*Procés*” ponía fin al proceso que enjuiciaba las diferentes actuaciones con relevancia penal de cada uno de los miembros del gobierno catalán, así como también de cada uno de los integrantes de la Mesa del Parlamento catalán y de los presidentes de las entidades independentistas. La sentencia del TS establecía varios grupos según la condena final. Un primer grupo formado por aquellos autores de un delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación, agravado por razón de su cuantía, en este grupo se encontraba el exvicepresidente Oriol Junqueras, un segundo grupo para aquellos autores de un delito de sedición y un tercer grupo para el delito de desobediencia⁴⁴.

En la condena por el delito de sedición podemos diferenciar aquellos que formaban parte del ejecutivo catalán, la presidencia del Parlamento catalán y los líderes de las principales entidades independentistas catalanas.

En cuanto a los imputados miembros del Gobierno catalán, una de las actuaciones con una mayor relevancia penal, que fueron muy recurrentes, eran las de derogar de hecho leyes vigentes y sustituirlas por leyes no validas, comportamiento que fue apercibido en numerosas ocasiones por el TC, así como la movilización de ciudadanos para comportamientos tumultuarios obstativos de la ejecución de órdenes jurisdiccionales⁴⁵. En estos dos casos pueden atribuirse dichos comportamientos al Gobierno de la Generalitat de Cataluña ya que es el propio gobierno quien dirige la acción política y la Administración de la Generalitat, así como es quien ejerce la iniciativa legislativa, la función ejecutiva, la potestad reglamentaria y las demás funciones que le asignan tanto la Constitución como el propio Estatuto catalán⁴⁶. En el caso del exvicepresidente catalán Oriol Junqueras, así como en otros tres de los miembros del ejecutivo catalán, también se les atribuyó actuaciones relevantes a la hora de aplicar el delito de malversación agravada. Los miembros del ejecutivo catalán a los que se les declaró autores de dicho delito pusieron la estructura de sus respectivos departamentos al servicio de una estrategia incontrolada de gasto público que sería necesaria para llevar a cabo el referéndum del 1 de octubre de 2017⁴⁷.

44 STS 459/2019, Fallo.

45 STS 459/2019, Fundamentos de derecho C) Juicio de autoría. 1- Delito de Sedición.

46 STS 459/2019, Fundamentos de derecho C) Juicio de autoría. 1- Delito de Sedición.

47 STS 459/2019, Fundamentos de derecho D) Penas. 1- Delitos de sedición malversación de caudales públicos en concurso media.

Dentro de la condena del delito de sedición también podemos encontrarnos con condenados fuera del propio gobierno catalán como son los dos líderes de las principales entidades independentistas y la presidenta de la Mesa del Parlamento catalán. En cuanto a la presidencia del Parlamento catalán, tal y como se establece en el Reglamento de la Cámara, es la propia presidencia la que ejerce la dirección de la mesa que a su vez es quien controla la tramitación parlamentaria con las funciones que se especifican en el propio Reglamento de la Cámara⁴⁸. En cuanto a los líderes de las dos principales entidades independentistas, encontramos a Jordi Sánchez (Presidente de la Asamblea Nacional Catalana) y a Jordi Cuixart (Presidente de Òmnium Cultural), estos líderes llevaron a cabo numerosas actuaciones con relevancia penal a la hora de aplicar el delito de sedición, actuaciones que llevaban en algunos casos a dificultar y bloquear la actuación judicial⁴⁹. En los dos casos una de las actuaciones de mayor relevancia penal a la hora de poner dificultades y trabas a la actuación judicial, fue la de provocar discursos que en algunos casos adquirían un carácter incendiario con una retórica de masas apasionada, movilizandando así a las mismas con el fin de poder dificultar la actuación judicial⁵⁰.

Además de las principales actuaciones con relevancia penal descritas respecto al delito de sedición, también hubo otras actuaciones de relevancia penal referidas al delito de desobediencia por el que fueron condenados varios miembros del ejecutivo catalán. Todos ellos fueron destinatarios, dada su calidad de miembros del ejecutivo catalán, de los requerimientos emanados del TC para declarar inconstitucional y privar de efectos algunas de las iniciativas legislativas y reglamentarias que de adoptaron durante el desarrollo de los hechos⁵¹. Los miembros del ejecutivo catalán condenados por un delito de desobediencia fueron también destinatarios de requerimientos por parte del Gobierno de España y del TC, debido a la intensa actividad legislativa llevada a cabo por el Gobierno catalán de aquel entonces. Toda esta actividad legislativa estaba encaminada a la creación de un nuevo marco jurídico que pudiera ser invocado para poder así dar una aparente cobertura de legalidad a la celebración del referéndum del día 1 de octubre de 2017⁵².

48 STS 459/2019, Fundamentos de derecho C) Juicio de autoría. 1- Delito de sedición.

49 STS 459/2019, Fundamentos de derecho C) Juicio de autoría. 1- Delito de sedición, 1.8 Jordi Sánchez y 1.9 Jordi Cuixart.

50 STS 459/2019, Fundamentos de derecho C) Juicio de autoría. 1- Delito de sedición, 1.8 Jordi Sánchez y 1.9 Jordi Cuixart.

51 STS 459/2019, Fundamentos de derecho C) Juicio de autoría. 3- Delito de desobediencia.

52 STS 459/2019, Fundamentos de derecho C) Juicio de autoría. 3- Delito de desobediencia.

IV. Análisis de la Constitucionalidad de la Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña

4.1 Amnistías e indultos: Un debate contemporáneo

En España, desde hace ya algunos meses, una cuestión centra toda la actualidad política, la amnistía. Una amnistía es una medida legal que perdona o anula las consecuencias de un determinado delito o acto delictivo, tanto para los que cumplen condena como para los que no han sido procesados. La amnistía en definitiva elimina toda sanción penal asociada a ciertos actos delictivos, borrando los registros de ciertos actos de manera definitiva. A diferencia del indulto que se otorga a una persona con una condena específica, la amnistía tiene un alcance mucho más amplio y normalmente perdona a grupos de personas o determinados delitos en su conjunto.

Una cuestión preliminar, y al hilo de lo que se plantea en el presente punto, es analizar si el indulto y la amnistía forman parte de la categoría del derecho de gracia, es decir, de una misma categoría⁵³. El derecho de gracia es citado en varios preceptos de la Constitución como en el artículo 62.i “*ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales*”, pero careciendo de una definición constitucional del mismo. El derecho de gracia podría definirse como la potestad que tiene un determinado órgano para beneficiar discrecionalmente a individuos respecto de consecuencias que les acarreen en la aplicación legal de las normas. La doctrina mayoritaria defiende que tanto la amnistía como el indulto son en cierta manera instituciones que pertenecen al mismo género de las medidas de gracia⁵⁴. Tanto el indulto como la amnistía son dos de las manifestaciones de las que dispone el Estado para perdonar ciertos delitos. Sin embargo, entre el indulto y la amnistía existen grandes diferencias. El indulto generalmente se asocia al derecho penal mientras que la amnistía se asocia al derecho constitucional. El indulto, al poder ser adoptado por parte del Consejo de ministros, se remite a la pena impuesta por un determinado órgano jurisdiccional, no anula la pena. La amnistía es una forma del derecho de gracia que le corresponde a los poderes públicos, con una naturaleza colectiva y normalmente por razones de orden político de carácter extraordinario. Las amnistías que se

53 Ruiz Bursón, F.J (2023). Op.cit, p. 86.

54 Ramos Tapia, I y Ruiz Robledo, A., “¿Se olvidó la Constitución de la amnistía?”, *Diario La Ley*, 11 de septiembre de 2023, ap. VI. Artículo disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmNzYwtzc7WY1KLizPw827DM9NS-8kIS13MSSktQiWz9HAKIdIPMqAAAAWKE> (Consultado 07/03/2024) y Quintero Olivares, G., “*Los indultos: el derecho de gracia y la política española*”, *Revista de pensamiento jurídico* N°30, 2021, p. 50.

han producido a lo largo del mundo normalmente son al término de una guerra civil o de un periodo excepcional⁵⁵.

Aunque la opinión mayoritaria de la doctrina es asociar indulto y amnistía al derecho de gracia, existen diversas opiniones que defienden justo lo contrario, estableciendo que el indulto y la amnistía no pueden ser dos figuras del derecho de gracia, ya que en el derecho de gracia solo se podrían incluir los indultos, pero no las amnistías ya que esta siempre será ejercitada en forma de ley⁵⁶. En este sentido, el indulto es una función que recae dentro del poder ejecutivo mientras que la amnistía, reside en el legislativo. Si bien y en mi modesta opinión, indulto y amnistía son instituciones que pertenecen ambas a las denominadas como instituciones del perdón, por tanto, considero que se pueden encuadrar ambas en el denominado como derecho de gracia.

4.2 La amnistía de 1977

En la historia reciente de nuestro país encontramos un precedente de ley de amnistía, la Ley 47/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. La amnistía española de 1977 fue una medida que resultó crucial para el proceso que vivía España en aquellos años de transición democrática tras la muerte del dictador Francisco Franco dos años antes. Esta fue aprobada por las Cortes el 15 de octubre de 1977, entrando en vigor el 17 de octubre de ese mismo año. Esta ley fue reclamada por parte de la oposición democrática al régimen franquista, siendo una de las conquistas más importantes, obteniendo la ley el respaldo de la mayoría de los grupos parlamentarios de por aquel entonces⁵⁷. La amnistía que se aprobó en España aquel año tenía como principal objetivo el perdón y la libertad a todas aquellas personas que se encontraban encarceladas o en el exilio debido a su actividad política, siempre y cuando dicha actividad no hubiera incurrido en muertes o lesiones graves. La amnistía se percibía como afirmación, ni reactiva ni defensiva, propositiva, generadora de una nueva realidad, y como hecho fundacio-

55 “¿Qué diferencia hay entre indulto y amnistía?” *El Mundo* 13 de noviembre de 2023. Artículo disponible en: <https://www.elmundo.es/como/2022/04/05/624c4df9fdddf87b78b45da.html> (Consultado 17/03/2024).

56 Martín Pallín, J.A., “La amnistía es compatible con la Constitución” *CTXT Contexto y Acción* 8 de febrero de 2021. Artículo disponible en: <https://ctxt.es/es/20210201/Firmas/34999/amnistia-presos-proces-constitucion-jose-antonio-martin-pallin.htm> (Consultado 17/03/2024).

57 Majón-Cabeza Olmeda, A., “Releyendo la Ley de Amnistía de 1977” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2023, p. 48.

nal destinado a establecer una nueva cultura política en España⁵⁸. Si bien aquella amnistía no estuvo exenta de polémica, ya que no solo afectó a aquellos opositores políticos al régimen, sino que también se aplicó para aquellos miembros de la administración franquista implicados en actos de represión. Esto ha sido objeto de múltiples debates en la actividad política española, pues se ha considerado que actos represivos han quedado impunes como consecuencia de dicha amnistía. Con todo ello y con los debates legítimos que se han producido como consecuencia de la aplicación de aquella amnistía, se hace oportuno reseñar que la amnistía que se aplicó durante la transición española fue un hito muy importante para la historia reciente de España, pues ayudó a sanar heridas, así como a la transición de un sistema dictatorial como lo era el franquista a un sistema democrático.

4.3 Los indultos de 2021

Hasta hace pocos meses el interés de la doctrina por la amnistía era bastante reducido, limitándose a algunas monográficas y artículos que abordaban la institución de la amnistía desde una perspectiva teoría más que desde una práctica⁵⁹. En los últimos años los partidos independentistas catalanes como Junts per Catalunya (En adelante, JUNTS) o ERC, venían estableciendo en sus programas electorales una propuesta de ley de amnistía. En el año 2021 los grupos independentistas catalanes llevaron al Congreso de los Diputados una propuesta de ley de amnistía que planteaba condonar determinados actos relacionados con el “*Procés*” desde el año 2013⁶⁰. La propuesta de amnistía que llevaron a cabo los independentistas catalanes en el Congreso fue rechazada por los letrados del Congreso, al considerar estos que se trataba de un indulto generalizado⁶¹, algo que la Constitución expresamente menciona como inconstitucional (Art. 62.i). Como consecuencia de todo ello, la amnistía que proponían los grupos independentistas no fue admitida a trámite. Si bien, a pesar de que la amnistía que proponían los independentistas no fue admitida en el Congreso, el Gobierno de España, presidido por el presidente Pedro Sánchez, anunció su intención de conceder los indultos a los nueve líderes independentistas que habían sido condenados en 2019 por

58 Rivera, A., “*La amnistía de 1977 y los debates sobre el pasado*”. Revista Del Centro de Historia Del Crimen De Durango, nº 18 2022, p. 158.

59 Ruiz Bursón, F.J., “*¿Es constitucional una ley de amnistía? Estado actual de la cuestión: argumentos a favor y en contra*”, Corts. Anuari de Dret Parlamentari, nº 37, 2023, p. 86.

60 Cánovas Morillo, C., “*La interpretación de la Constitución o la devolución de las multas: diferencias entre las amnistías de 2021 y 2023*”. *Newtral* 23 de noviembre de 2023. Artículo disponible en: <https://www.newtral.es/diferencias-proposiciones-leyes-amnistia/20231123/> (Consultado 17/03/2024).

61 Ibid.

los delitos de sedición y malversación de fondos públicos en relación con los hechos acontecidos en Cataluña en 2017. El día 22 de junio de 2021, el Consejo de ministros aprobó los indultos para los nueve líderes independentistas⁶², esta aprobación de los indultos no estuvo exenta de polémica, ya que generó un intenso debate político y social en España. Algunos sectores apoyaron la medida, como un gesto de reconciliación y de la paz social en Cataluña, mientras que otros sectores criticaron esta medida ya que se podía considerar un acto de debilidad del Estado ante el desafío soberanista catalán. En definitiva, los indultos fueron concedidos con la esperanza futura de ayudar a reducir las tensiones políticas en Cataluña y poder abrir un camino nuevo de diálogo y negociación. Tras unos años de la aprobación de los indultos, para muchos han sido necesarios e imprescindibles para rebajar la tensión a causa del conflicto político catalán mientras que para otros han servido para reactivar al independentismo y sus pretensiones.

4.4 La propuesta de una Ley de Amnistía

Como hemos visto, indultos y amnistía son figuras que se encuentran estrechamente relacionadas entre sí. Los indultos que fueron aprobados en el año 2021 por el ejecutivo español, no exentos de polémica, no fueron suficientes para las pretensiones independentistas, pues lo que estas fuerzas venían demandando era una amnistía. La propuesta de amnistía que presentaron las fuerzas independentistas del año 2021, y que no llegó a tramitarse, parecía indicar que una amnistía tal y como exigía el independentismo, era sencillamente imposible. Algunos miembros del ejecutivo español sostuvieron que la amnistía a la que hacían alusión las fuerzas independentistas era inconstitucional y no se adecuaba con nuestro ordenamiento jurídico. Todo ello cambió a raíz de las elecciones generales del 23 de julio de 2023, elecciones que dejaron unos resultados que obligaban al pacto. Las elecciones generales las ganó el PP con 137 escaños, seguido del Partido Socialista Obrero Español (En adelante, PSOE) con 121 diputados⁶³, la mayoría en la cámara baja está situada en 176 escaños, por lo que es evidente que ninguna de las dos fuerzas mayoritarias en España podría acceder al gobierno de la nación por si solas. Las fuerzas mayoritarias españolas debían buscar pactos. En el lado de la derecha el PP buscó apoyos en fuerzas afines como por ejemplo VOX o Unión del pueblo navarro, fuerzas con las que aun te-

62 “El Gobierno concede el indulto a los nueve condenados en el juicio del procés”, *La Moncloa* 22 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2021/220621-cministros.aspx> (Consultado 17/03/2024).

63 “Elecciones Generales” *El País* 23 julio 2023 Disponible en: <https://elpais.com/espana/elecciones/generales/> (Consultado 21/03/2024).

niendo su apoyo no llegaban a la mayoría absoluta de la cámara, y la difícil relación que tenía VOX con el resto de las fuerzas regionales del espectro de la centroderecha, hacía difícil la suma de una mayoría. El PSOE buscó apoyo en fuerzas afines del espectro de la izquierda como SUMAR o fuerzas de izquierda de ámbito autonómico, para ello era necesario pactar con fuerzas independentistas. El PSOE finalmente consiguió el apoyo de las fuerzas nacionalistas/independentistas tanto de izquierdas como de centroderecha, aunque determinadas fuerzas como JUNTS o ERC pusieron sobre la mesa, y como condición necesaria a cumplir, la amnistía. El PSOE, finalmente acabó aceptando la amnistía a cambio del apoyo de estas fuerzas en la investidura del presidente Pedro Sánchez, todo ello no exento de polémica pues las fuerzas de la oposición recriminaron al PSOE y al Gobierno de España que acabaran aceptando la amnistía ya que meses atrás tanto el PSOE como miembros del Gobierno de España, habían sostenido que la amnistía era inconstitucional. Famosa es ya la frase del presidente anunciando que acepta la amnistía “hagamos de la necesidad virtud”⁶⁴, pronunció Pedro Sánchez el día que se hacía público que el PSOE la aceptaba. Aquella frase del presidente generó una gran polémica en los medios y en los partidos de la oposición, básicamente la necesidad que tenía el gobierno de salir investido pasaba por la aceptación de una ley de amnistía para los líderes independentistas catalanes, así como para el resto de la gente que se vio afectada por la justicia española, a raíz de todos los hechos acontecidos en el llamado “*Procés*”. El PSOE y el presidente Pedro Sánchez consideraron que una ley de amnistía pacificaba la situación en Cataluña y abría una nueva etapa en la política española, etapa que tendría que servir para abrir un diálogo entre el Gobierno de España y las fuerzas independentistas, que en este caso ostentan por el momento el Gobierno de Cataluña. El día 13 de marzo de 2024 el presidente de la Generalitat de Cataluña Pere Aragonès, anunció la convocatoria de elecciones anticipadas para el día 12 de mayo. En las elecciones celebradas dicho día, el Partido de los Socialistas de Cataluña (En adelante PSC-PSOE), liderado por Salvador Illa, resultó el más votado con cerca de un 28% de los votos, lo que le otorga en el Parlamento de Cataluña un total de 42 escaños. La segunda fuerza fue JUNTS, encabezada por Carles Puigdemont, con cerca del 22% de los votos y 35 escaños, el partido liderado por Carles Puigdemont consiguió superar a ERC, que sufrió un fuerte retroceso tras pasar de 33 escaños a 20. Por otra parte, el PP experimentó un fuerte ascenso, cuadruplicando su representación consiguiendo pasar de 3 escaños a 15 y cerca de un 11% de los votos, seguido por VOX quien consiguió mantenerse con los

64 “Sánchez justifica la amnistía: “Hay que hacer de la necesidad virtud”, *Canal Sur* 15 de noviembre de 2023. Artículo disponible en: <https://www.canalsur.es/noticias/sanchez-justifica-la-amnistia-hay-que-hacer-de-la-necesidad-virtud/1984365.html> (Consultado 21/03/2024).

11 escaños que ya tenía. Por último Comuns-SUMAR con alrededor del 6% de los votos, la CUP con el 4% y el nuevo partido Aliança catalana con casi un 4% de los votos. Con estos resultados, lo más significativo es que el independentismo ha perdido la mayoría que hasta ahora tenía en el Parlamento de Cataluña, lo que deja abierta la posibilidad a abrir una nueva etapa en la política catalana. Salvador Illa del PSC-PSOE, es el candidato que tiene mayores opciones de salir investido presidente, si bien esto se resolverá en los próximos meses ⁶⁵.

El 13 de noviembre de 2022, el grupo parlamentario socialista en el Congreso de los Diputados registraba la Ley de amnistía, a la que denominó como “Ley Orgánica de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña”. La iniciativa que registró el PSOE en solitario no contó con la firma de sus socios de gobierno como tampoco con la de sus socios independentistas y nacionalistas⁶⁶. Días más tarde la proposición de ley de amnistía, fue admitida a trámite para posteriormente ser debatida en pleno. Tras varios meses de tramitación en el Congreso de los Diputados y algunos imprevistos, el 14 de marzo de 2024, la proposición de ley de amnistía fue aprobada definitivamente por la cámara baja contando con 178 votos a favor y 172 en contra⁶⁷. El texto definitivo aprobado borra toda la responsabilidad penal, administrativa y contable relacionados con el “*Procés*”, abriendo la puerta de regreso a España del expresidente de la Generalitat, Carles Puigdemont⁶⁸. La proposición de ley de amnistía y tras recibir el visto bueno del Congreso de los Diputados, ha pasado varios meses al Senado, donde comenzó una nueva andadura que se extendió durante dos meses. En el Senado el PSOE no dispone de la mayoría necesaria para sacar adelante la ley, siendo esta del PP, que como se preveía veto la ley devolviendo el texto al Congreso de los Diputados. La amnistía quedó definitivamente aprobada por parte del Congreso de los Diputados el 30 de mayo de 2024, quedando publicada en el Boletín Oficial del Estado para su correspondiente aplicación, el 11 de junio. Actualmente la Ley Orgánica de amnistía se encuentra en el periodo de ejecución de 2 meses que marca la propia ley ⁶⁹.

65 Durante el proceso de impresión de este ejemplar, Salvador Illa finalmente consiguió ser investido presidente de Cataluña.

66 “El PSOE registra en el Congreso la ley de amnistía sin sus socios” *Valencia Plaza* 13 de noviembre de 2023. Artículo disponible en: <https://valenciaplaza.com/psoe-registra-congreso-ley-amnistia-sin-sus-socios> (Consultado 22/03/2024).

67 Figueroa, G., “El Congreso aprueba la ley de amnistía con los votos del PSOE y sus socios parlamentarios” *Onda Cero* 14 de marzo de 2023. Artículo disponible en: https://www.ondacero.es/noticias/espana/congreso-aprueba-ley-amnistia-votos-psoe-sus-socios-parlamentarios_2024031465f302a-9d3310300014e6ac5.html (Consultado 22/03/2024).

68 Ibid.

69 Durante el proceso de impresión de este ejemplar, ha transcurrido el periodo de ejecución de la Ley

4.5 Constitucionalidad de la Amnistía: Desafíos y perspectivas en el contexto actual

El debate sobre la proposición de una ley de amnistía ha sido uno de los más intensos sobre una proposición de ley en la historia democrática española. Una de las cuestiones más debatidas, aparte de la cuestión política, ha sido dilucidar si la amnistía es o no constitucional. La Constitución española del año 1978 no hace ninguna mención a la amnistía, limitándose nuestra carta magna a prohibir la autorización de los conocidos como indultos generales (Art. 62. i.) Diversos estudios históricos sobre el derecho de gracia en términos generales en nuestro país, sostienen que durante el proceso constituyente de 1978 el debate sobre el llamado como derecho de gracia simplemente no tuvo lugar⁷⁰. En cambio, otro sector doctrinal sostiene justamente lo contrario⁷¹, si nos fijamos en las actas de la ponencia constitucional, concretamente en el punto 11 correspondiente a la minuta de la reunión de la ponencia de constitución en su sesión del día 29 de septiembre de 1977, en el cual se declara expresamente: “Por lo que se refiere al ejercicio del derecho de gracia, se acuerda aprobar un texto que figura como apartado e) del artículo 53, y sobre el cual se acuerda volver a considerar el tema referente a la amnistía en segunda lectura”⁷². También podemos encontrar otra referencia a la amnistía en las actas de la ponencia constitucional, concretamente en la minuta de la reunión de la ponencia de constitución en su sesión del día 3 de noviembre de 1977, en la cual en el punto 4 se dice expresamente: “Por lo que se refiere a la materia de la amnistía, se acordó no constitucionalizar este tema”⁷³.

La constitucionalidad o no de la amnistía, como vemos, no resulta una tarea de fácil solución. En nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar alusiones a la amnistía en diferentes leyes.

- La Ley de 18 de junio de 1870 que establece las reglas para el ejercicio de la gracia del indulto, que, pese a ser una ley que cuenta con más de 100 años de historia, por el momento continúa en vigor. Esta ley se limita a regular el indulto sin hacer una mención expresa a la amnistía.

Orgánica de amnistía, y algunos casos se han resuelto mientras que otros siguen abiertos.

70 Requejo Pagés, J.L., “*Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español*”. Historia Constitucional (Revista electrónica), nº 2, 2001, p. 84.

71 Ferandes Romero, I., “No se reguló la amnistía en la Constitución Española adrede”, *La Razón* 13 de septiembre de 2023. Artículo disponible en: https://www.larazon.es/opinion/regulo-amnistia-constitucion-espanola-adrede_202309136500e757d60bc60001c9644b.html (Consultado 23/03/2024).

72 Secretaría General del Congreso de los Diputados, “*Las actas de la ponencia constitucional*”, Revista de las Cortes Generales, núm. 2, Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1984, p. 280.

73 Secretaría General del Congreso de los Diputados. Op. cit., p. 310.

- El Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 666.4, dispone: *“Serán tan solo objeto de artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes”* entre las cuales se encuentra en su apartado cuarto: *“La amnistía o indulto”*.
- La Ley 47/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, si bien esta ley marcó un antes y un después en la historia de la democracia española, pues se pretendía caminar hacia un nuevo régimen democrático y conseguir cerrar heridas del anterior régimen, según diversos autores no puede considerarse como precedente para la constitucionalidad del proyecto de ley de amnistía actual con conformidad a la Constitución de 1978⁷⁴.
- El Real Decreto 796/2006, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia, en su artículo 16 dice expresamente: *“La responsabilidad disciplinaria se extingue por el cumplimiento de la sanción, el fallecimiento del funcionario, la prescripción de la falta o de la sanción, el indulto y la amnistía”*.

A pesar de no mencionarse la amnistía de manera expresa en nuestra carta magna, como hemos visto, sí que se encuentra dicha mención en otras normas que están en vigor en la actualidad. Estas menciones expresas a la amnistía son un tanto escasas para poder declarar la amnistía como constitucional o inconstitucional.

La jurisprudencia sobre los pronunciamientos en esta materia es escasa. El Auto del TC 32/1981, rechazó la petición de aplicación del Decreto 2940/1975, del indulto general con motivo de la proclamación de Don Juan Carlos de Borbón como Rey de España, en su Fundamento Jurídico 2, menciona expresamente: *“La aplicación de las medidas generales de gracia, definidas en cada caso por los términos de la concesión y prohibidas hoy por norma constitucional expresa (Art. 62.i de la Constitución) correspondía a los Tribunales ordinarios y no a este Tribunal, cuyo rasgo definitorio más característico es, precisamente, el de ser interprete supremo de una Constitución que instaura un orden jurídico-político dentro del que carecen de sentido y resultan inadmisibles esas medidas generales de gracia”*. Este Auto se refiere al indulto general, no

74 Redondo Hermida, A., “Una nueva ley de amnistía es inconstitucional”, *La Razón* 15 de octubre de 2023. Artículo disponible en: https://www.larazon.es/opinion/nueva-ley-amnistia-inconstitucional_20231015652b175490d39d0001190956.html (Consultado 25/03/2024).

a la amnistía. Sin embargo, la prohibición del indulto general, que esta establecida en la Constitución, es parte de los argumentos en contra de la constitucionalidad de la norma y es según estos argumentos, causa suficiente para declarar una amnistía como inconstitucional.

Para encontrar un pronunciamiento expreso sobre la amnistía por parte del TC nos tenemos que remitir a la amnistía de 1977, ya que el Constitucional solo se ha pronunciado sobre la amnistía en sus casos derivados. Uno de los pronunciamientos más claros sobre la cuestión de la amnistía por parte del TC es la STC 147/1986, si bien esta sentencia del TC es referida a la Ley 1/1984, de 9 de enero, de adición de un nuevo artículo a la Ley 46/1977, de 15 de octubre. La adición que pretendía llevar a cabo la ley de 1984 incluía en el artículo 11 de la ley de amnistía, lo siguiente: *“Las acciones para el reconocimiento de los derechos establecidos en esta Ley serán imprescriptibles. No obstante, los efectos económicos de los derechos reconocidos estarán sujetos a las distintas normas de prescripción del Ordenamiento Jurídico”* (BIS). La Ley 1/1984 fue declarada inconstitucional, ya que incardinó está en la amnistía de 1977, defendiéndola como *“la amnistía que se pone en práctica y se regula en ambas leyes es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa en un sentido amplio que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político”*. Otras razones que esgrime el tribunal en su sentencia son básicamente que la Ley 1/1984 podría atentar contra la seguridad jurídica, ya que se afecta incluso a las consecuencias de decisiones judiciales firmes provistas del valor de cosa juzgada (art. 118 CE). La presente sentencia tampoco entra al fondo de la cuestión de constitucionalidad de la amnistía, si bien el TC nos deja algunos argumentos que pueden ser útiles en la actualidad, tales como, *“la amnistía no es un fenómeno lineal, que pueda resolverse en una serie de principios y técnicas unitarios, sino un fenómeno complejo, aunque se reconduzca al ejercicio de una facultad estatal, en la que halla su explicación unitaria”* (Fundamento jurídico 2), *“Es una operación excepcional, propia del momento de consolidación de los nuevos valores a los que se sirve, cuya finalidad unitaria no enmascara el hecho de que se pone en práctica recurriendo a una pluralidad de técnicas jurídicas que quedan unidas precisamente por la finalidad común”* (Fundamento jurídico 2), *“En unos casos- normalmente para relaciones en las que el Estado aparece involucrado como poder público-, la aplicación de la amnistía supondrá lo que se ha llamado por la doctrina “derogación retroactiva de las normas”, haciendo desaparecer por completo las restricciones que sufrió el derecho o libertad afectado, con todas sus secuelas, con lo que puede decirse que*

el derecho revive con carácter retroactivo” (Fundamento jurídico 2). Por tanto, deduciendo las afirmaciones que el propio TC utiliza en la presente sentencia, podemos concluir que el TC declara la amnistía como medida excepcional que se asienta sobre uno de los principales valores que es el de justicia y normalmente obedece a un cambio de régimen político. Si bien, el TC en su doctrina, no menciona una posible ley de amnistía posterior al momento de aprobación de la Constitución de 1978, por tanto, no se proporciona una solución que despeje la duda de la constitucionalidad de la actual amnistía.

Si nos fijamos en la Ley Orgánica de amnistía, en el preámbulo se hace mención a la facultad legislativa que la Constitución confiere al legislador, expresamente dice así, *“Esta facultad legislativa se configura en el ordenamiento como un medio adecuado para abordar circunstancias políticas excepcionales que, en el seno de un Estado de Derecho, persigue la consecución de un interés general, como puede ser la necesidad de superar y encauzar conflictos políticos y sociales arraigados, en la búsqueda de la mejora de la convivencia y la cohesión social, así como de una integración de las diversas sensibilidades políticas”*. La justificación de la amnistía como vemos es la superación de un conflicto y la mejora de la convivencia, algo que de alguna manera coincide con lo que anteriormente expresó el TC sobre la amnistía, si bien en el momento actual no nos encontramos ante un cambio de régimen político. Esto también se menciona en el preámbulo de la ley de amnistía en su apartado tercero, el cual dice expresamente, *“El contexto jurídico y político en el que se aprueba esta amnistía es muy diferente de aquel en el que se aprobaron las dos últimas normas que implementaron esta medida en nuestro país: el Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio, sobre la amnistía, y la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía”*. El propio preámbulo de la ley reconoce que la situación actual en poco o nada se parece a la situación de 1977, en la cual España se encontraba en un periodo de construcción democrática y así poner fin a varias décadas de dictadura. La actual situación en nuestro país no obedece a ningún criterio de cambio de régimen político, pues España se caracteriza por ser una democracia y un Estado de Derecho de los más avanzados del mundo, así como por el respeto a los derechos fundamentales que se configuran como un pilar esencial de cualquier democracia. España se configura como una de las democracias plenas del mundo⁷⁵, hecho innegable, que considero que debe ser reseñado.

75 Aduriz, I., “España es una de las 24 democracias plenas del mundo, según “The Economist””, *El Diario* 15 de febrero de 2024. Artículo disponible en: https://www.eldiario.es/politica/espana-24-democracias-plenas-mundo-the-economist_1_10926743.html#:~:text=Ahora%2C%20a%20pesar%20de%20que.de%208%2C07%20sobre%2010. (Consultado 01/04/2024).

Entre los principales argumentos doctrinales a favor de la amnistía se encuentra el hecho de que la Constitución en ninguno de sus articulados la prohíbe. El silencio de acerca de la institución de la amnistía se interpreta según este argumento como la justificación tacita de su admisibilidad⁷⁶. Frente a estos argumentos, los sectores doctrinales en contra de la amnistía mencionan que el hecho de que la Constitución no prohíba la amnistía no es condición para que esta encuentre un encaje constitucional, pues de la Constitución pueden derivarse prohibiciones implícitas⁷⁷. Ejemplo de ello es el conocido derecho de autodeterminación que no se encuentra prohibido por la Constitución, pero queda patente que dicho derecho está impedido porque vulneraría los principios constitucionales vigentes⁷⁸. Otro de los argumentos más utilizados contra esta falta de mención a la amnistía en la Constitución, es la prohibición expresa de los indultos generales en el artículo 62.i. Diversos autores han sostenido que la prohibición a los indultos generales simplemente es una limitación de la potestad de las Cortes Generales para habilitar al Gobierno para que dicte este tipo de indultos⁷⁹. Esta cuestión y este silencio de la Constitución en cuanto a la amnistía dejan un amplio debate, que ha dado lugar a numerosas interpretaciones. A mi modo de ver, considero que una posible solución a este intenso debate doctrinal habría sido proponer una reforma constitucional para permitir la amnistía de forma expresa en la Constitución, pues esta amnistía y a diferencia de la de 1977, no pretende la transición de un régimen a otro, sino que se asienta en las bases del régimen constitucional de 1978. Dicha reforma que obligaría a un cierto consenso por parte de las fuerzas políticas y que ayudaría a sentar las bases de resolución del conflicto territorial existente en nuestro país. Una reforma constitucional para incluir la amnistía permitiría regular esta medida tan excepcional, y así evitaría conflictos jurídicos futuros. En este caso concreto, una reforma constitucional que incluya la amnistía también abriría la puerta a un debate paralelo sobre la organización territorial de España. Es decir, la reforma constitucional no se limitaría a la cuestión

76 Ruiz Bursón, F.J (2023). Op.cit, p. 98.

77 Díaz Revorio F.J, “Una valoración de la constitucionalidad de la proposición de Ley orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña” *Diario La Ley*, 10 de enero de 2024. Artículo disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H-4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMLS2NLI7Wy1KLizPw827DM9NS8kIS13MSSktQiWz9HAGthFeAqAAAAWKE> (Consultado 01/04/2024).

78 Aragón, M, “La Constitución no permite la amnistía; por Manuel Aragón, catedrático emérito de Derecho Constitucional y magistrado emérito del Tribunal Constitucional”. *Diario del Derecho* 29 de agosto de 2023. Artículo disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1236494 (Consultado 01/04/2024).

79 Pérez Royo, J, “Sobre la constitucionalidad de la ley de amnistía” *El Diario* 2 de agosto de 2023. Artículo disponible en: https://www.eldiario.es/contracorriente/constitucionalidad-ley-amnistia_132_10425250.html (Consultado 01/04/2024).

de la amnistía, sino que serviría como una oportunidad para abordar diversos temas pendientes en nuestra Constitución. Para ello, sería evidentemente necesario un cierto consenso entre las principales fuerzas políticas, algo muy complicado en la actualidad. Sin embargo, esto no me impedirá defender una reforma constitucional como una posible solución para abordar uno de los temas más complejos de la historia de España: nuestra organización territorial. Uno de los principales factores de inestabilidad política en nuestro país, es la cuestión territorial. Honestamente creo que esta cuestión y como he mencionado anteriormente debe ser abordada de manera decidida, con el objetivo de construir un país más cohesionado. Los acontecimientos de 2017 representaron uno de los episodios más turbulentos y desestabilizadores de nuestra historia reciente. Superar esta etapa nos permitiría no solo dejar atrás divisiones y conflictos, sino también enfrentar los desafíos futuros con una perspectiva renovada.

Otro de los argumentos doctrinales con cierta relevancia en favor de la constitucionalidad de la amnistía, es la capacidad legislativa de las Cortes Generales, pues están gozan de un amplio margen a la hora de elaborar las leyes. Las Cortes Generales son el único órgano constitucional que no ejecuta, sino que es el que crea el derecho⁸⁰, lo que conocemos como el principio de libertad de las Cortes. Este principio obedece a la realidad social del momento, es decir, la realidad social de 1978 poco se parece a la realidad social de 2024, hecho que ha supuesto la aprobación de leyes en estos años que a todas luces habrían sido declaradas inconstitucionales en el año 1978, ejemplos son la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio o la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Esto supone que la Constitución puede ser una norma de interpretación evolutiva, “Árbol vivo”⁸¹. Decir que la Constitución es un “Árbol vivo” es decir que la Constitución no se agota en el tiempo y que por lo tanto es modificable e interpretable. La realidad sociológica de nuestro país en el año 1978 era muy diferente a la realidad sociológica actual, ejemplo de ello ha sido como decíamos antes, la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, regulación que no habría sido aceptada en el año 1978 y que sin embargo la interpretación de la Constitución como “Árbol vivo” ha posibilitado que el matrimonio entre personas del mismo sexo sea plenamente constitucional en la actualidad, adaptándose a la realidad sociológica del país. Cuestión distinta es discernir si la interpretación evolutiva de la Constitución es suficiente como para declarar como constitucional una amnistía, considero que esto ya es más cuestionable, pues si bien me

80 Ibid.

81 STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ9.

muestro totalmente de acuerdo con la interpretación evolutiva de la Constitución, pienso que el caso que nos ocupa no puede ser justificado mediante una interpretación evolutiva de la misma.

Siguiendo con posicionamientos doctrinales a favor de la amnistía, uno de los más recurridos en debates y tertulias, han sido las amnistías fiscales. La amnistía fiscal es una de las herramientas que se pueden aprobar por ley y que tienen como objetivo recaudar el dinero que no ha sido declarado a las autoridades fiscales, de la economía sumergida del país⁸². Un ejemplo de amnistía fiscal en nuestro país fue la aprobada por el Gobierno de Mariano Rajoy con el fin de hacer frente a los efectos de la crisis económica mediante el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. En su disposición adicional primera, aprobó una declaración tributaria especial, *“Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean titulares de bienes o derechos que no se correspondan con las rentas declaradas en dichos impuestos, podrán presentar la declaración prevista en esta disposición con el objeto de regularizar su situación tributaria”*, es decir, lo que diversos medios han calificado como amnistía fiscal. Si bien resulta discutible que nos encontremos ante un supuesto de amnistía, sino que más bien es un supuesto de una declaración tributaria especial, pues lo que decía la norma era que con un pago único del 10% el Estado permitía aflorar todos los bienes que el contribuyente tuviera ocultos⁸³. Por tanto, lo que se ha conocido como amnistía fiscal en el año 2012, no tiene nada que ver con la actual amnistía que se propone. Cabe decir que el Decreto-Ley de 2012 fue declarado como inconstitucional por parte del TC en su sentencia 73/2017, de 8 de junio. Sin embargo, la inconstitucionalidad de la norma fue por un tema formal, ya que la norma no debería haber empleado la figura del Real Decreto-Ley⁸⁴.

Entre los principales argumentos en contra de la constitucionalidad de la amnistía ha sido que la misma atenta contra la división de poderes, según la cual, los

82 Iglesias, E “Qué es la amnistía fiscal y la amnistía política: antecedentes en España” *El Economista* 7 de noviembre de 2023. Artículo disponible en: <https://www.eleconomista.es/actualidad/noticias/12526987/11/23/que-es-la-amnistia-fiscal-y-antecedentes-en-espana.html> (Consultado 05/04/2024).

83 Fdez-Chillón, R “Las diferencias entre la amnistía que exige el separatismo y la “amnistía fiscal” de Montoro en 2012” *El Debate* 24 de agosto de 2023. Artículo disponible en: https://www.eldebate.com/espana/20230824/diferencias-entre-la-amnistia-exige-separatismo-amnistia-fiscal-montoro-2012_135452.html (Consultado 05/04/2024).

84 STC 73/2017, de 8 de junio, FJ6.

jueces juzgarán de manera exclusiva y serán estos los que hagan ejecutar lo juzgado⁸⁵. Este ha sido uno de los aspectos más relevantes en el debate sobre la constitucionalidad de la amnistía. En este sentido también diversos autores, en contraposición del anterior argumento, han reseñado que una ley de estas características como consecuencia del proceso soberanista catalán no afectaría al poder judicial sino al poder ejecutivo y legislativo⁸⁶. Esto es así ya que el poder legislativo, y más concretamente el Senado, aprobó la aplicación del 155 de la Constitución en Cataluña con el objetivo de resolver el problema previo que había generado el Parlamento catalán durante los meses de septiembre y octubre de 2017. La aplicación del 155 de la Constitución fue avalada por el TC en sus sentencias 89/2019 y 90/2019. En el debate sobre la constitucionalidad de la amnistía, se argumenta que su aprobación podría ser vista como una especie de reconocimiento del error por parte del Estado, y en particular del poder legislativo. En contra de esto, parte de la doctrina sostiene que igual que las Cortes Generales consideraron la aprobación del artículo 155 como un elemento resolutorio de un problema, ahora pueden llegar a la conclusión contraria y considerar que dicha repuesta puede ser revisada⁸⁷, afirmación con la que coincido plenamente, pues igual que la Constitución es un “Árbol vivo”, también lo es el poder legislativo, y el mismo puede adoptar una determinada decisión para resolver un problema y con el transcurso del tiempo, considerar que dicha decisión debe ser revisada, si bien las cuestiones de forma pueden ser un aspecto distinto. Por tanto, en este caso, sí pienso que la amnistía no corrige al poder judicial, sino que corrige al poder legislativo en el ejercicio de las medidas que adoptó en octubre de 2017, cuestión distinta es considerar que dicha corrección es correcta o incorrecta. Aunque parte de la doctrina argumenta que la aprobación de la amnistía podría implicar el reconocimiento de un error por parte del poder judicial, desde mi punto de vista considero que en realidad se trata de una revisión de las decisiones legislativas tomadas en 2017, esto refleja la capacidad del legislador para reconsiderar y rectificar sus propias acciones con el paso del tiempo, sin que esto implique necesariamente un error judicial. En aquel momento, la aplicación del artículo 155 se consideró como la mejor opción para la estabilidad política del país. Sin embargo, las circunstancias han cambiado, y ahora la amnistía es vis-

85 Díaz Revorio, F.J, “La amnistía es inconstitucional”, *La Voz de Galicia* 3 de septiembre de 2023. Artículo disponible en: https://www.lavozdegalicia.es/noticia/opinion/2023/09/03/amnistia-inconstitucional/0003_202309G3P12995.htm (Consultado 05/04/2024).

86 Pérez Royo, J, “Sobre la constitucionalidad de la ley de amnistía” *El Diario* 2 de agosto de 2023. Artículo disponible en: https://www.eldiario.es/contracorriente/constitucionalidad-ley-amnistia_132_10425250.html (Consultado 07/04/2024).

87 Pérez Royo, J, “Sobre la constitucionalidad de la ley de amnistía” *El Diario* 2 de agosto de 2023. Artículo disponible en: https://www.eldiario.es/contracorriente/constitucionalidad-ley-amnistia_132_10425250.html (Consultado 08/04/2024).

ta como una solución adecuada por una parte del arco parlamentario español, aunque no por todas las fuerzas políticas. Incluso dentro de los partidos políticos que apoyan la amnistía, se ha generado una división interna. Como he señalado a lo largo del trabajo, el consenso en este tipo de medidas debería ser uno de los requisitos fundamentales.

Entre los argumentos claves en contra de la constitucionalidad de la amnistía, también encontramos la consideración por gran parte de la doctrina de que una ley de amnistía podría generar una percepción de desigualdad entre la ciudadanía española. Al perdonar ciertos hechos, podría crearse la impresión de que algunos individuos están por encima de la justicia. Nuestra Constitución establece como derecho fundamental el de igualdad ante la ley (Art. 14). Parte de la doctrina considera que una amnistía de estas características podría vulnerar este principio constitucional, en tanto en cuanto, un Estado constitucional de derecho, fundado sobre los principios democráticos, las amnistías no podrán entenderse como un instrumento viable debido a que estas tienen un carácter netamente discriminatorio⁸⁸. Este argumento ha sido uno de los más utilizados a la hora de hacer una crítica a la constitucionalidad de la amnistía, si bien, entiendo el fondo del asunto, considero que la situación catalana del año 2017 no tiene precedente alguno por el que pueda considerarse que se ha dado un trato desigual. Ahora bien, esta amnistía sentará un precedente que quizás en un futuro puede plantear nuevos problemas a la hora de abordar situaciones tan complejas como la referida. También se ha mencionado en numerosas ocasiones que el propósito que tiene esta amnistía, la reconciliación, no se encuentra justificada. Porque, lejos de este propósito de reconciliación, los sectores doctrinales en contra de la amnistía consideran que es profundamente divisiva, creándose una clara división en la clase política, judicial, académica y en el conjunto de la sociedad española⁸⁹.

Todo esto fue reflejado en el dictamen que emitió la Comisión de Venecia el 18 de marzo de 2024, animando este dictamen a todas las fuerzas políticas españolas a tomarse en serio este asunto, así como un tiempo necesario para entablar un diálogo significativo, con el espíritu de cooperación leal entre las diferentes instituciones del Estado, así como entre la oposición, con el fin, resalta el dictamen de la Comisión de Venecia, de lograr una reconciliación social y política. Considero que esto último que menciona la Comisión de Venecia sería lo ideal

88 Ruiz Bursón, F.J (2023). Op.cit, p. 115.

89 “Editorial: Cinco razones por las que nos oponemos a la amnistía al “procés” *Hay Derecho* 15 de marzo de 2024. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2024/03/15/amnistia-cinco-razones-en-contra/> (Consultado 08/04/2024)

para resolver los conflictos existentes en nuestro país, pues creo que la división de la sociedad no beneficia a nadie.

En el ámbito del derecho comparado, varios países de nuestro entorno configuran la amnistía como constitucional, es el caso de la Constitución de la República Portuguesa, la cual prevé la amnistía como una institución que le corresponde a la Asamblea de la República (Artículo 161.f). Si bien establece en su artículo 34, que la amnistía solo podrá concederse mediante ley. Uno de los países con una situación similar a la de España es Alemania, el cual, por medio del Tribunal Federal, declaró la amnistía conforme a derecho pese al silencio de la Ley fundamental de Bonn de 1949⁹⁰. El Bundestag alemán⁹¹ aprobó dos leyes que actuaron como una ley de amnistía a pesar de que no recibió dicho nombre, para todos aquellos que, sin ser criminales de guerra, cometieron delitos durante el nazismo⁹². Bien, como vemos la figura de la amnistía es posible en varios países de nuestro entorno, aunque esto no justifica por sí solo una constitucionalidad de la amnistía en nuestro país. Nuestra carta magna, como hemos visto, no hace mención alguna a la amnistía, pero cabe decir que esto no siempre ha sido así. En la Constitución de 1931 se preveía la amnistía en el artículo 102, interesante es dicho artículo pues en el mismo también se prohibía la institución de los indultos generales, dejando la amnistía como competencia exclusiva del Parlamento en el ejercicio de su soberanía. Otra de las Constituciones que han previsto la amnistía en la historia constitucional española ha sido la Constitución de 1869, en la cual en su artículo 74.5 confería al Rey la facultad de conceder amnistías siempre con la necesidad de estar autorizado por una ley especial. Dicho esto, y teniendo en cuenta que las Constituciones que preveían la amnistía obedecían a circunstancias de su momento histórico, esta ley de amnistía solo podrá resolverse en cuanto a su constitucionalidad remitiéndonos a la Constitución actual, no remitiéndonos a Constituciones anteriores, pues estas obedecían a otro periodo histórico⁹³. En conclusión, a la hora de evaluar la constitucionalidad de la actual amnistía es condición necesaria hacer una evaluación conforme a la Constitución vigente, si

90 Schwabe, J., “*Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*”. Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, 2009, p, 154.

91 Parlamento Federal.

92 “Amnistías: fuera de nuestras fronteras: los casos de Portugal, Francia, Italia y Alemania” *Demócrata “información parlamentaria”* 16 de septiembre de 2023. Disponible en: <https://www.democrata.es/claves-del-dia/amnistias-fuera-de-nuestras-fronteras-los-casos-de-portugal-francia-italia-y-alemania/> (Consultado 08/04/2024).

93 Conde Martín de Hijas, V., “Inconstitucionalidad de una amnistía por los delitos en Cataluña” *Diario del Derecho*, s.f. Artículo disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1237646 (Consultado 10/04/2024).

bien, referirnos a otros textos constitucionales o al propio derecho comparado, puede hacer que tengamos una visión mas amplia de la cuestión, pero no debe ser condición suficiente para declarar la amnistía como constitucional.

Haciendo eco de lo que acabamos de discutir, en última instancia, la constitucionalidad de una amnistía en España será determinada en su momento por parte del TC y la interpretación de la Constitución española que dicho tribunal efectúe, así como teniendo en cuenta el derecho europeo e internacional.

V. Conclusiones

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, la amnistía es una cuestión muy compleja la cual ha generado un amplio debate en nuestra sociedad. Por ello, considero importante comprender las diferentes perspectivas y argumentos que se han presentado.

Entiendo que la cuestión territorial es uno de los principales factores de desestabilización política en España, y creo que tarde o temprano deberá abordarse con seriedad. La diversidad y complejidad de las distintas regiones españolas, cada una con su propia identidad cultural e incluso lingüística y política, ha sido fuente de tensiones territoriales a lo largo de nuestra historia. Estas tensiones territoriales han vivido numerosos episodios en la historia reciente de España, si bien uno de los puntos más críticos fueron los acontecimientos del 2017, con la declaración unilateral de independencia de Cataluña y la correspondiente aplicación del artículo 155 de la Constitución, una crisis que no tenía precedentes en la vida democrática española. Es a raíz de este conflicto territorial, y más específicamente del conflicto catalán, por el cual hemos llegado al actual debate sobre la amnistía. Como hemos visto al principio del trabajo el movimiento nacionalista e independentista catalán no es cosa de nuestros días, si bien ha tenido momentos de menor y mayor auge a lo largo de la historia. Uno de los elementos de mayor lucha por parte de algunos sectores de la sociedad catalana, fue el de el reconocimiento nacional de Cataluña, algo que sucedió en forma de reconocimiento de Cataluña como nacionalidad histórica en el proceso constitucional español de 1978. Considero importante destacar que el consenso de 1978 por el cual se creó el modelo autonómico actual fue un verdadero éxito, si bien, las condiciones políticas y sociales en cualquier país del mundo van cambiando, creándose nuevos retos que abordar, algo normal y que seguirá pasando a lo largo de la historia, pues no existe ningún modelo político ni territorial perfecto que pueda perdurar como tal a lo largo de los años.

Desde el año 2010, con la ya famosa sentencia 31/2010 del TC, que declaraba como inconstitucionales algunos preceptos del Estatuto catalán de 2006, hemos presenciado una serie de acontecimientos que, bajo mi punto de vista, son consecuencia de aquella sentencia. Sin embargo, juzgar la justicia o injusticia de dicha sentencia no es el objetivo del presente estudio. A partir de aquel año, en Cataluña, se vivió un cambio de tendencia por parte de los sectores que hasta ese momento se declaraban nacionalistas, pues empezaron a replantearse la idea del famoso “derecho a decidir”, el cual fue objeto de un mayor debate en las elecciones al parlamento de Cataluña del año 2012, en las cuales, las fuerzas que incluían en su programa dicho “derecho a decidir”, obtuvieron la mayoría parlamentaria. Todo ello desencadenó en una serie de promesas por parte del ejecutivo catalán, el cual se dedicó durante varios años a diseñar planes para llevar a cabo el “derecho a decir” y la posterior independencia. Estos planes nunca han dado sus frutos, pues las dos consultas que el ejecutivo catalán realizó en 2014 y en 2017 fueron declaradas inconstitucionales por parte del TC, y creo que también es necesario mencionar que tanto la consulta del 2014 como la del 2017 contaron con una participación inferior al 50% de la sociedad catalana.

Personalmente me muestro contrario a la independencia de Cataluña, no tanto por una cuestión de inconstitucionalidad y de que dicha independencia no cabe en el actual marco jurídico, porque considero que, si reducimos un posicionamiento en contra de la independencia de Cataluña solo a que no es constitucional, creo que estaríamos teniendo una visión muy reduccionista de un conflicto tan complejo como lo es el conflicto catalán. La independencia de Cataluña y el llamado “derecho a decidir” no son posibles dentro del marco jurídico español, y esto es un hecho que debemos reconocer. Sin embargo, este no debe ser el único argumento para considerar. La legalidad es fundamental, pero también debemos abordar las cuestiones políticas y sociales subyacentes que han llevado a una parte de la población catalana a demandar un referéndum de autodeterminación. Considero importante señalar que los argumentos jurídicos, aunque sólidos, no abordan, el sentir de una parte de la ciudadanía, y en este sentido la insistencia en la ilegalidad del proceso independentista puede ser insuficiente para resolver el conflicto y podría incluso profundizar las divisiones existentes. Pongámonos en la hipotética situación de que el legislador español en un futuro incluye el “derecho a decidir” en la Constitución, hecho que cambiaría radicalmente el panorama. Es por ello, que, si el posicionamiento en contra de la independencia se ha centrado exclusivamente en el aspecto jurídico, esta postura podría transformarse en apoyo, dado que el marco legal se habría ajustado para permitir dicho derecho. Este hipotético cambio que planteo considero que subraya la importancia de no basar el debate exclusivamente en la legalidad vigente, sino también

en una visión a largo plazo de como queremos organizar nuestra convivencia como país, así como responder a las demandas de los distintos territorios que forman España. La sociedad catalana es compleja y actualmente se encuentra dividida entre partidarios y contrarios a la independencia. Más o menos el porcentaje de cada grupo, fijándonos en últimas elecciones catalanas, encuestas etc, ronda el 40-50%, porcentaje que bajo mi punto de vista hace imposible plantear una independencia como una posible solución, pues no se puede crear un país con la mitad de la sociedad en contra, si hablamos de consenso para aprobar una determinada ley importante, más aún sería necesario dicho consenso para una transformación tan importante como lo es un proceso de independencia. Por otro lado, mi posicionamiento en contra de la independencia de Cataluña es un posicionamiento en contra de este tipo de procesos divisivos de la sociedad, el mundo globalizado en el que vivimos me lleva a pensar que una independencia en el siglo XXI es dar pasos hacia atrás en el proceso de globalización. Considero, por tanto, que es mucho más lo que nos une que lo que nos separa y sinceramente pienso que, sin Cataluña, España dejaría de ser España y Cataluña sin España, dejaría de ser Cataluña. Siempre abogaré por una España unida en su diversidad y desde el respeto a las diferentes nacionalidades culturales que la componen, que a su vez forman la nación española en su conjunto. Reformar el actual marco autonómico, e incluso considerar un cambio radical en su estructura, es un debate tanto enriquecedor como necesario en la España contemporánea. La evolución de la realidad política, social y económica del país exige una reflexión profunda sobre cómo estamos organizados territorialmente, así como un planteamiento si dicha organización responde a las demandas y necesidades actuales, evidentemente dentro de estos planteamientos tendremos múltiples posiciones, y creo que debatirlas ya de por sí, es un éxito. Este debate sobre la necesidad o no de una reforma de nuestro actual modelo territorial, considero que es esencial para el futuro de nuestro país, no se trata únicamente de resolver conflictos actuales, sino de anticiparse a futuros desafíos. Una reforma bien planteada podría fortalecer la unidad de España, respetar la diversidad de los distintos territorios y promover un equilibrio justo entre las aspiraciones de cada uno de esos territorios y los intereses nacionales. No ocultaré al afirmar que, para mí, ver a este país unido en el concepto fundamental de lo que es España, es una aspiración profunda. Todo ello lo planteo ya que creo que un posicionamiento tanto a favor como en contra de la amnistía debería tener en cuenta todos estos hechos.

La amnistía que ha sido aprobada por el legislador español plantea varios debates. Un debate es el debate político, debate que, si bien logro comprender, incluye varios elementos con los cuales no puedo mostrarme plenamente de acuerdo. La amnistía, tal y como se ha planteado por el PSOE, es una medida que bus-

ca la normalización institucional, política y social en Cataluña. Hasta este punto realmente puedo comprender la aprobación de una amnistía, pues el conflicto territorial, y más concretamente el catalán, deben ser abordados tomando decisiones excepcionales con el fin de solucionar una problemática que nuestro país acarrea desde hace ya varios años, que para mí y como he venido mencionando, no es otra que la cuestión territorial del Estado. Dicho esto, que hasta cierto punto entiendo y comparto, me falta una de las razones imprescindibles para poder estar en condiciones de mostrarme favorable a una medida tan excepcional como es la amnistía, y es la posición de la otra parte. La parte independentista, o por ser justos, sus líderes, no han planteado la amnistía como una medida excepcional de resolución de un conflicto territorial. Una de las partes quiere afrontar la cuestión territorial con una visión integradora, es decir, sin romper la unidad de España y dentro de la legalidad, y otra de las partes sigue con sus pretensiones secesionistas, y aunque estos planteamientos son perfectamente legítimos, lo verdaderamente importante es la voluntad, manifestada por algunos líderes independentistas, para volver a poner en marcha planes que van en contra del ordenamiento jurídico. La parte independentista, o, mejor dicho, sus líderes, no han realizado una renuncia expresa a la vía unilateral, vía que considero que no tiene ninguna legitimidad ni apoyo mayoritario en la sociedad catalana, y una mera renuncia a llevar a cabo una secesión por esa vía, considero que sería un paso muy importante por parte de la esfera independentista. Evidentemente los independentistas no tienen por qué renunciar a sus pretensiones, pero sí creo que, para estar en condiciones de aprobar una medida tan excepcional, y sobre todo para que en un futuro tenga buenos efectos, una condición importante sería que la parte independentistas al menos se comprometieran a respetar la legalidad española dentro, eso sí, de sus legítimas aspiraciones políticas, aspiraciones que deben ser tenidas en cuenta por la clase política española. Tampoco considero que debo pasar por alto el motivo subyacente de esta amnistía, que no es otro que la necesidad de asegurar una serie de votos para alcanzar una investidura en el Congreso de los Diputados. Esta circunstancia también influye de manera significativa el debate sobre la necesidad de una ley de estas características.

Desde un punto de vista jurídico aquellos argumentos favorables a una amnistía como constitucional, tienen una alegación fundada en el silencio que nuestra carta magna realiza sobre la cuestión de la amnistía, y sobre la capacidad que tiene el legislador para aprobar normas dentro de su función legislativa. Si bien considero que el hecho de que la Constitución no mencione la amnistía, y que por ese motivo ya sea constitucional, es un argumento que carece de una fuerza argumental suficiente. Todo lo que la Constitución prohíbe de forma expresa es inconstitucional, si bien hay muy pocas prohibiciones expresas, así como tam-

bién pocas permisiones. La mayoría de las veces se interpreta si el hecho atenta o no contra lo que la Constitución dice, esto se deduce de la propia Constitución y de sus principios. También se extiende a todo el contenido normativo que atente contra los principios constitucionales, incluso aunque no se encuentre expresamente prohibido en la Constitución, pues puede deducirse como hemos dicho a raíz de esta y de sus principios. La jurisprudencia Constitucional enumero, a raíz de la Ley 46/1977, varios requisitos en los que era factible la aprobación de una ley de amnistía. Actualmente no podemos llegar a la conclusión de que los requisitos para la aprobación de una ley de amnistía se cumplen. Cuestión distinta y ligando el punto de vista jurídico al político, sería la voluntad de solucionar la cuestión territorial por parte de todos los actores políticos, por ejemplo, una reforma constitucional podría avalar la previa aprobación de una ley de amnistía, no para instaurar un régimen distinto al de 1978, sino para reformar ese mismo régimen en cuanto a su cuestión territorial.

Todo lo expuesto anteriormente, me hace muy difícil adoptar un posicionamiento plenamente favorable a la amnistía, ya que pienso que no parte al 100% de la voluntad de solucionar un conflicto, que repito, existe, pero no porque no sea una medida excepcional suficiente, sino porque una de las partes no ha renunciado a llevar a cabo sus aspiraciones políticas mediante la vía unilateral. No pido que se renuncie a la aspiración de independencia, ya que es una aspiración legítima, sin embargo, creo que es fundamental que cualquier aspiración de este tipo se articule de manera que respete y opere dentro de los límites del marco legal vigente. En cambio, tampoco puedo estar plenamente en contra de esta medida desde un punto de vista político, porque sí pienso que sería una buena medida si de verdad todas las partes se comprometieran a abordar el conflicto territorial, y cuando digo todas las partes me refiero a todos los actores políticos de la política catalana y española. En resumen, la amnistía podría llegar a tener un papel muy importante en la resolución del conflicto territorial en nuestro país, pero su éxito y su legitimidad dependerá en gran medida del compromiso de todas las partes para trabajar dentro de los parámetros legales existentes. El conflicto territorial español merece decisiones excepcionales que bajo mi punto de vista pasan por, incluso, reformar nuestra carta magna, si bien soy consciente de que en estos momentos no se dan las condiciones de tener un debate serio y justo en el seno de la política española sobre esta cuestión, pues muchos son los intereses que vician el debate. No obstante, como ya he mencionado anteriormente, esto no me impedirá defender como posible solución una reforma constitucional para abordar la cuestión territorial, evidentemente estando abierto a explorar y aprender sobre las diversas soluciones que podrían existir para resolver este conflicto. Solo a través de un esfuerzo concertado y una actitud receptiva hacia las distintas

soluciones se podrá encontrar un camino que permita resolver este conflicto de manera justa y efectiva, y asegurar como fin el futuro de nuestro país.

En definitiva y como final al presente estudio, sí pienso que medidas excepcionales pueden ser posibles en nuestro ordenamiento jurídico, pero no puedo mostrarme plenamente favorable de una norma que no nace del consenso y de la voluntad real, y por todas las partes, de solucionar la problemática territorial, pues cada parte tiene una pretensión distinta y honestamente, la ciudadanía no conoce adecuadamente. Tampoco puedo mostrarme plenamente en contra, pues sí pienso que este tipo de medidas pueden ser positivas a la hora de afrontar el problema territorial que tiene España. Podría reconocer el potencial de este tipo de medidas para afrontar los múltiples desafíos que tiene España, pero mi posición está condicionada a la existencia de un consenso robusto y a la elaboración de un plan detallado que asegure su efectividad y sostenibilidad a largo plazo. Reconozco que la aprobación de esta amnistía podría tener un impacto positivo en el futuro, ofreciendo una solución a las tensiones políticas actuales y fomentando la estabilidad de nuestro país. Sin embargo, también es posible que el resultado no sea favorable, especialmente y como vengo mencionando, si no se acompaña de una planificación y un enfoque integral sobre la organización territorial de España. La ausencia de esta planificación me plantea serias dudas sobre la eficacia y la sostenibilidad de la amnistía. Es decir, consideraría un fracaso la aprobación de la amnistía si en un futuro se repiten los hechos del 2017, y especialmente la declaración unilateral de independencia. En otras condiciones, me mostraría plenamente a favor de una norma de estas características, pues pienso que, si de verdad existe una voluntad de resolver el conflicto territorial, esta norma podría ser un paso esencial hacia una solución efectiva. La amnistía, en ese contexto, podría servir como un instrumento crucial para el dialogo y avanzar hacia un entendimiento mutuo. En ultima instancia, el objetivo debería ser asegurar un futuro estable y próspero para nuestro país. Esto requeriría una visión que no solamente se centre en la resolución de conflictos inmediatos, sino que también contemple una visión a largo plazo, con el fin de anticiparse a posibles problemas futuros relacionados con la cuestión territorial. En conclusión, el país unido en su diversidad y respetando el concepto fundamental de lo que es España, representa para mí uno de los objetivos más importantes y nobles que podemos perseguir como nación. Abogar por una España que, a pesar de sus diferencias, se mantenga unida en su esencia, es fundamental para construir un futuro en el que todos los ciudadanos puedan sentirse parte de un proyecto común. Es un desafío que requiere valentía, empatía y una visión a largo plazo, pero que sin ninguna duda es la base sobre la cual se puede edificar una nación más fuerte y cohesionada. En este sentido, la unidad en nuestra diversidad desde el respeto a la idiosincra-

sia de los distintos territorios no solo es un ideal a alcanzar, sino una realidad que debemos construir y preservar con esfuerzo y dedicación. Las generaciones futuras heredarán el país y la sociedad que construyamos hoy, y es nuestra responsabilidad garantizar que ese legado sea uno de cohesión, respeto y entendimiento.

BIBLIOGRAFÍA

Aduriz, I., “España es una de las 24 democracias plenas del mundo, según “The Economist””, *El Diario* 15 de febrero de 2024. https://www.eldiario.es/politica/espana-24-democracias-plenas-mundo-the-economist_1_10926743.html#:~:text=Ahora%2C%20a%20pesar%20de%20que,de%208%2C07%20so-bre%2010.

Alcoberro, A., *Historia de Cataluña en 100 episodios clave*. Lectio Ediciones, Barcelona, 2016.

Aragón, M., “La Constitución no permite la amnistía; por Manuel Aragón, catedrático emérito de Derecho Constitucional y magistrado emérito del Tribunal Constitucional”. *Diario del Derecho* 29 de agosto de 2023. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1236494

Avilés Farré, J, Egido León, A y Mateos López, A., *Historia Contemporánea de España desde 1923*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011.

Blanco Valdés, R.L., *El Laberinto territorial español*. Alianza Editorial, Madrid, 2014.

Cano Paños, M.A., “Los delitos de rebelión y sedición en el ordenamiento jurídico español y su eventual aplicación al proceso independentista catalán”. *Revista electrónica de Estudios Penal es y de la Seguridad*, nº5 2019.

Cánovas Morillo, C., “La interpretación de la Constitución o la devolución de las multas: diferencias entre las amnistías de 2021 y 2023”. *Newtral* 23 de noviembre de 2023. <https://www.newtral.es/diferencias-proposiciones-leyes-amnistia/20231123/>

Conde Martín de Hijas, V., “Inconstitucionalidad de una amnistía por los delitos en Cataluña” *Diario del Derecho*, s.f. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1237646

De Blas Guerrero, A y Rubio Lara, MJ., *Teoría del Estado I (El Estado y sus instituciones)*. Universidad nacional a distancia, Madrid, 2016.

De Blas Guerrero, A, Fernández-Miran Alonso, F, De Andrés Sanz, J y Sánchez- Roca Ruiz, M., *Sistema político español* Universidad nacional a distancia, Madrid, 2014.

Díaz Revorio F.J, “Una valoración de la constitucionalidad de la proposición de Ley orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña” *Diario La Ley*, 10 de enero de 2024. <https://diariolaley.laley-next.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1C-TEAAmMLS2NLI7Wy1KLizPw827DM9NS8kIS13MSSktQiWz9HAGthFeA-qAAAAWKE>

Díaz Revorio, F.J, “La amnistía es inconstitucional” *La Voz de Galicia* 3 de septiembre de 2023. https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/opinion/2023/09/03/amnistia-inconstitucional/0003_202309G3P12995.htm

Dickens, C., “Grandes esperanzas”, Traducido por Jonio González, Penguin Clásicos, 1861.

Domínguez, I y Alberola, M., “El Senado aprueba aplicar el artículo 155 en Cataluña. *El País* 27 de octubre de 2017. https://elpais.com/politica/2017/10/27/actualidad/1509105725_777595.html

EFE., “El PP presenta el recurso contra el Estatut por usar el término nación e “imponer” el catalán” *El Confidencial* 30 de julio de 2006. https://www.elconfidencial.com/espana/2006-07-30/el-pp-presenta-el-recurso-contra-el-estatut-por-usar-el-termino-nacion-e-imponer-el-catalan_509630/

Fdez-Chillón, R “Las diferencias entre la amnistía que exige el separatismo y la “amnistía fiscal” de Montoro en 2012” *El Debate* 24 de agosto de 2023. Artículo disponible en: https://www.eldebate.com/espana/20230824/diferencias-entre-la-amnistia-exige-separatismo-amnistia-fiscal-montoro-2012_135452.html

Ferandes Romero, I., “No se reguló la amnistía en la Constitución Española adrede”, *La Razón* 13 de septiembre de 2023. https://www.larazon.es/opinion/regulo-amnistia-constitucion-espanola-adrede_202309136500e757d60bc-60001c9644b.html

Figueroa, G., “El Congreso aprueba la ley de amnistía con los votos del PSOE y sus socios parlamentarios” *Onda Cero* 14 de marzo de 2023. https://www.ondacero.es/noticias/espana/congreso-aprueba-ley-amnistia-votos-psoe-sus-socios-parlamentarios_2024031465f302a9d3310300014e6ac5.html

García Rivas, N., *Rebelión (Delito de)*. Revista en Cultura de la Legalidad,

n.º 18 2020.

García, L, “Artur Mas: “Ha llegado la hora de ejercer el derecho a la autodeterminación”, *La Vanguardia*, 25 de septiembre de 2012. <https://www.lavanguardia.com/politica/20120925/54351101655/artur-mas-ejercer-derecho-autodeterminacion.html>

Iglesias, E “Qué es la amnistía fiscal y la amnistía política: antecedentes en España” *El Economista* 7 de noviembre de 2023. <https://www.eleconomista.es/actualidad/noticias/12526987/11/23/que-es-la-amnistia-fiscal-y-antecedentes-en-espana.html>

Lamarca Pérez, C., *Delitos, La parte especial del Derecho penal*. Dykinson, Madrid, 2017.

Llorenç B, “Unas 600.000 personas en la manifestación independentista”, *La Vanguardia* 14 de septiembre de 2012. <https://www.lavanguardia.com/politica/20120914/54349577571/manifestacion-independentista-600-000-personas.html>

López Guerra, L y Espín, E (dir.), *Manual de Derecho Constitucional*. Tirant lo blanch, Valencia, 2022.

Majón-Cabeza Olmeda, A., “Releyendo la Ley de Amnistía de 1977” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2023.

Marcos, P, “El PP recurre al Constitucional el Estatuto catalán “para impedir un daño irreparable”, *El País* 1 de agosto de 2006. https://elpais.com/diario/2006/08/01/espana/1154383213_850215.html?event_log=go

Martín Pallín, J.A., “La amnistía es compatible con la Constitución” *CTXT Contexto y Acción* 8 de febrero de 2021. <https://ctxt.es/es/20210201/Firmas/34999/amnistia-presos-proces-constitucion-jose-antonio-martin-pallin.htm>

Marx, K y Engels, F., “El Manifiesto Comunista”, Traducido del alemán por Mauricio Amster, Babel, Santiago de Chile, 1948.

Morillas Cueva, L., *Estudios sobre el código penal reformado*. Dykinson, Madrid, 2015.

Muñoz Cuesta, J., *El delito de sedición: protagonista del debate jurídico de la sentencia del “procés”*. Thomson Reuters, 2019.

Olcese Schenone, G.M., *Derecho a decidir y autodeterminación en el caso*

catalán. Análisis y reflexiones de acuerdo con el Derecho Constitucional español. AIS Iuris Salmantincensis: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología, Volumen 3, nº1, 2015.

Oms, J, Mondelo, V y González, G, “El clamor independentista colapsa Barcelona”, *El Mundo* 11 de septiembre de 2012. <https://www.elmundo.es/elmundo/2012/09/11/barcelona/1347377095.html>

Palomas I Moncholí, J, “Francesc Macià” *Memòria Esquerra, La Hiperenciclopedia Històrica D’Esquerra Republicana*, s.f. <https://memoriaesquerra.cat/biografies/macia-llussa-francesc>

Pérez Royo, J, “Sobre la constitucionalidad de la ley de amnistía” *El Diario* 2 de agosto de 2023. https://www.eldiario.es/contracorriente/constitucionalidad-ley-amnistia_132_10425250.html

Pons, M, “Francesc Macià regresa del exilio para ser presidente” *El Nacional* 22 de febrero de 2021. https://www.elnacional.cat/es/efemerides/francesc-macia-retorna-del-exilio-para-ser-presidente_585312_102.html

Queralt Del Hierro, M.P., *Atlas ilustrado de la Historia de España*. Editorial Susaeta, Madrid, 2006.

Quintero Olivares, G., “Los indultos: el derecho de gracia y la política española”, *Revista de pensamiento jurídico* N°30, 2021.

Ramos Tapia, I y Ruiz Robledo, A., “¿Se olvidó la Constitución de la amnistía?”, *Diario La Ley*, 11 de septiembre de 2023, ap. VI. <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1C-TEAAmNzYwtzc7Wy1KLizPw827DM9NS8kIS13MSSktQiWz9HAKldIPM-qAAAAWKE>

Redondo Hermida, A., “Una nueva ley de amnistía es inconstitucional”, *La Razón* 15 de octubre de 2023. https://www.larazon.es/opinion/nueva-ley-amnistia-inconstitucional_20231015652b175490d39d0001190956.html

Requejo Pagés, J.L., “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”, *Historia Constitucional* (Revista electrónica), nº 2, 2001.

Ríos, P y Piñol, A., “El Parlament de Catalunya aprueba la resolución para declarar la independencia”. *El País* 27 de octubre de 2017. https://elpais.com/ccaa/2017/10/27/catalunya/1509105810_557081.html

Rivera, A., “La amnistía de 1977 y los debates sobre el pasado”. *Revista Del*

Centro de Historia Del Crimen De Durango, nº 18 2022.

Rubio Martín, A., “Quienes son los 18 procesados por el 1-O en Cataluña y de qué se les acusa” *La Cope* 29 de octubre de 2018. https://www.cope.es/actualidad/espana/noticias/quienes-son-los-procesados-del-1-o-que-enfrentan-juicio-oral-que-les-acusa-20181029_284519

Ruiz Bursón, F.J., “¿Es constitucional una ley de amnistía? Estado actual de la cuestión: argumentos a favor y en contra”, *Corts. Anuari de Dret Parlamentari*, nº 37, 2023.

S. Baquero, C., “Un 90% de “síes” con 2,2 millones de votos y una participación del 42%, según el Govern”, *El País* 2 de octubre de 2017. https://elpais.com/ccaa/2017/10/02/catalunya/1506898063_586836.html

S.n. “¿Qué diferencia hay entre indulto y amnistía?” *El Mundo* 13 de noviembre de 2023. <https://www.elmundo.es/como/2022/04/05/624c4df9fdddf-87b78b45da.html>

S.n. “Amnistías: fuera de nuestras fronteras: los casos de Portugal, Francia, Italia y Alemania” *Demócrata “información parlamentaria”* 16 de septiembre de 2023. <https://www.democrata.es/claves-del-dia/amnistias-fuera-de-nuestras-fronteras-los-casos-de-portugal-francia-italia-y-alemania/>

S.n. “Delitos de Rebelión y Sedición: ¿en qué consisten y en qué se diferencian? *Castillo Castrillón -Abogados-* s.f. <https://castillocastrillonabogados.es/rebelion-y-sedicion/#:~:text=El%20delito%20de%20rebeli%C3%B3n%3A%20car%C3%A1cter%20y%20pena&text=La%20rebeli%C3%B3n%20se%20configura%20como,tanto%20no%20cabe%20la%20tentativa.>

S.n. “Dictadura de Primo de Rivera. Asamblea Nacional 1923-1930” *Congreso de los Diputados*, s.f. <https://www.congreso.es/es/cem/primoriv>

S.n. “Editorial: Cinco razones por las que nos oponemos a la amnistía al “procés” *Hay Derecho* 15 de marzo de 2024. <https://www.hayderecho.com/2024/03/15/amnistia-cinco-razones-en-contra/>

S.n. “El Gobierno concede el indulto a los nueve condenados en el juicio del procés”, *La Moncloa* 22 de junio de 2021. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2021/220621-cministros.aspx>

S.n. “El PSOE registra en el Congreso la ley de amnistía sin sus socios” *Valencia Plaza* 13 de noviembre de 2023. <https://valenciaplaza.com/psoe-regis->

tra-congreso-ley-ammnistia-sin-sus-socios

S.n. “Elecciones Generales” *El País*, 23 de julio de 2023. <https://elpais.com/espana/elecciones/generales/>

S.n. “Francesc Macià”. *Biografías y Vidas. La enciclopedia en línea*, s.f. <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/m/macia.htm>

S.n. “La industrialización en España”. *eScholarium*, s.f. https://escholarium.educarex.es/useruploads/r/c/50209/scorm_imported/52424635115958138436/3_la_industrializacin_en_espa.html

S.n. “La Renaixença”, *Llengua catalana i literatura*, s.f. <https://joanlopezcasanoves.jimdofree.com/batx1/literatura/la-renaixen%C3%A7a/>

S.n. “Miquel Roca i Junyent”. *CIBOB Barcelona Centre For International Affairs*, s.f. https://www.cidob.org/biografias_lideres_politicos/europa/espana/miquel_roca_i_junyent

S.n. “Rajoy rechaza el pacto fiscal que propone Mas”, *Expansión* 21 de septiembre de 2012. <https://www.expansion.com/2012/09/20/catalunya/1348141379.html>

S.n. “Sánchez justifica la amnistía: “Hay que hacer de la necesidad virtud”, *Canal Sur* 15 de noviembre de 2023. <https://www.canalsur.es/noticias/sanchez-justifica-la-ammnistia-hay-que-hacer-de-la-necesidad-virtud/1984365.html>

Schwabe, J., “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”. Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín, 2009.

Secretaría General del Congreso de los Diputados, “Las actas de la ponencia constitucional”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1984.

Tocqueville, A., “La democracia en América”, Traducido por Alexis de Tocqueville, Alianza editorial, 1835.

II. ARTÍCULOS

SUMARIO

- **Francisco Ruiz González:** *“Hacia un tamaño adecuado de las Cortes de Castilla-La Mancha”*
- **María Pérez-Ugena Coromina:** *“Protección de datos en la aplicación de sistemas de inteligencia artificial”. 015*
- **Manuel Palomares Herrera:** *“Comentarios sobre el estado de la tutela multinivel de los derechos humanos en el sistema Europeo y Americano desde la experiencia hispanocolombiana”.*

HACIA UN TAMAÑO ADECUADO PARA LAS CORTES DE
CASTILLA-LA MANCHA

TOWARDS A SUITABLE SIZE FOR THE COURTS OF
CASTILLA-LA MANCHA

Francisco Ruiz González*

Universidad de Castilla-La Mancha

francisco.ruizg@uclm.es

ORCID:0000-0002-4923-7848

Cómo citar/Citation

Ruiz González., “Hacia un tamaño adecuado de las Cortes de Castilla-La Mancha”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*. Cortes de Castilla-La Mancha – UCLM, n.º 24, 2024.

Recibido: 07-04-2024

Aceptado: 10-06-2024

Resumen: El tamaño de las Cortes de Castilla-La Mancha es de 33 diputados, pudiendo oscilar, según regula el Estatuto de Autonomía, entre 25 y 35. En este artículo se justifica que dicho tamaño es inadecuado para las características de la región. Para ello, se realiza una comparativa con las otras comunidades autónomas, que demuestra que esa cifra es mucho menor de la que correspondería por población o número de provincias; y se realiza un análisis cuantitativo de sus efectos, evidenciando que el sistema electoral de Castilla-La Mancha tiene bajas proporcionalidad y representatividad, alejadas de la norma en el resto de España. También se presentan opciones para lograr que el sistema regional quede equiparado a los demás y, de paso, deje de ser motivo de disputas políticas, como la pelea por cuales provincias eligen una cifra par o impar de diputados.

Palabras clave: Sistema electoral, Castilla-La Mancha, tamaño de circunscripción, proporcionalidad, representatividad.

Abstract: The Castilla-La Mancha regional parliament is comprised of 33 deputies, although the regional Statute of Autonomy allows for a range between 25 and 35 members. This article argues and justifies that such a size is inappropri-

*Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha en la Escuela Superior de Informática (ESI) de Ciudad Real. Fue el primer director de los servicios informáticos de la Universidad de Castilla-La Mancha a la cual se incorporó en octubre de 1985. También fue el primer decano/director electo de la ESI. Es autor de una docena de libros y tiene más de un centenar de publicaciones internacionales en revistas y congresos científicos y técnicos. Entre otros temas de trabajo y estudio, se dedica a aplicar la ciencia e ingeniería de datos al análisis de cuestiones de interés social, como la despoblación y los sistemas electorales.

te for the region's characteristics. To support this claim, a comparison with the other autonomous communities is conducted, demonstrating that this size is significantly lower than what would be appropriate based on population or the number of provinces. Additionally, a quantitative analysis of its effects reveals that the electoral system of Castilla-La Mancha exhibits low proportionality and representativeness, deviating from the norm observed in the rest of Spain. Furthermore, the article presents options to align the regional system with the others, thereby eliminating it as a source of political disputes, such as the contention over which provinces elect an even or odd number of deputies.

Key words: Electoral system, Castilla-La Mancha, constituency size, proportionality, representativeness.

SUMARIO

- 1 *Introducción*
- 2 *Comparativa con las otras Comunidades Autónomas*
 - 2.1 *Tamaño de la Cámara*
 - 2.2 *Tamaño de las Circunscripciones*
 - 2.3 *Umbral Efectivo*
- 3 *Efectos en la Proporcionalidad y Representatividad*
 - 3.1 *Desproporcionalidad entre Partidos*
 - 3.2 *Desproporcionalidad entre Provincias*
 - 3.3 *Umbrales Reales*
 - 3.4 *Riesgo de Déficit de Representatividad*
- 4 *Opciones de Mejora*
 - 4.1 *Imitando a Comunidades Autónomas Similares*
 - 4.2 *Evitando que el Sistema Electoral sea Motivo de Disputa*
- 5 *Conclusiones*
- 6 *Referencias*

1. Introducción

El artículo 10 del estatuto de autonomía de Castilla-La Mancha, en su reforma de 2014 ¹, establece lo siguiente para el sistema electoral que rige las elecciones a las Cortes regionales: “La circunscripción electoral es la provincia. Las Cortes de Castilla-La Mancha estarán constituidas por un mínimo de 25 Diputados y un máximo de 35”. La reforma, unos meses después, de la ley electoral de Castilla-La Mancha lo desarrolla y concreta en la siguiente manera en su artículo 16 ²: “1. Las Cortes de Castilla-La Mancha están formadas por 33 Diputados. 2. A cada provincia le corresponde un mínimo inicial de 3 Diputados. 3. Los 18 Diputados restantes se distribuyen entre las provincias en proporción a su población ...”.

El sistema electoral ³ de Castilla-La Mancha, en adelante SECLM, ha sido motivo de estudio por varios autores. Así, en (Fernandez, 2020) se presenta su evolución histórica desde la primera versión de 1983 hasta la actual de 2014, se muestran los efectos de ésta última en las elecciones de 2015 y 2019, y se sugieren algunas opciones de mejora sin modificar el estatuto de autonomía, como es cambiar la fórmula de reparto d’Hondt por otra de efectos más proporcionales como Hare. Frente a trabajos como el anterior, en este artículo se realiza un análisis cuantitativo centrado en el tamaño de las Cortes regionales y su impacto directo e indirecto en cómo la composición de la cámara refleja el voto de los ciudadanos. El trabajo es una actualización y profundización de otro anterior, previo a la reforma de 2014 (Ruiz, 2013).

La reforma del año 2014, en vigor a fecha abril de 2024, ha supuesto que el SECLM tenga unas características diferentes, cuantitativa y cualitativamente, a los otros 16 sistemas autonómicos de España. La diferencia clave está en que el tamaño (número de escaños a elegir) del parlamento y, derivado de ello, de las 5 circunscripciones provinciales, es mucho más bajo que en el resto de las comunidades autónomas (CCAA). Como se muestra en este informe, esto supone un

1 Ley Orgánica 2/2014, de 21 de mayo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. BOE de 22 de mayo de 2014. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2014/05/21/2>.

2 Ley 4/2014, de 21 de julio, de reforma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha. BOE de 21 de octubre de 2014. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/cm/l/2014/07/21/4>.

3 El sistema electoral es el “conjunto de elementos de una normativa electoral que tienen una incidencia directa en la mediación entre votos y escaños, es decir, que a igual número de sufragios populares son capaces de producir una distinta composición de las instancias representativas. Doctrinalmente se considera que son elementos del sistema electoral: la circunscripción electoral, la fórmula electoral, la previsión o no de barrera electoral y la forma de expresión del voto.” Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/sistema-electoral>.

mayor riesgo de desproporcionalidad en cuanto a reparto de escaños entre partidos según sus votos; y también, aunque en menor medida, en cuanto a reparto de escaños entre provincias según su población. Otra consecuencia directa de repartir cifras bajas de escaños es que los porcentajes de voto necesarios para conseguir escaños son mayores en Castilla-La Mancha que en las otras CCAA. Esto incrementa mucho el riesgo de dejar sin representación a un porcentaje importante de votantes, lo que crearía un parlamento con déficit de representatividad.

El preámbulo de la reforma del estatuto de 2014, centrada exclusivamente en la reducción de la cifra de escaños desde el anterior rango 47-59 al nuevo 25-35, la motivó en “profundizar aún más en el esfuerzo que están realizando reduciendo, en aras de un mayor equilibrio entre la austeridad y la adecuada representatividad, el número de diputados a elegir a la Cámara legislativa de la región”. Con los datos y cifras mostrados en este informe se demuestra que dicha reducción colocó a Castilla-La Mancha en una situación de anomalía respecto de las otras 16 CCAA porque la reducción del tamaño de la cámara se produjo sobre unas cifras que ya eran las más ‘austeras’ de España. Haciendo un símil con la salud personal, es como si una persona delgada hubiera hecho una fuerte reducción de peso, poniendo en peligro su salud. Este paralelismo es adecuado porque, al igual que perder kilos puede ser perjudicial para la salud de una persona si su peso final es demasiado bajo, reducir escaños puede tener consecuencias negativas para mantener una proporcionalidad y representatividad adecuadas.

El resto del artículo está organizado de la siguiente manera. En el apartado 2 se muestra cómo y en qué es diferente el SECLM a los del resto de CCAA para, en el apartado 3 analizar las consecuencias de dichas diferencias. Se continúa en el apartado 4 indicando opciones para corregir la situación y aproximar el SECLM a los de otras CCAA parecidas, mejorando su proporcionalidad y representatividad. En un apartado final se extraen algunas conclusiones relevantes, algunas de ellas de utilidad para evitar que, como ha ocurrido hasta ahora, alguna fuerza política relevante tenga motivos para pensar que el sistema le perjudica frente a sus rivales.

2. Comparativa con las otras Comunidades Autónomas

En la bibliografía especializada en sistemas electorales se proponen bastantes indicadores para ‘medir’ las características de un sistema electoral en general (Klingemann, 2009) (Ocaña & Oñate, 1999) y de España en particular (Penadés & Santiuste, 2013) (Urdanoz, 2005), e incluso de sus sistemas autonómicos

(Alvarez, 2009) (Llera, 1998) (Oliver, 2011). Una conclusión relevante de su revisión es que para comparar sistemas electorales son especialmente útiles los indicadores que caracterizan un sistema electoral ‘a priori’, es decir, aquellos que miden propiedades inherentes a cada sistema, independientemente de cómo los electores reparten sus votos entre las diversas candidaturas. A continuación, se compara el actual SECLM con los sistemas de las otras CCAAs, utilizando para ello los siguientes indicadores a priori:

- Tamaño de la cámara parlamentaria (TAM), que indica la cifra de escaños totales a elegir.
- Ratio de Población por Escaño (RPE), que muestra la relación de habitantes que se corresponden con cada escaño ($RPE = \text{población} / \text{TAM}$)⁴.
- Número de Circunscripciones (NCIR) diferentes en las que se eligen los representantes políticos.
- Tamaño Medio de las Circunscripciones (TMC), que indica la media de escaños a elegir por cada circunscripción ($TMC = \text{TAM} / \text{NCIR}$).
- Porcentaje de Escaños en Circunscripciones Proporzionales (PECP), que indica el peso que tienen las circunscripciones con 10 o más escaños (más adelante se explica por qué de esa cifra).
- Tamaño de la Circunscripción Más Grande (TCMG), que indica la cifra de escaños que reparte la circunscripción más poblada.
- Umbral Efectivo (UE), que indica el % de voto necesario para asegurar matemáticamente la obtención de un escaño. En un reparto usando la conocida fórmula d’Hondt (utilizada en España de forma general a nivel estatal, autonómico y local), equivale a $100 / (\text{NE} + 1)$, siendo NE el número de escaños a repartir o tamaño de la circunscripción.

2.1. Tamaño de la Cámara

En la Tabla 1 se muestran los datos, actualizados a abril de 2024, sobre el tamaño de los 17 parlamentos autonómicos de España y sus circunscripciones, or-

4 Una alternativa es usar la cifra de electores registrados en el censo electoral en lugar de la población. Elegimos la población porque es lo establecido en la LOREG en su artículo 162.3 para el Congreso de Diputados y, por efecto imitación, en todos los sistemas autonómicos a la hora de repartir escaños entre circunscripciones (cálculo conocido en inglés como ‘apportionment’).

denados de mayor a menor población, según cifras del padrón oficial de habitantes a 1-enero-2023, último disponible. Castilla-La Mancha aparece resaltada en una fila intermedia. También se incluyen varias filas al final para tres grupos de comunidades: las otras 16 restantes CCAA sin incluir Castilla-La Mancha; las 13 con circunscripciones provinciales (todas las anteriores excepto Asturias, Islas Baleares y Canarias); y las 3 (Castilla y León, País Vasco y Canarias) cuya población es similar a la de Castilla-La Mancha por estar entre 2 y 2'5 millones de habitantes.

Tabla 1. Características de Tamaño de los Parlamentos Autonómicos

CC.AA.	Habit.	Escaños	Habit. por escaño	CIRCUNSCRIPCIONES			Escaños por circunscripción											
				nº	Media escaños	10 o más												
Andalucía	8568513	109	78610	8	13.6	100%	18	17	15	13	12	12	11	11				
Cataluña	7909125	135	58586	4	33.8	100%	85	18	17	15								
Madrid	6859914	135	50814	1	135.0	100%	135											
Comun. Valenciana	5210600	99	52632	3	33.0	100%	40	35	24									
Galicia	2696177	75	35949	4	18.8	100%	24	22	15	14								
Castilla y León	2380149	81	29385	9	9.0	60%	15	13	11	10	7	7	7	6	5			
País Vasco	2219019	75	29587	3	25.0	100%	25	25	25									
Canarias	2202048	70	31458	8	8.8	43%	15	15	9	8	8	8	8	4	3			
CASTILLA-LA MANCHA	2078534	33	62986	5	6.6	0%	9	7	7	5	5							
Murcia	1552457	45	34499	1	45.0	100%	45											
Aragón	1339727	67	19996	3	22.3	100%	35	18	14									
Balears (Illes)	1197261	59	20293	4	14.8	98%	33	13	12	1								
Extremadura	1052523	65	16193	2	32.5	100%	36	29										
Asturias	1005283	45	22340	3	15.0	76%	34	6	5									
Navarra	671746	50	13435	1	50.0	100%	50											
Cantabria	588419	35	16812	1	35.0	100%	35											
Rioja (La)	322490	33	9772	1	33.0	100%	33											
otras 16 CCAA	45775451	1178	38859	56	21.0	93%	41											
con circuns. provinciales	41370859	1004	41206	41	24.5	97%	44											
con población similar	6801216	226	30094	20	11.3	68%	20											
indicador=>		TAM	RPE	NCIR	TMC	PECP	TCMG											

Fuente: Elaboración propia en base a las leyes electorales de las CCAA y cifras de población del padrón de habitantes de 2023 según web del INE. Datos actualizados según últimas elecciones convocadas hasta mayo de 2024.

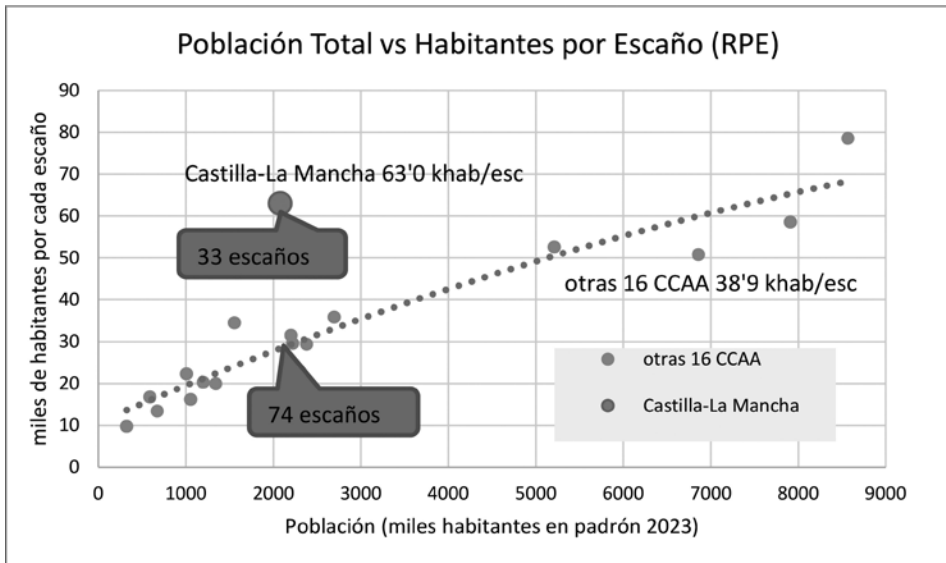
A la vista de los datos mostrados en la tabla anterior, se puede afirmar que el **tamaño** (indicador TAM) de las actuales Cortes de Castilla-La Mancha queda muy por debajo de lo que le correspondería siguiendo criterios similares a los de las demás CCAA. Evidencias claras de ello son:

- Castilla-La Mancha, con 2078 miles de habitantes y 5 provincias, elige los mismos 33 diputados autonómicos que La Rioja, que cuenta con 322 mil habitantes (6'4 veces menos) en una única provincia.

- Castilla-La Mancha elige menos de la mitad de los diputados autonómicos que las otras comunidades con población entre 2 y 2'5 millones de habitantes: Canarias (70 escaños para 2202 miles de hab.), País Vasco (75 para 2219 miles de hab.) y Castilla y León (81 para 2380 miles de hab.).
- CCAA con mucha menos población que Castilla-La Mancha, y con menos provincias o una sola, eligen muchos más diputados. Es el caso de Aragón (67 escaños para 1340 miles de hab.), Islas Baleares (59 escaños para 1197 mil hab.) o Extremadura (65 escaños para 1053 miles de hab.).

En la Figura 1 se muestra de forma visual cuantos habitantes corresponden a cada escaño (indicador RPE) en cada una de las 17 CCAA. La línea punteada, de tendencia creciente, refleja que a mayor población total más habitantes hay por cada escaño. Esto ocurre siempre para evitar parlamentos demasiado grandes cuando las cifras de población crecen. **Castilla-La Mancha se separa mucho de la tendencia de tamaño de las otras CCAA. Si la siguiera exactamente debería elegir 74 escaños en vez de 33.**

Figura 1. Población y Escaños en los Parlamentos de Castilla-La Mancha y demás CCAA

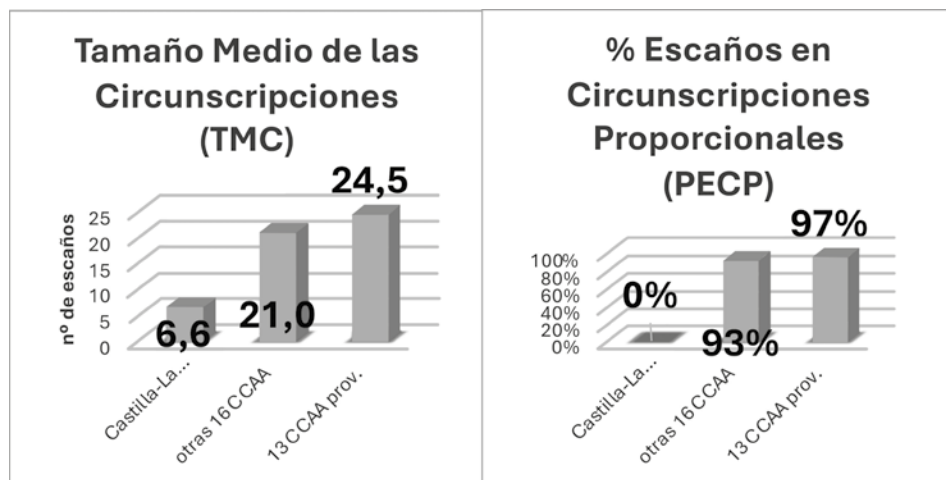


Fuente: Elaboración propia a partir de datos en Tabla 1.

2.2. Tamaño de las Circunscripciones

La primera consecuencia del bajo tamaño de las Cortes de Castilla-La Mancha es que la cifra de escaños en cada una de las 5 provincias es, necesariamente, también baja. Si comparamos con las demás autonomías, se comprueba que **el tamaño medio de las circunscripciones** (número medio de escaños a elegir) **en Castilla-La Mancha es 3 veces más bajo que el promedio de las otras 16 CCAA**: 6'6 frente a 21'0 (lado izquierdo de la Figura 2). La diferencia es todavía mayor con la media de 24'5 escaños en las 13 CCAA cuyas circunscripciones son provincias. Las comunidades autónomas que más se aproximan a la baja cifra de Castilla-La Mancha son Canarias (con 8'8 escaños por circunscripción) y Castilla y León (con 9'0); mientras que la siguiente, Andalucía, supera claramente el doble del valor de Castilla-La Mancha. En los dos primeros casos mencionados existe una causa clara: en Canarias 5 de las 7 islas tienen poca o muy poca población; y en Castilla y León 5 de sus 9 provincias tienen menos población que Cuenca, la menos poblada de Castilla-La Mancha.

Figura 2. Tamaño de las circunscripciones en Castilla-La Mancha vs 16 CCAA restantes.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos en Tabla 1.

El bajo tamaño de las Cortes de Castilla-La Mancha hace que **el número de escaños de su circunscripción más poblada** (indicador TCMG en Tabla 1) **sea sólo de 9 frente a una media de 41 escaños en el global de las otras 16 CCAA** (con un mínimo de 15 en Canarias y en Castilla y León). Si comparamos a nivel de las circunscripciones más pobladas, vemos que Toledo elige solo 9 esca-

ños con 728 mil habitantes mientras que Valladolid elije 15 con 521 mil habitantes. Más clara es la diferencia con Extremadura, ya que su provincia más poblada, Badajoz, elije 36 diputados para 665 mil habitantes.

Existe un consenso considerable entre los expertos en sistemas electorales en usar la cifra de 10 escaños por circunscripción como un mínimo para poder hablar de buena proporcionalidad ⁵. Una idea subyacente detrás de ello es que no debería hablarse de proporcionalidad en sentido estricto si un partido con el 10% de votos puede quedarse sin representación parlamentaria. Es por lo que en la Tabla 1 se ha incluido el cálculo del porcentaje de escaños que se eligen en circunscripciones proporcionales (indicador PECP), considerando como tales las que tienen 10 o más escaños (Penadés & Santiuste, 2013). Tal como muestra el lado derecho de la Figura 2, **mientras que en las otras 16 CCAA se eligen en circunscripciones proporcionales el 93% de sus escaños, en Castilla-La Mancha es el 0%**. Más aún, solo 4 de las otras 16 CCAA no eligen el 100% de sus escaños en circunscripciones de 10 o más escaños. Se trata de Asturias, Baleares, Canarias y Castilla y León. Pero, al contrario que Castilla-La Mancha, todas ellas tienen circunscripciones con 10 o más escaños que suponen más de la mitad de los escaños a elegir. Tan solo Canarias se queda en el 43% y ello es debido, otra vez, a su particularidad de tener muchas islas pequeñas. Como consecuencia de lo anterior, el tamaño de 5-9 escaños por circunscripción (provincia) supone que Castilla-La Mancha elige a todos sus diputados en un escenario de proporcionalidad baja-media, situación muy diferente a la de las otras CCAA que lo hacen en gran proporción en un escenario de proporcionalidad alta o muy alta. En este sentido, **Castilla-La Mancha es un caso especial de baja proporcionalidad en el mapa autonómico español**.

Las diferencias entre el SECLM y el promedio de las otras 16 CCAA se han incrementado en los últimos años porque Canarias y Murcia han cambiado sus sistemas electorales en la línea de evitar estas situaciones que ponen en peligro la representatividad. Así, Canarias ha ampliado en 2022 de 60 a 70 diputados, eligiendo 9 de los adicionales en una circunscripción de ámbito regional. Murcia sigue con 45 diputados, pero desde 2015 se eligen en una única circunscripción de muy alta proporcionalidad en lugar de las 5 anteriores (que tenían 2, 4, 7, 11 y 21 escaños).

5 En los estudios en España para el Congreso de los Diputados se suele distinguir entre circunscripciones de proporcionalidad muy baja o baja (2 a 5 escaños), media (6 a 9) y buena (10 o más).

2.3. Umbral Efectivo

Todos los sistemas electorales autonómicos establecen un umbral o barrera legal para que una candidatura participe en el reparto de escaños. En la actualidad oscila entre el 3% y el 5% de los votos válidos ⁶, según la CCAA. En la Tabla 2 se muestran los valores actuales de las 17 CCAA, ordenadas igual que en la Tabla 1, junto con los umbrales efectivos, es decir, los porcentajes de voto que garantizan matemáticamente la obtención de escaño en repartos que aplican la conocida fórmula de reparto d'Hondt ⁷.

Tabla 2. Umbrales Legales y Efectivos de los Parlamentos Autonómicos

CC.AA.	LEGAL	EFECTIVO (% voto)											
		mínimo	máximo	medio	En cada circunscripción								
Andalucía	5%	5.3	8.3	6.8	5.3	5.6	6.3	7.1	7.7	7.7	8.3	8.3	
Cataluña	3%	1.2	6.3	2.8	1.2	5.3	5.6	6.3					
Madrid	5%	0.7	0.7	0.7	0.7								
Comun. Valenciana	5%	2.4	4.0	2.9	2.4	2.8	4.0						
Galicia	5%	4.0	6.7	5.0	4.0	4.3	6.3	6.7					
Castilla y León	3%	6.3	16.7	9.9	6.3	7.1	8.3	9.1	12.5	12.5	12.5	14.3	16.7
País Vasco	3%	3.8	3.8	3.8	3.8	3.8	3.8						
Canarias	4%	6.3	25.0	10.0	6.3	6.3	10.0	11.1	11.1	11.1	20.0	25.0	
CASTILLA-LA MANCHA	3%	10.0	16.7	13.1	10.0	12.5	12.5	16.7	16.7				
Murcia	5%	2.2	2.2	2.2	2.2								
Aragón	3%	2.8	6.7	4.3	2.8	5.3	6.7						
Balears (Illes)	5%	2.9	50.0	5.6	2.9	7.1	7.7	50.0					
Extremadura	5%	2.7	3.3	3.0	2.7	3.3							
Asturias	3%	2.9	16.7	5.9	2.9	14.3	16.7						
Navarra	3%	2.0	2.0	2.0	2.0								
Cantabria	5%	2.8	2.8	2.8	2.8								
Rioja (La)	5%	2.9	2.9	2.9	2.9								
otras 16 CCAA	4.2%	3.2	9.9	4.4									
CCAA circ. provincias	4.2%	3.0	5.1	3.8									
CCAA con población afín	3.3%	5.4	15.2	7.9									
indicadores		UEMIN	UEMAX	UEMP									

Fuente: Elaboración propia en base a las leyes electorales de las CCAA y datos incluidos en la Tabla 1.

6 En la LOREG y leyes electorales autonómicas se consideran votos válidos los no nulos emitidos hacia una candidatura o en blanco.

7 El cálculo se pone en la situación peor posible para que una candidatura X consiga escaños, que se produce cuando todos los demás votos válidos los consigue otra candidatura Y. Así, al repartir 1 escaño es necesario que B obtenga el 50% para ganarlo seguro, al repartir 2 se necesita un 33'3% para tener 1 escaño (Y tendría menos del doble de votos que X), al repartir 3 se necesita un 25'0% (para que Y no tenga el triple de votos que X y se lleve los tres escaños), etc. La fórmula general que hace esto es $100\% / (NE+1)$, siendo NE el número de escaños a repartir.

Además de los umbrales efectivos para cada circunscripción (columnas al lado derecho), en la Tabla 2 se incluyen tres valores de umbral efectivo:

- Mínimo (UEMIN), que indica el umbral más bajo, es decir, el de la circunscripción que reparte más escaños.
- Máximo (UEMAX), que indica el umbral más alto, es decir, el de la circunscripción que reparte menos escaños.
- Medio (UEM), que es el promedio ponderado de los umbrales efectivos de las circunscripciones⁸.

Castilla-La Mancha tiene un umbral efectivo mínimo (UEMIN) de 10%, que corresponde a la provincia de Toledo por repartir 9 escaños. Eso significa que, al contrario de lo que ocurre en la mayoría de las otras CCAA, **en Castilla-La Mancha el umbral legal es “papel mojado”**. Podría haber sido el doble, o incluso más, sin ningún cambio en el reparto de escaños en las tres elecciones celebradas con este sistema. Comparando los valores de umbrales efectivos medios (UEM) se comprueba que **asegurar un escaño en Castilla-La Mancha exige porcentajes de voto bastante mayores que en las demás CCAA**. Sorprendentemente, esto ocurre incluso comparando con las comunidades con islas pequeñas, Canarias e Islas Baleares, o con provincias muy poco pobladas, caso de Castilla y León.

3. Efectos en la Proporcionalidad y Representatividad

Las características a priori del actual sistema electoral regional presentadas en el apartado anterior, tienen su reflejo, entre otras cosas, en una relevante desproporcionalidad en el reparto de escaños. A continuación, se analiza cómo se produce y su magnitud cuantitativa, así como sus consecuencias más directas.

3.1. Desproporcionalidad entre Partidos

Como ya se ha señalado, el número de escaños a elegir es el factor que más influye en la mayor o menor proporcionalidad entre el reparto de votos por partidos y el reparto de escaños entre dichos partidos. En esta línea se puede debatir

⁸ Se asigna un peso a cada circunscripción en base a su número de escaños. De esta forma el valor de UEM indica el umbral efectivo que en promedio afecta a cada uno de los escaños.

si los 33 diputados totales actuales, y los 5-9 que tocan por provincia, garantizan la proporcionalidad o no. Es un error intentar responder de forma binaria con un sí o un no porque entonces nos enfrentamos a tener que buscar un número ‘mágico’ por debajo del cual la respuesta sería no y por encima sería sí. Buscando ese número especial se pueden hacer trampas argumentales como la siguiente: 20 escaños es claramente proporcional y, por tanto, si quitamos uno, como la cosa no cambia cualitativamente de forma significativa, 19 también debe ser proporcional. Aplicando el mismo razonamiento sucesivas veces llegamos a que cualquier cifra mayor de uno (sistema mayoritario) sería proporcional, incluso eligiendo sólo 2 diputados. Pero la proporcionalidad no se mide en blanco o negro sino en escalas de grises desde el blanco al negro. Por ello la pregunta adecuada debe ser si el grado de proporcionalidad es suficiente para garantizar que los escaños representan de forma correcta la voluntad popular. A continuación, se intenta responder de forma justificada a esta pregunta para el actual SECLM.

En la Tabla 3 se muestran los valores de los indicadores más utilizados para medir la desproporcionalidad votos-escaños por partidos, entendida como la medida de la diferencia o dispersión entre cómo se reparten por partidos los votos de los electores y los escaños: índice de desproporcionalidad de Loosemore-Hanby (IDLH)⁹ (Loosemore & Hanby, 1971), e índice de desproporcionalidad de Gallagher (IDG)¹⁰ (Gallagher, 1991). Valores altos indican más desproporcionalidad.

Tabla 3. Indicadores de Desproporcionalidad en los Resultados Electorales

elección(es)	IDLH	IDG	PED
Castilla-La Mancha 2015	16.0	10.7	24.2%
Castilla-La Mancha 2019	15.3	11.7	24.2%
Castilla-La Mancha 2023	8.0	5.5	6.1%
Castilla-La Mancha (media)	13.1	9.3	18.2%
otras 16 CCAA (*)	8.9	5.2	9.8%
otras 13 CCAA provincias	8.3	4.9	8.6%
Congreso Diputados nov-2023	9.6	5.7	17.1%
Congreso Diputados 2016-2023	9.6	5.8	17.4%

Fuente: elaboración propia a partir de los resultados oficiales de las elecciones autonómicas y de las 4 últimas elecciones al Congreso de los Diputados. Para las otras CCAA se han empleado las elecciones más recientes hasta marzo de 2024.

⁹ https://en.wikipedia.org/wiki/Loosemore%E2%80%93Hanby_index

¹⁰ https://es.wikipedia.org/wiki/Gallagher_index

En la tabla anterior también se indica el porcentaje de escaños desproporcionales (PED), ideado por el autor de este artículo, entendiendo por tales los que resultan asignados a partidos diferentes a los que corresponderían en un reparto proporcional puro (circunscripción electoral única sin umbral mínimo de voto para optar a escaño y aplicando la misma fórmula de reparto actual, es decir, d'Hondt). Se muestran los valores para cada una de las tres elecciones celebradas en la región con el actual sistema, así como el promedio de las tres. En las elecciones de 2015 y 2019, y en promedio, **los índices de desproporcionalidad en Castilla-La Mancha son significativamente más altos que en las demás CCAA y se parecen a los de algunos sistemas mayoritarios**, como el francés (IDG=12'8)¹¹. Las diferencias de valor entre las tres elecciones evidencian que estos indicadores dependen no solo de las características del sistema electoral sino también de cómo se haya repartido el voto por partidos y territorios (incluso con un sistema electoral mayoritario puede darse la carambola de un reparto de escaños parecido al proporcional puro). En las elecciones de 2023 la desproporcionalidad se redujo por concentrarse mucho el voto en los partidos con mayor probabilidad de conseguir escaño.

La Tabla 3 también muestra la comparación con las últimas elecciones al Congreso de los Diputados. Resulta llamativo que **la desproporcionalidad de las elecciones de Castilla-La Mancha es, en promedio, mayor que la de las elecciones al Congreso**, a pesar de que el Congreso tiene gran cantidad de provincias que eligen muy pocos diputados. La explicación es que en el Congreso las circunscripciones 'proporcionales', aquellas que eligen 10 o más diputados, aportan el 37% de los escaños (130 en 2023), lo que supone un fuerte contraste con Castilla-La Mancha donde ya se ha mostrado que esas circunscripciones de buena proporcionalidad tienen 0% de peso.

3.2. Desproporcionalidad entre Provincias

Con las cifras de población de enero-2022, utilizadas para las elecciones autonómicas de 28-mayo-2023, el reparto de escaños por provincias en Castilla-La Mancha es el mostrado en la Tabla 4, donde se puede comprobar que **no se tienen en cuenta de forma adecuada las diferencias de población entre las provincias**, es decir, la proporcionalidad entre población y escaños por provincias también es baja. Así, no se diferenció entre Albacete y Ciudad Real a pesar de que la segunda tenía 105 mil habitantes más. Tampoco se diferenció entre Cuen-

¹¹ Datos para elecciones de muchos países en varias decenas de años puede encontrarse en https://github.com/christophergandrud/Disproportionality_Data.

ca y Guadalajara, cuando la segunda tenía 73 mil habitantes más. Esto es debido a que 33 escaños (y de ellos sólo 18 a repartir por población) son muy pocos para hacer una asignación bien ajustada a la población de cada provincia.

Tabla 4. Asignación de Escaños por Provincias

provincia	población	reparto	escaños	RPE
Albacete	385727	6,381	7	55104
Ciudad Real	490806	7,303	7	70115
Cuenca	195215	4,711	5	39043
Guadalajara	268127	5,350	5	53625
Toledo	713453	9,254	9	79273
TOTAL	2053328	33,000	33	62222

Fuente: elaboración propia a partir de cifras de población del padrón INE de 2022.

Nota: RPE: Ratio de población por cada escaño.

La columna reparto de la Tabla 4 muestra la cifra bruta de escaños que a cada provincia le tocaría, resultante de dividir su población por 114074 (2053328 habitantes regionales entre 18 escaños a repartir por población). La columna escaños indica la cifra entera final resultante y la columna RPE muestra la ratio de habitantes que corresponden a cada escaño. El sistema actual supone que la ratio de la provincia más poblada es más del doble que la de la menos poblada. Dicho de otra forma, **cada voto de Cuenca vale, a efectos de escaños, por 2'03 votos de Toledo**. Puede haber motivos para primar con cierta sobrerrepresentación a las zonas menos pobladas ¹², pero el doble parece excesivo. El motivo de esta diferencia en el peso del voto de cada provincia está en que solo un poco más de la mitad de los escaños (18 de 33) se reparten según la población.

3.3. Umbrales Reales

Otro efecto directo de las bajas cifras de escaños manejadas en el SECLM es que **el umbral real para conseguir escaño es muy alto**. Aunque la ley electoral establece un 3% del voto válido provincial para entrar en el reparto de escaños, el umbral efectivo para asegurar un escaño es mucho más alto, tal como se mos-

¹² De todas formas, la provincia no sirve para discriminar positivamente las zonas rurales o despobladas frente a las urbanas o bien pobladas. Un ejemplo: con el sistema actual el voto de un elector de Cuenca capital vale el doble que el de un elector de un pueblo de la comarca de la Jara, zona afectada por fuerte despoblación y despoblamiento.

tró en el apartado 2.3. Esto es consecuencia matemática de cómo se reparten los escaños entre partidos al aplicar la fórmula d'Hondt ¹³. Así, en Toledo el umbral es el 10% de votos (100/(9+1)), en Albacete y Ciudad Real es el 12'5% (100/8), y en Cuenca y Guadalajara es el 16'7% (100/6). En la realidad los porcentajes de voto para lograr escaño son algo más bajos en función de la dispersión del voto entre más de dos partidos, tal como muestra la Tabla 5.

Tabla 5. Últimos Escaños Asignados (elecciones de mayo-2023)

provincia	escaños	votos	%
Albacete	7	24726	11.8
Ciudad Real	7	31326	11.7
Cuenca	5	17844	15.8
Guadalajara	5	19764	15.1
Toledo	9	33458	9.1
MEDIA Castilla-La Mancha	6.6	25424	12.7
Media 13 CCAA provincias	24.5	14846	5.2

Fuente: elaboración propia a partir de los resultados oficiales de las elecciones autonómicas más recientes en cada CCAA. La media de 13 CCAA refiere a todas las que tienen circunscripciones provinciales

En la tabla anterior se indican los umbrales reales en las últimas elecciones de mayo de 2023 en Castilla-La Mancha, es decir, los votos y porcentajes de voto que se necesitaron para obtener el último escaño repartido en cada provincia. **El umbral promedio regional fue del 12'7%, mucho más alto que el 5'3% requerido de media en las otras 13 CCAA** cuyas circunscripciones son provincias.

3.4. Riesgo de Déficit de Representatividad

La Constitución Española (CE), salvo para el caso del Senado, establece un sistema parlamentario representativo proporcional y, por tanto, su fundamento es que los ciudadanos eligen a representantes (diputados nacionales, diputados regionales o concejales) y luego éstos son los que eligen al responsable de gober-

13 La fórmula d'Hondt hace un buen reparto proporcional si la cifra de escaños a repartir lo permite. Es una cifra baja de escaños, independientemente de la fórmula de reparto usada (d'Hondt, Hare, Sainte Laguë u otra), la que hace imposible un reparto proporcional. Por ejemplo, es matemáticamente imposible evitar fuertes desproporcionalidades al repartir 5 escaños entre partidos que han obtenido 35%, 29%, 19% y 17%.

narlos (presidente del gobierno, presidente regional o alcalde). En este sistema el gobierno será reflejo del voto popular sólo si la composición parlamentaria es fiel reflejo de dicho voto popular, tanto en términos del peso de los partidos como de los bloques que permiten formar mayorías de gobierno. El hecho de tener umbrales muy altos, superando el 10% de voto, supone un riesgo de dejar fuera del parlamento fuerzas políticas relevantes con muchas decenas de miles de votos, y con ello tener un parlamento regional que no refleje adecuadamente el voto popular.

En la Tabla 6 se muestran las cifras que evidencian cómo ese riesgo se ha materializado en las tres elecciones celebradas en Castilla-La Mancha con el actual sistema electoral. En 2015 más del 20% de los votos de los castellanos-manchegos no sirvieron para obtener escaño. En 2019 esa cifra fue del 16'2% y en 2023 ha sido del 8'3%, reducción debida a la mayor concentración del voto en los grandes partidos. El actual SECLM **ha dejado como extraparlamentarios a partidos con muchas decenas de miles de votos y con porcentajes de voto que en otras CCAA hubieran obtenido escaños** y, en muchas de ellas, varios diputados e incluso grupo parlamentario.

Tabla 6. Votos que no Sirvieron para Obtener Escaño en Castilla-La Mancha

elección	votos sin escaño		
	total	%	por partidos
24-may-15	221580	20.5%	Cs 95230, Podemos 57224, IU 34230, ...
26-may-19	173206	16.2%	Vox 75813, Unidas Podemos 74777, ...
28-may-23	88492	8.3%	Unidas Podemos 45317, ...

Fuente: elaboración propia a partir de los resultados oficiales de las elecciones autonómicas publicados en el diario oficial de Castilla-La Mancha.

En España se han celebrado 211 elecciones autonómicas diferentes entre 1980 y marzo de 2024. En la Tabla 7 se muestran los pocos casos en que un partido con más del 5% de votos no obtuvo escaños. Como cabía esperar de todo lo ya analizado, Castilla-La Mancha lidera claramente la clasificación. Casos como el de Ciudadanos en 2015, extraparlamentario con más de 95 mil votos y un 8'6%, pueden volver a repetirse perfectamente en el futuro si no se cambia el sistema electoral actual.

Tabla 7. Partidos Extraparlamentarios con Más del 5% de Voto

elección	partido	votos	%
Castilla-La Mancha - 2015	Cs	95230	8.64
Castilla-La Mancha - 2019	Vox	75813	7.02
Castilla-La Mancha - 2019	Podemos-IU-Equo	74777	6.92
Castilla-La Mancha - 1983	PCE	61132	6.86
Canarias - 2015	Cs	54375	5.94
Canarias - 2007	NCa	50749	5.43
Castilla-La Mancha - 1987	IU	50366	5.36
Canarias - 1995	IU	40614	5.10
Murcia - 1991	CDS	25938	5.01

Fuente: elaboración propia a partir de los resultados oficiales de todas las elecciones autonómicas celebradas en España hasta marzo de 2024, obtenidos en la web de la Junta Electoral Central y en los boletines y diarios oficiales de las CCAA.

En este ranking de exclusión de partidos con apoyo electoral relevante ¹⁴, a Castilla-La Mancha la siguen Canarias y Murcia; justo los dos casos que, como ya se ha comentado, han cambiado sus sistemas electorales en los últimos años en la línea de evitar estas situaciones. Por tanto, **solo Castilla-La Mancha mantiene un sistema electoral que hace extraparlamentarios a partidos con porcentajes claramente por encima del 5%** y solo Castilla-La Mancha mantiene su sistema electoral sin cambiar **después de dejar sin representación a más del 20% de los votantes**.

4. Opciones de Mejora

La forma más evidente de mejorar el SECLM actual empieza por incrementar el tamaño del parlamento regional de forma significativa para alinearlo con las otras CCAA. En este punto conviene recordar que, como se ha mostrado en apartado 2.1, incluso duplicando su tamaño las Cortes de Castilla-La Mancha seguirían estando por debajo del promedio de las demás CCAA. En lugar de partir de

14 La Junta Electoral Central considera como partidos relevantes aquellos que han obtenido escaños o al menos un 5% del voto en las anteriores elecciones. Esos criterios se están utilizando, por ejemplo, para repartir tiempos de propaganda en medios de comunicación públicos.

una cifra concreta, puede ser mejor estudiar cual debe ser la cifra que permitiría cumplir algunos objetivos de mejora de la proporcionalidad y la representatividad. Sugerimos los que nos parecen adecuados:

- Contar con circunscripciones de buena proporcionalidad que elijan 10 o más escaños (si no todas, si la mayoría).
- Hacer que el umbral efectivo para conseguir escaño no sea muy superior a un 5%, para lo cual la circunscripción más poblada debería elegir una cifra de escaños no inferior a 15 (mínimo de las demás CCAA). El umbral legal se podría acercar también, subiéndolo al 5% desde el 3% actual.
- Respetar la proporcionalidad entre provincias según su población cumpliendo que: i) dos provincias que tengan una diferencia superior a 50 mil habitantes deberían tener también diferencia en escaños; y ii) la diferencia en el peso del voto (ratio de habitantes por escaño) entre las provincias menos y más poblada debería reducirse desde el 2'0 actual.

4.1. Imitando a Comunidades Autónomas Similares

A título de ejemplo ficción, mostramos a continuación el resultado de aplicar a las Cortes de Castilla-La Mancha **el sistema en vigor en Castilla y León**, probablemente la CCAA más parecida en características demográficas, sociales y políticas. La ley electoral de Castilla y León, en su artículo 18, establece lo siguiente¹⁵: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía, cada provincia constituirá una circunscripción electoral asignándose a cada una de ellas un número inicial de tres Procuradores y uno más por cada 45.000 habitantes o fracción superior a 22.500”. En la Tabla 8 se muestra cómo hubiera sido el tamaño y reparto por provincias de los escaños. Con este sistema **las Cortes de Castilla-La Mancha hubieran tenido 61 escaños**, casi el doble que los actuales, y se cumplirían prácticamente todos los objetivos antes indicados:

- 3 de las 5 provincias pasan a ser de buena proporcionalidad al contar con 10 o más escaños. El 0% actual de escaños en circunscripciones proporcionales subiría al 74% (45 de 61 escaños).
- El tamaño de la circunscripción más poblada sería de 19, lo que hace que el umbral efectivo para asegurar escaño en ella es del 5%.

15 <https://www.boe.es/buscar/pdf/1987/BOE-A-1987-9475-consolidado.pdf>

- Las diferencias de población entre provincias se reflejan adecuadamente en su cifra de escaños.
- Sigue habiendo discriminación positiva a favor de las provincias menos pobladas, pero la diferencia en el peso del voto Cuenca/Toledo se reduce del 2'0 actual a un 1'3 (37550/27888).

Tabla 8. Aplicación a Castilla-La Mancha de los Sistemas de Castilla y León y de Galicia

Provincia	Población (2022)	Sistema Castilla y León			Sistema Galicia		
		Diputados	Ratio pob/dip	Umbral teórico	Diputados	Ratio pob/dip	Umbral teórico
Albacete	385727	12	32144	7,7%	15	25715	6,3%
Ciudad Real	490806	14	35058	6,7%	16	30675	5,9%
Cuenca	195215	7	27888	12,5%	11	17747	8,3%
Guadalajara	268127	9	29792	10,0%	13	20625	7,1%
Toledo	713453	19	37550	5,0%	20	35673	4,8%
REGIÓN	2053328	61	33661	8,4%	75	27378	6,5%

Fuente: elaboración propia a partir de las leyes electorales y estatutos de autonomía de las mencionadas CCAA. En el caso de Galicia se ha corregido el mínimo por provincia de 10 a 8 escaños para compensar que Castilla-La Mancha tiene una provincia más.

Un inconveniente del sistema castellanoleonés es que el parlamento tiene un tamaño variable, pero esto se podría resolver simplemente estableciendo a priori el tamaño de 61 y repartiendo según población los 46 escaños resultantes de descontar los 3 fijos por provincia.

La Tabla 8 también muestra **otro ejemplo** con el resultado de aplicar el sistema electoral **de Galicia**, otra CCAA con población entre 2 y 3 millones de habitantes y pluriprovincial. El artículo 9 de su ley electoral¹⁶ establece: “1. El número de Diputados del Parlamento de Galicia se fija en 75. 2. A cada una de las cuatro provincias de Galicia le corresponde un mínimo inicial de 10 Diputados. 3. Los 35 Diputados restantes se distribuyen entre las provincias en proporción a su población”. En la Tabla 8 se ha corregido ligeramente a un fijo de 8 escaños por provincia para hacer que los escaños fijos y los de reparto por población sigan siendo 40 y 35 como en Galicia. Con el sistema gallego también se cumplen to-

16 <https://www.boe.es/eli/es-ga/l/1985/08/13/8/con>

dos los objetivos señalados antes, salvo que la ratio de peso de voto entre las provincias más y menos pobladas sigue siendo de 2'0, mismo valor que el actual sistema de Castilla-La Mancha. A cambio, el 100% de los escaños se eligen en circunscripciones de buena proporcionalidad.

4.2. Evitando que el Sistema Electoral sea Motivo de Disputa

Desde hace muchos años el SECLM ha sido motivo de disputa entre las dos principales fuerzas políticas porque ambas han actuado como si las únicas opciones fuesen que el sistema les beneficiase a ellos o a su principal rival. Cuando hay pocos diputados a elegir, la decisión de cuantos tocan a cada provincia influye mucho en el reparto de escaños entre partidos o bloques de mayoría. Además, si el resultado es reñido, como ha ocurrido en 2015 y 2023, unos pocos cientos o miles de votos en una provincia pueden cambiar la mayoría de gobierno según sea esa provincia y no otra la que elija un diputado más o menos. Esta situación explica la **pelea histórica por las provincias impares**, es decir, por intentar que las provincias con cifra impar de escaños fuesen las que a cada uno de los dos partidos grandes les pudiese interesar¹⁷. La única manera de romper esta dinámica es que ambos partidos grandes se pongan de acuerdo en un sistema que ambos perciban como neutral. Las propuestas antes mostradas deberían ser una contribución para ello.

Avanzando un paso más, el recelo a que la cifra de escaños a elegir beneficie al rival se podría eliminar por completo incluyendo algún **mecanismo que haga que la cifra de escaños de cada provincia no sea determinante en el resultado global regional**. Soluciones técnicas para ello existen y se conocen como **escaños de ajuste** o complementarios¹⁸. Se trata de unos pocos escaños, en Castilla-La Mancha bastaría con 6, que se reparten en base a los votos globales regionales de forma que impiden que un partido ten-

17 Esto es así en un escenario bipartidista cuando en una provincia 'impar' unos pocos votos significan un diputado más para el partido ganador. Por el contrario, cuando tres o más partidos optan con cierta probabilidad al reparto de escaños la situación cambia y ya no se puede predecir si al partido tradicionalmente más votado en una provincia le favorece una cifra de escaños impar o par.

18 Usados en sistemas electorales de países de alto reconocimiento democrático, como Suecia, Dinamarca, Noruega o Finlandia. También se emplean en sistemas regionales como Escocia y Gales. La reforma de Canarias empezó con dicho objetivo, pero la versión final se quedó a medio camino y los 9 escaños elegidos por voto regional (cada ciudadano emite dos votos) no tienen en cuenta los desajustes en los escaños repartidos por islas. Un interesante artículo sobre el contexto de dicha reforma se puede leer en <https://agendapublica.elpais.com/noticia/14612/nuevo-sistema-electoral-canarias-peculiar-proceso-reformista>.

ga más diputados que otro si tiene menos votos. La mayor dificultad para implantar esta opción es la tradición existente en reproducir de forma mimética, lo establecido para el Congreso de los Diputados de que la única circunscripción es la provincial¹⁹, aunque esta situación cambió recientemente y ya existe el precedente de Canarias, anteriormente mencionado. El cambio necesario en el estatuto actual sería sustituir la frase “La circunscripción electoral es la provincia” por “La provincia es circunscripción electoral”²⁰. En la ley electoral se debería añadir un apartado en el artículo sobre el método de reparto de los escaños indicando cuantos escaños de ajuste habría y el método de cálculo en base a votos totales regionales, teniendo en cuenta los escaños provinciales previamente obtenidos por cada partido y dedicando los escaños de ajuste en primer lugar a corregir los casos en que un partido con más votos que otro tenga menos escaños. De esta manera, un único voto ciudadano sirve tanto para el ya existente reparto provincial como para el nuevo reparto regional de ajuste. Una propuesta detallada para Castilla-La Mancha se encuentra en el artículo ‘Austeridad versus Representatividad en la Ley Electoral de Castilla-La Mancha’ (Ruiz, 2013).

El método se puede seguir aplicando, aunque no exista una circunscripción regional para los escaños de ajuste, pero con el coste de un cálculo más complejo, conocido como biproporcionalidad²¹, para repartir los escaños de ajuste a la vez por partidos y por provincias.

Una ventaja adicional de **los escaños de ajuste** es que **permiten obtener buenos grados de proporcionalidad y representatividad con una cifra menor de escaños totales**. Ello es así porque el tamaño de circunscripción en el ajuste es todo el territorio con todos sus escaños. Por ejemplo, en el caso de Castilla-La Mancha con sus 5 provincias, se consiguen **efectos similares con 65 escaños**, sin ajuste, **que con 45, si 6 de ellos son de ajuste** según votos totales regionales.

19 Si bien el Consejo de Estado, en la página 196 de su informe de 2009 sobre la reforma del sistema electoral español, sugiere para el Congreso de los Diputados un mecanismo de reparto de escaños de ajuste, basado en la suma nacional de restos (votos que no dan lugar a escaño en las provincias). Puede consultarse en <https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/02/REGIMEN-ELECTORAL.pdf>

20 Este retoque mínimo permite que haya un reparto de escaños de ajuste a nivel regional.

21 <https://www.ugr.es/~sistemaelectoral/documentos/BiProporcional%20Congreso%20Diputados.pdf>

5. Conclusiones

Se ha mostrado que el actual sistema electoral de Castilla-La Mancha es bastante diferente al del resto de autonomías en cuanto a su tamaño global y de las circunscripciones. La causa está en que 33 diputados, repartidos entre 5 provincias, supone, inevitablemente, un sistema de baja proporcionalidad, con altos umbrales para optar a escaño y que ha dejado sin representación a decenas de miles de votos, incluso superando el 20% en alguna elección. El riesgo de que el parlamento regional no refleje adecuadamente el voto popular es mucho más alto que en las demás CCAA. Las soluciones para mejorar su representatividad, en línea con los de las demás comunidades autónomas, existen y aquí se han presentado algunas, empezando por incrementar la cifra de diputados. Se requiere el compromiso de las fuerzas políticas para lograr, esta vez sí, que el sistema electoral de Castilla-La Mancha se vea como neutral y justo.

6. Referencias

Alvarez, E. (2009). Las reformas estatutarias y los sistemas electorales autonómicos. *Revista de Derecho Político* (75-76), 457-485. doi:<https://doi.org/10.5944/rdp.75-76.2009.9099>

Fernandez, C. (2020). El Sistema Electoral de Castilla-La Mancha tras la Reforma de 2014. Análisis de sus Rendimientos y Propuestas de Mejora. *Parlamento y Constitución. Anuario*(21), 11-38. Obtenido de <https://parlamentoyconstitucion.cortesclm.es/recursos/anuarios/2020.pdf>

Gallagher, M. (1991). Proportionality, Disproportionality and Electoral Systems. *Electoral Studies*, 10, 33–51. doi:[https://doi.org/10.1016/0261-3794\(91\)90004-c](https://doi.org/10.1016/0261-3794(91)90004-c)

Klingemann, H.-D. (2009). *The Comparative Study of Electoral Systems*. Oxford (UK): Oxford University Press.

Llera, F. (1998). Los rendimientos de los sistemas electorales de las Comunidades Autónomas. El predominio del bipartidismo imperfecto. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (82), 127-158. doi:<https://doi.org/10.2307/40184054>

Loosemore, J., & Hanby, V. (1971). The theoretical limits of maximum distortion: some analytic expressions for electoral systems. *British Journal of Political Science*, 1(4), 467-477.

Ocaña, F., & Oñate, P. (1999). Índices e indicadores del sistema electoral y del sistema de partidos. Una propuesta informática para su cálculo. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*(86), 223-245. Obtenido de <https://reis.cis.es/index.php/reis/article/view/1197/1527>

Oliver, J. (2011). *Los Sistemas electorales autonómicos*. Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms. Obtenido de https://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/ctA_15.pdf

Penadés, A., & Santiuste, S. (2013). La desigualdad en el sistema electoral español y el premio a la localización del voto. *Revista Española de Ciencia Política*(32), 89–116. Obtenido de <https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/37589>

Ruiz, F. (2013). Austeridad versus Representatividad en la Ley Electoral de Castilla-La Mancha. *Parlamento y Constitución. Anuario*, 201-224. Obtenido de https://parlamentoyconstitucion.cortesclm.es/recursos/articulos/PyC15_Ruiz_Austeridad.pdf

Urdanoz, J. (2005). *Un nuevo marco conceptual para el análisis electoral*. Universidad de La Rioja, Tesis doctoral. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/download/tesis/386.pdf>

PROTECCIÓN DE DATOS EN APLICACIÓN DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA
ARTIFICIAL CONFORME AL RGPD

DATA PROTECTION IN ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS APPLICATION
ACCORDING TO GDPR

María Pérez-Ugena Coromina

Universidad Rey Juan Carlos

maria.perezugena@urjc.es

ORCID 0000-0002-2724-6882

Cómo citar/Citation

Pérez-Ugena, M., “Protección de datos en aplicación de sistemas de inteligencia artificial conforme al RGPD”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*. Cortes de Castilla – La Mancha – UCLM, nº 25, 2024

Recibido: 03-03-2024

Aceptado: 1-06-2024

Resumen: El objeto de este trabajo es llevar a cabo un análisis de la regulación del régimen de protección de datos en lo que afecta al uso la inteligencia artificial, de acuerdo con lo que establece el RGPD. Se plantea si los cambios que conllevan la aparición disruptiva de esta tecnología exigen nuevas normas reguladoras, más allá del RGPD, que vengán a garantizar un ámbito de privacidad. Se hace referencia, como una de las cuestiones claves, a la necesidad de implementar medidas de seguridad. El trabajo se detiene en la capacidad de oponerse al tratamiento de datos automatizados, así como a la creación de perfiles y la diferencia entre ambos. Las conclusiones resaltan la importancia de un enfoque ético y responsable en el desarrollo y aplicación de la IA, priorizando el respeto a los derechos individuales y la protección de la privacidad.

Palabras clave: Inteligencia artificial, derecho, protección de datos.

Abstract: The aim of this work is to carry out an analysis of the regulation of the data protection regime as it affects the use of artificial intelligence, in accordance with what is established by the GDPR. It is questioned whether the changes brought about by the disruptive emergence of this technology require new regulatory standards, beyond the GDPR, to ensure a realm of privacy. One of the key issues mentioned is the need to implement security measures. The study focuses on the ability to object to automated data processing, as well as the creation of profiles and the difference between the two. The conclusions highlight the importance of an ethical and responsible approach in the development and application of AI, prioritizing respect for individual rights and privacy protection.

Key words: Artificial intelligence, right, data protection.

SUMARIO

- 1. Introducción.*
- 2. Marco básico regulador en la unión europea.*
- 3. La protección de datos en cada ciclo de vida de sistemas de inteligencia artificial*
- 4. Condiciones y derecho del tratamiento de datos personales en sistemas de inteligencia artificial.*
- 5. Principio de proactividad respecto de los datos*
- 6. Decisiones automatizadas*
- 7. Elaboración de perfiles.*
- 8. Responsabilidad en el tratamiento de datos: el modelo de la responsabilidad proactiva.*
- 9. Conclusiones.*
- 10. Bibliografía.*

1. Introducción.

En la era digital el desarrollo de los sistemas de inteligencia artificial (IA), que conlleva nuevas técnicas de recopilación y tratamiento de datos masivos, exige, necesariamente, fortalecer el sistema de normas éticas y jurídicas que afectan a la privacidad y, más en concreto, al régimen protección de datos personales.¹ Las capacidades de los nuevos sistemas, inimaginables hasta la aparición disruptiva de la inteligencia artificial, obligan a procesar ingentes cantidades de datos a una enorme velocidad. Es preciso plantearse si la regulación actual es suficiente para garantizar el cumplimiento de los derechos que garantizan la privacidad a través de la protección de los datos personales.² El problema surge como consecuencia de que el Derecho va siempre después de la tecnología y una vez que se toma conciencia de los problemas que surgen con los nuevos desarrollos tecnológicos³. Esta realidad se ha evidenciado, de forma impensable hasta el momento, con la aparición de la inteligencia artificial.

A efectos de análisis de la cuestión, es preciso tener en cuenta, de una parte, las dificultades que implica el desarrollo tecnológico en el intento de salvaguardar la privacidad y la confidencialidad en un entorno marcado por el uso masivo de tecnologías que utilizan IA y que actúan gracias a la recopilación, procesamiento y análisis de enormes conjuntos de datos mediante algoritmos avanzados⁴. Además, existen una serie de problemas añadidos, derivados de la aplicación territorial de las leyes en el mundo global de actuación de Internet.⁵ Lo que exige tener en cuenta los problemas de aplicación en otros sistemas jurídicos en los que los derechos del ámbito de la privacidad no obtienen el mismo grado de protección. De manera que los distintos ordenamientos jurídicos, han optado por soluciones diferentes con el fin de adaptarse a la rápida evolución de la IA, en la búsqueda de un equilibrio entre la innovación tecnológica y la preservación de los derechos fundamentales. Se parte de la descripción del marco general de protección de datos existente en la Unión Europea, así como de la necesidad de controlar el cumplimiento de la normativa en las distintas etapas de actuación de la IA. Se tienen en cuenta los derechos de los titulares de los datos, así como la necesidad de contar con el consentimiento, pese a las dificultades que esto supone en este contexto.

1 En este sentido, la UNESCO en su Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial, adoptada el 23 de noviembre de 2021 ha señalado a este respecto: “*La privacidad, que constituye un derecho esencial para la protección de la dignidad, la autonomía y la capacidad de actuar de los seres humanos, debe ser respetada, protegida y promovida a lo largo del ciclo de vida de los sistemas de IA*”. En: <https://www.unesco.org/es/legal-affairs/recommendation-ethics-artificial-intelligence> (Obtenido en 2 de febrero de 2024)

Es igualmente clave la cuestión de la seguridad de los datos, que se pone en relación con la responsabilidad y la rendición de cuentas en el contexto de sistemas de IA. La opacidad inherente a ciertos algoritmos, que se relaciona con la falta de transparencia⁶ y la toma de decisiones autónoma obligan a establecer marcos legales claros que definan la responsabilidad tanto de los desarrolladores, como de los usuarios o entidades regulatorias.

De entre los distintos derechos del ámbito del *habeas data* se interesa especialmente este trabajo por el de oposición frente a las decisiones automatizadas, sin intervención humana, basadas únicamente en algoritmos. Para su análisis se hace referencia a los casos más significativos y las decisiones jurisprudenciales al respecto. Junto con las decisiones automatizadas, toma especial relevancia la elaboración de perfiles⁷, dirigida a la evaluación de datos personales para analizar o predecir aspectos que pueden tener una finalidad muy distinta de los iniciales. Se trata de una cuestión que es especialmente relevante como consecuencia del desarrollo de sistemas IA.

Finalmente, se analizan las bases del modelo de responsabilidad en el tratamiento de datos, mediante un sistema de responsabilidad proactiva, que conlleve ciertas obligaciones y amplía la responsabilidad de los responsables del tratamiento de datos.

En conclusión, este estudio tiene como objetivo proporcionar una base para el análisis crítico de la relación entre protección de datos e inteligencia artificial, con relación al desarrollo de marcos normativos que aborden los problemas derivados del necesario control de datos en la tecnología, que ha supuesto el desarrollo de sistemas de inteligencia artificial.

2. Marco básico regulador en la Unión Europea

El derecho a la protección de datos para garantizar la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y la libertad de las personas ante el uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos⁸ cuenta con un marco regulador, que parte del contenido del art.8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la

6 COTINO HUESO, L. CASTELLANOS CLARAMUNT, J. (2022) *Transparencia y explicabilidad de la Inteligencia Artificial*. Tirant Lo Blanch. Valencia

7 Vid documento de la AEDP sobre adecuación del régimen de protección de datos a sistemas IA. <https://www.aepd.es/documento/adecuacion-rgpd-ia.pdf> (Obtenido el 5 de febrero de 2024)

8 LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2.000) "Las vicisitudes del derecho de la protección de datos personales" en *Revista Vasca de Administración Pública*. Vol. 2, n.o 58, pp. 211-242

Unión Europea, adoptada el 7 de diciembre de 2000⁹. Establece los principios básicos para el tratamiento adecuado de los datos personales y brinda a las personas el derecho de acceso y rectificación de sus datos.

“1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de manera leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.”

Además, este derecho se ha reforzado con la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos. (Reglamento UE 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en cuanto al tratamiento y la libre circulación de datos personales (RGPD), y establece normas más detalladas y rigurosas sobre la protección de datos en la Unión Europea¹⁰. Se recogen principios y obligaciones específicas para proteger los datos personales y garantizar el control de las personas sobre su información.¹¹

En España, el régimen de protección de datos deriva de un derecho de creación doctrinal que encuentra su fundamento constitucional en el mandato al legislador contenido en el artículo 18.4 de la CE, en el que se trata de limitar “el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el ejercicio de sus derechos”, además de que guarda relación directa con el contenido del artículo 10.1 CE que dispone que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social*”. Es, pues, tal y como ha reconocido el TC a partir de la STC 254/1993, una garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza a la dignidad y a los derechos de la persona. Es

9 El Convenio número 108 del Consejo de Europa, de 1981 modificado por protocolo de 2018, se ocupa de la protección de las personas físicas en el ámbito de protección del tratamiento de datos personales. También en este sentido el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

10 Este Reglamento deroga la Directiva 95/46/CE

11 El concepto de dato personal responde a una definición, que aparece recogida en el artículo 4.1 del RGPD “*toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona;*”

un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también es, en sí mismo, un derecho autónomo, distinto al derecho a la intimidad y que implica capacidad de control sobre los datos. Es, por tanto, un derecho autónomo, un derecho en sí mismo, al que hace referencia el TC de manera más clara es la STC 292/2000 al distinguirlo del derecho a la intimidad al que atribuye una *función distinta y por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran*».

A partir del mandato al legislador contenido en el artículo 18.4 para la limitación del uso de la informática y como consecuencia de su desarrollo doctrinal, se crea el derecho de autodeterminación informativa, que tiene rango de derecho fundamental en cuanto afecta al derecho a la vida privada contenido de manera más general en el artículo 18 CE, aunque se trate de un derecho autónomo y distinto, con una naturaleza propia. Con este fundamento se crea un régimen de protección de datos, que resulta de la transposición del RGPD, regulado mediante Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. (LOPDGDD) que parte de considerar “dato de carácter personal” cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

La Ley establece ciertos principios exigibles a cualquier tipo de tratamiento, incluidos aquellos basados en IA y que utilicen algoritmos. Define un marco de desarrollo de las actuaciones de los responsables basado en la gestión de los riesgos para los derechos y las libertades de los interesados y la rendición de cuentas, o capacidad de demostrar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa.

3. Protección de datos en cada ciclo de vida de sistemas de inteligencia artificial

En el contexto de la IA, basada en el uso del *big data*, es esencial que los sistemas cumplan con los principios propios del régimen de protección de datos y se diseñen de manera que traten de proteger la privacidad,¹² desde el inicio, y en todas sus etapas. Esto implica implementar medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad de los datos, obtener el consentimiento informado de las personas cuando sea necesario, y ofrecer transparencia sobre cómo se utilizan los

12 GARRIGA DOMÍNGUEZ, A (2015). *Nuevos retos para la protección de datos personales en la Era del Big Data y de la computación ubicua* Madrid: Dykinson, pp. 25-30

datos y las decisiones que toma el sistema de IA.¹³

Los sistemas IA son tecnologías de procesamiento de la información. De acuerdo con la definición dada por la UNESCO Se caracteriza porque “*integran modelos y algoritmos que producen una capacidad para aprender y realizar tareas cognitivas, dando lugar a resultados como la predicción y la adopción de decisiones en entornos materiales y virtuales. Los sistemas de IA están diseñados para funcionar con diferentes grados de autonomía, mediante la modelización y representación del conocimiento y la explotación de datos y el cálculo de correlaciones*”.¹⁴ La inteligencia artificial se relaciona de forma clara con el *big data*. Lo necesita para desarrollar sus funcionalidades, ya que se nutre de la gran cantidad de datos recopilados para entrenar modelos, mediante algoritmos de aprendizaje automático y tomar decisiones basadas en patrones y correlaciones¹⁵. Esta sinergia permite a la inteligencia artificial realizar tareas como el procesamiento de lenguaje natural, la visión por computadora y la toma de decisiones predictivas con un alto grado de precisión.¹⁶

Debe tenerse en cuenta que no siempre la inteligencia artificial involucra datos personales en alguna fase de su ciclo de vida ni toma decisiones que repercuten exclusivamente en las personas a través de procesos automatizados. Puede hacerse referencia a supuestos en que sistemas de IA no incorporan datos personales, como los utilizados en el control de calidad de productos industriales o aquellos empleados en la toma de decisiones relacionadas con transacciones financieras. De esta forma, si un componente de IA se dedica al tratamiento de datos personales, a la elaboración de perfiles o a la toma de decisiones concernientes a personas físicas, está sujeto al RGPD En ausencia de estas circunstancias,

13 Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial, adoptada el 23 de noviembre de 2021 por la UNESCO. *La privacidad, que constituye un derecho esencial para la protección de la dignidad, la autonomía y la capacidad de actuar de los seres humanos, debe ser respetada, protegida y promovida a lo largo del ciclo de vida de los sistemas de IA*

14 *Ibidem*.

15 Los algoritmos pueden definirse como un “conjunto de instrucciones o reglas definidas y no-ambiguas, ordenadas y finitas que permite, típicamente, contestar una pregunta, tomar una decisión, solucionar un problema, realizar un cómputo, procesar datos o llevar a cabo alguna tarea”. Estos procedimientos computacionales toman uno o varios valores de entrada y generan uno o varios valores de salida, por lo tanto, son instrumentos que no intentan establecer un vínculo causal entre una variable específica y su efecto, sino que producen un resultado”. *Guía de auditoría algorítmica. Éticas-consulting*. <https://www.eticasconsulting.com/eticas-consulting-guia-de-auditoria-algoritmica-para-desarrollar-algoritmos-justos-y-eficaces/> (Obtenido el 2 de febrero de 2024)

16 COTINO HUESTO, L. (2017) “Big data e inteligencia artificial, una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, en: *Dilemata*, 24, pp.131-150

dicha sujeción al RGPD no se requiere.¹⁷

Bajo una perspectiva integral de los posibles procesos involucrados en una solución basada en inteligencia artificial (IA), se pueden identificar distintas fases en las cuales datos personales pueden estar presentes a lo largo del ciclo de vida de dicha solución:¹⁸ En primer lugar, fase de entrenamiento de un modelo de IA, en la que se pueden emplear datos personales, especialmente, en el caso de modelos basados en técnicas de aprendizaje automático (Machine Learning). Esta actividad en sí misma constituye un proceso de tratamiento de datos. Una segunda etapa es la de validación. En esta se pueden realizar tratamientos de datos personales al emplear datos correspondientes a situaciones reales con el propósito de evaluar experimentalmente la eficacia del modelo. El conjunto de datos utilizado en esta fase puede diferir de aquel utilizado en el entrenamiento (si es que se ha empleado un conjunto de datos de datos personales) y, en algunos casos, la validación puede ser llevada a cabo por una entidad externa para auditar o certificar el modelo. De la misma forma, cuando una solución de IA se convierte en un componente o módulo distribuido a terceros para su integración en sus propios procesos, puede haber una comunicación de datos personales si la solución de IA contiene datos personales o si existe la posibilidad de obtenerlos. Además, podría haber patrones en el modelo que permitan la identificación de una persona en concreto.¹⁹

Durante diversas actividades de explotación de una solución de IA es posible encontrar tratamientos de datos personales, que incluyen distintas situaciones. Aunque, si la persona interesada dispone de la IA como un componente de su propiedad, podría aplicarse la excepción doméstica²⁰. Los datos pueden, igualmente, ser utilizados para mejorar el sistema de IA. Sin embargo, si se comparten estos datos con terceros, pueden surgir comunicaciones de datos, tratamientos de almacenamiento, ajustes en el modelo o incluso nuevas comunicaciones si estos datos se incorporan al modelo y se comparten con otros terceros.

Por último, la retirada del servicio puede adoptar dos enfoques distintos: la del componente de IA debido a su obsolescencia en todos los procesos en los que

17 Vid documento de la AEDP sobre adecuación del régimen de protección de datos a sistemas IA. <https://www.aepd.es/documento/adecuacion-rgpd-ia.pdf> (Obtenido el 5 de febrero de 2024)

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*.

20 En estos casos no resulta aplicable el RGPD “*la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, o la actividad en las redes sociales y la actividad en línea realizada en el contexto de las citadas actividades*” y, las que resultaran “*sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial*”.

se implementa, o la decisión de un usuario específico de no utilizar el sistema de IA. Este usuario puede ser tanto una entidad como una persona física, y esta elección puede tener repercusiones en la eliminación de datos, ya sea a nivel local, centralizado o distribuido, y en la portabilidad del servicio.²¹

En estas distintas etapas los Principio del formularioEn tE sistemas algorítmicos necesitan someterse a evaluaciones apropiadas en relación con su impacto en la privacidad. Estas evaluaciones están previstas en el artículo 35 del RGPD y deben abarcar, de igual manera, las consideraciones sociales y éticas relacionadas con su empleo, además de abogar por un enfoque innovador en la gestión de la privacidad desde la fase de concepción. Los responsables en el ámbito de la inteligencia artificial deben asumir la responsabilidad tanto en la concepción como en la ejecución de los sistemas de IA, garantizando de esta forma la protección de la información personal a lo largo de todo el ciclo de vida de dichos sistemas.²²

Cada etapa se considera un proceso de tratamiento y, en consecuencia, está sujeta al cumplimiento del RGPD. En etapas posteriores del ciclo de vida de la solución de inteligencia artificial, como su integración en un proceso de tratamiento, se requiere una evaluación para determinar si se están tratando datos personales, al menos en lo que respecta a la solución de inteligencia artificial. Si se determina que no se están tratando datos personales, posiblemente debido a su eliminación o anonimización,²³ es necesario demostrar la efectividad de estos procedimientos y evaluar el riesgo potencial de reidentificación.²⁴ Así, con el objetivo de garantizar la ausencia de tratamiento de datos personales en las etapas posteriores del ciclo de vida, como la integración de la solución de inteligencia artificial en un proceso de tratamiento, es necesario demostrar que la eliminación o anonimización de los datos personales es efectiva y evaluar el posible riesgo de reidentificación que pueda existir.²⁵

21 Vid documento de la AEDP sobre adecuación del régimen de protección de datos a sistemas IA. <https://www.aepd.es/documento/adecuacion-rgpd-ia.pdf> (Obtenido el 5 de febrero de 2024)

22 Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial, adoptada el 23 de noviembre de 2021 por la UNESCO

23 El artículo 4.5 del RGPD define la seudonimización como *“el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable”*.

24 Vid documento de la AEDP sobre adecuación del régimen de protección de datos a sistemas IA. <https://www.aepd.es/documento/adecuacion-rgpd-ia.pdf> (Obtenido el 5 de febrero de 2024)

25 *Ibidem*.

4. Condiciones y derechos de los titulares respecto del tratamiento de datos personales en inteligencia artificial

Al uso de la inteligencia artificial le son aplicables las disposiciones generales de protección de datos. El «tratamiento» debe entenderse como *cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción* (art. 4.2 RGPD)

Además, la IA está sujeta a otras regulaciones, principalmente, la llamada Ley de IA, que tiene como objetivo principal regular de manera horizontal el campo de la IA. Se trata de un sector muy regulado, en el que confluyen normas de distinta naturaleza, como lógica consecuencia de su naturaleza compleja.²⁶

El tratamiento debe cumplir con ciertas condiciones. Debe ser lícito, tal y como señala el RGPD, en su artículo 5. A estos efectos, es necesario, de acuerdo

26 La regulación propuesta se centra en los riesgos asociados con la IA, con un enfoque humanista y centrado en la protección de los derechos fundamentales. Tiene en cuenta la probabilidad de daños derivados, especialmente de la IA generativa. Las cuatro categorías de riesgo son: inaceptable, elevado, limitado y mínimo. Así, se acordó prohibir: a) “sistemas de categorización biométrica que utilicen características sensibles (por ejemplo, creencias políticas, orientación sexual o raza); b) la “extracción no dirigida de imágenes faciales” de Internet o grabaciones de circuito cerrado de televisión (CCTV) para crear bases de datos de reconocimiento facial; c) “sistemas de reconocimiento de emociones” en el lugar de trabajo y en instituciones educativas; d) “sistemas de crédito social” basados en el comportamiento social o características personales; y e) “sistemas que manipulen el comportamiento humano” para quebrantar su libre albedrío o que exploten las vulnerabilidades de las personas (por su edad, discapacidad o situación socio-económica). Junto con los sistemas prohibidos, se relacionan otros a los que se considera de riesgo mínimo y los de alto riesgo. Los primeros únicamente quedan sometidos a obligaciones básicas de transparencia, en particular la necesidad de garantizar la accesibilidad a su documentación técnica. Con carácter voluntario, eso sí, las empresas podrán someterse a códigos de conducta adicionales para estos sistemas de IA. Los sistemas de IA clasificados como de alto riesgo forman parte de este grupo porque conllevan un posible daño a la salud, la seguridad, los derechos fundamentales, el medio ambiente, la democracia y el Estado de derecho. Se incluyen, también, los que se usen para influir en resultados electorales y la conducta de los votantes, que quedan sujetos, adicionalmente, a una serie de medidas. En primer lugar, la evaluación y mitigación de riesgos, de entre la cuales, exige una evaluación de impacto sobre derechos fundamentales. Además, exige las garantías de alta calidad de los datos empleados. Una medida que permita el control son los registros de actividad. Exige, igualmente medidas apropiadas de supervisión humana. Y, por último, la información y control ciudadano, en forma de explicaciones sobre las decisiones basadas en este tipo de sistemas que afecten a sus derechos y derecho a presentar quejas sobre este tipo de sistemas.

con el RGPD, que se cumpla, al menos, una de las condiciones recogidas en dicha norma. Se hace referencia a que la persona haya otorgado su consentimiento para que sus datos personales sean procesados con fines específicos. También será lícito si el procesamiento es indispensable para la ejecución de un contrato en el cual la persona afectada es parte, o para la implementación de medidas precontractuales a petición de ésta. O si el procesamiento es esencial para el cumplimiento de una obligación legal que recae sobre el responsable del tratamiento. Así como en aquellos casos en que sea necesario para proteger los intereses vitales de una persona física. Además de si el procesamiento es esencial para cumplir con una tarea de interés público o en el ejercicio de poderes públicos otorgados al responsable del tratamiento. Por último, será lícito, conforme al RGPD si el procesamiento es necesario para satisfacer intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que dichos intereses no prevalezcan sobre los derechos y libertades fundamentales que requieren protección de datos personales, en particular en supuestos de minoría de edad²⁷.

Además, se exigen otros requisitos. Los datos deben ser tratados para la finalidad que se hubiera señalado al momento de su recopilación. Debe haber proporcionalidad, de forma que el tratamiento sea apropiado de acuerdo con la finalidad y que utilice la información que sea imprescindible y necesaria. Además, los datos deben estar limitados, de acuerdo con el principio de minimización de datos. La calidad de los datos es un requisito de todo tratamiento. Lo que significa que deben ser veraces, exactos y adecuados. Deben conservarse de forma tal que se garantice su seguridad y solo por el tiempo necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento, debiéndose garantizar la confidencialidad y seguridad de los datos. Los responsables del tratamiento responden proactivamente de que se cumplan esos requisitos, y de demostrarlo.

Uno de los problemas que plantea el uso de inteligencia artificial es que el propio funcionamiento de la IA se basa en hacer nuevos usos de los datos que fueron obtenidos de manera primaria para otros fines. De ahí que, el principio de la necesaria coherencia del tratamiento con la finalidad exija un test de compatibilidad, que en caso de que no se produzca necesitaría del consentimiento. O de, en su caso un proceso de anonimización, que, a su vez, exige, para que realmente sea efectivo, que el tratamiento se haga según otros criterios, como el de proporcionalidad.

27 Esta disposición no se aplica al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones

El consentimiento es una pieza clave en el tratamiento de los datos, independientemente de que éstos estén sometidos a una mayor o menor protección. El RGPD lo define (art. 4.11) como “*toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen*”

El uso de IA a menudo implica la recopilación y el procesamiento de datos personales sin un consentimiento informado adecuado. Lo que incluye una comprensión o conciencia de la forma en que se utilizan los datos y de las implicaciones completas de proporcionar el consentimiento. Los consentimientos pueden hacerse depender de un conjunto complejo de términos y condiciones legales que son difíciles de entender, lo que hace que dar su consentimiento sea una acción poco informada. Esto es especialmente problemático cuando se trata de servicios en línea, donde a menudo se recopilan datos personales para mejorar la experiencia del usuario o con fines publicitarios. En definitiva, en estas situaciones, no hay un control real de los datos personales. Por lo que el consentimiento se convierte algo simbólico y poco operativo.²⁸

La recopilación y procesamiento de datos sin consentimiento adecuado también pueden dar lugar a un riesgo claro de abuso de datos. Los datos personales pueden utilizarse de formas que las personas afectadas nunca habrían aprobado si hubieran entendido completamente las implicaciones. Esto puede incluir la venta de datos a terceros, el perfilado de usuarios para fines de publicidad dirigida o incluso el uso de datos para tomar decisiones importantes, como la elegibilidad para seguros o empleos. Lo que afecta al principio fundamental de autonomía y control sobre los propios datos personales. La complejidad radica en que muchas veces es difícil otorgar consentimiento cuando las finalidades de uso de los datos son desconocidas o poco claras, al igual que los algoritmos específicos que se emplearán, que también suelen ser opacos para el individuo. Esto lleva a cuestionar la viabilidad de obtener un consentimiento válido para el tratamiento de una cantidad ilimitada de datos. Se ha sugerido, por estos motivos, reservarlo para casos específicos donde sea posible comprender plenamente las implicaciones del tratamiento de datos.²⁹

Desde el punto de vista de los derechos que se reconocen a los titulares de datos personales, el RGPD hace referencia a los derechos de transparencia, in-

28 GÓMEZ ABEJA, L. (2022). “Inteligencia artificial y derechos fundamentales”. En *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*. Murcia: Laborum. pp 91-114.

29 COTINO HUESTO, L. (2017) “Big data ..” *Ob. cit.* pp. 131-150

formación, acceso, rectificación, supresión, limitación, oposición y portabilidad. Quizá el que tenga una especial relevancia en el ámbito de la IA es el relacionado con el derecho de oposición y la toma de decisiones automatizadas, como consecuencia de que las decisiones automatizadas pueden tener un impacto profundo y directo en la vida de las personas. El derecho de oposición supone una oportunidad para evitar esas decisiones a quienes entienden que son injustas, inexactas o discriminatorias, protegiendo así sus derechos e intereses.

Además de los riesgos que suponen, de una manera general, la recopilación y uso excesivo de datos que requiere la IA para entrenar y mejorar sus algoritmos a efectos de privacidad es necesario tener en cuenta que no todos los datos tienen el mismo valor a efectos de su protección. Merecen especial protección los datos personales que, por su naturaleza, son particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales. El artículo 9 del RGPD se refiere como datos de categorías especiales aquellos “*que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física*”.³⁰

Junto con los problemas derivados de la recopilación y uso excesivo de datos, existe un riesgo de discriminación y sesgos, derivado de su uso inadecuado.³¹ Los sistemas de IA pueden estar sujetos a sesgos inherentes en las bases de datos, lo que puede resultar en decisiones discriminatorias³². Si las bases de datos utilizados para entrenar los algoritmos contienen sesgos o reflejan desigualdades existentes, la IA puede perpetuar y amplificar esos sesgos al tomar decisiones automatizadas. Esto plantea problemas que aumentan su gravedad de acuerdo con los efectos de las decisiones en el ámbito de los derechos.

5. Principio de proactividad

La proactividad, como principio relacionado con los datos, tal y como lo en-

30 De acuerdo con el RGPD, el tratamiento de fotografías no debe considerarse sistemáticamente tratamiento de categorías especiales de datos personales, pues únicamente se encuentran comprendidas en la definición de datos biométricos cuando el hecho de ser tratadas con medios técnicos específicos permita la identificación o la autenticación unívocas de una persona física

31 Sobre los sesgos, vid. EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, J.A. (2020) Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”, *Estudios de Deusto*, 68, pp. 325-368.

32 PEREZ-UGENA, M. *El derecho al olvido frente a buscadores de Internet*. Dykinson 2024. P.10

tiende el RGPD incluye referencias a la transparencia, información, comunicación y seguridad. La seguridad de los datos y su posible vulnerabilidad es una de las cuestiones más problemáticas respecto del uso de IA y el aprendizaje autónomo, que funcionan gracias al almacenamiento y procesamiento de estos datos. La falta de protección puede derivar, no sólo en la pérdida de control sobre datos personales o restricción de derechos, sino discriminación, usurpación de identidad, pérdidas financieras, reversión no autorizada de la seudonimización, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, o cualquier otro perjuicio económico o social significativo para la persona física³³. El RGPD hace referencia a esta cuestión en su artículo 4.12. Define la violación de la seguridad de los datos personales como la que “*ocasiona la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos*”

Relacionado con lo anterior, uno de los riesgos más claros es el que plantea la falta de transparencia y explicabilidad derivados de la dificultad de comprender la toma de decisiones respecto de los datos³⁴. Estos principios de transparencia y explicabilidad son fundamentales en la regulación de protección de datos³⁵ y exigen que la información sea clara, accesible, fácil de entender y, cuando sea necesario, visualizada³⁶.

La falta de transparencia en el funcionamiento de la inteligencia artificial, especialmente en ciertos tipos de sistemas, a los que se incluyen en las denominadas “cajas negras”, plantea la posibilidad de que una operación sea en parte incomprensible para sus creadores³⁷. En otras palabras, algunos enfoques de IA pueden ser percibidos de forma que los diseñadores no pueden explicar completamente cómo se desarrollan ciertas decisiones y comportamientos de la IA³⁸. Es-

33 COTINO HUESO, L. CASTELLANOS CLARAMUNT, J. (2022) *ob cit.*

34 COTINO HUESO, L. (2019) “Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho” en *Revista Catalana de Derecho Público*. nº 58. Junio.

35 Art. 22 RGPD, 9.1 Convenio 108 del Consejo de Europa,

36 MEDINA GUERRERO, M. (2022) “El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 49, pp. 141-171.

37 VESTRI G, (2021) La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica: Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (56), 368-398

38 Existen ciertas normas que hacen referencia al respeto ético a la obtención de información destinada a surtir bases algorítmicas particularmente la norma ISO sobre la información tecnológica.

ta opacidad plantea, a su vez, el problema de responsabilidad respecto de los hechos realizados, o de los daños derivados, por un sistema IA. En los casos en que la inteligencia artificial actúa de manera autónoma y sus acciones resultan incomprensibles incluso para quienes la diseñan, surge la interrogante de quién es el responsable de los resultados de esas acciones. Se plantea si el responsable es aquel que diseñó la inteligencia artificial, quien la programó o la propia inteligencia artificial como entidad emergente, además de posibles supuestos de coresponsabilidad, a la hora de determinar en quién recae, en definitiva, la responsabilidad de los hechos o resultados generados por la inteligencia artificial. Para lograr una mejor trazabilidad hay ciertos aspectos fundamentales como la información clara y transparente del sistema de información y su fiabilidad; medidas de supervisión humana, y unos sistemas sólidos, seguros y precisos. La falta de transparencia también podría mermar la posibilidad de impugnar eficazmente las decisiones basadas en resultados producidos por los sistemas IA y, por lo tanto, podría vulnerar, entre otros, el derecho a un juicio imparcial y a un recurso efectivo, y limitar los ámbitos en los que estos sistemas pueden utilizarse legalmente.

Este principio cobra especial importancia en situaciones en las que resulta complicado para las personas entender quién está recopilando sus datos, con qué fines y cómo se utilizan. Resulta evidente en la publicidad en línea, donde a menudo se recopilan datos de los usuarios para dirigir anuncios de manera específica. Además, es fundamental utilizar un lenguaje claro y sencillo. En lugar de sumergirse en una explicación técnica y complicada sobre cómo operan los algoritmos y el aprendizaje automático, la persona encargada de gestionar los datos debe optar por proporcionar información de manera clara y detallada.³⁹Principio del formulario

En definitiva, los algoritmos, especialmente aquellos que incorporan técnicas de aprendizaje artificial, tienen la capacidad de integrar y procesar cantidades masivas de datos, incluyendo datos de carácter personal y sensibles⁴⁰. No obstante, estos algoritmos a menudo poseen un diseño y funcionamiento particularmen-

39 Recomendaciones de buenas prácticas contenidas en el Anexo I Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29 <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf> Se proponen los siguientes ejemplos: *las categorías de datos que se han utilizado o se utilizarán en la elaboración de perfiles o el proceso de toma de decisiones; Por qué estas categorías se consideran pertinentes; Cómo se elaboran los perfiles utilizados en el proceso de decisiones automatizadas, incluidas las estadísticas utilizadas en el análisis; Por qué este perfil es pertinente para el proceso de decisiones automatizadas; Cómo se utiliza para una decisión relativa al interesado. En general, esta información será más pertinente para el interesado y contribuirá a la transparencia del tratamiento*

40 ARELLANO TOLEDO, W. (2019) “El derecho a la transparencia algorítmica en big data e inteligencia artificial”, en *RGDA Iustel*, nº 50, febrero.

te complejo y opaco, lo que dificulta comprender y controlar cómo se tratan estos datos⁴¹. Lo que se conoce como “*explicabilidad*” es consecuencia de la opacidad de los algoritmos, del hecho de que algunos sistemas de IA, como las redes neuronales profundas, sean intrínsecamente complejos y difíciles de entender.⁴² Los titulares de datos personales pueden tener dificultades para comprender cómo se toman las decisiones y qué datos se utilizan para ello, lo que dificulta su capacidad para ejercer su derecho a la privacidad y tomar decisiones informadas sobre el uso de sus datos.

Además, como se ha señalado, los daños pueden producirse no solo en un plano individual, sino afectar de forma masiva a los derechos de grupos sociales. Incluso el perjuicio puede resultar invisible para el derecho fundamental desde la óptica individual del titular del derecho y afectar de forma colectiva. Por lo que es preciso tener en cuenta la dimensión colectiva de los derechos, así como los fundamentos en la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.⁴³ Las evaluaciones de riesgos que se realicen deben incluir esa dimensión colectiva del posible daño.

6. Decisiones automatizadas

La capacidad de verificar la exactitud de los datos utilizados. Como resultado, al configurar perfiles de riesgo, se abre la posibilidad de establecer conexiones involuntarias basadas en prejuicios o sesgos.⁴⁴

Siempre que se permita el tratamiento automatizado se deben proporcionar garantías apropiadas, como informar a la persona interesada, permitirle expresar su opinión, explicar la decisión tomada después de la evaluación y darle la oportunidad de impugnar esa decisión. Los artículos 13 y 14 del GDPR reconocen este derecho referido a “la existencia de toma de decisiones automatizada”. Esto implica que la decisión generada debe tener efectos comparables a los que se derivarían de una decisión que tenga consecuencias legales, cuando se aplica a la persona sometida a este tratamiento.

41 Guía de auditoría algorítmica. Éticas-consulting. <https://www.eticasconsulting.com/wp-content/uploads/2021/01/Eticas-consulting.pdf> (Obtenido el 3 de marzo de 2024)

42 ORTIZ ZÁRATE ALCARAZ, L. (2022) “Explicabilidad de la inteligencia artificial”. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. n° 22, pp. 328-344, p. 334 .

43 COTINO HUESTO, L. (2017) “Big data ..” *ob. cit.*

44 COTINO HUESO, L. (2020) «SyRI, ¿a quién sanciono? Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020», *La Ley Privacidad*, n° 4, mayo.

Muchas decisiones automatizadas en realidad involucran cierto grado de intervención humana, sin embargo, para considerarse como tal, tiene que ser activa y no solo un gesto simbólico, es decir, tiene que tener un grado determinado de relevancia y capacidad. Para ello, se recomienda valorar la participación de una persona en el proceso de decisión examinando diferentes aspectos, como su autoridad, competencia, capacidad, diligencia o independencia. Debe llevarse a cabo por parte de una persona autorizada y competente para modificar la decisión. Como parte del análisis, debe tener en cuenta todos los datos pertinentes. Además, el responsable del tratamiento debe identificar y registrar el grado de participación humana en el proceso de toma de decisiones y en qué punto se produce esta.⁴⁵

7. Elaboración de perfiles.

El tratamiento automatizado de datos también abarca la elaboración de perfiles⁴⁶, que es la evaluación de datos personales para analizar o predecir aspectos que pueden tener una finalidad muy distinta, relacionados, por ejemplo, con el ámbito laboral, la situación económica, la salud, preferencias personales, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de una persona, cuando estas evaluaciones pueden tener consecuencias legales significativas o un impacto similar.⁴⁷

“Toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física”. (Art.4.4 RGPD)

45 Vid entrada en la Web de la Agencia Española de Protección de datos sobre “Evaluación de la intervención humana en las decisiones automatizadas” <https://www.aepd.es/prensa-y-comunicacion/blog/evaluacion-de-la-intervencion-humana-en-las-decisiones-automatizadas> (Obtenido el 4 de marzo de 2024)

46 Debe ser una forma automatizada de tratamiento, incluyen aquellos tratamientos que tienen participación parcialmente humana. Debe llevarse a cabo respecto a datos personales; Y el objetivo de la elaboración de perfiles debe ser evaluar aspectos personales sobre una persona física. Vid documento de la AEDP sobre adecuación del régimen de protección de datos a sistemas IA.

<https://www.aepd.es/documento/adecuacion-rgpd-ia.pdf> (Obtenido el 5 de febrero de 2024)

47 Los campos del sector bancario y financiero, la asistencia sanitaria, la fiscalidad, los seguros, la mercadotecnia y la publicidad son ejemplos típicos en los cuales se lleva a cabo de manera recurrente la elaboración de perfiles para enriquecer el proceso de toma de decisiones.

El tratamiento automatizado y la creación de perfiles pueden solaparse. Es frecuente que estas dos actividades estén relacionadas, ya que un proceso inicial de toma de decisiones automatizadas puede evolucionar hacia un proceso basado en la creación de perfiles, dependiendo de cómo se utilicen los datos. Las decisiones automatizadas se refieren a tomar decisiones utilizando tecnología sin la intervención de seres humanos. Estas decisiones se pueden basar en diferentes tipos de datos, como la información proporcionada por las personas (como respuestas a un cuestionario), datos observados sobre las personas (como la ubicación registrada a través de una aplicación) o datos derivados o inferidos, como un perfil existente de una persona (por ejemplo, una calificación crediticia). La automatización de decisiones puede, o no, incluir la creación de perfiles de las personas. La creación de perfiles implica recopilar información detallada sobre una persona, pero no siempre se utiliza para tomar decisiones automatizadas⁴⁸.

Teóricamente son cuestiones distintas. El tratamiento automatizado se daría ante un servicio de atención al cliente de una compañía de telecomunicaciones, por ejemplo, que utiliza un sistema automatizado para rastrear y registrar las quejas de los clientes. Cuando un cliente presenta una queja a través de un formulario en línea o a través de una llamada automatizada, el sistema registra automáticamente la queja y asigna un número de seguimiento. Luego, el sistema puede generar respuestas automatizadas o notificaciones de estado a lo largo del proceso de resolución de la queja sin intervención humana directa. La elaboración de perfiles se daría por la misma compañía de telecomunicaciones, al realizar un análisis de perfiles de sus clientes para identificar tendencias y preferencias. Utilizan datos de facturación, historiales de llamadas y patrones de uso para crear perfiles de clientes. Con estos perfiles, la compañía puede personalizar sus ofertas y promociones. Por ejemplo, pueden identificar a los clientes que son propensos a cambiar de proveedor y dirigir ofertas especiales hacia ellos para retenerlos. Esta elaboración de perfiles se basa en el análisis de datos, pero no implica decisiones automáticas como el tratamiento automatizado de las quejas. En re-

48 Recomendaciones de buenas prácticas contenidas en el Anexo 1 Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29 <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf> Se plantea el siguiente ejemplo: *La imposición de multas por exceso de velocidad únicamente sobre la base de las pruebas de los radares de velocidad es un proceso de decisiones automatizadas que no implica necesariamente la elaboración de perfiles. Sin embargo, puede convertirse en una decisión basada en la elaboración de perfiles si los hábitos de conducción de la persona se supervisan a lo largo del tiempo y, por ejemplo, la cuantía de la multa impuesta es el resultado de una evaluación que implique otros factores, como si el exceso de velocidad es un caso de reincidencia o si el conductor ha cometido otras infracciones de tráfico recientemente.*

sumen, el tratamiento automatizado implica la toma de decisiones automáticas sin intervención humana significativa, como respuestas automáticas a las quejas, mientras que la elaboración de perfiles, para actuar de forma más eficiente, realiza un análisis de datos para entender a los clientes y personalizar ofertas, pero las decisiones basadas en estos perfiles generalmente involucran la intervención humana para implementar estrategias específicas⁴⁹.

La creación de perfiles tiene el potencial de perpetuar los estigmas preexistentes y fomentar la fragmentación social. De manera paralela, puede encajonar a una persona en una etiqueta específica⁵⁰, restringiendo sus opciones a las sugerencias preestablecidas. Este fenómeno puede minar la libertad de elección de las personas, limitando, por ejemplo, sus decisiones sobre productos y servicios. La creación de perfiles puede conllevar predicciones erróneas, mientras que, en otros casos, puede dar lugar a la negación de servicios y bienes, perpetrando así una discriminación injustificada. El RGPD establece disposiciones con el propósito de garantizar que la práctica de elaboración de perfiles y la toma de decisiones automatizadas, ya sea con o sin la elaboración de perfiles, se realicen de manera que no conlleven un impacto injustificado en los derechos. Entre estas disposiciones se incluyen la imposición de requisitos específicos en cuanto a transparencia y equidad, así como la asignación de mayores responsabilidades en términos de proactividad. También, la definición de bases legales específicas para el procesamiento de datos. El otorgamiento de derechos individuales para oponerse a la elaboración de perfiles, en particular con fines de marketing. Y, por último, la exigencia de llevar a cabo una evaluación de impacto en la protección de datos en los casos en que se pongan especialmente en riesgo los derechos y libertades.

La elaboración de perfiles está formada por tres elementos: debe ser una forma automatizada de tratamiento, debe llevarse a cabo respecto a datos personales y el objetivo de la elaboración de perfiles debe ser evaluar aspectos personales sobre una persona física⁵¹. Implica un proceso de tratamiento automatizado, aunque no excluye la participación humana en la definición de dichos perfiles. Este procedimiento se basa en deducciones estadísticas y se utiliza comúnmente para predecir comportamientos o características de personas a partir de datos re-

49 SORIANO ARNANZ, A. (2021): “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, en: *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 56.

50 TÉLLEZ AGUILERA, A. (2001) *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos*, Edisofer, Madrid,

51 Recomendaciones de buenas prácticas contenidas en el Anexo 1 Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29 <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf> (Obtenido el 4 de febrero de 2024)

colectados de diversas fuentes, considerando similitudes estadísticas con otras.

Según el RGPD, la creación de perfiles se define como el procesamiento automatizado de datos personales con el fin de evaluar aspectos personales, especialmente para analizar o prever aspectos de las personas. El término “evaluar” implica que la creación de perfiles involucra algún tipo de valoración o juicio sobre alguien. Sin embargo, es preciso destacar que la mera clasificación de personas en función de datos conocidos como edad, sexo y altura no siempre constituye una creación de perfiles, ya que esto dependerá de la finalidad de dicha clasificación. Por ejemplo, una empresa podría clasificar a sus clientes en función de su edad o género con fines estadísticos y para obtener una visión general de su base de clientes, sin realizar predicciones o sacar conclusiones sobre una persona en particular. En este caso, la finalidad no es evaluar las características individuales, por lo que no se consideraría una creación de perfiles⁵².

En textos anteriores, en los que se inspira el RGPD, se recoge que la elaboración de perfiles puede implicar tres fases distintas. La primera, referida a la recogida de datos. Una segunda, de análisis automatizado para identificar correlaciones. Y la tercera, a la aplicación de la correlación a una persona para identificar características de comportamientos presentes o futuros. Los responsables que llevan a cabo la elaboración de perfiles deberán garantizar que cumplen los requisitos del RGPD respecto a todas estas fases.⁵³

El RGPD, como se ha señalado, exige transparencia en el tratamiento de datos personales, así como que los responsables del tratamiento proporcionen información clara y accesible a los interesados para que estos comprendan cómo se utilizan sus datos personales. En la elaboración de perfiles y el tratamiento de decisiones automatizadas se aplican los principios del régimen de protección de datos. El proceso de elaboración de perfiles, que implica la creación de datos derivados o inferidos sobre las personas a partir de datos personales existentes, a menudo es invisible para la persona cuyos datos se están procesando. Estos datos “nuevos” no son proporcionados directamente por la persona, lo que puede hacer que sea difícil para las personas comprender cómo se toman decisiones automatizadas basadas en estos perfiles.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ La Recomendación [CM/Rec\(2010\)13](#) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal en el contexto de la creación de perfiles

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cdd2a (Obtenido el 3 de febrero de 2024)

De acuerdo con el artículo 12, apartado 1 del RGPD, el responsable del tratamiento de datos está obligado a proporcionar a las personas una información que sea concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso. Esta información debe ser proporcionada a los interesados para que comprendan cómo se están tratando sus datos personales. El RGPD busca así garantizar que la elaboración de perfiles se realice de manera transparente, se evite la posible discriminación y se asegure el derecho de comprender y cuestionar las decisiones automatizadas que se toman con base en estos perfiles.

Al conectar la creación de perfiles con el *big data* debe tenerse en cuenta el efecto que conlleva la enorme cantidad de datos que se utilizan. No se trata solo de identificar características compartidas en un grupo para establecer patrones generales que puedan ser sometidos a una mayor evaluación. En el uso de la IA este enfoque se transforma en predicciones mucho más específicas y personalizadas para cada persona. De lo que deriva el riesgo sobre cómo estas predicciones pueden ser utilizadas, ya que podrían llevar a decisiones perjudiciales basadas en suposiciones sobre las inclinaciones futuras de las personas en lugar de sus acciones reales. Esta práctica afecta a la autonomía y la dignidad humana y conlleva un riesgo de discriminación. Por lo tanto, es crucial buscar un equilibrio entre la utilidad de las predicciones basadas en datos masivos y la protección de los derechos individuales.⁵⁴

El principio de lealtad y transparencia en el tratamiento de datos personales y, más en concreto, en el contexto de la elaboración de perfiles, es fundamental para garantizar la inexistencia de sesgos. La elaboración de perfiles puede ser desleal si se utiliza de manera discriminatoria o injusta. La elaboración de perfiles puede, también, suponer la utilización de datos personales que se recogieron originalmente para otra finalidad. El tratamiento adicional deberá estar en consonancia con los objetivos originales para los cuales se obtuvieron los datos, y esto dependerá de varios factores, que incluyen la información proporcionada inicialmente por el encargado del tratamiento al interesado.

Estos factores se encuentran recogidos en el (RGPD) y se pueden resumir de la siguiente manera: La relación entre los fines para los cuales se recopilaban los datos y los propósitos de su tratamiento posterior; El contexto en el cual se recolectaron los datos y las expectativas razonables de los interesados en cuanto a su uso futuro; La naturaleza de los datos en cuestión; Las posibles repercusiones para los interesados derivadas del tratamiento adicional; Las garantías implementadas por el responsable del tratamiento para garantizar un proceso de tratamiento

54 GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. (2018) "La elaboración." *Ob. cit.* pp. 116 y 136

justo y prevenir cualquier impacto negativo.

En el proceso de elaboración de perfiles, es esencial aplicar el principio de minimización de datos, lo que significa recolectar y retener solo la cantidad mínima de información necesaria para cumplir con el propósito establecido previamente. Por ejemplo, para un perfil de comportamiento de compra, solo deberían recopilarse datos de transacciones relevantes y no información adicional innecesaria. De esta forma, al limitar la cantidad de datos personales recopilados, se reduce el riesgo de violaciones de privacidad y abusos de datos. Es responsabilidad de los encargados del tratamiento de datos garantizar el cumplimiento del principio de minimización de datos, así como cumplir con los requisitos relacionados con los principios de limitación de la finalidad y limitación del período de conservación. Además, los responsables deben ser capaces de explicar y justificar de manera clara la necesidad de recopilar y retener datos personales, o considerar la utilización de datos agregados, datos anónimos o, cuando sea suficientemente protector, datos seudoanonimizados en el proceso de elaboración de perfiles. De esta forma se trata de busca equilibrar las oportunidades comerciales con la protección de la privacidad.

Otra exigencia en el tratamiento de datos frente a decisiones automatizadas y elaboración de perfiles es la limitación del plazo de conservación. Se refiere a la necesidad de que solo se retengan datos personales durante el tiempo estrictamente necesario para cumplir con el propósito inicial de su recopilación. Esto implica que los datos deben ser eliminados o anonimizados una vez que ya no se requieran para dicho propósito, garantizando así la protección de la privacidad y los derechos de las personas. Estos propósitos pueden incluir la prestación de un servicio, el cumplimiento de obligaciones legales, la investigación u otros fines legítimos. En el ámbito de la IA la limitación del plazo de conservación de los datos cobra especial importancia por varias razones. De una parte, por el riesgo de violaciones de seguridad y acceso no autorizado. En sistemas de IA, donde se manejan grandes volúmenes de datos, limitar el plazo de conservación ayuda a minimizar estos riesgos, protegiendo así la integridad de los datos y la privacidad de los individuos. Además, por la mitigación de sesgos y desactualización, que conlleva que los modelos de IA se entrenen y operen con datos relevantes y actuales, mejorando así la precisión y equidad en la elaboración de perfiles. Y, de forma general, se viene a dar cumplimiento al contenido del RGPD, lo que deriva en una base fundamental para hacer efectiva la transparencia en sistemas IA.

Es especialmente relevante y preocupante por las enormes posibilidades de control que supone, la utilización de datos biométricos. Los datos biométricos son, de acuerdo con la definición del RGPD “*datos personales obtenidos a par-*

tir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o de conducta de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos” (artículo 4)

Estos datos pueden ser de naturaleza estática o dinámica, y en algunos casos, se utilizan sistemas multimodales que combinan ambas características. La biometría estática incluye la identificación de características físicas de una persona que no cambian con el tiempo. Algunos ejemplos son el uso de iris y retina de los ojos, la geometría facial o las huellas dactilares. En el caso de la biometría dinámica, estos datos biométricos se centran en características conductuales o de comportamiento que pueden cambiar con el tiempo. Ejemplos de datos biométricos dinámicos incluyen la voz, la firma o la dinámica de escritura. Por último, la biometría multimodal es una categoría que combina tanto las características estáticas como las dinámicas para lograr una identificación más robusta y precisa. Los sistemas biométricos multimodales utilizan múltiples fuentes de datos biométricos para confirmar la identidad de una persona.

La implementación de sistemas que utilizan datos biométricos, como el reconocimiento facial, el reconocimiento de voz o la autenticación mediante huellas dactilares, se ha vuelto cada vez más común en aplicaciones como sistemas de pago, sistemas de seguridad y autenticación de usuarios. Sin embargo, es fundamental que estos sistemas se regulen adecuadamente para garantizar la protección de la privacidad. El RGPD los regula dentro de las categorías especiales de datos personales del artículo 10.

La aplicación de sistemas IA conlleva un riesgo muy fuerte para la privacidad en el uso de los datos biométricos. La llegada de la inteligencia artificial representa un avance significativo, completamente distinto al uso tradicional de la videovigilancia, al que, hasta el momento, se viene refiriendo su aplicación práctica de manera particular. Actualmente, gracias a la IA, se puede comparar instantáneamente las imágenes de las personas captadas con listas de individuos buscados, o incluso generar grandes volúmenes de datos procesados de forma automatizada para diversos fines. Es evidente que la regulación habitualmente insuficiente de la videovigilancia no puede brindar una cobertura legal adecuada a estos nuevos desarrollos. Por lo que se necesitan nuevas normas de cumplimiento normativo con análisis de riesgos en las que se determinen las condiciones para el uso de estos sistemas.⁵⁵Principio del formularioFinal del formulario

55 COTINO HUESO L. (2023) “Sistemas de inteligencia artificial con reconocimiento facial y datos

La precisión en el manejo de datos biométricos es vital en sistemas de IA como reconocimiento facial o dactilar. Si la IA no identifica correctamente a una persona, se genera un perfil erróneo antes de realizar el proceso principal. Por ejemplo, un sistema de reconocimiento facial podría tener dificultades para identificar a una persona con rasgos faciales poco comunes. Esto podría llevar a un perfilado erróneo y a la exclusión de estas personas de ciertos servicios o espacios. Los sistemas de IA precisos se traducen en sistemas con datos que cumplen con el requisito de exactitud. Lo que resulta fundamental para evitar discriminación y garantizar una IA inclusiva. El responsable del tratamiento debe ser consciente de las limitaciones de la IA y ofrecer mecanismos alternativos para evitar la exclusión de usuarios, minimizar errores, incluir algoritmos más robustos y ofrecer alternativas a los usuarios que no puedan ser identificados por el sistema de IA. Lo que, a su vez, se relaciona con la transparencia y explicabilidad de los sistemas IA.

Es por último necesaria la referencia a las diferencias entre los sistemas europeos y estadounidense respecto de esta cuestión. Es reseñable cómo la opción de la UE se conecta con el derecho de los ciudadanos a conocer y controlar el poder público al dar un mayor peso al derecho de motivación algorítmica. En cambio, en el Derecho estadounidense, la falta de regulación ha llevado a que la protección de secretos comerciales prevalezca sobre el derecho al conocimiento, favoreciendo a las empresas privadas.⁵⁶

8. Responsabilidad en el tratamiento de datos: el modelo de la responsabilidad proactiva.

El encargado del tratamiento de datos, de acuerdo con el RGPD, debe implementar medidas técnicas, legales y organizativas adecuadas para asegurar y demostrar la conformidad con la normativa de protección de datos personales. Esto implica considerar la naturaleza, alcance, contexto y propósitos del tratamiento, así como los riesgos para los derechos y libertades. A partir de este conocimiento deben determinar de forma explícita la forma en que aplicarán las medidas que el RGPD prevé, asegurándose de que esas medidas son las adecuadas para cumplir con el mismo y de que pueden demostrarlo ante los interesados y ante las autoridades de supervisión.

biométricos. Mejor regular bien que prohibir mal” *El cronista del estado social y democrático de derecho* núm. 100.

56 MIINICON G. (2021) Towards an “Algorithm Constitutional by Design” *Biolaw journal* 1pp. 381 a 403.

Además, es necesario que el responsable del tratamiento realice un análisis de los riesgos para los derechos, de forma que garantice y pueda demostrar el cumplimiento de los principios que justifican el uso de datos personales a lo largo de su ciclo de vida, desde la adquisición hasta la eliminación o anonimización. En consecuencia, esto requiere una actitud consciente, diligente y proactiva por parte de las organizaciones en todos los procesos de tratamiento de datos personales, que le obliga a poner en marcha medidas de distinto tipo y alcance para la protección de los derechos. Todo ello, de acuerdo con un enfoque preventivo, basado en un sistema de responsabilidad proactiva que obliga al encargado del tratamiento a anticiparse a los riesgos y a adoptar medidas para prevenirlos.⁵⁷

De forma general, se puede concluir que el Reglamento ha supuesto un avance importante, pero debería ser más sencillo y comprensible para los responsables del tratamiento; Definir con mayor claridad los requisitos que deben aplicarse para cumplir con el modelo de responsabilidad proactiva. Es necesario establecer mecanismos de control efectivo para garantizar que se cumple con el RGPD. Además, pese a que el Reglamento hace referencia a la responsabilidad de los responsables del tratamiento, a quienes señala como responsables proactivos, es en la ciudadanía donde parece descansar en la responsabilidad, activa, respecto del tratamiento de los datos⁵⁸. Lo que no resulta adecuado para proteger un derecho fundamental, además de que a la persona se le presumen una serie de conocimientos que puede, muy bien, no tener⁵⁹. Por último, el Reglamento abusa de conceptos jurídicos indeterminados y realiza abundantes remisiones a normativas internas⁶⁰. Resulta necesario establecer medidas de control efectivo, de corrección, responsabilidad, rendición de cuentas y transparencia relativas al tratamiento de los datos.

9. Conclusiones

57 Recomendaciones de buenas prácticas contenidas en el Anexo 1 Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29 <https://www.aepd.es/documento/wp251rev01-es.pdf>

58 Se señalan ciertos elementos rectores de la responsabilidad proactiva: La identificación de una responsabilidad en el tratamiento; El análisis del riesgo para los derechos y libertades; El estudio de la necesidad y la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento con respecto a su finalidad; El despliegue de medidas para la gestión del riesgo, medidas de privacidad por defecto y desde diseño, medidas de seguridad, de gestión de incidentes, etc. Vid documento de la AEDP sobre adecuación del régimen de protección de datos a sistemas IA. <https://www.aepd.es/documento/adecuacion-rgpd-ia.pdf> (Obtenido el 5 de febrero de 2024)

59 GOMEZ ABEJA, L: “inteligencia..” *Ob. cit.* pp. 91-114 esp. P.102

60 *Ibidem.*

La irrupción de la Inteligencia Artificial (IA) en diversos sectores trae consigo un enorme potencial transformador. Su capacidad para automatizar tareas, predecir resultados y perfilar riesgos abre un enorme abanico de posibilidades. Sin embargo, la aplicación de la IA también presenta importantes riesgos, especialmente, en materia de protección de datos. La recopilación y almacenamiento masivo de datos personales, los sesgos y la discriminación algorítmica, la falta de transparencia y explicabilidad en los algoritmos, y el acceso y control de los datos por parte de las personas son algunos de los principales riesgos que se deben afrontar.

Para garantizar un uso responsable de la IA, es necesario un marco legal sólido que regule su aplicación, priorizando la protección de datos. Este marco debe basarse en principios éticos claros como la transparencia, la explicabilidad, la no discriminación y la minimización de datos, en un sistema regulado por distintas normas sectoriales, que se unen al régimen establecido en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea.

A lo largo del trabajo se han analizado las situaciones que permiten la toma de decisiones automatizadas, y el derecho a oponerse a las que se basen únicamente en algoritmos, con las condiciones que se determinan. Se concreta la forma en que se interpreta el derecho a la participación humana en la toma de decisiones algorítmicas, lo que implica que debe haber una persona que pueda escuchar y atender las objeciones del interesado y modificar la decisión automatizada inicial si fue injusta, sesgada o incorrecta.

Se diferencia la decisión automatizada de la creación de perfiles, llegando a la conclusión de que responden a dos acciones distintas, al menos teóricamente, pese a que se solapan en la práctica. Al poner en relación la creación de perfiles con el *big data* debe tenerse en cuenta el efecto que conlleva la enorme cantidad de datos que se utilizan. No se trata solo de identificar características compartidas en un grupo para establecer patrones generales que puedan ser sometidos a una mayor evaluación. En el uso de la IA este enfoque se transforma en predicciones mucho más específicas y personalizadas para cada persona. De ahí deriva el riesgo de evaluación que exige garantías claras de oposición, conforme al régimen de protección de datos.

Es fundamental establecer mecanismos de control y supervisión para auditar el uso de la IA y garantizar su cumplimiento con la normativa de protección de datos. El responsable del tratamiento deberá asumir una posición proactiva, conforme al RGPD, que exige una actuación compleja dirigida a una protección más real de los datos, pese a sus enormes dificultades.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ARELLANO TOLEDO, W. (2019) “El derecho a la transparencia algorítmica en big data e inteligencia artificial”, en *RGDA Iustel*, n° 50, febrero.

BALAGUER CALLEJÓN. F. (2023) *La constitución del algoritmo* Fundación Giménez Abad. Zaragoza,. 2ºed.

CASTELLANOS CLARAMUNT J; MONTERO CARO, M.D. (2020) “Perspectiva constitucional de las garantías de aplicación de la inteligencia artificial: la ineludible protección de los derechos fundamentales” *Ius et scientia* Vol. 6, núm. 2 pp. 72-82.

COTINO HUESTO, L.. (2023) “Sistemas de inteligencia artificial con reconocimiento facial y datos biométricos. Mejor regular bien que prohibir mal” *El cronista del estado social y democrático de derecho* núm. 100.

-(2020) «SyRI, ¿a quién sanciono? Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020», *La Ley Privacidad*, n° 4, mayo.

-(2017) “Big data e inteligencia artificial, una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, en: *Dilemata*, 24, pp.131-150

-(2019) “Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho” en *Revista Catalana de Derecho Público*. Núm. 58.

COTINO HUESO, L. CASTELLANOS CLARAMUNT, J. (2022) *Transparencia y explicabilidad de la Inteligencia Artificial*. Tirant Lo Blanch. Valencia

EGUÍLUZ CASTAÑEIRA. J.A. (2020) Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”, *Estudios de Deusto*, 68, pp. 325-368.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. (2018) “La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales. Una primera aproximación a su regulación en el RGPD” *Revista Derechos y Libertades* , núm. 38. Madrid: Dykinson, pp. 116 y 136

- (2015) Nuevos retos para la protección de datos personales en la Era del Big Data y de la computación ubicua Madrid: Dykinson.

GÓMEZ ABEJA, L. (2022). “Inteligencia artificial y derechos fundamentales”.

En *Inteligencia artificial y filosofía del derecho* (pp. 91-114). Murcia: Laborum.

HERNANDEZ PEÑA, J.C. (2022) *El marco jurídico de la inteligencia artificial. Principios, procedimientos y estructuras de gobernanza*. Aranzadi.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2000) “Las vicisitudes del derecho de la protección de datos personales” en *Revista Vasca de Administración Pública*. Vol. 2, n.o 58, pp. 211-242;

MARTINEZ GARAI, L. (2018) “Peligrosidad, algoritmos y due process: el caso state v loomis” UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, núm. 20

MEDINA GUERRERO, M. (2022) “El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales”, en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 49, pp. 141-171.

MIINICON G. (2021) Towards an “Algorithm Constitutional by Design” *Bi-law journal* 1.pp. 381 a 403.

ORTIZ ZÁRATE ALCARAZ, L. (2022) “Explicabilidad de la inteligencia artificial”. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. n° 22, pp. 328-344, p. 334 .

PALMA ORTIGOSA, A. (2022) *Decisiones automatizadas y protección de datos personales. Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*. Dykinson.

PEREZ-UGENA, M. *El derecho al olvido frente a buscadores de Internet*. Dykinson 2024. P.10

PEREZ-UGENA A, M. “Implicaciones constitucionales de las nuevas tecnologías” *Revista de Derecho Político*, núm. 54, 2002, págs. 153-196

SORIANO ARNANZ, A. (2021): “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, en: *Revista General de Derecho Administrativo*, n°. 56.

TÉLLEZ AGUILERA, A. (2001) *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos*, Edisofer, Madrid,

VESTRI G, (2021) La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica: Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa. *Re-*

vista Aragonesa de Administración Pública, (56), 368-398

COMENTARIOS SOBRE EL ESTADO DE LA TUTELA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN EL SISTEMA EUROPEO Y AMERICANO DESDE LA EXPERIENCIA
HISPANOCOLOMBIANA

COMMENTS ON THE STATE OF MULTILEVEL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS
IN THE EUROPEAN AND AMERICAN SYSTEM FROM THE HISPANOCOLOMBIAN
EXPERIENCE

Manuel Palomares Herrera

Universidad Internacional de la Rioja

manuel.palomares@unir.net

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1520-5036>.

Cómo citar/Citation:

Palomares-Herrera. M. “Comentarios sobre el estado de la tutela multinivel de los derechos humanos en el Sistema Europeo y Americano desde la experiencia hispanocolombiana. Parlamento y Constitución”. *Revista Parlamento y Constitución de las Cortes de Castilla la Mancha*, Nº 25, 2024.

Recibido: 13-02-2024

Aceptado: 10-04-2024

Resumen: El presente estudio presenta un análisis en torno al funcionamiento actual de la llamada tutela multinivel de los derechos humanos en donde el derecho constitucional interno es el marco de operaciones a analizar. Y es por eso por lo que se estudian las actuales evidencias que señala la doctrina hacia el perfeccionamiento de la tutela multinivel para a continuación realizar un estudio de derecho comparado del sistema interamericano y el europeo con especial atención a España y a Colombia como ejemplos de cercanía para, finalmente, realizar una reflexión crítica en torno a la falta de ejecutividad de las resoluciones internacionales en instancias nacionales y que relegan a la protección internacional de los derechos humanos a lo puramente declarativo y poco o nada ejecutivo, ergo alejad de su pretensión inicial.

Palabras clave: Derechos Humanos, tutela multinivel, derecho comparado, justicia multinivel, tribunales internacionales, derecho constitucional.

Abstract: This study presents an analysis of the current functioning of the so-called multi-level protection of human rights where internal constitutional law is the framework of operations to be analyzed. And that is why the current evidence that the doctrine points towards the improvement of multilevel protection

1 Doctor en Derecho Constitucional. Profesor Contratado Doctor de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR).

is studied to then carry out a study of comparative law of the inter-American and European systems with special attention to Spain and Colombia as examples of closeness for Finally, carry out a critical reflection on the lack of enforceability of international resolutions in national instances and that relegate the international protection of human rights to purely declarative and little or no executive, ergo far from its initial intention.

Keywords: Human Rights, multilevel protection, comparative law, multilevel justice, international courts, constitutional law.

SUMARIO

- 1. Comentario a las evidencias actuales de las principales fallas de la tutela multinivel.*
- 2. Breve comparativa euroamericana en torno a la integración de la justicia multinivel y sus retos actuales.*
 - 2.1. En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.*
 - 2.2. En el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos.*
- 3. Conclusiones.*
- 4. Referencias bibliográficas y jurisprudenciales.*

1. Comentario a las evidencias actuales de las principales fallas de la tutela multinivel

Ab initio, hemos de señalar que cuando hablamos de la tutela multinivel nos referimos al repertorio y florilegio de salvaguardas y mecanismos al que el ciudadano puede acudir dentro del sistema internacional de protección de los derechos humanos (en adelante DDHH) que estudia la Protección Internacional de los DDHH, disciplina del Derecho Internacional Público y en donde encontramos distintos niveles de protección (nacional, regional e internacional): así daremos el *verbi gratia* del principio de jurisdicción universal o los procedimientos constitucionales de protección de los DDHH a nivel nacional; los modelos regionales² de protección a efectos convencionales [declaraciones y convenios continentales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante CEDH) o la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (en adelante CADH)] y orgánicos [Como, respectivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH)]; y el modelo internacional desde los tribunales permanentes y declaraciones universales como la de 1948, los pactos de Nueva York, las convenciones de la ONU, el Estatuto de Roma, *et al.*

Un sistema de tutela multinivel en el modelo para lo que fue concebido representa a primera vista un escenario ideal frente a la salvaguarda de los DDHH, no obstante, al apartar esa mirada superficial y observar a fondo los detalles del asunto, es imposible no advertir que se trata de un sistema de protección exigente, que implica todo un engranaje eficaz para su funcionamiento; el cual, como todos los instrumentos es susceptible de presentar fallas, algunas de ellas a superar de manera breve y otras que suponen grandes retos frente a su efectividad y supervivencia. Por ello, a continuación, haremos una revisión de los tres principales focos de tensión respecto a su perfeccionamiento como reto que nos dan esa visión del estado en que se encuentra la tutela multinivel.

Para comenzar, hemos de señalar que existe una evidencia consagrada en la carencia de un ensamblaje sólido y de una interpretación homogénea. Que la convencionalidad se perfecciona en el seno de las instituciones es un hecho, por lo que hemos de abordar en este epígrafe dos cuestiones: primero los conflictos respecto a la cooperación y coordinación entre organismos en cuanto a materias competenciales y a la jerarquía comunitaria; y en segundo término en cuanto a la

2 En nuestro estudio, incardinados en el seno del Consejo de Europa (en adelante CDE) y de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA).

interpretación normativa y de asunción del catálogo de derechos a tutelar. Y es que la tutela multinivel supone la existencia de un contexto de variedad; representada en múltiples catálogos de derechos, diversas garantías para su protección y diferentes actores que interpretan y aplican los fundamentos normativos que propenden por el goce efectivo de los DDHH.³

De lo anterior, se puede ver una línea de conflictos presentados en el contexto europeo de conformidad con el principio de primacía de la Unión Europea (en adelante UE) y la figura de cuestión prejudicial para perfeccionar con el rodaje ese engranaje; frente a este último se resaltar por ejemplo el presentado en el *caso Ajos*, en el cual el Tribunal Supremo de Dinamarca en 2016 adoptó una postura negativa al derecho de la UE, que se apartó de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE) y dio plena aplicabilidad a la Constitución danesa de 1953 con fundamento en la capacidad legislativa de los Estados Miembros.⁴

El escenario descrito ocasiona un retraso en la resolución de fondo de los asuntos ante el vaivén de remisiones por erradas apreciaciones de competencia. De esta forma, se observa un contexto de confluencia judicial que da pie, no solo a los ya aludidos conflictos de competitividad, sino también, a las diversas posturas interpretativas frente a las regulaciones legales existentes; discrepancias que han resultado tan frecuentes que han dado pie al denominado diálogo judicial desde posturas horizontales y verticales.⁵

En el caso colombiano, se puede ejemplificar la adopción de las posturas de la

3 Consecuencia de la diversidad indicada, surge la primera problemática advertida; representada en la existencia de una ventana de producción de conflictos de competencia derivados de divergencias interpretativas; las cuales pueden dar pie al desplazamiento del verdadero factor relevante de las garantías, cual es la efectiva protección de derechos humanos y fundamentales. HERRERA GARCÍA, A. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Tecnos, Madrid, 2010.

4 En igual sentido, se resalta el asunto *Melloni*, el cual reveló también la problemática existente en la protección de derechos en marco de la UE y los estatutos nacionales; en un contexto especial en que, pese a que la UE constituía un nivel de jerarquía superior como organismo, la normatividad nacional resultaba evidentemente más garantista que la supranacional. PUNSET BLANCO, R. “Derechos Fundamentales y Primacía del Derecho Europeo antes y después del caso Melloni”. *Teoría y realidad constitucional*, 2017, no 39, p. 189-212.

5 Con el aludido diálogo, se ha buscado una mínima correspondencia sustantiva y la homogeneidad constitucional, ello mediante la admisión de interpretaciones flexibles y respetuosas que atienden al punto de vista de cada especialización funcional de los órganos que en ellas intervienen y, con el cual se ha logrado la inmersión de dichas posturas definitivas como en el sustento de las decisiones proferidas por otros organismos.

Corte IDH como soporte de las decisiones de su Corte Constitucional en sentencias como la *C-586 de 2016*, donde se citó la opinión consultiva *OC-18 de 2003*⁶ para dejar sin efectos la prohibición del trabajo subterráneo de mujeres en las minas, al considerarlo una postura discriminatoria. De igual manera, la sentencia *C-496 de 2016*, donde en escenario de demanda de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional hizo alusión a la armonización del ordenamiento normativo interno con el interamericano; señalando la complementariedad que representaban las posturas de dicho órgano para el ejercicio de la justicia colombiana.

Como hasta aquí se ha indicado, la protección multinivel tiene presencia de variedad de capas en las cuales se surte su aplicación, lo que a su vez indica la existencia de variedad de derechos en cada una de ellas; bajo dicho contexto es posible advertir que, en ocasiones se encuentra una consonancia entre DDHH en cada uno de los niveles, pero desde otra cara, también se pueden presentar discrepancias o derechos que no están incluidos en ciertos niveles, pero sí en otros; dicha atmósfera puede ocasionar la readaptación de derechos o la ampliación de los catálogos que contienen los mismos, así como una disputa de poderes entre instituciones de diversos niveles de protección.⁷

Así, la diversidad de derechos existentes y el constante surgimiento de otros, ha desencadenado que los textos constitucionales sean visualizados como “instrumentos vivos”, es decir, que deben irse moldeando debido al desarrollo social; lo cual a su vez implica la aplicación del principio de progresividad con miras a que los mismos se tornen de disfrute, respeto y salvaguarda efectiva.

Tampoco es posible dejar a un lado el surgimiento de nuevos derechos que implican una marcada intervención prestacional por parte del Estado; lo que a su vez implica el riesgo de la vida económica del mismo hasta el punto de llegar a generar una incapacidad de cubrimiento de otros derechos que resultan básicos; así entonces, la inclusión en el marco estatal de estas nuevas pretensiones puede representar simplemente una declaratoria de buenas intenciones, teniendo en cuenta que en retórica se garantiza su cumplimiento, pero materialmente no existe manera de hacer efectiva la protección requerida frente a los mismos. Esto ha

6 Dicha opinión consultiva fue elevada por México y hacía referencia al carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación.

7 No se puede desatender que, a mayor número de actores al interior de un proceso, más puntos de vista coexisten y mayor es el margen para que se presenten errores en la actuación, pues el desempeño inadecuado de un rol pone en peligro la gestión realizada o la que se pretenda realizar; por lo cual la protección multinivel requiere de un gran compromiso, responsabilidad y capacidad por parte de sus intervinientes.

generado un sentir de insatisfacción por parte de los particulares y ha aumentado la incredulidad de los mismos frente al poder estatal para garantizar de manera efectiva sus DDHH.⁸

En segundo lugar, señalar como falla la convivencia entre soberanía nacional y actuación en Organizaciones Internacionales en el plano de la tutela multinivel. Lo que excede al contexto descrito, da pie a conceptos como derecho supranacional, justicia universal, justicia penal internacional, derecho penal internacional, entre otros; que permiten la internacionalización de los derechos tanto desde el punto de vista estatal como el particular.

En el contexto colombiano, por ejemplo, en el texto constitucional de 1986 no había un reconocimiento superior de tratados internacionales frente a la misma. No obstante, ante el surgimiento del fenómeno del narcotráfico, la era de violencia desbordada que implicó el mismo y la estructuración del conflicto armado que llevó a la presencia de un estado de sitio por al menos 17 años. Ahí, se observó la imperiosa necesidad de efectuar una reforma constitucional, dentro de la cual se estableció en la Constitución Política 1991 (en adelante CDC), específicamente en su art. 93 CDC, la inclusión de la figura del bloque de constitucionalidad, como tendiente a garantizar una consonancia entre el ordenamiento jurídico colombiano y los tratados internacionales.⁹

Y es que a raíz de la realidad interna de los países y las limitaciones y problemáticas que contienen muchos textos constitucionales, los Estados han adoptado modelos de justicia internacional para suplir estas barreras existentes a nivel interno; ello mediante la incorporación en los textos de la ya señalada cláusula de apertura. En este sentido, se ha señalado Expósito «*Hoy en día, podemos afirmar que los Estados, aunque insisten en su soberanía nacional, han perdido parte del control para el que fueron creados. Esto es así porque los Estados son cada vez más incapaces de hacer frente a los retos y servir a las necesidades de su ciudadanía con respecto a la paz, la seguridad, el bienestar, etc.*».¹⁰

8 De manera inicial, se observaba a través de tesis como *La pirámide de Kelsen* la aplicación única del principio básico de la supremacía de la constitución, lo que implicaba que en un sistema jurídico no había ningún instrumento que pudiese ser aplicado por encima de dicho texto.

9 «*Los tratados y convenidos internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno...*».

10 ORIA EXPÓSITO, R. *Dinámica y tutela multinivel de los derechos*. [En línea] 2016. [Citado el: 23 de 04 de 2023.] <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/3630/1/Oria%20Exp%C3%B3sito%20Roc%20ADO.pdf>. P. 11.

Frente a lo aludido y continuando con la postura de la autora anteriormente citada, se tiene que, con la ampliación de la protección a esferas extra estatales «Se produce así, un desplazamiento en el proceso de determinación de las fuentes jurídicas debido a la aparición de poderes normativos superiores al Estado. Y de forma paralela se produce el fenómeno de la infraestatalidad normativa, con una ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre la ciudadanía y el poder Estatal. Ello no significa que los ordenamientos se coloquen en una relación de jerarquía entre ellos».¹¹

Finalmente, pese a que no se trata de señalar la existencia de una jerarquización entre los ordenamientos supranacionales o internacionales frente a los estatales, no se puede obviar que dichas esferas a veces funcionan como instancias de cierre en ciertos conflictos o marcan pautas para actuar frente a determinadas situaciones lo cual se vislumbra erradamente como la imposición de la postura internacional sobre la nacional.

2. Breve comparativa euroamericana en torno a la integración de la justicia multinivel y sus retos actuales

A continuación, y salvado lo anterior, hemos de señalar desde el derecho comparado in humilde comentario sobre el estado actual de la tutela multinivel en los sistemas referidos. No cabe duda de que el mayor desarrollo y crecimiento del concepto de tutela multinivel se ha configurado en el ámbito europeo; ello a través del fenómeno de integración europea, el surgimiento de la UE y el establecimiento y fortalecimiento del CEDH; no obstante, tal figura se ha extendido a América latina, la cual perfecciona su sistema de forma estoica ante conflictos de verdadera envergadura.

2.1. En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

En América se cuenta igualmente con variedad de instrumentos o documentos que componen un marco normativo vinculante, el cual permite la protección eficaz de los DDHH; así observamos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta de la Organización de los Estados Americanos o la CADH. A su vez, como mecanismos de control de la CADH se tiene a la Comisión Interamericana (en adelante CIDH) de los Derechos Humanos y a la Corte IDH.¹²

¹¹ *Ídem.*

¹² Cabe recalcar que estos dos mecanismos de control, es decir, CIDH y Corte IDH, desempeñan sus

A través del desarrollo de una línea jurisprudencial, la Corte Constitucional de Colombia se ha referido a la integración del derecho internacional y al bloque de constitucionalidad indicando que, «*el Constituyente consagró la primacía del derecho internacional convencional relativo a los derechos humanos, al establecer la prevalencia de los tratados y convenios ratificados por Colombia y la obligación de interpretar la Carta de derechos de conformidad con dichos convenios y tratados*». Lo anterior, haciendo referencia al contenido del art. 93 constitucional. De igual manera precisó: «*En el artículo 94 estableció la posibilidad de aplicar derechos no consagrados en el texto constitucional o incluso en los convenios y tratados ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos inherentes a la persona humana. De acuerdo con este texto constitucional, el valor inherente o fundamental no depende de la consagración expresa: es, pues, un valor normativo independiente de toda consagración en el ordenamiento positivo, tal como lo entendía el clásico derecho natural racionalista*».¹³

En sentencia *C-067 de 2003*, el órgano de cierre constitucional en Colombia también precisó que la normativa en materia constitucional no estaba compuesta de manera única por el articulado de la carta política, sino también por una serie considerable de principios, reglas y normas que configuraban el bloque de constitucionalidad; precisando que incluso se hallaban algunas de mayor jerarquía¹⁴; derivado de ello, se estableció que al momento de escogencia por parte del juzgador de cuál norma (nacional o internacional) aplicar en cada caso concreto, se debía ejercer en la labor la introducción del principio *pro homine* para garantizar la protección más amplia o extensiva de DDHH¹⁵.

Ahora bien, la figura del bloque de constitucionalidad ha sido definida desde un *stricto sensu* para indicar un referente normativo en relación con los principios y normas previstos de rango constitucional, encontrándose allí tratados in-

roles con un efecto complementario, teniendo en cuenta que en el procedimiento de conocimiento de casos, la CIDH realiza la recepción de denuncias y establece la admisibilidad y solución de fondo de carácter amistoso entre las partes y; ante el fracaso de este primer nivel o escenario, el Estado o la CIDH pueden escalar el asunto ante de la Corte IDH siempre y cuando exista una declaratoria de competencia de la misma por parte del Estado. Cabe recalcar en este punto que los particulares deben agotar de manera indispensable el acudir a la Comisión en primera oportunidad, no obstante; los Estados si pueden acceder de manera directa ante la Corte.

13 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. 1992. Bogotá : s.n., 28 de octubre de 1992. MP Ciro Angarita Barón. Si bien se trata de jurisprudencia de hace considerable número de años, cabe recalcar que la misma corresponde a una sentencia hito en el desarrollo de la materia, es decir, en la integración del derecho internacional al campo normativo colombiano.

14 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, sentencia de constitucionalidad C-607 de 2003.

15 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, sentencia de tutela T-284 de 2006. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

ternacionales que reconocen DDHH que no pueden ser objeto de limitación en escenario de estados de excepción; mientras que el fenómeno referido, avizorado desde un *lato sensu* y, por ende referente interpretativo; se refiere a las disposiciones permeadas de rango superior a la normatividad ordinaria, así las mismas no cuenten con carácter constitucional, estas se integran al ordenamiento como normas supraleales.

Cabe recalcar que la inmersión de normatividad internacional a la nacional colombiana no se da de manera indiscriminada, pues la Corte Constitucional colombiana ha sido enfática en establecer que no todos los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad y; derivado de ello, se observa la existencia de una serie de mecanismos de control, siendo estos, el control de constitucionalidad previo a la ratificación de los tratados, el control de convencionalidad de la ley y el uso de los tratados en caso de violación de DDHH de personas particulares; con este último se ha garantizado de manera recurrente la protección de pueblos indígenas, mujeres y la identidad sexual.

Lo anterior, fue condensado así: *«Podemos establecer que en Colombia existe una interacción-integración multinivel absoluta en lo que se refiere a derechos fundamentales. Es decir que el derecho interno colombiano o derecho de producción-protección interna se funde con el derecho de producción-protección externa, creando un único escenario (Hoyos, 2015). En concreto son los artículos expuestos anteriormente la manera en la que se materializa la característica de interacción-integración, a través del Bloque de Constitucionalidad, la manera por la cual se perfecciona la característica propia del modelo de protección constitucional multinivel»*.¹⁶

Ha de precisarse también en este punto que aunado a las dificultades aludidas; en el contexto de América Latina se presenta una marcada injerencia de la corrupción frente a la efectividad de los mecanismos que pretenden garantizar la adecuada protección de DDHH en una modalidad multinivel¹⁷ y es que *«Es claro que el empleo de la corrupción interfiere y afecta el servicio público, desvian-*

16 HURTADO DIAZ, A. *La materialización de la función interacción . integración del constitucionalismo multinivel en Colombia de conformidad con el sistema interamericano de derechos humanos*. USB, Santiago de Cali : s.n., 2016, p. 11.

17 Ejemplo de lo anterior lo constituye Colombia, en donde, según la Organización para la Transparencia Internacional el índice de percepción de la corrupción en el país para el año 2022 le ubica en un puesto número 91 con 39 puntos y también, se concluye que por cuarto año consecutivo América Latina obtuvo un promedio de 43 sobre 100 en dicho índice. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnfnkcehdnncihbkcpkjmddgambogjddjpbggjqp-cglclefindmkaj/https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2022/01/CPI2021_Report_ES-web.pdf (consultado el 02/12/2023).

*do por medios discrecionales, ilegales, ilegítimos y arbitrarios las prerrogativas más elementales para el interés general, truncando con ello el acceso al bien común; pues ponen a la venta privilegios y contraprestaciones que deberían ser salvaguardadas por los servidores en cada una de sus respectivas responsabilidades, puesto que ellos son el muro de contención para prevenir que dichas conductas infecten, se reproduzcan, afecten los principios, valores y la red de leyes más elementales del sistema político».*¹⁸ Así resulta evidente que, la inmersión de la corrupción y cleptocracia en los diferentes campos estatales suponen el desvío de recursos destinados a ciertos aspectos de desarrollo social como la educación, salud, democracia y, evidentemente, el fortalecimiento de la administración de justicia; lo cual se ve representado en el refuerzo de la criminalidad y el debilitamiento de las instituciones judiciales y de los fines del Estado social de derecho.

En informe sobre corrupción y derechos humanos presentado por la CIDH en el año 2019, se estableció la incidencia de los actos de corrupción en la violación de DDHH y en la limitación de su ejercicio y disfrute; planteando situaciones o escenarios en que se configura tal afectación como la malversación de fondos, el peculado, prevaricación, abuso de funciones, tráfico de influencias... recordando que dichos actos pueden tener consecuencias de afectación directa e indirecta.

En palabras de GRUENBERG «*A niveles altos de cumplimiento en las políticas anticorrupción deberían corresponder niveles altos de cumplimiento de los derechos humanos. En estas condiciones ideales, entre estándares anticorrupción y estándares sobre derechos humanos existiría una situación de equilibrio que denominaremos modelo de condiciones ideales (Mci)*»¹⁹. Y es que la desviación de recursos representa que en múltiples ocasiones los montos destinados para el fortalecimiento de la administración de justicia, bien sea en infraestructura, personal, creación de nuevas instituciones y reforma o viabilidad de nuevos mecanismos; se vea paralizada ante la ausencia de presupuesto para tal fin.

En consonancia con lo indicado, el Consejo de Derechos Humanos expresó su alarma «*por el hecho de que la corrupción generalizada incide cada vez más negativamente en el disfrute de todos los derechos humanos, en particular haciendo disminuir los recursos a disposición de todos los sectores del desarro-*

18 MANRIQUE MOLINA, F.E. "El impacto de la corrupción y la cleptocracia en los derechos humanos: hacia el fortalecimiento de mecanismos de tutela multinivel para su defensa en América Latina". *Morelos: Revista Logos, Ciencia & Tecnología*, 2019, p. 16.

19 GRUENBERG, CH. *Corrupción y Derechos Humanos*. CIPCE. 2007, p. 17.

llo, de modo que se dificulta la realización de todos los derechos humanos». ²⁰ Lo anterior, toma suma relevancia teniendo en cuenta que la justicia interamericana cuenta con unos mecanismos impulsores, dentro de los cuales se encuentra el Defensor Público Interamericano y el Fondo de Asistencia Legal a las Víctimas (en adelante FALV); mediante los cuales se busca garantizar que las personas que carecen de recursos para acceder a dicha instancia puedan hacerlo mediante un apoyo público. ²¹

Otra manera de afectación de la corrupción frente a la efectiva protección de DDHH la constituye la violencia contra servidores públicos; situación que aconteció en caso de la magistrada Gloria Porras de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, frente a quien fue necesario el decreto de medidas cautelares por parte de la CIDH para salvaguardar su vida e integridad personal, derivado de la amenazas recibidas a partir de las investigaciones que aquella adelantaba frente al fenómeno de corrupción, por lo cual; ha de concluirse que dicha anomalía representa un obstáculo frente al ejercicio de la función judicial y; por ende, de protección de DDHH en un escenario adecuado de independencia e imparcialidad por inexistencia de coerción, representada a través de amenazas, agresiones y hostigamiento. ²²

Frente a lo anterior, se ha precisado que *«Contar con un Poder Judicial y, claro está, con un cuerpo de fiscales independientes y libres de las influencias directas del poder político, es una garantía fundamental tanto desde el punto de vista de los estándares de derechos humanos como de los estándares anticorrupción. Recordando aquí el modelo (Mi), en condiciones de equilibrio la magistratura y los fiscales deberían ser suficientemente independientes para investigar delitos de corrupción y, obtener resultados exitosos. En el modelo (Mr) presente en los países de América Latina y el Caribe, los jueces y fiscales no cuentan en to-*

20 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*, 2019.

21 El FALV funciona a través de donaciones de proyectos de cooperación voluntaria de los Estados, los cuales son utilizados para el cubrimiento de gastos de viajes para que se rindan declaraciones, envío de documentación, práctica de dictámenes, gastos de notaría, gastos de viajes de defensores interamericanos para entrevistas con las víctimas, entre otros aspectos relevantes para adelantar y culminar un proceso; por lo cual resulta desalentador que exista desviación de recursos ante los marcados índices de pobreza en Latinoamérica y las constantes violaciones de DDHH, que hacen necesario el contar con una estructura financiera fuerte para proteger a los sujetos vulnerados y que se encuentran en situación de escasez de recursos para activar un procedimiento judicial que implica serias erogaciones.

22 Disponible en: <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/es-una-agresion-contra-los-magistrados-gloria-porras-reacciona-ante-exhibicion-personal-que-preside-una-jueza-breaking/> (consultado el 01/12/2023).

dos los casos con la independencia necesaria para desarrollar autónomamente su labor investigadora».²³ No se puede obviar que la situación aludida resulta también reiterada frente a los defensores de DDHH y el medio ambiente; quienes ante sus constantes luchas, protestas y denuncias resultan ser un objetivo de la criminalidad, observándose como fenómeno generalizado que desde el marco del poder público se presenta una actuación de omisión o retraso en el tratamiento de las denuncias instauradas por aquellos.

Constituye por consiguiente una seria alerta en este aspecto el hecho que, el año 2022 haya sido catalogado como «un año violento para la defensa de los derechos humanos en las Américas». Con 126 bajas en dicho sentido y, ni hablar del espacio colombiano, «*es el país que más asesinatos registra en el periodo mencionado, OACNDUH verificó 26 casos, y 20 que se encontrarían en proceso de confirmación*».²⁴ Esta realidad, más allá de verse en perspectiva de cifras, implica la reducción del material humano de defensa de esta tipología de derechos.

Como principales causas de la corrupción en la República de Colombia se ha establecido la cultura de ilegalidad, la escasez de veedurías ciudadanas y difícil acceso a la información y la incapacidad estatal para prevenir y castigar hechos de corrupción, siendo esta última la que permite que gran cantidad de hechos de corrupción no surjan al conocimiento público ni sean debidamente investigados y sancionados, dando pie a un fenómeno de “bola de nieve” en el cual ante la falta de consecuencias frente a actos tan serios que en efecto contrario se prolifere su comisión.²⁵

Finalmente hemos de plantearnos ¿influyen las amnistías y los indultos en el perfeccionamiento de la tutela o es un obstáculo que apunta a la impunidad? El escenario jurídico latinoamericano se ha desarrollado en un contexto de violaciones sistemáticas de DDHH, tal cual ha sido el caso de Colombia, Chile, Perú y Venezuela²⁶; observándose un déficit en las respuestas efectivas de autoridades para la investigación de dichas transgresiones, en el respeto de los derechos a garantías judiciales y en los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

23 GRUENBERG, CH. *Corrupción y Derechos Humanos*. CIPCE. 2007, p. 32.

24 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *CIDH: 2022, año violento para la defensa de los derechos humanos en las Américas*. 2023. Vol. 026.

25 CASTILLO PINTA, Y. *La corrupción en Colombia, un análisis desde la fase precontractual*. UMNG, Bogotá : s.n., 2021.

26 Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html> (consultado el 03/12/2023).

Ahora bien, a raíz del citado contexto y de la necesidad de trascender de un ambiente de violencia al de paz, se ha fortalecido la aplicación de la justicia restaurativa; dentro de la cual se ha optado por el uso frecuente de amnistías e indultos como medidas jurídicas que evitan el enjuiciamiento penal, buscan una represión desde un punto de vista más pedagógico y abren un camino de perdón y reinsertión del perpetrador a la sociedad.²⁷

No obstante, dichas figuras han desatado frecuentes polémicas, toda vez que, desde ojos de gran parte de la población, su aplicación resulta desmedida frente a las grandes responsabilidades por violaciones de DDHH; lo cual ha ocasionado que la apreciación frente a tales mecanismos pase de ser de, la de una adecuada medida jurídica, a la de un objeto que promueve la impunidad y la criminalidad. Quizás por ello, se ha puesto en una balanza la necesidad de paz de los diferentes Estados de Latino América y su ideal de convivencia armónica y pacífica; junto con la obligación de carácter internacional que tienen los Estados frente a la investigación y efectiva sanción de violaciones a DDHH.²⁸

Teniendo en cuenta que las medidas objeto de discusión fueron protagonistas en el proceso de Paz del Estado colombiano, la CIDH fue enfática en definir que las mismas debían hacerse extensivas, únicamente en punibles de carácter político o, en los delitos comunes conexos con aquellos sin dar lugar a su aplicación en el contexto de crímenes internacionales graves, tales como los de lesa humanidad y crímenes de guerra.²⁹

Pese a la clara postura que tienen los mecanismos del Sistema Interamericano de DDHH frente a la aplicación de las figuras de amnistías e indultos; vemos como las directrices han sido desconocidas en el proceso de paz en Colombia o en casos como *Almonacid Arellano contra Chile*, donde se pudo observar a nivel interno una aplicación desmedida de la amnistía, la cual tuvo que ser desvirtuada en un escenario internacional y culminó con la declaración de responsabilidad del Estado por dicha actuación anómala, así como con la imposición de la

27 GUERRERO, V. *Breve historia de las amnistías e indultos en Colombia*. CORE, 2004.

28 En torno a este tópico en específico, la CIDH ha sido insistente en precisar que, el derecho a la verdad no debe resultar coartado por la aplicación de medidas legislativas o de otro carácter; tales como la expedición de leyes de amnistía, pues en la medida en que aquellas impidan el acceso a la administración de justicia en los Estados, se tornan incompatibles con el derecho a la protección judicial contenido en el Art. 25 de la CADH. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. Bogotá : s.n., 28 de octubre de 1992. MP Ciro Angarita Barón.

29 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*. 2019.

respectiva condena para reparar a las víctimas, tanto de manera económica como simbólica.³⁰

En consonancia con lo anterior, en el caso *Mack Chang contra Guatemala*, la Corte IDH de manera contundente señaló que, ante las medidas de aplicación de normas estatales contrarias a la convención, dicho organismo no resultaba ser «una supra instancia cazadora de leyes internas o un órgano supra legislativo, ésta si tiene la capacidad de declarar las normas nacionales inaplicables y sin efectos jurídicos cuando contravienen el sistema americano de derechos humanos».³¹

Con lo cual, pese a existir regulaciones de carácter legal que incluso trascienden las fronteras nacionales y marcan una postura internacional común frente a la aplicación de los indultos y amnistías; se observa una tendencia al irrespeto de la obligación de investigar y sancionar por parte de los Estados en América latina, la cual se ha visto reflejada en los variados fallos de declaración de responsabilidad estatal proferidos por la Corte IDH.

Finalmente es obligado hacer una referencia al aumento del fenómeno de congestión judicial derivado la crisis migratoria de Venezuela a Colombia y es que no resulta novedoso que la República de Colombia ha contado con un problema de escasez de recursos económicos bastante serio, el cual ha ido en aumento, entre otros aspectos; por la crisis migratoria que se ha generado desde la República Bolivariana de Venezuela al territorio colombiano, ello facilitado por la condición limítrofe entre ambos países, lo que ha ocasionado que Colombia se torne en lo que se denomina comúnmente como un “corredor migratorio”.³²

Frente a la situación aludida, la Corte Constitucional ha resaltado el marco internacional de los derechos de los migrantes, de manera específica en lo atinen-

30 *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2006.

31 *Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2003.

32 Como se puede observar en el informe anual sobre la situación económica, social y ambiental de la región, expedido por La Comisión Económica para América Latina y el Caribe; se ha catalogado a Colombia como el cuarto país con mayor índice de pobreza extrema, situación en la que han influido los rezagos de la pandemia del Covid-19 y la crisis migratoria del país vecino; ello porque si bien ya existía un serio déficit de cubrimiento de necesidades de empleo, salud, acceso a educación y a la administración de justicia frente a los nacionales, el escenario se ha dificultado de manera exorbitante ante la permanencia regular e irregular de tanta población extranjera. EDISON OUIDOR, W. “La migración forzada venezolana a Colombia (2015-2018): de una revisión documental a los esbozos de un análisis coyuntural y estructural”. *El éxodo venezolano: entre el exilio y la emigración*, OIM, 2018, p. 21-46.

te al derecho a la salud; definiendo la estatal de garantizar el mismo a esta población en condiciones de calidad y sin lugar a discriminación y, señalando que dicho actuar corresponde al respeto del art. 1 de la CADH, el art. 22 de la DUDH y art. 12 del PIDESC: así mismo, al pronunciamiento de la CIDH respecto de la catalogación de los migrantes venezolanos como un grupo en situación de vulnerabilidad, frente al cual los Estados deben procurar habilitar su ingreso al país y la satisfacción de necesidades humanitarias urgentes.³³

En el marco citado, se ha observado un aumento desbordado del uso de la acción constitucional de tutela teniendo en cuenta que muchos de los migrantes ingresan de manera irregular al país y, ante las condiciones de pobreza en que subsisten y las frecuentes enfermedades generadas precisamente por la ausencia de cubrimiento de necesidades básicas, deben acudir de manera frecuente al uso de servicios en salud, por lo cual; ante la negativa de su prestación o la atención deficiente que en ocasiones se ejerce debido a las carencias que presenta el sistema de seguridad social en salud colombiano, se recurre al amparo por vía judicial.³⁴

Las cifras lo delatan, y es que por parte de la Corte Constitucional colombiana se ha indicado que entre 2018 y marzo de 2021, se hizo uso de la acción de tutela por parte de población extranjera en cifra de 4.000 acciones; correspondiente ello a casi 7 diarias y, de las cuales 3.164 estaban dirigidas a la protección del derecho a la salud; ahora bien, de esta última cifra, 125 acciones fueron declaradas improcedentes, 100 fueron negadas por ausencia de vulneración de derechos y 20 fueron rechazadas de plano.³⁵ Así las cosas, ha de concluirse que el fenómeno de congestión judicial que ha presentado Colombia, ha empeorado a raíz de la crisis migratoria presentada en la República Bolivariana de Venezuela; siendo urgente la adopción de medidas frente a dicha problemática, pues resulta evidente

33 Ahora bien, el art. 100 de la Constitución colombiana define el reconocimiento y disfrute en condición de paridad de derechos civiles y políticos entre los nacionales y extranjeros. Así entonces, igual situación se aplica para el uso de las garantías judiciales. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-574 de 1992. Bogotá 28 de octubre de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

34 La situación aludida, también se ha presenciado para legalizar la permanencia irregular de la población migrante venezolana en Colombia, observándose de manera reiterada la instauración de acciones de tutela en contra de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia; lo cual genera una seria congestión judicial, pues como bien es sabido, dicha situación cuenta con un trámite administrativo destinado a declarar la legalidad de la situación, el cual no puede ser suplido por vía constitucional, pues se desconocería el principio de subsidiariedad de la acción de tutela. CARRERA SILVA, L. "La acción de tutela en Colombia". *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, 2011, no 27, p. 72-94.

35 Morales Cindy, A. *La tutela en Colombia, un salvavidas para la salud de los venezolanos*. CDR, Bogotá, Colombia, 2016.

que ante el aumento de población que exige la protección de sus derechos, el Estado debe aumentar el factor humano y financiero requerido para dar respuesta a las solicitudes constitucionales elevadas.

2.2. En el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos

Dentro de los elementos básicos que componen el sistema, evidentemente se debe reconocer el CEDH,³⁶ signado en un contexto de serias consecuencias dejadas por la Segunda Guerra Mundial y con la finalidad de procurar un mantenimiento de la paz como componente novedoso trascendió de la mera visión declarativa de las sentencias del TEDH, a la obligatoriedad de su cumplimiento a través del Comité de Ministros del CDE.

Como primer comentario procesal, se observa una marcada similitud con el Sistema Interamericano, en lo atinente al proceso de admisión de las demandas individuales, al requerirse el agotamiento previo de los recursos internos, la presentación de la demanda dentro de un lapso de 6 meses siguientes a la fecha de resolución definitiva en el contexto interno y, que el asunto no haya sido sometido a conocimiento de otra instancia internacional de investigación.

Ha de decirse que, a diferencia del Sistema Interamericano en el cual se ha observado un problema de falta de empoderamiento regional, el cual ha llevado incluso a la creación de elementos jurisdiccionales para dotar a las decisiones de la Corte IDH de eficacia y efecto útil; las sentencias proferidas por el TEDH desempeñan un papel primordial y de alto respeto en Europa encontrándose que en los escenarios jurídicos nacionales se menciona reiteradamente como fundamento de sus decisiones la jurisprudencia del TEDH.³⁷

Aunado a lo ya citado, se cuenta con la protección de DDHH ofrecida en el marco del derecho comunitario de la UE y la Carta de Niza de 2002 (en adelante CDFUE); la cual ha sido usada de manera recurrente para anular disposiciones de rango inferior, por resultar contrarias al contenido de la Carta. Cabe recalcar en este punto que, la CDFUE consolida el control del TJUE sobre la legislación europea, las instituciones de la Unión y Estados miembros, pero únicamente cuando estos últimos apliquen el Derecho de la Unión; sin que pueda suponer

36 Teniendo en cuenta que el CEDH únicamente se encontraba destinado a la protección de derechos civiles y políticos, se adoptó con posterioridad la Carta Social Europea de 1961 con alcance a los DESC.

37 FAJARDO-FAJARDO, A. *Paralelo entre tribunal europeo de derechos humanos (TEDH) y corte interamericana de derechos humanos (CIDH)*. Working Paper No, 2020.

una ampliación de competencias.³⁸

En el ámbito de protección de DDHH en España, se observa como mínimo la coexistencia de 3 peldaños de salvaguarda, siendo estos el nacional, supranacional e internacional; se menciona esto como estándar mínimo, toda vez que; en el caso de un ciudadano catalán, por ejemplo; el foco de protección se puede representar en el estatuto de Cataluña, la Constitución Española, *vías globales de la ONU* (Pactos de Nueva York y Convenciones), el sistema de la UE y el de la CDE³⁹, haciéndose entonces más extensa esa escalera de protección.

De lo anterior se vislumbra que, en cada una de las esferas mencionadas, las autoridades propenden por la protección de DDHH a través de emisión de decisiones que representan declaraciones de derechos de carácter vinculante y; también se cuenta con un organismo, en este caso, un tribunal; en el cual radica la última labor de interpretación y decisión, es decir; representa el último peldaño en la escalera de protección multinivel.

Al igual que en el caso colombiano, el art. 95 CE en relación con el art. 10 CE establece la exigencia de revisión constitucional por los tratados internacionales ante la existencia de estipulaciones contrarias a la carta magna; lo cual corrobora la condición de la plausible *infra* constitucionalidad⁴⁰ de los mismos y; como en el primero de los mencionados países se requiere la aprobación del Congreso y la revisión de la Corte constitucional, en el caso de España la validez y eficacia interna del tratado se genera con su publicación en el BOE.

Ahora bien, en materia de mecanismos de control, se observa también la existencia de un control previo establecido en el art. 95.2 CE y ejercido por el TC que permite analizar si el contenido de un tratado resulta contrario a la Constitución y, a su vez, emitir una declaración con fuerza vinculante. De igual forma,

38 Los DDHH en el marco de la UE cuentan con una serie de garantías institucionales para su protección, tales como: el TJUE, el parlamento, La Comisión y el Consejo; la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE y el Defensor de Pueblo. REVENGA SÁNCHEZ, M. “Entorno a la eficacia de las Sentencias del TEDH: ¿Amparo de ejecución o afianzamiento de doctrina? Una propuesta de reforma”. *Revista Española de Derecho Europeo*, 2004, no 12, p. 521-538.

39 En función de dónde remanezca la violación, si de la normativa comunitaria o en casos comunes supra tribunales constitucionales.

40 Pese a la *infra* constitucionalidad referida, se reconoce la supra legalidad de los tratados en el ordenamiento jurídico español, por lo cual; ante la presencia de un conflicto entre el contenido de una disposición interna y el contenido de un tratado internacional ratificado por España, se vislumbra que el camino a tomar por parte del fallador es otorgar relevancia al segundo de los mencionados, mediante la inaplicación del primero.

se advierte un control a *posteriori*, es decir, después de la ratificación del tratado, para plantear cuestión de inconstitucionalidad frente al mismo.

En una comparativa que asimile España con Colombia, es necesario aludir a la poca eficacia del principio de buena administración de justicia y economía procesal que ataca al art. 24 CE en concreto y a la tutela judicial efectiva. Esto se desvela con la reforma al recurso de amparo constitucional efectuada en España⁴¹ que plantea la competencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC), para ejercer el conocimiento del recurso de amparo ante la existencia de vulneración de derechos y libertades contenidos en su art. 53.2 CE⁴²; en dicho plano, se observó un número desbordado de recursos de amparo a conocer por parte de dicha corporación, los cuales ocasionaron que todos los recursos en materia de tiempo y personal estuviesen destinados a su resolución como indica ARAGÓN.⁴³

Como reacción a la dificultad descrita, el legislador efectuó una modificación a la garantía con el objetivo de realizar una reducción de los asuntos que llegaban a sede del TC; así entonces, se observó como requisito de procedencia la figura de subsidiariedad, representada en que, únicamente se habilitaba la sede constitucional cuando hubiese un agotamiento previo y total de los recursos contenidos al interior de la vía judicial, incluidos los medios de impugnación y los recursos extraordinarios.

De otra parte, a la garantía que inicialmente solo exigía la acreditación de una vulneración de DDHH para efectuar la admisión del conocimiento de la demanda, ahora se sumaba otra exigencia que para el particular hacía más espinoso el camino de acceso a la administración de justicia; por los requisitos dispuestos⁴⁴: Que no exista doctrina constitucional, que se trate de una ocasión para aclarar doctrina, que la vulneración del derecho provenga de la jurisprudencia, que la

41 Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC).

42 “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”. ARAGÓN REYES, M. “La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2009, p. 12.

43 El profesor se refería a la pertinencia de la reforma por la «necesidad de una reforma legislativa que permitiera agilizar la resolución de los procesos constitucionales, cuya acumulación y retraso habían alcanzado un nivel imposible de soportar, con grave quebranto de las importantes funciones que el Tribunal tiene atribuidas.

44 Sentencia del Tribunal Constitucional 155-2009, de 25 de junio de 2009. Dolores Vallejo Marchal contra sentencias de Audiencia Provincial de Madrid u de Juzgado de Instrucción de Fuenlabrada.

doctrina del TC sea incumplida por los Tribunales ordinarios, o exista contradicción entre ellos y que un órgano judicial no acate la doctrina del TC.

Cabe recalcar que, a partir de la entrada en vigencia de la reforma, se advierten dos causales principales de inadmisión del recurso de amparo; siendo estas la insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional, la cual en cifras al año 2022 representó el 44,29% del total de recursos inadmitidos y la falta de especial trascendencia constitucional cuyo porcentaje representó el 22,67%. A estos dos *ítems*, se suman la falta de agotamiento de la vía judicial previa en un 11,01% y la falta de justificación de la especial trascendencia constitucional en 8,57%.⁴⁵

La situación referida también tuvo presencia a nivel del TEDH, quien ante el aumento de Estados signatarios del convenio tuvo a la par un aumento de asuntos por conocer y resolver; frente a dicho escenario se optó por la estructuración del Protocolo 14, cuyo vigor se configuró en el año 2010; a partir de allí pudo observarse una reducción de los asuntos que llegaban a su conocimiento, todo esto derivado de la existencia de un embudo en cuanto a cuestiones de admisibilidad, la fijación de ciertas pautas para la acción ante la existencia de casos similares y, la facultad de resolución en conjunto tanto de la admisibilidad como del fondo del caso concreto.

Así como en el tema del recurso de amparo constitucional se exigió que los asuntos revistieran la existencia de una especial trascendencia constitucional, mediante el Protocolo 14 se estableció como requisito la acreditación de “un perjuicio importante”. El panorama descrito, ha implantado en la población una visión de ineficacia de protección de DDHH en el ámbito interno, lo que ha ocasionado que los asuntos escalen a esferas exteriores; por lo cual se evidencia que, lo único que se ha logrado es trasladar la congestión judicial nacional a esferas supranacionales e internacionales, sin hallarse entonces una verdadera solución de fondo.

Cabe recalcar que de la mano del Protocolo 14, se empezó a implementar el uso de la técnica conocida como sentencias piloto; mediante la cual se realiza la resolución de un asunto que sirve como modelo de solución de varios casos con situación fáctica y jurídica idéntica. A través de las sentencias piloto se busca desestructurar problemas de carácter sistémico que afectan el contenido del CEDH y la toma de medidas internas que frenen tales efectos.⁴⁶

45 Todo lo anterior para concluir que, el 86,54% de los recursos de amparo inadmitidos por el TC tiene su fundamentación en los nuevos requisitos procesales incluidos con la LOTC, es decir; la reforma fijó una tendencia de inadmisibilidad del recurso. TC. *Estadísticas Jurisdiccionales*. 2022.

46 El aspecto negativo de tal práctica es que los asuntos similares quedan en estado de suspensión hasta

Finalmente, reseñar que la razón de ser de las sentencias piloto ha sido objeto de cuestionamientos al no establecerse desde el punto de vista de la sociedad si esta técnica se derivó de la congestión judicial o de otros aspectos como el respeto al principio de subsidiariedad, de la necesidad de seguridad jurídica o de las garantías de no repetición. Lo cierto es que no puede desconocerse que las mismas fomentan una unificación de criterios que resulta beneficiosa ante la multiplicidad de Estados signatarios y, por ende de organismos judiciales en el ámbito europeo.

3. Conclusiones

Primera.- Una vez finalizado el estudio podemos concluir que sigue latente una falta de ensamblaje absoluto entre la tutela nacional y la regional desde el punto de vista declarativo y desde el punto de vista ejecutivo y es que, si no todos los Estados miembros de los sistemas a los que pertenezcan o Estados partes de los pactos internacionales que los asocien asumen las sentencias, postulados, resoluciones y estructuras de sus correspondientes sistemas judiciales regionales, se difumina el poderío inicialmente pretendido y que cae en saco roto. Esto no solo está siendo latente en conflictos internacionales de actualidad en donde las resoluciones de la Corte Penal Internacional sobre Rusia ante la invasión de Ucrania están siendo tan irrelevantes en el tablero internacional como los pronunciamientos de las Naciones Unidas y su Corte Internacional de Justicia ante la invasión Israelí de Palestina sino que es latente en el plano macrorregional interamericano y europeo en los ejemplos analizados por lo que sería importante comenzar con un refuerzo diplomático en primera instancia y un sistema ejecutivo coercitivo de mayor efectividad para enfrentar el relativismo de la justicia internacional y de la tutela multinivel.

Segunda.- En segundo lugar, si para el sistema americano la corrupción pública y privada y las transiciones democráticas o de superación de conflictos solucionados con amnistías es un reto evidente que continúa en el escenario político-jurídico, para el sistema europeo lo es redefinir las líneas de la soberanía en un mundo globalizado y con una UE cada vez más influyente, de competencias exclusivas y la agilidad procesal, siendo este punto un elemento común a ambos

tanto se adopte la decisión del caso elegido para revisión. Así entonces, desde el punto de vista estatal y del TEDH hay un beneficio en cuestiones de descongestión judicial, no obstante; desde la postura de quien reclama justicia no puede entretenerse algo distinto a la mora judicial y, consecuentemente, la ineficaz administración de justicia.

sistemas para reforzar la ineficacia de las resoluciones y por tanto dotar de ejecutividad e influencia a ambos sistemas internacionales.

4. Referencias bibliográficas y jurisprudenciales

ALFONSO MELLADO, C. *Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo*. s.l. : Lex Social, 2015. Vol. 5, 1/2015.

BUCHARDÓ PARRA, A. y PALOMARES-HERRERA, M. “Tribunales Internacionales: aproximación a la interacción jurisprudencial euroamericana como perfeccionamiento de la justicia pro-Derechos Humanos”. En *Claves y retos de una justicia del siglo XXI: derechos, garantías y procedimientos*. Dykinson, 2022. p. 184-198.

CARRERA SILVA, L. ”La acción de tutela en Colombia”. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, 2011, no 27, p. 72-94.

Caso Ajos. Tribunal Supremo Danés, Sentencia del 2016.

Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2003.

Caso Servet Kamberaj contra el Instituto para la Vivienda Social de la Provincia Autónoma de Bolzano. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Radicación C-571/10.

Caso Servet Kamberaj e Istituto per l’Edilizia sociales della Provincia di Bolzano (IPES). Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2012.

CASTILLO PINTA, Y. *La corrupción en Colombia, un análisis desde la fase precontractual*. BSB, Bogotá, 2021.

CHIPOCO, C. *La protección universal de los derechos humanos: una aproximación crítica*. IIDH, 1992.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *CIDH: 2022 Año violento para la defensa de los derechos humanos en las Américas*. 2023. Vol. 026.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*. 2019.

CONCELLÓN FERNÁNDEZ, P. “La tutela multinivel del mandato prejudicial”. *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica*. EUE,

2019. págs. 189-216.

DÍAZ PÉREZ, A. “La protección multinivel de los derechos humanos y el diálogo entre tribunales”. *Derecho & Opinión ciudadana*, vol. 4, 2018.

EDISON OUIDOR, W. “La migración forzada venezolana a Colombia (2015-2018): de una revisión documental a los esbozos de un análisis coyuntural y estructural”. *El éxodo venezolano: entre el exilio y la emigración*, OIM, 2018.

Estadística del Tribunal de Justicia - Año 2007. Tribunal de Justicia de la Unión Europea Luxemburgo : s.n., 2008.

FAJARDO-FAJARDO, A.M. *Paralelo entre tribunal europeo de derechos humanos (TEDH) y corte interamericana de derechos humanos (CIDH)*. Working Paper, 2020.

FONDEVILA MARON, M. “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos”. EDD. 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*. Civitas, Madrid, 1979.

GRUENBERG, CH. *Corrupción y Derechos Humanos*. CIPCE. 2007, p. 17.

GUERRERO, V. *Breve historia de las amnistías e indultos en Colombia*. CORE, 2004.

HABERMAS, J. *La constelación posnacional: ensayos políticos*. PAIDOS IBERICA 2000.

HERRERA GARCÍA, A. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Tecnos, Madrid, 2010.

HEYNS, Ch.; PADILLA, D.; ZWAAK, L. “Comparación esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: una actualización”. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2006, vol. 3, p. 160-169.

HURTADO DIAZ, A. *La materialización de la función, interacción e integración del constitucionalismo multinivel en Colombia de conformidad con el sistema interamericano de derechos humanos*. USB, Santiago de Cali, 2016.

JIMENA QUESADA, L. “El control de convencionalidad y los derechos sociales: Nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia,

Italia y Portugal. 15 de diciembre de 2018”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 22, 2018.

JIMENA QUESADA, L. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Marcial Pons. 2013.

MANRIQUE MOLINA, F. “El impacto de la corrupción y la cleptocracia en los derechos humanos: hacía el fortalecimiento de mecanismos de tutela multinivel para su defensa en América Latina”. *Morelos: Revista Logos, Ciencia & Tecnología*, 2019.

MONTESINOS PADILLA, C. “Tutela multinivel de los derechos: concepto, marco teórico y desafíos actuales” *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, 2016. Vol. 11.

MORALES ANTONIAZZI, M. *Impacto de la corrupción en los derechos humanos; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México*. BCIDH, 2018.

Morales Cindy, A. *La tutela en Colombia, un salvavidas para la salud de los venezolanos*. CDR, Bogotá, Colombia, 2016.

OLIVEIRA, C. Y MOREIRA, T. “El Constitucionalismo Multinivel Interamericano y el diálogo (necesario) entre el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de prisión preventiva”. *Estudios constitucionales*, 2023, vol. 21, no 1, p. 279-307.

ORIA EXPÓSITO, R. Dinámica y tutela multinivel de los derechos. [En línea] 2016. [Citado el: 23 de 04 de 2023]. <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/3630/1/Oria%20Exp%C3%B3sito%20Roc%20C3%ADO.pdf>.

OROZCO SOLANO, V. “El Carácter exigible De Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: Una aproximación desde el carácter multinivel o multidimensional de estos derechos”. *Parlamento y Constitución. Anuario*, 2023, no 24, p. 47-70.

ORTEGA VELÁSQUEZ, E. *Los derechos humanos de los trabajadores migrantes irregulares en el derecho internacional y la práctica europea y americana*. BUC3, 2012.

PALOMARES-HERRERA, M. “Análisis de la sentencia del Tjue Kamberaj contra el Istituto per L’edilizia Sociale de Bolzano: una perspectiva desde las re-

sistencias a la tutela multinivel de los derechos humanos”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2023, no 30, p. 107-122.

PAREJA SÁNCHEZ, T. “La protección de la tutela judicial efectiva en un sistema jurisdiccional multinivel”. *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del VI Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*. Sepín, 2023. p. 106-120.

PERNICE, I. “The Treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in action”. *Revista Columbia de Derecho Europeo*, vol. 15, n° 3, 2009, pág. 349-407

PIZZOLO, C. “El dilema Melloni: admitir o no un nivel menor de protección en la interpretación de derechos, o de como una propuesta de diálogo termino en monólogo”. *Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet*. Buenos Aires : s.n., 2017.

PUNSET BLANCO, R. “Derechos Fundamentales y Primacía del Derecho Europeo antes y después del caso Melloni”. *Teoría y realidad constitucional*, 2017, no 39, p. 189-212.

RED DE DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN SUPERIOR. 2013. *Manual de protección multinivel de derechos humanos*. RDES, 2013.

REVENGA SÁNCHEZ, M. “Entorno a la eficacia de las Sentencias del TEDH:¿ Amparo de ejecución o afianzamiento de doctrina? Una propuesta de reforma”. *Revista Española de Derecho Europeo*, 2004, no 12, p. 521-538.

REYES, M. La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29, 2009, p. 11-43.

Sentencia asunto Melloni. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-399/11, 26 de 02 de 2013.

Sentencia Caso Ajos, Tribunal Supremo Danés, 15/2014. 2016.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, sentencia de constitucionalidad C-607 de 2003.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, sentencia de tutela T-284 de 2006. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. 1992. Bogotá : s.n., 28 de octubre de 1992. MP Ciro Angarita Barón.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. C-574 de 1992. Bogotá 28 de octubre de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia caso *Almonacid Arellano y otros Vs, Chile*.

Sentencia del Tribunal Constitucional de España. Sentencia 155-2009. 25 de junio de 2009. Dolores Vallejo Marchal contra sentencias de Audiencia Provincial de Madrid u de Juzgado de Instrucción de Fuenlabrada.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. 2022. Estadísticas Jurisdiccionales. 2022.

III. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

SUMARIO

- **María Martín Sánchez:** *“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (2023)”*.
- **M^a del Pilar Molero Martín-Salas:** *“Reseña de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha (2023)”*.
- **Joaquina Guerrero Sanz:** *“Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria (2023)”*.
- **M^a. Elena Rebato Peño:** *“Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario de la Universidad de Castilla-La Mancha (2023)”*.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE COMUNIDADES
AUTÓNOMAS
(DE 1 DE ENERO DE 2023 A 31 DE DICIEMBRE DE 2023)

JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON AUTONOMOUS
COMMUNITIES
(JANUARY 1, 2023 TO DECEMBER 31, 2023)

María Martín Sánchez
Universidad de Castilla-La Mancha
ORCID <http://orcid.org/0000-0001-6883-4093>

Cómo citar/Citation

Martín Sánchez, M., “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Comunidades Autónomas (1 de enero de 2023 a 31 de diciembre de 2023)”, *Anuario Parlamento y Constitución*, nº 25, 2024.

Recibido: 22-02-2024
Aceptado: 31-03-2024

Resumen: Se presenta un repaso de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional referidas a Comunidades Autónomas, en procesos de control de la constitucionalidad, conflictos de competencias y otros procesos constitucionales en 2023.

Abstract: In this paper a review of the judgments of the Constitutional Court concerning autonomous regions in constitutional control processes, jurisdictional conflicts and other constitutional processes in 2023.

Palabras clave: región, sentencia, Tribunal Constitucional.

Key words: region, judgment, Constitutional Court.

SUMARIO

1. Introducción

2. Relación de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional referidas a Comunidades Autónomas y proceso en el que se dictan.

1. Introducción

A continuación, se presenta una breve recopilación de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2023, en relación con las Comunidades Autónomas. Este trabajo, que viene siendo un habitual en Parlamento y Constitución, nos revela una actividad más o menos constante del Alto Tribunal, con una trayectoria en la que pocos ejercicios han destacado por haber entrado procedimientos relacionados con asuntos autonómicos más allá de recursos, cuestiones de inconstitucionalidad, y algunos pocos conflictos de competencias.

Ya el de 2022 fue poco fructífero, pero, en 2023 advertimos un ejercicio que destaca aún más entre los anteriores, no por exceso sino, al contrario, por la escasa actividad que se manifiesta en dieciocho recursos de inconstitucionalidad, y tan solo tres cuestiones de inconstitucionalidad y un conflicto positivo de competencia, en los que han estado involucradas Comunidades Autónomas.

Por su parte, en ninguno de estos ha participado involucrada la región de Castilla-La Mancha.

En las siguientes líneas se refieren las sentencias dictadas en los procedimientos anteriormente señalados.

2. Relación de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional referidas a Comunidades Autónomas y proceso en el que se dictan

-Sentencia 190/2023, de 12 de diciembre (BOE núm. 16 de 18 de enero de 2024). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 189/2023, de 12 de diciembre (BOE núm. 16 de 18 de enero de 2024). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 171/2023, de 22 de noviembre (BOE núm. 304 de 21 de diciembre de 2023). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 170/2023, de 22 de noviembre (BOE núm. 304 de 21 de diciembre de 2023). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 149/2023, de 7 de noviembre (BOE núm. 301 de 18 de diciembre de 2023). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 146/2023, de 26 de octubre (BOE núm. 286 de 30 de noviembre de 2023). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 143/2023, de 24 de octubre (BOE núm. 286 de 30 de noviembre de 2023). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 127/2023, de 27 de septiembre (BOE núm. 261 de 01 de noviembre de 2023). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 126/2023, de 27 de septiembre (BOE núm. 261 de 01 de noviembre de 2023). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 124/2023, de 26 de septiembre (BOE núm. 261 de 01 de noviembre de 2023). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 63/2023, de 24 de mayo (BOE núm. 150 de 24 de junio de 2023). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 62/2023, de 24 de mayo (BOE núm. 150 de 24 de junio de 2023). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 60/2023, de 24 de mayo (BOE núm. 150 de 24 de junio de 2023). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 50/2023, de 10 de mayo (BOE núm. 139 de 12 de junio de 2023). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 36/2023, de 19 de abril (BOE núm. 121 de 22 de mayo de 2023). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 16/2023, de 7 de marzo (BOE núm. 89 de 14 de abril de 2023). Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 10/2023, de 23 de febrero (BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2023).

Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 8/2023, de 22 de febrero (BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2023).
Recurso de inconstitucionalidad

-Sentencia 168/2023, de 22 de noviembre (BOE núm. 304 de 21 de diciembre de 2023). Cuestión de inconstitucionalidad.

-Sentencia 85/2023, de 5 de julio (BOE núm. 184 de 03 de agosto de 2023).
Cuestión de inconstitucionalidad.

-Sentencia 20/2023, de 23 de marzo (BOE núm. 98 de 25 de abril de 2023).
Conflicto positivo de competencia.

ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA
(DE 1 DE ENERO A 31 DE DICIEMBRE DE 2023)

LEGISLATIVE ACTIVITY THAT REGIONAL PARLAMENT OF CASTILLA-LA MANCHA
(FROM JANUARY 1 TO DECEMBER 31 OF 2023)

M^a del Pilar Molero Martín-Salas

Universidad de Castilla-La Mancha

mariapilar.molero@uclm.es

<http://orcid.org/0000-0003-0053-1592>

Cómo citar/Citation

Molero Martín-Salas, M.P., “Actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha (De 1 de enero a 31 de diciembre de 2023), en *Parlamento y Constitución. Anuario*. Cortes de Castilla-La Mancha - UCLM, nº 25, 2024.

Recibido: 25-02-2024

Aceptado: 31-03-2024

Resumen: Esta crónica hace referencia a la actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2023.

Palabras clave: Cortes, región y actividad legislativa.

Abstract: This article refers to the legislative activity that the Regional Parliament of Castilla-La Mancha, from January 1 to December 31 of 2023.

Key words: Parliament, Autonomus Region and legislative activity.

SUMARIO

I. Enumeración, por orden cronológico, de las diversas leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2023.

II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas.

I. Enumeración, por orden cronológico, de las diversas leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2023.

Durante dicho periodo se han aprobado en Castilla-La Mancha un total de 11 leyes. Concretamente, las leyes aprobadas han sido las siguientes:

- Ley 1/2023, de 27 de enero, de medidas administrativas, financieras y tributarias de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 21 (31-01-2023)

BOE núm. 56 (07-03-2023)

- Ley 2/2023, de 10 de febrero, de Atención Temprana en Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 33 (16-02-2023)

BOE núm. 56 (07-03-2023)

- Ley 3/2023, de 24 de febrero, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre.

DOCM núm. 44 (03-03-2023)

BOE núm. 68 (21-03-2023)

- Ley 4/2023, de 24 de febrero, por la que se modifica la Ley 9/2003, de 20 de marzo, de Vías Pecuarias de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 44 (03-03-2023)

BOE núm. 68 (21-03-2023)

-Ley 5/2023, de 24 de febrero, por la que se modifica la Ley 8/2002, de 23 de mayo, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 44 (03-03-2023)

BOE núm. 68 (21-03-2023)

- Ley 6/2023, de 10 de marzo, por la que se modifica la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 51 (14-03-2023)

BOE núm. 82 (06-04-2023)

- Ley 7/2023, de 10 de marzo, de Atención y Protección a la Infancia y la adolescencia de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 52 (15-03-2023)

BOE núm. 82 (06-04-2023)

-Ley 8/2023, de 10 de marzo, por la que se modifica la Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 51 (14-03-2023)

BOE núm. 82 (06-04-2023)

-Ley 9/2023, de 3 de abril, de Agricultura Familiar y de Acceso a la Tierra en Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 73 (17-04-2023)

BOE núm. 121 (22-05-2023)

-Ley 10/2023, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 4/1985, de 26 de junio, sobre designación de senadores representantes de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 152 (09-08-2023)

BOE núm. 253 (23-10-2023)

-Ley 11/2023, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2024.

DOCM núm. 58 (21-03-2024)

BOE núm. 123 (21-05-2024)

II. Resumen de cada una de las leyes aprobadas

- Ley 1/2023, de 27 de enero, de medidas administrativas, financieras y tributarias de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 21 (31-01-2023)

BOE núm. 56 (07-03-2023)

El motivo para la elaboración de la presente ley es realizar algunas modificaciones administrativas, financieras y tributarias, que si bien guardan mucha relación con la ley de presupuestos de la región, se ha considerado oportuno introdu-

circulo en una ley propia, al margen de la propia ley de presupuestos. Esta ley complementará y acompañará a la ley de presupuestos para 2023, con el objetivo general de dinamización de la economía, el incremento de la eficiencia y la eficacia en la prestación de servicios.

La ley se estructura en tres capítulos, cada uno de ellos dedicado a la materia que se quiere modificar: medidas administrativas, medidas financieras y medidas tributarias. En el primero de ellos se adoptan un conjunto de medidas administrativas para garantizar un funcionamiento más eficiente de la Administración Regional. En el segundo se realiza una modificación del texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, con el objetivo de agilizar los procedimientos de ejecución presupuestaria. Y en el tercero, se modifica la Ley 8/2013, de 21 de noviembre, de Medidas Tributarias de Castilla-La Mancha, con el objetivo de la dinamización de la economía aliviando la carga tributaria a las personas con menos recursos.

- Ley 2/2023, de 10 de febrero, de Atención Temprana en Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 33 (16-02-2023)

BOE núm. 56 (07-03-2023)

El objetivo de la presente ley es “regular los servicios de atención temprana en Castilla-La Mancha, así como los cauces de coordinación y colaboración con las distintas consejerías implicadas en la atención a las familias con hijos e hijas menores de seis años, que presentan dificultades en su desarrollo transitorias o permanentes, o con factores de riesgo de que estas aparezcan”.

La atención temprana es concebido como un derecho en la región, dentro de los servicios que ofrece el Sistema Público de Servicios Sociales, y por tanto gratuito y universal. Es por ello que con esta ley se pretende definir, ordenar el funcionamiento del mismo, así como la coordinación necesaria entre las diferentes consejerías de la administración que puedan estar implicadas en la protección de los niños y niñas que lo puedan necesitar.

Las destinatarias de esta ley serían, por tanto, las familias residentes en Castilla-La Mancha con niños y niñas que presenten dificultades permanentes o transitorias en su desarrollo, o se aprecien factores de riesgo biológico y/o social para que dichas dificultades puedan aparecer. Se incluyen, por tanto, todos los niños y

niñas que presentan necesidades de apoyo en el desarrollo para su participación en la vida familiar y su inclusión social.

Los principales objetivos de la ley son:

- Promover actuaciones de sensibilización, prevención y detección precoz.
- Optimizar el curso del desarrollo del niño o niña con dificultades.
- Fortalecer la confianza e incrementar la competencia de las familias para ejercer su rol de facilitadoras del desarrollo y aprendizaje del niño o niña.
- Optimizar e incrementar las oportunidades de aprendizaje del niño o niña.
- Facilitar la incorporación del niño o niña al sistema educativo en las mejores condiciones.
- Promover la participación e inclusión del niño o niña en las actividades familiares y de la familia en su entorno comunitario.
- Colaborar para crear resultados o metas.
- Modificar y/o adaptar los entornos físicos, sociales y temporales en los que se desenvuelve los niños y las niñas.
- Promover ambientes de cuidado y crianza.

-Ley 3/2023, de 24 de febrero, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre.

DOCM núm. 44 (03-03-2023)
BOE núm. 68 (21-03-2023)

Esta ley modifica la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, mediante la modificación operada por la Ley 1/2023, de 27 de enero, de Medidas Administrativas, Fiscales y Tributarias a la que nos hemos referido anteriormente, concretamente a través del artículo 11.

Concretamente, la reforma establece las condiciones legales para agilizar los procedimientos de ejecución presupuestaria, mediante la simplificación de los mismos gracias a la identificación de las competencias de ejecución presupuestaria con las propias de la gestión administrativa de la que derivan. Con ello, se eliminó no solo la necesidad de firmar los documentos contables que reflejen la ejecución presupuestaria, sino también los propios actos de ejecución presupuestaria en sentido estricto, cuya eficacia quedaba subsumida en los actos de gestión que la conlleven.

-Ley 4/2023, de 24 de febrero, por la que se modifica la Ley 9/2003, de 20 de marzo, de Vías Pecuarias de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 44 (03-03-2023)

BOE núm. 68 (21-03-2023)

Actualmente, las vías pecuarias están reguladas en la región a través de la Ley 9/2003, si bien desde entonces ha sufrido algunas modificaciones. Con la presente ley se pretende incluir una nueva modificación, pues desde su aprobación se han producido cambios estructurales, económicos y sociales que hacen necesaria una adaptación a las necesidades actuales en cuanto a su gestión como terrenos de dominio público propiedad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Esta norma tiene como objetivo mejorar la eficiencia en el manejo de los recursos públicos, y con esta modificación se pretende profundizar en la protección del dominio público pecuario de forma compatible con las expectativas de la sociedad actual, con respeto a su función original y prioritaria de tránsito ganadero, pero sin descuidar las nuevas utilidades de las vías pecuarias, especialmente su potencial como infraestructura verde, para promover un desarrollo sostenible.

-Ley 5/2023, de 24 de febrero, por la que se modifica la Ley 8/2002, de 23 de mayo, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 44 (03-03-2023)

BOE núm. 68 (21-03-2023)

La Ley 8/2002, de 23 de mayo, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha ha supuesto una importante regulación hasta el momento sobre la materia, consiguiendo en todos estos años dar un gran impulso a la Policía Local de la región, tanto en estructura como en funcionamiento.

Dados los años transcurridos desde la entrada en vigor de dicha regulación, se considera necesario realizar algunas modificaciones oportunas en aras de adaptar dicha Policía a la situación y realidad actuales.

Entre las principales modificaciones cabe destacar:

-La incorporación de representantes de las jefaturas de los Cuerpos de Policía Local en la Comisión de Coordinación de las Policías Locales de Castilla-La Mancha, con objeto de enriquecer el debate en el seno de la misma.

-También se establece el requisito de un número mínimo de efectivos para poder proceder a la creación de un Cuerpo de Policía Local, en consonancia con lo que hacen otras leyes de coordinación en la materia, con objeto de conseguir un servicio mínimo eficaz.

-Asimismo, se hace referencia a la posible asociación de los municipios que cuenten con Cuerpo de Policía Local para la ejecución de las funciones atribuidas a los policías locales, de conformidad con lo previsto en la normativa vigente.

-Cabe destacar la previsión de que los miembros de los Cuerpos de Policía Local cuenten con medios e instalaciones adecuados para poder desarrollar sus funciones de forma eficaz y con garantías para su salud, así como una serie de medidas en relación con la protección de las funcionarias durante los periodos de gestación, maternidad y lactancia.

-Se incorporan los requisitos necesarios para poder acceder a la condición de Policía Local, actualmente regulados en el reglamento de desarrollo de la norma, eliminando el requisito de poseer una estatura mínima.

-Se regula la obligación para poder proveer puestos por el sistema de movilidad, así como los requisitos para poder autorizar la permuta de puestos de trabajo.

-Se introduce la posibilidad de que los Ayuntamientos puedan desarrollar o adaptar las medidas establecidas en relación con la segunda actividad, siempre que no suponga menoscabo o empeoramiento de las condiciones reguladas en la ley.

-Se flexibilizan las denominadas comisiones de servicio funcionales, que con la regulación actual no pueden tener una duración superior a quince días ni se puede recurrir a las mismas más de dos veces al año, además del Día de la Región.

-Se incluye un reconocimiento a los y las policías que se jubilen, que además de disponer del carné correspondiente, podrán vestir el uniforme en actos institucionales y sociales solemnes y conservar la placa convenientemente modificada.

-Se modifica la actual remisión que realiza la ley al régimen disciplinario del personal funcionario de Administración Local, por el aplicable al personal funcionario del Cuerpo Nacional de Policía.

-Se reduce de cuatro a tres el número de puestos de trabajo de Vigilante municipal que podrán crear los Ayuntamientos, debiendo proceder en caso de que las necesidades de servicio los hiciera insuficientes, a la creación del Cuerpo de Policía Local.

-Se acomoda el ámbito de actuación de la Escuela de Protección Ciudadana a la realidad actual.

-Se regula el régimen sancionador aplicable al alumnado de la Escuela de Protección Ciudadana.

- Ley 6/2023, de 10 de marzo, por la que se modifica la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 51 (14-03-2023)

BOE núm. 82 (06-04-2023)

Con la presente ley se modifica el artículo 68.3 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, añadiéndose un nuevo párrafo que contempla la posibilidad de que los puestos de trabajo no singularizados, esto es, aquellos que no requieren una provisión especializada por no ser necesaria la valoración de méritos o requisitos específicos, puedan cubrirse con carácter definitivo mediante una convocatoria única a través de un concurso permanente.

Con este procedimiento de provisión aumentará la frecuencia de adjudicaciones de las plazas vacantes de los puestos de trabajo no singularizados, pues mediante el concurso permanente habrá varias adjudicaciones cada año. Con esta mayor frecuencia en la adjudicación de plazas vacantes se pretende conseguir el objetivo de aumentar la provisión con carácter definitivo y de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad de las plazas que vayan quedando vacantes.

- Ley 7/2023, de 10 de marzo, de Atención y Protección a la Infancia y la adolescencia de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 52 (15-03-2023)

BOE núm. 82 (06-04-2023)

A nivel estatal, la atención y protección de la infancia y la adolescencia se regulan, principalmente, a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, la Ley 26/2015, de 28 de julio, y la actualización, tras la regulación de la protección integral a la infancia y la adolescencia en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Esta ley regional viene a consolidar a nivel regional las novedades que se incorporan a nivel estatal, incorporando los principios contemplados en la legislación del estado.

La presente ley pretende un triple objetivo:

-Garantizar a los niños, niñas y adolescentes que residan o se encuentren en territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha el ejercicio de los derechos que les reconocen la Constitución Española, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el ordenamiento jurídico en su conjunto.

-Establecer el marco de actuación en el que deben ejercerse las medidas de prevención y apoyo a las familias con hijos e hijas menores de edad en situación de vulnerabilidad social, las actividades de fomento de los derechos y bienestar de la infancia y la adolescencia, así como de las intervenciones dirigidas a su atención y protección, en orden a garantizar su desarrollo en los ámbitos familiar y social.

-Definir los principios de actuación y el marco competencial e institucional en el ámbito de la protección a niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo o desamparo, o en conflicto social.

Esta ley actualiza y redefine en Castilla-La Mancha el marco global de atención a la infancia y a las familias, en el marco de la parentalidad positiva, consolidando los apoyos e intervenciones de tipo preventivo, tanto los dirigidos al conjunto de la ciudadanía como los orientados a la atención especializada en determinadas situaciones.

Recoge en un título específico las medidas de apoyo y acompañamiento a las familias, contempla nuevas figuras de colaboración fomentando la solidaridad y el apoyo entre los miembros de la comunidad.

Se establece el Programa de Referentes, constituido por personas y familias voluntarias y debidamente formadas para prestar su apoyo, sin que sea precisa una convivencia continuada, a niños, niñas y adolescentes y a sus familias que se encuentren en situaciones de riesgo, o en acogimiento residencial o familiar, o tras la tutela o cumplimiento de una medida judicial.

La atención a las personas menores de edad responderá a un enfoque integral y general de perspectiva de género, con el objetivo de construir relaciones igualitarias entre niños, niñas y adolescentes que ayuden a prevenir, identificar y eliminar la violencia de género y las situaciones de discriminación por razón de sexo.

De igual forma, el funcionamiento de los hogares y centros residenciales respetará los derechos y la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI acogidas en los mismos. En este sentido, se deberá trabajar la orientación sexual e identidad de género, con el objetivo de que todas las personas puedan tener un desarrollo pleno y poder ayudar a prevenir, identificar y eliminar las situaciones de discriminación que les afecten.

-Ley 8/2023, de 10 de marzo, por la que se modifica la Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 51 (14-03-2023)

BOE núm. 82 (06-04-2023)

Hasta el momento, la gestión forestal de la región ha estado regulada por la Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha, que además ha sufrido en estos años modificaciones, algunas provocadas por las exigencias procedente de Europa. Así las cosas, y aunque ha cumplido correctamente su función, se hace necesaria la incorporación de algunas revisiones, principalmente para dar respuesta a las nuevas necesidades que han surgido en cuanto a la gestión forestal.

Algunas de las cuestiones a modificar son las siguientes:

-La adaptación de la regulación actual a las políticas contra la despoblación y el desarrollo del medio rural en Castilla-La Mancha, con especial atención a

aquellas especies de flora que están amenazadas.

-La armonización con la indicaciones procedentes de la Unión Europea en favor de los bosques y biodiversidad.

-También se determinará la persona competente para la elaboración de los instrumentos de gestión forestal, la posibilidad de establecer áreas de reserva a cualquier tipo de monte, independientemente de su titularidad, la mejora en la regulación de los cambios de uso forestal, las actividades de uso social y recreativo y el acceso a los montes, la flexibilidad en la aplicación del fondo de mejoras para que la inversión del fondo finalista se pueda adaptar de forma óptima a las necesidades de los montes de utilidad pública, así como la remisión reglamentaria a la determinación de las condiciones de acceso, gestión y comercialización del fondo de externalidades para los servicios de los ecosistemas forestales.

-Ley 9/2023, de 3 de abril, de Agricultura Familiar y de Acceso a la Tierra en Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 73 (17-04-2023)

BOE núm. 121 (22-05-2023)

La presente ley pretende paliar los problemas que atraviesa actualmente la agricultura familiar, adoptando medidas que la impulsen y que logren su sostenibilidad. Entre los principales problemas está la falta de continuidad por las nuevas generaciones, y la falta de reconocimiento del trabajo que realiza la mujer en este ámbito.

Es por ello que su principal objetivo es establecer el marco jurídico regulador de las actuaciones de la Administración regional para el fomento y desarrollo de la agricultura familiar, así como de otras medidas adicionales que permitan consolidar y fijar la población en las zonas rurales.

Para la consecución de este objetivo se reconocerá la explotación familiar agraria, definiéndose las zonas que se entenderán protegidas. También se pretende crear lo que la ley denomina Bando de Tierras, esto es, establecer un registro en el que se indiquen la tierras disponibles en la región. Asimismo se reconocerá la figura de la Explotación Familiar Agraria individual o de base asociativa.

También completará la regulación con dos nuevos tipos de explotación agraria, ampliando la regulación también a aquellas explotaciones en las que la

persona que se dedique a la agricultura no tenga que ser necesariamente profesional. Se crean, por tanto, para el ámbito de esta comunidad las figuras de Explotación Familiar Agraria Individual y Explotación Familiar Agraria de base asociativa.

Se introduce la figura de las Zonas de Protección Agraria, para aquellos ámbitos territoriales de la Comunidad Autónoma en los que el ejercicio o mantenimiento de la actividad agraria constituyan factores de gran relevancia de cara a la funcionalidad y cohesión económica, ambiental y social del territorio.

Puesto que la agricultura familiar es una actividad económica que se desarrolla en el medio rural, resulta fundamental su fomento a la hora de combatir el reto demográfico; la mitigación y adaptación al cambio climático, la seguridad alimentaria, por lo que la ley incluye un último título que contiene otras medidas de impulso de este tipo de agricultura.

-Ley 10/2023, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 4/1985, de 26 de junio, sobre designación de senadores representantes de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 152 (09-08-2023)

BOE núm. 253 (23-10-2023)

La actual regulación de la designación de miembros del Senado representantes de la Comunidad Autónoma impone que su mandato termine al final de la legislatura en la que fueron elegidos.

Ello genera la existencia de un lapso de tiempo, entre la finalización de la legislatura y la designación de nuevos miembros del Senado, durante el cual esta Comunidad Autónoma no estaría representada en la Cámara Alta.

Esta ley se aprueba para atender a la necesidad de que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha esté debidamente representada en el Senado en todo momento.

Tras esta modificación, el artículo 8 de la Ley 4/1985, de 26 de junio, sobre designación de senadores representantes de Castilla-La Mancha queda redactado de la siguiente forma:

“1. El mandato de los miembros del Senado elegidos conforme a esta ley se extenderá hasta el término de la legislatura correspondiente de las Cortes de Castilla-La Mancha en la que fueron efectivamente designados.

2. No obstante, cuando la legislatura de las Cortes de Castilla-La Mancha terminase antes que la correspondiente del Senado, los miembros de la Cámara Alta designados en aquélla continuarán en sus funciones hasta la toma de posesión de quienes hubieren de sustituirles por haber sido designados por la nueva Cámara.

3. En el supuesto de que la legislatura del Senado concluyese antes que la correspondiente a las Cortes de Castilla-La Mancha, los miembros del Senado a designar serán los mismos ya elegidos conforme a lo dispuesto en la presente ley. A estos efectos, la Mesa de la Cámara les hará entrega de nuevas credenciales, sin que sea preciso proceder a nueva votación”.

-Ley 11/2023, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2024.

DOCM núm. 248 (29-12-2023)

BOE núm. 42 (17-02-2024)

Mediante la presente ley se establecen los presupuestos de la región para el año 2024.

La Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tiene como objeto, por un lado, disponer la previsión de ingresos y la habilitación de gastos de los órganos, organismos y entes integrantes del sector público regional, y, por otro, establecer aquellas normas de naturaleza financiera que desarrollan y aclaran los estados cifrados para su ejecución congruente. Asimismo, tiene como objeto regular aquellas otras materias que, sin estar relacionadas directamente con los estados cifrados, poseen un carácter director de la política económica del Gobierno regional.

La presente ley, además, contiene la regulación imprescindible para atender la necesidad que con la misma se pretende cubrir. De este modo, además de contemplar el contenido esencial o indisponible, mínimo y necesario, concretado en la previsión de ingresos y habilitación de gastos para un ejercicio económico y en las normas de naturaleza financiera referidas a los estados cifrados, se contienen también aquellas otras normas indispensables para responder a los criterios

de política económica, así como aquellas que se dirigen a dotar de una mayor inteligencia o a promover la mejor ejecución del presupuesto.

En los últimos años, la cláusula de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento que facilita la coordinación de las políticas presupuestarias en tiempos de crisis económica grave, y permite a los Estados miembros adoptar medidas presupuestarias para hacer frente adecuadamente a tales situaciones, ha estado activada. Dicha cláusula, que se traduce en una suspensión temporal de las reglas fiscales, se activó por primera vez para los años 2020 y 2021, se mantuvo en 2022 debido a la gravedad de las consecuencias económicas provocadas por la pandemia, y en 2023 motivado por la guerra de Ucrania y la subida sin precedentes de los precios de la energía.

De cara al ejercicio 2024, la Comisión, en la Comunicación de 8 de marzo de 2023, establece una serie de orientaciones para la política fiscal en dicho ejercicio, de las que se infiere el objetivo de apoyar la elaboración de los programas de estabilidad y convergencia de los Estados miembros y así reforzar la coordinación de las políticas. En este punto, la Comisión recordó que la cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento se desactivará a finales de 2023 y abogó por unas políticas fiscales en 2023 y 2024 que garanticen la sostenibilidad de la deuda a medio plazo y aumenten el potencial de crecimiento de manera sostenible.

ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA EN MATERIA
CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIA.

ACTIVITY OF THE CONSULTATIVE COUNCIL OF CASTILLA-LA MANCHA IN
CONSTITUTIONAL AND BY-LAW MATTERS.

M.^a Joaquina Guerrero Sanz
Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha
mjguerrero@jccm.es

Cómo citar/Citation

Guerrero Sanz, J., “Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*. Cortes de Castilla-La Mancha - UCLM, nº 25, 2024.

Recibido: 25-02-2024

Aceptado: 31-03-2024

Resumen: Como cada año, el presente trabajo se dirige a describir la labor del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha referida al ejercicio de competencias constitucionales y estatutarias atribuidas por el artículo la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, que regula dicho órgano y el Gobierno de nuestra comunidad autónoma. Dicha labor, en el año 2023, y de modo singular, se ha visto reducida a la emisión de tan solo dos dictámenes sobre anteproyectos de ley. En uno de ellos el Consejo realizó consideraciones de carácter esencial, referida a la materia que nos ocupa, y que conviene recordar como doctrina más significativa.

El esquema que se sigue se estructura en tres apartados, referidos a la finalidad del anteproyecto, consideraciones fundamentales emitidas por el Consejo y, en su caso, nivel de atención que dichas observaciones hayan tenido en el texto normativo aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha.

Abstract: As every year, this work is aimed at describing the work of the Consultative Council of Castilla-La Mancha regarding the exercise of constitutional and statutory powers attributed by article Law 11/2003, of September 25, which regulates said body and the Government of our autonomous community. This work, in the year 2023, and in a singular way, has been reduced to the issuance of only two opinions on draft laws. In one of them the Council made considerations of an essential nature, referring to the matter at hand, and which should be remembered as the most significant doctrine.

The scheme that is followed is structured in three sections, referring to the purpose of the draft, fundamental considerations issued by the Council and, where appropriate, the level of attention that these observations have had in the

regulatory text approved by the Cortes of Castilla-La Mancha.

Palabras clave: Banco de Tierras Disponibles, registro administrativo, seguridad jurídica, deslegalización, reserva de ley, remisión normativa, suelo agrario trámite de audiencia, contratación pública, principio de concurrencia, principio de igualdad, principio de no discriminación, contrato de suministros, adquisiciones de proximidad.

Keywords: Available Land Bank, administrative registry, legal certainty, delegalization, reservation of law, regulatory referral, agricultural land hearing procedure, public procurement, principle of competition, principle of equality, principle of non-discrimination, supply contract, proximity acquisitions.

En el año 2023 la labor del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, referida al ejercicio de competencias constitucionales y estatutarias -atribuidas por la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, que regula dicho órgano y el Gobierno de nuestra comunidad autónoma-, se ha concretado en la emisión de dos dictámenes sobre anteproyectos de ley, asuntos que el Gobierno de la región ha sometido a la consideración de este órgano consultivo antes de su aprobación por las Cortes Regionales.

Como viene siendo habitual, en la exposición que se realizará se recogerán las consideraciones de carácter esencial que se efectuaron en uno de aquellos dictámenes, y que conviene recordar como doctrina más significativa referida a la materia que nos ocupa.

El esquema que se seguirá se estructurará en tres apartados claramente diferenciados, referidos a la finalidad del anteproyecto, consideraciones fundamentales emitidas por el Consejo y, en su caso, el nivel de atención que dichas observaciones hayan tenido en el texto normativo aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha.

Procede, pues, adentrarse en la exposición descrita.

Dictamen número 28/2023, de 26 de enero, solicitado por la Consejería de Agricultura, Agua y Desarrollo Rural, sobre el Anteproyecto de Ley de Agricultura Familiar y de Acceso a la Tierra en Castilla-La Mancha.

La memoria elaborada por el Viceconsejero de Medio Rural en fecha 24 de marzo de 2022 analizaba la oportunidad de la propuesta, señalando que tenía por objetivos principales establecer el marco jurídico regulador de las actuaciones de la Administración regional para el fomento y desarrollo de la agricultura familiar, así como medidas adicionales que permitieran consolidar y fijar la población en las zonas rurales, completando la regulación nacional, en aquellas cuestiones cuya competencia recae sobre la Comunidad Autónoma. Se incluía, asimismo, un análisis de las posibles alternativas, señalando como más adecuada la que se propone, a fin de asegurar una aplicación uniforme y eficaz en dicho ámbito.

Tras el estudio pormenorizado del texto legal proyectado, el Consejo realizó al mismo las siguientes observaciones de carácter esencial:

1. Creación y características del Banco de Tierras Disponibles.

El artículo 4.b) del texto proyectado definía el “*Banco de Tierras Disponibles de Castilla-La Mancha*” como el “*registro administrativo de carácter público*”

gestionado por la Consejería, que pretende constituirse en un instrumento que facilite la puesta en contacto entre la oferta y la demanda de parcelas agrarias, cultivadas o cultivables, ubicadas en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, para el aprovechamiento de las mismas por persona física o jurídica en las condiciones establecidas por la normativa”.

Con posterioridad esta definición se acortaba en el artículo 20 eliminando el último inciso, pero manteniendo su naturaleza de registro administrativo.

Tras determinar en el artículo 21 las finalidades perseguidas por dicho instrumento y en el artículo 22 el contenido del mismo -que incluye parcelas tanto de titularidad de la Administración, como de particulares que hayan solicitado su acceso a aquel-, contemplaba en el artículo 23 el “*Alcance de la inscripción*” en dicho instrumento.

En el apartado 1 de este último precepto se expresaba que los datos del Banco de Tierras Disponibles tenían “*carácter informativo*”, por lo que “*no constituyen o generan derechos relacionados con la titularidad o propiedad o cualesquiera otros derechos de las parcelas, ni tampoco para la delimitación de linderos legalmente reconocidos y otras propiedades del terreno que resulten competencia de otros registros*”. Expresaba, a continuación, el apartado 2, en consonancia con su carácter de registro público con función informativa, que el tratamiento y acceso a los datos y su publicidad se regiría por lo dispuesto en la legislación de protección de datos de carácter personal y en las normas de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Con posterioridad, el apartado 3 remitía al desarrollo reglamentario la determinación de los datos que contuviera el citado Banco de Tierras, las condiciones y requisitos para la incorporación de las parcelas agrarias al mismo, sus efectos, las causas y el procedimiento para la “*resolución de las cesiones*”, el procedimiento de consulta de los datos y el “*régimen de prioridades en la celebración de contratos*”.

Por su parte, el artículo 24 regulador del “*Destino de las parcelas del Banco de Tierras Disponibles*”, establecía que las mismas se destinarían a cualquiera de las finalidades previstas en el artículo 21, “*pudiendo realizarse la adjudicación en propiedad o en régimen de concesión administrativa, o formalizarse contratos territoriales como instrumentos de gestión de espacios productivos, conforme al Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural*”. Añadía, además, en el apartado segundo, el régimen de preferencia para los supuestos de concurrencia de solicitudes sobre una misma parcela.

La regulación expuesta, según se ha descrito, considera el Consejo que “*presenta contradicciones insalvables de las que deriva gran incertidumbre, pues pese a constituir el Banco de Tierras Disponibles como mero registro administrativo con carácter informativo, apunta de modo ligado al mismo y sin más precisión, posibles efectos afectantes a la realización de negocios jurídicos y, por ende, a la titularidad de las parcelas, que exceden del ámbito de mero instrumento registral y publicitario señalado inicialmente. Estos eventuales efectos hacen duditable, asimismo, el régimen de transmisión que en este sentido resultaría aplicable a los terrenos inscritos cuando son de titularidad privada o pública -las parcelas pueden tener ambos orígenes-, el órgano competente para la adopción de los respectivos acuerdos y su adaptación -en el ámbito competencial y procedimental- a la Ley 9/2020, de 6 de noviembre, de Patrimonio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. En definitiva, si el Banco de Tierras es un mero registro con funciones informativas, resulta contradictorio con tal naturaleza que gestione adjudicaciones; y si tal actuación no le correspondiera a dicho instrumento, debería referirse en la norma legal el órgano a quien se encomienda y el modo en que coordinará su actuación con dicho registro.*

Tales imprecisiones no resultan conciliables con el principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución, por lo que deben ser eliminadas del anteproyecto, introduciendo las previsiones necesarias en orden a la definición coherente del instrumento administrativo que se crea, a la función que ha de desarrollar, el ámbito al que se ciñe su actuación, los efectos derivados del acceso al mismo y el modo en que habrán de articularse, dejando claro el régimen competencial que resulte aplicable”.

2. Alcance de la inscripción en el Banco de Tierras Disponibles.

El apartado 3 del precitado artículo 23 recogía una amplia habilitación a la norma reglamentaria, señalando que “*Reglamentariamente se determinarán los datos que contendrá el Banco de Tierras Disponibles de Castilla-La Mancha, así como las condiciones y requisitos para la incorporación de las parcelas agrarias al Banco de Tierras Disponibles, sus efectos, las causas y el procedimiento para la resolución de las cesiones, el procedimiento de consulta de los datos incorporados a dicho Registro y el régimen de prioridades en la celebración de los contratos”.*

Entendía el órgano consultivo que “*algunas de tales previsiones -en concreto, los efectos de la incorporación al Banco de Tierras Disponibles, las causas y el*

procedimiento para la resolución de cesiones y el régimen de prioridad en la celebración de contratos- podrían resultar, por la amplitud e indeterminación con que son aludidos, afectantes a los derechos de los particulares y eventualmente limitadoras de los mismos, en concreto del derecho de propiedad, aspecto este que excede del ámbito propio de la potestad reglamentaria, lo que podría suponer una deslegalización de una materia que constituye un aspecto sometido a reserva material de ley según dispone el artículo 33.2 de la Constitución.

Este Consejo ha afirmado -dictamen 246/2007, de 27 de diciembre- que la deslegalización de materias reservadas a la ley es de por sí una técnica excepcional que debe utilizarse con extrema cautela, imponiendo condiciones o modalidades que impidan la deslegalización en blanco.

A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 83/1984, de 24 de julio, afirma que “Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador”.

El mismo Tribunal, en Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, refiriéndose al derecho de propiedad, afirma que “el art. 33.2 de la propia Constitución flexibiliza la reserva de Ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por la Ley, pero también por la Administración «de acuerdo con las Leyes» cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla. Prohibe esta concreta reserva de Ley toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o extra legem, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable, por lo demás, cuando, como es el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios que, co-

mo regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse”.

En atención a lo expuesto y dada la imprecisión de que adolece el apartado que se comenta, se considera imprescindible que se clarifique en el mismo el alcance de las previsiones señaladas, a fin de constatar si afectan o no a limitaciones de derechos. Si finalmente así fuera, solo sería válida la remisión al reglamento en la medida en que dichas limitaciones fueran establecidas expresamente a lo largo del articulado de la Ley.

Si bien es posible la colaboración reglamentaria en el establecimiento de limitaciones al derecho de propiedad de las fincas agrarias teniendo como fundamento la función social que éstas cumplen, dichas restricciones no podrían realizarse de forma tan imprecisa como aparece en el precepto examinado, porque ello supondría una vulneración del principio de reserva de ley establecido en el artículo 33 de la Constitución.

Además de la imposibilidad de regulación reglamentaria de la materia y necesidad de regulación legal, se debe advertir del riesgo de inmiscuirse en materia de exclusiva competencia estatal”.

3. Procedimiento para la declaración de suelo agrario infrautilizado.-

El artículo 27 del Anteproyecto diseñaba un procedimiento especial con dicha finalidad de declarar suelo agrario infrautilizado, describiendo a lo largo de sus diferentes apartados los trámites que conforman el mismo.

En el dictamen se señalaba *“por su entidad y trascendencia invalidatoria, que se ha obviado toda referencia al trámite de audiencia previsto en el artículo 82.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

Aun cuando podría aducirse que tal precepto resulta de aplicación por su carácter básico, es lo cierto que su omisión en el artículo del anteproyecto regulador del procedimiento especial citado introduce un margen de inseguridad jurídica que no resulta admisible, máxime cuando se trata de un trámite esencial cuya ausencia es susceptible de viciar de nulidad todo lo actuado.

Por ello, se estima necesario la introducción de un apartado específico en el que se recoja la obligatoriedad de otorgar trámite de audiencia a los interesados una vez instruido el procedimiento y previamente a la formulación de la propuesta de resolución, en el que se ponga de manifiesto a aquellos todo el expediente y

se les otorgue un plazo no inferior a diez días ni superior a quince para que puedan formular cuantas alegaciones consideren convenientes a su derecho y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes”.

4. Priorización en contratos de suministros.

Establecía el apartado 1 del artículo 31 que *“En los pliegos de prescripciones técnicas definidores de suministros además de lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha, los órganos del sector público regional velarán por la incorporación también de requisitos y características que propicien las adquisiciones de proximidad y la utilización de productos provenientes de explotaciones reconocidas como Explotación Familiar Agraria, en especial de aquellas que, estén registradas como explotaciones con venta directa de productos ligados a la actividad agraria”.* Añadía en el apartado 2 que *“Asimismo los órganos del sector público regional, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21.3 y 4 de la Ley 2/2021, fomentarán la utilización como criterio de invitación o de adjudicación de productos provenientes de explotaciones reconocidas como Explotación Familiar Agraria en las contrataciones menores o de suministro o de comedores de centros educativos, sanitarios o asistenciales, en especial de aquellas que, además, estén registradas como explotaciones con venta directa de productos ligados a la actividad agraria”.*

El Consejo Consultivo fundamentó al respecto de dicha regulación que *“El Gabinete Jurídico ha objetado este precepto en lo que respecta a los últimos incisos de ambos apartados -en concreto, a la alusión a la utilización de productos provenientes de explotaciones reconocidas como Explotación Familiar Agraria-, pues pueden suponer “la introducción en la licitación de un criterio de arraigo territorial, [y] serían incompatibles con los principios de igualdad de trato, no discriminación y libre concurrencia que consagra la Ley de Contratos del Sector Público en sus artículos 1 y 132 con carácter formal y materialmente básico”.*

Ante tal objeción, la Secretaria General de la Consejería ha manifestado en informe final, en relación al precepto, que “se ha matizado su redacción acogiendo la que figura en el artículo 21.2 de la Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha, en su redacción dada por la modificación introducida por la disposición final cuarta de la Ley 7/2022, de 29 de

julio, de Medidas para la Agilización Administrativa de los Proyectos de Energías Renovables en Castilla-La Mancha, a causa de las discrepancias de carácter competencial por parte de la Administración General del Estado y que han sido resueltas a través del mecanismo de la Comisión Bilateral de Cooperación, previsto en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dando lugar a la referida modificación que ha sido admitida por el Estado”.

La redacción original del citado artículo 21.2 de la Ley 2/2021, de 7 de mayo, expresaba que “Los órganos del sector público regional, en el marco de la normativa vigente en materia de contratación pública, velarán por la incorporación en los pliegos de prescripciones técnicas, definidores de las obras, servicios y suministros que precisen para el ejercicio de sus competencias, de requisitos y características específicas sociales y medioambientales que redunden en la mejora del medio rural, propiciando las adquisiciones de proximidad, la utilización de productos locales, ecológicos, frescos y de temporada, así como productos amparados por figuras de calidad diferenciada regional, propiciando igualmente la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, la gestión forestal sostenible, las energías renovables y el ahorro energético”.

El Estado mostró diversas discrepancias de carácter competencial en relación al contenido de dicho precepto, acordando la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en relación al mismo, que “Respecto al artículo 21.2, ambas partes acuerdan que el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha promoverá la correspondiente modificación legislativa para suprimir del precepto las expresiones «adquisiciones de proximidad» y «productos locales»”. Tal acuerdo se hizo público mediante resolución de 2 de febrero de 2022 de la Secretaría General de Coordinación Territorial, publicada en el Boletín Oficial del Estado n.º 45 de 22 de febrero siguiente; y por resolución de 8 de febrero de 2022 de la Viceconsejería de Relaciones Institucionales, publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha n.º 36 del mismo 22 de febrero.

Para dar cumplimiento a lo acordado en dicha Comisión, en la disposición final cuarta de la Ley 7/2022, de 29 de julio, de Medidas para la Agilización Administrativa de los Proyectos de Energías Renovables en Castilla-La Mancha, se otorgó nueva redacción al artículo 21.2 de la Ley 2/2021, de 7 de mayo, en el siguiente sentido: “Con respeto de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación, los órganos de contratación del sector público regional valorarán la posibilidad de integrar en los pliegos de condiciones de los contratos que se propongan licitar, criterios sociales y medioambientales que faciliten el acceso en condiciones de igualdad a las empresas ubicadas en las zonas escasamen-

te pobladas o en riesgo de despoblación, propiciando la adquisición de productos de proximidad, frescos y de temporada, productos ecológicos y acogidos a regímenes de calidad, así como la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero, la gestión forestal sostenible, el uso de energías renovables y el ahorro energético”.

El precepto del anteproyecto que se examina no ha acogido -como inciertamente afirma la Consejería- la posición acordada por la Comisión Bilateral en relación al artículo 21.2 de la Ley 2/2021, de 7 de mayo, pues vuelve a insistir en la alusión a las “adquisiciones de proximidad”, y ello pese a haberse acordado en el seno de dicho órgano, de modo expreso, la supresión de la mención a tal categoría. Una mera remisión inicial a la nueva redacción del citado artículo 21.2, no salva esta distorsión que, en cualquier caso, y para la prosperabilidad de la futura ley, deberá ser subsanada.

De este modo, se considera necesario que se elimine del texto del precepto la referencia explícita a “adquisiciones de proximidad” que fue anteriormente vetada por el Estado.

Asimismo, y para evitar cualquier eventual interferencia en el respeto a los principios de igualdad, transparencia y libre competencia en la contratación previstos en el artículo 132 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 -precepto de carácter básico-, estima este Consejo que al igual que se hiciera en la nueva redacción del artículo 21.2 de la Ley 2/2021, de 7 de mayo, debería depurarse el artículo, haciendo mención expresa al respeto a los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación, sustituyendo además el verbo “velará” -que también fue modificado a raíz de la intervención de la Comisión Bilateral- por “valorará la posibilidad” u otro similar, e introduciendo las salvedades oportunas en relación a las explotaciones familiares agrarias y su registro, a fin de evitar la eventual restricción de la concurrencia que pudiera conllevar su alusión en las licitaciones”.

Las observaciones esenciales formuladas en el dictamen fueron recogidas en el texto aprobado en Cortes mediante la Ley 9/2023, de 3 de abril, de Agricultura Familiar y de Acceso a la Tierra en Castilla-La Mancha, publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha número 73, de 17 de abril de 2023.

Finalmente, durante el año 2023, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha emitió en materia de carácter constitucional y estatutario el Dictamen

239/2023, de 27 de septiembre, solicitado por la Consejería de Hacienda, Administraciones Públicas y Transformación Digital sobre el Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2023.

**RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL, AUTÓNOMICO Y
PARLAMENTARIO.**

**CONSTITUTIONAL, REGIONAL AND PARLIAMENTARY LAW ACTIVITIES REVIEW.
(1 ENERO DE 2023 A 1 DE ENERO DE 2024)**

M^a Elena Rebato Peño

Universidad de Castilla-La Mancha

Mariaelena.rebato@uclm.es

<https://orcid.org/0000-0002-4766-8003>

Cómo citar/Citation

REBATO PEÑO, M^a Elena., “Reseña de actividades de derecho constitucional, autonómico y parlamentario”, *Anuario Parlamento y Constitución*, nº 25, 2024.

Recibido: 20-02-2024

Aceptado: 31-03-2024

Resumen: Esta reseña recoge una selección de las principales actividades académicas de Derecho Público desarrolladas en la UCLM durante 2023.

Se presta especial atención a las llevadas a cabo por el área de Derecho Constitucional sobre Derechos Humanos, Justicia Constitucional y Derecho Autonómico.

Palabras clave: Actividades académicas; Derechos Humanos; Justicia Constitucional y Derecho Autonómico.

Summary: This review includes a selection of the main Public Law academic activities developed in UCLM during 2022. Special attention is paid to those, carried out by the Constitutional Law area about Human Rights, Constitutional Justice or Autonomic Law.

Keywords: Academic activities; Human Rights; Constitutional Justice; Autonomic La

SUMARIO

I. Actividades sobre Derechos Fundamentales

I.1. Seminario práctico de Jurisprudencia Constitucional comparada e internacional. Cádiz, 24 a 26 de julio

I.2. XXVIII Jornadas de Derecho Constitucional: “Los Derechos Fundamentales en la Constitución”. Ciudad Real, 23 y 24 de noviembre

II. Actividades relacionadas con el sistema autonómico:

II.1 XXVI Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla-la Mancha: “Parlamento y Estatuto de Autonomía”. Cuenca, 9 y 10 de marzo

III. Actividades en materia de Justicia Constitucional

III.1. VI edición título de especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y tutela de los derechos. Toledo, 3 a 21 de julio

III.2. XXIII Jornadas de Justicia Constitucional: “Tribunal Constitucional y vida humana. Un debate permanente”. Toledo, 7, 8 y 9 de noviembre

I. Actividades sobre Derechos Fundamentales

I.1. Seminario práctico de jurisprudencia constitucional comparada e internacional. Cádiz, 24 a 26 de julio

El seminario práctico de jurisprudencia constitucional y comparada que se celebra en Cádiz durante los días 24, 25 y 26 de julio, y que es dirigido por los profesores Díaz Revorio y Revenga Sánchez, Catedráticos de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla- La Mancha y de Cádiz, respectivamente; pone el broche de oro a la Especialidad en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución que se desarrolla en las semanas previas (3 a 21 de julio), en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo.

La ciudad constitucional por excelencia se convierte en un espacio abierto para que ponentes y cursantes debatan sobre unos casos relevantes, que han sido previamente seleccionados por los profesores y puestos a disposición de los alumnos para su lectura y que engarzan directamente con los temas abordados en la Especialidad de Justicia Constitucional.

El enfoque comparado que preside esta enseñanza, permite que no solo se haga referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, como ocurre en las sesiones de Juan Manuel López Ulla, que abordó la cuestión del papel de los jueces y el poder ejecutivo en la gestión de la pandemia a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 70/2022; y en la Mesa Redonda que llevaba por título “Las fronteras de la vida en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español” y en la que participaron los profesores de la Universidad de Castilla- La Mancha: Fco. Javier Díaz Revorio, M^a José Majano Caño, M^a Pilar Molero Martín- Salas y Adriana Travé Valls.

También tuvo un lugar relevante la jurisprudencia europea, tanto la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Pisa, Roberto Romboli, puso a debate en este foro el derecho al olvido en la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana y en los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. Por otra parte, el ex juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III, comentó la sentencia del TEDH Erkizia Almandoz contra España, de 22 de junio de 2021, sobre la libertad de expresión y discurso del odio. La profesora Emilia Girón, de la Universidad de Cádiz, también se refirió a la jurisprudencia supranacional, pero en este caso con relación al derecho al asilo, analizando la Sentencia de Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-821/19.

No podía eludirse en este foro una referencia a la jurisprudencia regional de la Corte Interamericana, en esta ocasión en relación al matrimonio igualitario y a la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la ponencia de la profesora Sofía Sagües, de la Universidad de Buenos Aires.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Constitucional de Colombia y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México, también estuvieron presentes en el debate a partir de las ponencias del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, Roberto Viciano, sobre la expansión permanente del derecho a la tutela en Colombia; y de los Magistrados “electorales”, Felipe de la Mata Pizaña y Felipe Alfredo Fuentes Barrera, en relación al “*modo honesto de vivir*” como requisito de elegibilidad en el proceso electoral mexicano, a partir de las sentencias SUP- REP- 362/2022 y acumulados y la contradicción de criterios 248/2022.

La afectación del derecho a la intimidad con motivo de la vigilancia masiva fue también una de las cuestiones tratadas en la mesa redonda en la que participaron los profesores Miguel Revenga Sánchez, María Ruíz Dorado y Wendy M. Jarquín Orozco.

1.2. XXVIII Jornadas de Derecho Constitucional: “Los Derechos Fundamentales en la Constitución”. Ciudad Real, 23 y 24 de noviembre.

Bajo el genérico título de “*Los derechos fundamentales en la Constitución*”, se celebraron en Ciudad Real las vigésimo octavas jornadas de Derecho Constitucional, dirigidas por el profesor Tomás Vidal Marín, profesor titular de Derecho Constitucional de la UCLM y responsable del área de Derecho Constitucional del campus de Ciudad Real.

Casi doscientos alumnos procedentes fundamentalmente del grado en Derecho, pero también de Relaciones Laborales y de Administración y Dirección de Empresas, decidieron un año más apostar por esta actividad formativa complementaria que ofrece el área de Derecho Constitucional de Ciudad Real.

Como anunciaba su título, no se abordó un grupo concreto de derechos fundamentales, sino que se hizo referencia a aquellos derechos fundamentales que por una u otra cuestión se encuentran en el foco de la discusión académica.

El derecho a la vida y a la integridad física siempre ha presentado aspectos que han merecido la atención de la doctrina y la jurisprudencia, pero sin duda han sido las cuestiones relativas a la interrupción voluntaria del embarazo y al fi-

nal de la propia vida en un contexto eutanásico, las que han generado un mayor interés en la doctrina y en la jurisprudencia. Si se pudiese hablar de un año jurisprudencial clave para el desarrollo del contenido esencial del derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, este sería el de 2023, en el que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la Ley de Salud Sexual y Reproductiva, en la sentencia 44/2023, de 12 de junio; y de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia en la sentencia 19/2023, de 25 de abril. Ambas resoluciones, fueron el núcleo de las intervenciones de los catedráticos de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, Eduardo Espín Templado y Fco. Javier Díaz Revorio, respectivamente. El primero, Magistrado del Tribunal Supremo en la actualidad, realizó una ponencia de carácter general sobre el derecho a la vida y a la autonomía del paciente, si bien finalizó la misma con una referencia extensa a la STC 19/2023. En lo que respecta al profesor Díaz Revorio, no solo realizó un estudio detallado de la STC 44/2023, sino de los precedentes jurisprudenciales que la misma ha tenido tanto en nuestro país SSTC 53/85 y 120/1990 como en el entorno comparado, concretamente en las sentencias del Tribunal Supremo americano *Roe versus Wade* y *Dobbs versus Jackson*, destacando el giro que esta última ha supuesto.

Un Estado democrático y de derecho, se fundamenta principalmente en las libertades de expresión e información, la libertad de asociación y el derecho de participación política. Si alguno de estos derechos ve su contenido esencial afectado por limitaciones excesivas al mismo, el propio Estado democrático se debilita.

Así se puso de manifiesto en las conferencias de los profesores Ana Carmona Contreras, de la Universidad de Sevilla sobre la libertad de expresión y los símbolos nacionales y las instituciones; y las fake news y el derecho a recibir información veraz a cargo de la profesora Clara Souto Galván, de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

A la libertad de asociación y más concretamente a esa forma de asociación con “*especial relevancia constitucional*”, que constituyen los partidos políticos que, en palabras de algún sector doctrinal, han pasado de ser la piedra angular sobre la que se asienta el sistema democrático a su principal amenaza, se refirió en su intervención el profesor Emilio Pajares Montolio, de la Universidad Carlos III de Madrid.

Vinculada a la participación política, aunque mas centrado en el ámbito electoral, fue la ponencia del profesor Carlos Vidal Prado, Catedrático de Derecho

Constitucional de la UNED y miembro de la Junta Electoral Central, quien destacó en su participación los principales retos que en el siglo XXI enfrenta el procedimiento electoral, garante del efectivo cumplimiento del derecho de participación política en su vertiente representativa; es decir, en relación con el derecho de sufragio.

II. Actividades relacionadas con el sistema autonómico

II.1 XXVI Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-la Mancha: “Parlamento y Estatuto de Autonomía”. Cuenca, 9 y 10 de marzo

El modelo de distribución territorial del poder establecido desde la Constitución implica la capacidad de autoorganización institucional de las Comunidades Autónomas que, pese a la diversidad inicial entre ellas por el modo de acceso a la autonomía, optaron por diseñar un sistema institucional prácticamente idéntico en base a sus Estatutos de Autonomía.

Un modelo de carácter parlamentario que se basa en una “*Asamblea legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio (...)*” (art. 152.1 CE).

Por ello, el tema elegido por el área de Derecho Constitucional del campus de Cuenca “Parlamento y Estatuto de Autonomía” no podía ser más oportuno ni más fundamental en el ámbito del derecho autonómico.

Tras la inauguración de las jornadas a cargo de autoridades académicas del campus y de la Universidad, fue la catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, la profesora Sefa Ridaura, quien abrió estos dos días de debate académico con un tema de carácter general, como el del Parlamento y la asimetría territorial. El modelo territorial definido en la Constitución española, tal y como señaló la ponente tiene tres características: está inacabado, presidido por el principio dispositivo y tiene diferencias muy relevantes en función del ámbito territorial en el que nos encontremos. Estos fueron los temas centrales de su conferencia, que fueron desarrollados a lo largo de la misma.

También tuvo un carácter global la intervención del Magistrado del Tribunal Supremo y catedrático de Derecho Constitucional, Eduardo Espín Templado, que examinó la cuestión del Senado y las Comunidades Autónomas. En los Estados descentralizados donde se implanta el bicameralismo, una de las cámaras cumple la función de representación de los territorios que integran el Estado. Esa debería

ser la función de nuestro Senado, pero el sistema de elección del mismo, así como las funciones que atesora y que muestran claramente que estamos ante un bicameralismo imperfecto, aconsejan tal y como señaló Espín y lleva reclamándose desde hace años, una profunda reforma, que implicaría evidentemente una reforma constitucional.

El catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y co- director de las jornadas, Fco. Javier Díaz Revorio, centró su intervención en el carácter del Parlamento, como órgano deliberativo y de control. Como ya se indicó al inicio de esta reseña, el sistema autonómico castellano manchego, al igual que el resto de los sistemas autonómicos es un sistema parlamentario que responde por tanto a una colaboración de poderes entre el Parlamento y el Poder Ejecutivo. Muestra de esa interrelación es la función de control que ejerce el Parlamento sobre el gobierno y que el ponente analizó haciendo una referencia precisa al control parlamentario en Castilla- La Mancha.

Más específica en relación con Castilla- La Mancha fue la conferencia impartida por el profesor Tomás Vidal Marín, quien hizo referencia a la investidura automática del Presidente de la Junta de Comunidades. De manera muy particular el Estatuto de Autonomía de Castilla- La Mancha, prevé en su artículo 14.5 que en el supuesto de que ningún candidato obtuviese la mayoría simple de votos del Parlamento regional en el plazo de dos meses desde la celebración de las elecciones; será investido Presidente de la Comunidad Autónoma el candidato del partido con mayor número de escaños en el Parlamento.

El recurso de amparo frente a actos no legislativos de órganos parlamentarios, previsto en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, fue el tema desarrollado por la profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid y Letrada del Tribunal Constitucional, Itziar Gómez Fernández. Las especialidades de este procedimiento, así como los supuestos prácticos a los que hizo referencia fueron el centro de su exposición.

No podía faltar en este seminario uno de los elementos que singularizan el mismo como son las mesas redondas, que en esta ocasión se organizaron en torno a dos temas: el funcionamiento de los Parlamentos autonómicos y la función de las Cortes de Castilla- La Mancha, como órganos legislativo deliberativo y de control. La primera, estuvo integrada por letrados de Parlamentos Autonómicos y fue moderada por Roberto Mayor Gómez, director de los servicios jurídicos de las Cortes de Castilla- La Mancha. En la segunda participaron los portavoces de los grupos parlamentarios en la Asamblea legislativa de Castilla- La Mancha y fue moderada por la co- directora de las Jornadas, la profesora Ana Valero Heredia.

Como en ocasiones anteriores estas jornadas contaron con la financiación de las Cortes de Castilla- La Mancha y el aval del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

III. Actividades en materia de Justicia Constitucional

III.1. VI edición Título de especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y tutela de los derechos. Toledo, 3 a 21 de julio

Más de ciento cincuenta alumnos de quince nacionalidades concluyeron el día 21 de julio de 2023 la sexta edición del Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los derechos, que comenzó el tres de julio. Tal y como viene siendo habitual en los últimos años, la especialidad puede cursarse íntegramente presencial en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, por la plataforma Microsoft Teams o de forma combinada.

Los directores de la especialidad, los catedráticos de Derecho Constitucional, Eduardo Espín Templado, Fco. Javier Díaz Revorio y la profesora Titular Magdalena González Jiménez; y los secretarios los profesores de Derecho Constitucional, Fco. Javier Díaz Majano y Adriana Trave Valls, diseñaron una enseñanza de postgrado con metodología y enfoque comparados y en el que se analizaron las nuevas tendencias en interpretación de Derechos, los problemas actuales de los derechos fundamentales, así como los mecanismos de tutela de estos y cómo la justicia constitucional afronta su defensa.

El programa, fue inaugurado por el profesor Luigi Ferrajoli, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Roma, con su conferencia “*El constitucionalismo global y el problema de la paz*”. Desde ese momento y durante las tres semanas que siguieron al mismo participaron una cincuentena de profesores elegidos entre los más prestigiosos especialistas en esas materias, tanto de Europa como de Iberoamérica.

A título únicamente de ejemplo intervinieron en esta edición expertos en Filosofía del Derecho como Manuel Atienza, Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa; y en Derecho Constitucional como Roberto Blanco Valdés, de la Universidad de Santiago de Compostela; Gerardo Ruiz Rico de la Universidad de Jaén; Miguel Carbonell, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México; Néstor Sagües de la Universidad de Buenos Aires; Lucio Pegoraro y Silvia Bagni, de la Universidad de Bolonia, Mateo Nicolini de la Universidad de Verona; Roberto Romboli, de la Universidad de Pisa o Roberto Gargarella de la Universidad de Buenos Aires, entre otros.

Impartieron conferencias en el seno del programa, los magistrados y ex magistrados: Hermógenes Bienvenido Acosta, del Tribunal Constitucional de la República Dominicana; Eloy Espinosa- Saldaña, del Tribunal Constitucional de Perú; Enrique Arnaldo Alcubilla y Andrés Ollero del Tribunal Constitucional de España; Sergio García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Felipe de la Mata del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Luis López Guerra, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

También fueron ponentes todos los profesores del área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla- La Mancha, junto a otros especialistas procedentes de otras Universidades.

En el Título de Especialista también se ofrecieron sesiones de presentaciones bibliográficas con las novedades más importantes en materia de justicia constitucional y derechos, en las que intervinieron en algunas ocasiones los autores de las monografías; y una Jornada Iberoamericana en la que los alumnos del Título fueron los ponentes y presentaron sus reflexiones acerca de temas conexos al programa.

Luis López Guerra ex magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos clausuró esta nueva edición con la conferencia que llevaba por título “*Control de constitucionalidad y control de convencionalidad en Europa y América*”.

III.2. XXIII Jornadas de Justicia Constitucional: “Tribunal Constitucional y vida humana. Un debate permanente”. Toledo, 7, 8 y 9 de noviembre.

La elección del tema de las vigesimoterceras jornadas de Justicia Constitucional no era una opción para el área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo dadas las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en relación con un derecho fundamental básico en nuestra Constitución – la vida humana-. Por ello, el título elegido para las mismas fue el de “*Tribunal Constitucional y Vida humana. Un debate permanente*”.

Tal y como señalaron las profesoras M^a Elena Rebato Peño, co- directora de las Jornadas y Adriana Travé Valls, co- secretaria de estas, en la sesión introductoria con la que iniciaron estas jornadas, el derecho fundamental a la vida y a la integridad física del artículo 15 CE, plantean aspectos de gran relevancia en relación con el inicio y el final de la vida humana.

La titularidad del derecho a la vida nos conduce a cuestionarnos si el aborto

resulta o no compatible con el derecho fundamental del artículo 15 CE. Y las dudas sobre si el derecho tiene un contenido positivo o negativo, nos lleva a plantearnos si es posible hablar de un derecho a la regulación legal de la eutanasia.

Ambos aspectos se habían sometido a la opinión del Tribunal Constitucional. En el caso del aborto, desde la presentación del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de salud sexual y reproductiva 2/2010 que establecía un sistema de plazos para la interrupción voluntaria del embarazo, frente al anterior sistema de indicaciones. En el año 2023, el Tribunal Constitucional responde a las dudas de inconstitucionalidad planteadas ante su sede, avalando la constitucionalidad tanto del sistema de plazos vigente en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, como de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

Hasta llegar a estos pronunciamientos del año 2023, se ha desarrollado toda una interpretación de carácter evolutivo sobre el derecho a la vida y a la integridad física, a la que hicieron referencia en sus sesiones, los profesores Manuel Aragón Reyes, Ex magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho Constitucional y Tomás Vidal Marín, profesor titular de la UCLM.

Sobre los orígenes de la vida y temas conexos con los tratados en las sesiones anteriores se organizó una mesa redonda en la que participaron profesores de Derecho Constitucional de la UCLM de diversos campus y que fue introducida y moderada por la profesora M^a José Majano Caño, co-secretaria de las Jornadas.

La segunda sesión vespertina de estas jornadas se dedicó casi en su totalidad al análisis exhaustivo de la STC 44/2023 en la que el Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad del sistema de plazos de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva, dando un paso más allá al considerar la interrupción voluntaria del embarazo como una decisión amparada por el art. 10.1, que consagra “la dignidad de la persona” y el “libre desarrollo de la personalidad”; y en el art. 15 CE, que garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral. El Magistrado del Tribunal Constitucional, Juan Carlos Campo Moreno, del bloque de Magistrados que avaló el fallo, desarrolló y defendió la postura mayoritaria del Tribunal.

Por su parte el magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla, quien realizó un voto particular a la sentencia mencionada supra, expuso los fundamentos de su disidencia en relación a la interpretación evolutiva realizada por la mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional y a la consideración del aborto como un derecho.

El Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, Eduardo Espín Templado, disertó sobre la autonomía del paciente, su regulación legal y fundamentación constitucional.

El final de la vida, la eutanasia y el Tribunal Constitucional, fue el tema elegido por la profesora M^a Pilar Molero Martín Salas. En su conferencia puso de relieve las luces y las sombras de la STC 19/2023, así como los pronunciamientos jurisprudenciales previos a esta resolución tanto a nivel nacional como comparado. El cierre de las jornadas se produjo con el debate que se suscitó en la mesa redonda sobre las últimas fronteras de la vida, introducida y coordinada por Fco. Javier Díaz Revorio, co- director de las Jornadas.

IV. NUEVO DERECHO TRANSVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

SUMARIO

- **Hugo Molina Martínez:** *“Observatorios de las personas con discapacidad en México. De la actividad jurisdiccional electoral a promotores de cambio en favor de este sector poblacional”.*
- **Francisco José Sierra Fernández:** *“La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Dignidad y educación inclusiva de las personas sordas en lengua de signos”.*

OBSERVATORIOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN MÉXICO. DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL ELECTORAL A PROMOTORES DE CAMBIO EN FAVOR DE ESTE SECTOR POBLACIONAL.

OBSERVATORIES FOR PERSONS WITH DISABILITIES IN MEXICO. OF ELECTIONAL JURISDICTIONAL ACTIVITY TO CHANGE PROMOTORS FOR THIS PUBLIC SECTOR.

Hugo Molina Martínez

Tribunal Electoral Estatal de Chihuahua, México.

hugomolina@techihuahua.org.mx

Cómo citar/Citation

MOLINA MARTÍNEZ, H. “Observatorios de las personas con discapacidad en México. De la actividad jurisdiccional electoral a promotores de cambio en favor de este sector poblacional”. Parlamento y constitución. Anuario, N° 25, 2024.

Recibido: 01-07-2024

Admitido: 30-07-2024

Resumen: El presente artículo hace una relatoría del papel que juegan los órganos jurisdiccionales electorales a fin de lograr una justicia inclusiva, la relevancia de la emisión de acciones afirmativas para la protección de los derechos político-electorales de las personas con discapacidad, haciendo alusión a sentencias relevantes y criterios jurisprudenciales orientados a favor de los derechos político-electorales de las personas con discapacidad. A demás en estas líneas se hace referencia a la integración del autor como enlace en México de Discapamérica, así como a la iniciativa del Observatorio de Personas con Discapacidad y sus ejes rectores.

Palabras Clave: Discapacidad, jurisdiccional, sentencia, acciones afirmativas y electorales.

Abstract: This article discusses the role played by electoral courts in achieving inclusive justice, the relevance of issuing affirmative actions for the protection of the political-electoral rights of persons with disabilities, referring to relevant judgments and jurisprudential criteria aimed at the political and electoral rights of people with disability. Moreover, in these lines reference is made to the integration of the author as a link in Mexico of Discapamerica and as the initiative of the Observatory of Persons with Disabilities and its guiding axes.

Keywords: Disability, jurisdictional, sentence, affirmative actions and electoral.

Escuchando en el año 2023 la magnífica conferencia del Maestro Sergio Sánchez París en la Universidad Castilla la Mancha acerca de los derechos de las personas con discapacidad, nació un inquietante deseo de estudiar dicha situación en la República Mexicana y tomar conciencia, sobre la importancia de promover los derechos y el bienestar de las personas con discapacidades en todos los ámbitos de la sociedad y el desarrollo, así como concientizar sobre su situación en todos los aspectos de la vida política, social, económica y cultural.

Se estima que en el mundo existen más de mil millones de personas con algún tipo de discapacidad, es decir, 15 % de la población total (OMS 2011); La misma organización considera que entre los grupos vulnerables representa la minoría más grande. De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda más reciente (2020), se tiene que en México aproximadamente un 16.5% de la población reportó contar con alguna discapacidad o limitación para realizar actividades cotidianas.

Hablar de igualdad e inclusión es hablar de los principios de la democracia, ya que el ideal de este régimen político es la consecución de la igualdad en términos de la representación y las prácticas de elección, y la inclusión de toda la ciudadanía en términos de igualdad de derechos

En ese entendido, la justicia electoral inclusiva que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales tiene como objetivo eliminar los prejuicios, discriminaciones, barreras, paradigmas excluyentes a fin de lograr la integración de los grupos históricamente vulnerables en la democracia.

El empoderamiento en la participación política, por parte de grupos de poder, ha venido a constituir un obstáculo para el desarrollo saludable de la democracia que, ha hecho imposible su aplicación social en la realidad, derivado de esta problemática, las acciones afirmativas han venido a romper la estructura tradicional de los mecanismos de la competencia política.

Entendiendo a la acción afirmativa como una serie de medidas de carácter temporal, correctivo, compensatorio o de promoción; encaminadas a lograr la igualdad sustantiva. Si bien, es cierto que esta concepción, tiene su origen en la problemática que enfrentan las mujeres para ejercer sus derechos político- electorales frente a los hombres en un esquema binario, este entendimiento se ha ampliado a otras problemáticas de desventaja.

Ahora uno de los retos más grandes actualmente es ¿Cómo construir una acción afirmativa verdaderamente incluyente?

En el tema se identifican tres sujetos relevantes involucrados, que son:

1. Los grupos desfavorecidos.
2. Quienes reciben la medida compensatoria y,
3. La autoridad que implementa la acción afirmativa.

Los derechos de las personas con discapacidad son exactamente los mismos que los del resto de la población, la diferencia radica en que, como grupo vulnerable, se enfrentan a diversas barreras para poder ejercerlos plenamente.¹

Debemos precisar que, existe una evidente diferencia entre juzgar bajo una óptica de identidad indígena y una para personas con discapacidad, justamente esa es la labor de la justicia electoral inclusiva: juzgar con perspectiva incluyente para proteger a la ciudadanía desde la diferencia en un marco de igualdad.

Por ello, es importante asumir que se enfrenta en cada caso en particular a grupos con una historia propia en la lucha de sus derechos, y ante ello, la inclusión electoral no puede ser igual o tratar de homologar escenarios, al contrario, es mejor y válida siendo distinta para cada caso.

En ese contexto, se observa la relevancia de la emisión de acciones afirmativas para la protección de los derechos político-electorales de las personas con discapacidad.

La igualdad como aspiración democrática debe imperar en los procesos electorales, en el actual y en los sucesivos, y, de la mano del principio de no discriminación constituirse como elementos fundamentales para consolidar una democracia inclusiva para el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad (incluyendo los derechos político- -electorales).

Desde la reforma constitucional del 2011, en la que surge el modelo de inclusión social, o también denominado de los derechos humanos; toda autoridad, en el ámbito de su competencia, tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales de los que México es parte y, por lo que toca al tema, los que se suscriban en materia de discapacidad. Teniendo como mayor referente a la Convención sobre los Derechos de las Per-

¹ Palabras de María del Carmen Carreón Castro, en su artículo <file:///Users/nancyoc/Downloads/Dialnet-DerechosPoliticoelectoralesDeLasPersonasConDiscapa-7140431.pdf>

sonas con Discapacidad (CDPD), primer tratado internacional del siglo XXI que promueve los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

Lo importante de comenzar con la discusión es la posibilidad de poder detectar el qué y el cómo se deberán emprender las medidas para mejorar las condiciones de acceso para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Una sociedad debe diseñarse con la perspectiva de considerar la diversidad humana para volverse accesible y dar cabida a un sinfín de personas con características y necesidades muy diferentes entre sí, garantizando de este modo no solo la igualdad formal, sino también la igualdad sustantiva.

El efectivo ejercicio de los derechos político-electorales promueven la inclusión y la participación en la sociedad de las personas con discapacidad como grupo vulnerable.

Por citar de manera enunciativa a tales derechos contemplados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tenemos:

- Votar en las elecciones populares.
- Ser votado para todos los cargos de elección popular.
- Asociación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos.
- Afiliación libre e individual a los partidos políticos.
- Integrar autoridades electorales.
- La garantía de que los procedimientos, las instalaciones y los materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar.
- La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación.
- La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores, y a este fin, cuando sea necesario y a petición de estas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar.

De esta manera, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de

México y los Tribunales Electorales Locales han sido uno de los principales impulsores en materia de inclusión, dotando de herramientas a todos los grupos de atención prioritaria, que buscan apoyar a disminuir esa brecha de desigualdad, se trata de algo esencial para reconocer siempre la dignidad y los derechos de todos los grupos sociales que no han tenido la posibilidad de ejercer su derechos político-electorales en la misma forma que el resto de la población.

Como autoridad jurisdiccional han emitido, por medio de las diferentes Salas, diversos criterios jurisprudenciales orientados a favor de los derechos político-electorales de las personas con discapacidad, tales como:

SUP-AG-40/2018. Acuerdo General que habla de las cuotas de las personas con discapacidad visual para cargos de elección popular en los partidos políticos².

Un ciudadano con discapacidad visual presentó escrito de petición ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) a fin de que el órgano interviniera para ser incluido en una de las 16 fórmulas de candidaturas del entonces Partido Encuentro Social, en la lista nacional plurinominal para integrar el Senado de la República. El CONAPRED, remitió el asunto al Instituto Nacional Electoral (INE) para que este diera respuesta al peticionario en el ámbito de su competencia. Al recibir el asunto el INE remitió los autos a la Sala Superior, pues consideró que se estaba impugnando una supuesta omisión del Partido en cuestión, en contravención a los principios de igualdad y no discriminación en la repartición de los cargos de elección popular para personas con discapacidad. Posteriormente, el ciudadano además señaló que ni el Partido, ni el INE, habían emitido una convocatoria en sistema de lectura *Braille*.

La Sala Superior decidió que en atención a los derechos fundamentales de acceso a la justicia pronta y expedita lo procedente era remitir la petición del ciudadano al máximo órgano de representación del Partido en cuestión, a efecto de que se pronunciara en un plazo de tres días hábiles en relación con la cuestión planteada. Lo anterior tomando como base el “*modelo social de discapacidad*”, bajo el cual la discapacidad debe ser considerada como una desventaja causada por las barreras que la propia sociedad genera, al no atender de manera adecuada las necesidades de las personas con diversidades funcionales.

Además la sala ordenó que, con base en un ajuste razonable:

2 https://www.te.gob.mx/EE/SUP/2018/AG/40/SUP_2018_AG_40-728543.pdf

- Que la resolución fuera leída en voz alta al peticionario en la diligencia de notificación que corresponda, únicamente si así lo desea.
- Además de la posibilidad de que la resolución sea leída en voz alta, se ordenó que fuera entregada en formato audible grabada en soporte magnético de CD-ROM y una copia adicional en formato de lectura *Braille*.

Destacable la Sentencia emitida en el año 2016³ en donde el Partido Revolucionario Institucional y el Partido Verde Ecologista de México presentan una queja en la que denuncian al Partido Acción Nacional (PAN) por la omisión de subtítular un promocional denominado “Ya estuvo bueno”, en el contexto del proceso electoral local 2015-2016.

En la sentencia se determinó la existencia de la infracción de uso indebido de la pauta por parte del PAN, al no subtítular el promocional de televisión denominado “Ya estuvo bueno”, a efecto de salvaguardar el derecho a la información política electoral de las personas con alguna discapacidad, a fin de que estén en condiciones de tomar parte en las decisiones públicas y ejercer el derecho al sufragio.

Dentro de la actividad como Magistrado del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, en la emisión de la sentencia dictada en el expediente JDC-021/2023, en el que se ordenó al Instituto Estatal Electoral de Chihuahua emitir acciones afirmativas en beneficio de las personas con discapacidad y demás grupos vulnerables y en la Resolución⁴ en materia electoral en donde por primera vez en el Estado de Chihuahua, México, se hace obligatoria la postulación por parte de los Partidos Políticos de que en por lo menos en seis Ayuntamientos de los más poblados de la Entidad Federativa, registraran un propietario y suplente para ocupar un cargo en el máximo órgano de gobierno municipal que perteneciera al grupo de personas con discapacidad, se despertó el interés genuino de buscar participar de una forma más activa en la promoción, concientización y apoyo de las personas que pertenecen a este grupo social históricamente desprotegido

Se considera de suma relevancia, estas resoluciones, porque a través de las mismas, se construye poco a poco, escenarios que tornen viable que las personas pertenecientes a los grupos en situación de vulnerabilidad, entre ellas las perso-

3 SRE-PSC-27/2016.

4 Sentencia JDC-081/2023 emitida por el Tribunal Electoral de Chihuahua, consultable en: https://www.techihuahua.org.mx/wp-content/uploads/2023/12/05_Sentencia-JDC-081_2023-y-acumulados.pdf

nas con discapacidad, puedan acceder a la representación política en el Congreso del Estado y en los Ayuntamientos, en la inteligencia de que al tratarse de órganos que representan la pluriculturalidad de la sociedad deben procurarse instrumentos que promuevan la inclusión de este sector de la población y, en relación con ello, las acciones afirmativas es la vía idónea para propiciar que puedan participar en la representación popular—como parte de la construcción del Estado, a efecto de lograr en su favor un estándar de inclusión de representación y con ello, puedan impactar en el aspecto político, social, cultural, económico y en cualquier ámbito de importancia para sus proyectos de vida.

Como se bien se aprecia el papel como impartidores de justicia en la búsqueda de una sociedad más inclusiva de cristaliza en la emisión de sentencias, pero inquietos decidimos ir mas allá y en esa inquietud fuimos generosamente invitados por los Doctores Francisco Javier Diaz Revorio y Enrique Belda Pérez-Pedrero para ser enlace en México de Discapamérica, la cual es una red de estudio y divulgación del derecho transversal de las personas con discapacidad, y su finalidad es formar a profesionales e investigadores de América Latina en este ámbito⁵.

Discapamérica México tiene como misión coadyuvar a la edificación de una sociedad incluyente que promueva condiciones de equidad, igualdad y respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad, por medio del análisis, la difusión y la divulgación; fomentando la vinculación y creación de redes entre instancias académicas, gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil y colectivos abocados al empoderamiento de las personas con discapacidad y a la defensa de sus derechos humanos promoviendo una cultura de la inclusión.

Nuestra visión es ser un referente en el diagnóstico de la inclusión/exclusión de las personas con discapacidad, así como un portavoz de las necesidades y reivindicaciones de dicho sector, con el fin de repercutir en la generación de políticas y en la concientización de la población a favor de la no discriminación, de la dignificación y plena inserción social de las personas con discapacidad en nuestro país.

Derivado de lo anterior se consideró que Discapamérica México trabajara bajo cuatro grandes ejes, a saber:

1. Diagnóstico de la situación en la que se encuentran las personas con discapacidad.

5 <https://blog.uclm.es/catedradyd/discapamerica/>

2. Conformación del Observatorio integrado por: Autoridades Electorales, Dependencias Gubernamentales, Instituciones Educativas, Empresariado, Organizaciones de la Sociedad Civil y Activistas.
3. Crear la Red de Apoyo, Asesoría y Acompañamiento.
4. Difusión para una Sensibilización.

En lo que respecta al primer eje referente al diagnóstico de la situación en la que se encuentra el grupo social, se realizan diversas reuniones a fin de contactar a múltiples Instituciones Gubernamentales, Grupos de la Sociedad Civil Organizada, Empresarios y líderes que buscan apoyar a este colectivo de personas, para que compartan sus experiencias.

A través de un pequeño cuestionario, solicitudes de información y estudios realizados se compila y sistematiza la información apoyados por docentes e investigadores respecto a la atención brindada, el listado de Instituciones, Organizaciones y Empresas que apoyan a las personas con algún tipo de discapacidad a través de diversos programas.

Se ha considerado la puesta en marcha de Observatorios en cada una de las 32 entidades que conforman la República Mexicana debido a la multiculturalidad del país⁶; Dichos observatorios tendrán el objetivo de investigar, analizar y generar conocimientos para difundir información sobre las condiciones sociales de vida de la población con discapacidad en México, atendiendo a las problemáticas de discriminación, invisibilidad, marginación y exclusión que enfrentan estas minorías.

Los observatorios trabajarán en tres grandes rubros, que son: Derechos Políticos Electorales, Políticas Públicas y Normatividad y Justicia. Estos rubros serán desarrollados a través de diversas acciones que a continuación se detallan:

A. Derechos Políticos Electorales.

Las personas con discapacidad deben ser partícipes de la democracia a partir del reconocimiento y la valoración de las diferencias, sin que eso represente una imposibilidad física y material de inmiscuirse en los asuntos políticos del país; Por ello, en este rubro se plantean diversas acciones tales como:

6 El día 13 de Junio se instaló el observatorio de personas con Discapacidad en el Estado de Puebla.

1. Estudios de la problemática jurídica en las que se encuentra el colectivo respecto a su derecho de votar y ser votado.
2. Divulgación de los derechos políticos electorales de las personas con discapacidad;
3. Seguimiento del registro de candidaturas otorgadas a este grupo.
4. Análisis de las propuestas de campaña dirigidas a este tema.
5. Encuentros con las y los candidatos ganadores con discapacidad.
6. Asesorías en materia de elaboración de normatividad y diseño de políticas públicas con relación a la discapacidad.
7. Seguimiento a las acciones, programas y políticas públicas encaminadas al tema.

Es así como podemos mencionar que el Observatorio del Estado de Chihuahua⁷ analizó jurídicamente el cumplimiento de la sentencia emitida por la autoridad electoral jurisdiccional de ese Estado y divulgó mediante una reunión con representantes de cuarenta colectivos para darles a conocer que por normatividad tendrían la posibilidad de ocupar espacios municipales y ser postulados para alguna Diputación Local.

También se celebró en las instalaciones que alberga el Instituto Estatal Electoral de Chihuahua, una reunión por demás interesante denominada “Primer encuentro de candidaturas de personas con discapacidad por acciones afirmativas⁸”; Esta sesión se desarrolló con la exposición de la propuesta y planteamientos de campaña que las y los candidatos a los diversos puestos de elección popular, así como sus suplentes.

B. Políticas Públicas

1. Estudios de las políticas públicas existentes.
2. Sistematización de la información respecto a los apoyos otorgados.
3. Análisis para enlazar políticas y programas de beneficio.

7 El día 01 de marzo de 2024 se instaló dicho Observatorio.

8 El día 14 de mayo de 2024.

4. Elaboración de un estudio de fortalezas y oportunidades en las políticas, programas y acciones para personas con discapacidad.
5. Seguimiento en el diseño e implementación de las nuevas políticas y programas de apoyo.

C. Normatividad y Justicia

1. Estudios de derecho comparado nacional e internacional en materia de derechos humanos para personas con discapacidad.
2. Compilación de la normatividad en México sobre la materia.
3. Asesoramiento y acompañamiento de casos jurídicos en los que se vean implicadas personas con discapacidad.
4. Asesoría en la armonización y adecuación del marco jurídico respecto al tema.

Una vez conformados todos los observatorios, se tiene como finalidad del tercer Eje, transformarse en redes de vinculación y cooperación entre las instituciones gubernamentales, educativas, organizaciones de la sociedad civil, colectivos y activistas abocados a la edificación de un Estado incluyente.

Cuando una persona con discapacidad se presente o lo solicite a Discapamérica México, dichas redes de apoyo brindarán asesoría y acompañamiento en asuntos jurídicos, médicos, educativos, laborales, de emprendimiento, deportivos, de gestión, entre otros más.

Y en el cuarto Eje se trabaja en visibilizar, generar conciencia sobre la problemática que enfrentan las personas con discapacidad y coadyuvamos en la construcción de una sociedad incluyente en México

Por ende, se llevan a cabo acciones como elaboración de videos donde se conoce y sensibiliza acerca del Síndrome de Down haciendo un llamado a ponerse los calcetines impares como medida de concientización de esta discapacidad; Conmemorando el día internacional del autismo a través de la campaña "la empatía es contagiosa...el autismo no" y otras más.

Se participa en eventos y foros académicos como el Tercer Congreso Internacional de Educación Inclusiva fomentando la participación de expertos naciona-

les e internacionales para que desde la academia se planteen mejores escenarios en el sector educativo para este grupo vulnerable.

El 21 de marzo del año en curso, se llevó a cabo la sesión del Observatorio de Personas con Discapacidad denominado “Acciones que el sector educativo en el estado de Chihuahua está llevando a cabo en relación con este sector de la sociedad”, un evento que se celebró en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Chihuahua en el que se escucharon las voces de los titulares de Dependencias estatales, así como diversas instituciones educativas, sus experiencias, acciones y programas diseñados especialmente para la atención de estudiantes y docentes con discapacidad, ofreciendo así un amplio panorama de las iniciativas que se están implementando para avanzar hacia una sociedad más inclusiva.

Trimestralmente se publican artículos científicos en la Revista *Quid Iuris*, perteneciente al Tribunal Estatal Electoral del Estado de Chihuahua, la cual es arbitrada por la Escuela Libre de Derecho, Campus Ciudad de México y es presentada anualmente en la Feria Internacional de Guadalajara, la más grande e importante de Latinoamérica. Lo anterior, con la finalidad de que se expongan temáticas jurídicas de los derechos de las personas con discapacidad.

LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD. DIGNIDAD Y EDUCACION INCLUSIVA DE LAS PERSONAS
SORDAS EN LENGUA DE SIGNOS.

THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH
DISABILITIES. DIGNITY AND INCLUSIVE EDUCATION OF DEAF PEOPLE IN SIGN
LANGUAGE.

Francisco José Sierra Fernández

Doctor en Derecho UCLM

pacusierra@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0005-8240-6577>

Cómo citar/Citación

Sierra Fernández, F.J., “La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Dignidad y educación inclusiva de las personas sordas en lengua de signos”, Parlamento y constitución. Anuario, N° 25, 2024.

Recibido: 13-07-2024

Admitido: 30-07-2024

Resumen: A pesar de la entrada en vigor y ratificación por España, en 2008, de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, existen diferentes incumplimientos de sus disposiciones dentro del ordenamiento jurídico español.

Uno de los reiterados incumplimientos se refiere al sistema educativo de las personas con discapacidad, tal y como ha puesto de manifiesto al Comité de representantes de personas con discapacidad (CERMI), asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de la discapacidad, y entidad encargada de supervisar la aplicación en España de la Convención. A tal efecto, el CERMI ha emitido reiterados informes desde el año 2017, poniendo en evidencia diversas situaciones que no se acomodan a lo dispuesto por la Convención.

En el estricto campo de las personas sordas, el incumplimiento va referido no solo a la falta de la inclusión educativa, sino a la ausencia de una oferta educativa bilingüe que incluya la lengua de signos, a pesar de que la Ley que reconoce la Lengua de signos, ya obligaba a ello.

De estas actuaciones referidas al sistema educativo de las personas sordas, cabe extraer varias conclusiones, en la línea de considerar las actuaciones de las administraciones educativas competentes en esta materia como discriminación conforme a la Convención.

Palabras clave: Convención Internacional, personas con discapacidad, sistema educativo, incumplimiento, dignidad, inclusión, lengua de signos, personas sordas.

Abstract: Despite the entry into force and ratification by Spain, in 2008, of the International Convention on the rights of people with disabilities, there are different non-compliance with its provisions within the Spanish legal system.

One of the repeated non-compliance refers to the educational system of people with disabilities, as revealed to the Committee of Representatives of People with Disabilities (CERMI), the most representative public utility association at the state level of disability, and entity in charge of supervising the application of the Convention in Spain. To this end, CERMI has issued repeated reports since 2017, highlighting various situations that do not comply with the provisions of the Convention.

In the strict field of deaf people, non-compliance refers not only to the lack of educational inclusion, but also to the absence of a bilingual educational offer that includes sign language, despite the fact that the Law that recognizes Sign Language signs, it already required it.

From these actions related to the educational system for deaf people, several conclusions can be drawn, along the lines of considering the actions of the educational administrations competent in this matter as discrimination in accordance with the Convention.

Key words: International Convention, people with disabilities, educational system, non-compliance, dignity, inclusion, sign language, deaf people.

SUMARIO

- 1. Introducción: la aparición de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.*
- 2. La dignidad como garantía ante la discriminación de las personas con discapacidad.*
- 3. Observaciones y control en la puesta en práctica de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. La educación inclusiva.*
- 4. La inclusión educativa de las personas con discapacidad en España.*
- 5. La lengua de signos en la normativa relativa a la educación de las personas sordas a la luz de la Convención.*
- 6. Conclusiones.*

1. Introducción: la aparición de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En la actualidad, la consideración de la discapacidad como un asunto de derechos humanos supone un paradigma o patrón a seguir. En gran medida, por la promulgación de la vigente Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y que en España entró en vigor el 3 de mayo de 2008 (BOE núm. 96 de 21/4/2008). Es la norma internacional que rige en materia de personas con discapacidad, y su impacto en las legislaciones y normativas internas de gran parte de los Estados firmantes ha sido muy importante. A pesar de ello, existe una evidente falta de desarrollo de dicha Convención en el marco de los derechos de las personas con discapacidad.

Aun siendo importante el avance y modificación de las legislaciones, resta la reformulación de los estándares básicos existentes en la sociedad acerca de la dignidad, de los que es “normal”, y lo que es verdaderamente inclusivo o sólo lo que se trata de una inclusión meramente formal. Así, DE ASIS, ha recalcado que el concepto de dignidad “(...) *no puede seguir vinculándose con una imagen homogénea del ser humano como titular abstracto de derechos, sin discriminar a quienes, como las personas con discapacidad, se alejan del patrón (...)*”¹. Revela, por un lado, un ideal del individuo con su dignidad, con su capacidad de razonar y comunicarse y cuyo fin es conseguir un proyecto de vida, y por otro, denota al mismo tiempo, una falta de un enfoque adecuado desde el punto de vista ético, pues hablar de derechos humanos en relación con la discapacidad sin encontrar la resolución a estos problemas de ajuste entre los “estándares” de los derechos del individuo y la realidad de la vida de las personas con discapacidad.

El enfoque tradicional de la discapacidad ha partido de su visión de un “modelo médico” que conceptúa a una persona con uno o varios problemas y que dichos problemas le ocasionan limitaciones que derivan en una discapacidad. A partir de esta diferenciación médica se adjudican unos derechos especiales circunscritos a unas personas o colectivos concretos que les identifica, que el profesor PECES-BARBA define como procesos de especialización y “(...) *que suponen una diferencia con los modelos genéricos de destinatarios de los derechos fundamentales. Se parte de una desigualdad que se considera relevante porque dificulta o impide el pleno desarrollo moral de las personas (...)*”².

1 De Asís, R. “Sobre discapacidad y derechos”. Dykinson, Madrid (2013), pág. 50

2 Peces-Barba, G., “Derechos humanos, especificación y discapacidad”. Universidad Carlos III de Madrid (2007), enlace web: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9992/Derechosh_Pe

La Convención da carta de naturaleza jurídica a la denominación de “modelo social” que concibe a la discapacidad como un rasgo más de la diversidad social y cuyas respuestas se centran en la no discriminación y en la igualdad de oportunidades, así como la intervención en el diseño de la sociedad. Son tres las dimensiones que se relacionan a la hora de definir estos modelos: por un lado el lenguaje utilizado para identificar los hechos (para el primer método son minusválidos y para el segundo, personas con discapacidad), en otra variable están las causas y rasgos que los describen (disfunción médica o diversidad humana respectivamente), y por último, las respuestas sociales y jurídicas que ocasiona (integración e inclusión social).

2. La dignidad como garantía ante la discriminación de las personas con discapacidad

Ante la revisión de los derechos humanos que la Convención ha formulado, en todo lo relacionado con la discapacidad, se impone como uno de los ejes fundamentales, el concepto de dignidad. Para ello, no cabe su incardinación en una búsqueda de la integración de las personas con discapacidad sino que debe orientarse en la inclusión de sus derechos, con adaptaciones a sus necesidades. El concepto de dignidad se venía construyendo socialmente sobre unos rasgos que tradicionalmente han favorecido a unos individuos, y que, por exclusión, han perjudicado a las personas con discapacidad. Esta construcción social ha sido siempre llevada a cabo desde unos ideales abstractos, que no se corresponden con las circunstancias que viven los individuos, sus rasgos biológicos, las condiciones sociales y familiares, las desigualdades, los impedimentos que encuentran en su vida cotidiana, etc.

Una primera cuestión es la plena capacidad de decidir, que los estándares del derecho no tienen en cuenta a la hora de valorar las capacidades o el origen que limitan, si existieran, esas capacidades. El derecho otorga una dignidad a quien tiene mejor capacidad de razonar o de comunicarse, y esa cuestión merecería una reflexión. De la misma forma no se valora la diferente manera de razonar o de comunicarse pues todas ellas deberán merecer el mismo respeto.

Por otro lado, el entorno social y su diseño supone un obstáculo para su desarrollo, en la medida que se definen bajo unas variables que no tienen en cuenta diversas circunstancias que atañen a las personas con discapacidad lo cual di-

ficulta enormemente su acceso en igualdad de oportunidades a las que si acceden personas sin discapacidad. El Profesor DE ASÍS se refiere a la potencialidad en las capacidades, para afirmar que la vida humana digna “(...) *se alcanza cuando se respetan las capacidades definatorias de las ideas de dignidad y su ejercicio, cuando se alcanza una satisfacción razonable de un plan de vida (...)*”³. Por ello, se debería de dar el mismo valor a todos los seres humanos como punto de partida. Cuando se habla de dignidad y de aportación a la sociedad, como concepto de utilidad social conforme a los estándares del derecho, SILVERS y FRANCIS proponen “(...) *la relación de confianza mutua como el candidato idóneo para sustituir a la idea de cooperación negociadora orientada al beneficio mutuo (...)*”, con lo que las personas con discapacidad pueden generar interacciones entre los individuos de la sociedad, lo cual enriquece a la propia sociedad y a esa confianza mutua “(...) *mediante la estimulación de un ambiente en el que la gente está dispuesta a ayudar a cada uno de los otros(...)*”⁴.

Sin duda, la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad instaure, a juicio del profesor BELDA, el concepto de dignidad para “(...) *erigirse en la columna vertebral del mismo, y asume un rol de la suficiente envergadura como para situarse en una posición interpretativa y/o aplicativa (...)*”⁵ lo cual supone, además de universalizar los derechos humanos, poder elevar la dignidad a un estatus general reconocido, lo cual permitirá generar plasmación concreta en la ejecución de las políticas en favor de la discapacidad. La propia Convención se encarga de recordad en su Preámbulo a)⁶, que la dignidad forma parte de uno de los objetivos fundacionales de las Naciones Unidas, equiparando la discriminación con la falta de respeto a la dignidad personal.

Profundizando en el texto articulado de la Convención, se encuentran dos referencias fundamentales al respecto: el artículo 1 párrafo I)⁷, que recuerda que to-

3 De Asís, R. “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, derecho y poder” Universidad Carlos III de Madrid (2004) pág. 70.

4 Silvers, A. y Francis, L.: “Thinking about the good: reconfiguring liberal metaphysics (or not) for people with cognitive disabilities”. Kittay.2010. pág. 42.

5 Belda Pérez-Pedrero, E. “Dignidad y Discapacidad, una perspectiva desde los derechos humanos”. Tirant lo Blanch 2020, pág. 100.

6 Preámbulo a) de la Convención: “Recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

7 Art. 1.I de la Convención: “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

dos los Estados firmantes del Tratado declaran a la dignidad únicamente como elemento inherente de los derechos humanos; y el artículo 3 párrafo a)⁸, que otorga a la dignidad una posición de preeminencia entre los principios inspiradores. Además, supone un engarce con el concepto de dignidad de cada Constitución o legislación nacional en que se mencione este concepto en la medida que la vincula a conceptos tan potentes como la autonomía individual y la vida independiente pues perfilan de manera nítida lo que supone el concepto de dignidad a la luz de la Convención.

Esta Convención ha conseguido llevar a una determinación mucho más concreta añadiendo a la autonomía personal y a la vida independiente un entorno accesible, el concepto de diversidad en clave positiva, un marco más amplio para la igualdad y un valor añadido a la participación social. Otras menciones a la dignidad dentro de la Convención que cabe destacar se especifican en el artículo 8.1.a)⁹ cuando se relaciona a la dignidad con la toma de conciencia entendida como un ejercicio de prevención ante posibles discriminaciones. Este punto, cabe relacionarlo con otros tres preceptos, los artículos 16, 24 y 25 de la Convención.

El art. 16.4¹⁰, referido a medidas de intervención en casos de explotación, abuso o violencia y con el fin de recuperar la autoestima dentro de un entorno favorable para la salud y el bienestar, el art. 24.1.a)¹¹, dedicado a la educación de las personas con discapacidad, y en él, la dignidad queda engarzada a conceptos ya utilizados durante el desarrollo del texto de la Convención como son la autonomía personal, la inclusión, la diversidad y la igualdad de oportunidades, con el fin último y declarado por este precepto de conseguir el desarrollo de la personalidad. Por último, la dignidad en la salud también está presente en la Convención a través de su art. 25 apartado d)¹², de cara a garantizar una atención sanitaria

8 Art. 3.a) de la Convención: “*El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas*”.

9 Art. 8.1.a) de la Convención: “*Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas*”.

10 Art. 16.4 de la Convención: “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad*”.

11 Art. 24.1.a) de la Convención: “*Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana*”.

12 Art. 25.d) de la Convención: “*Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con*

ria en condiciones de autonomía personal y de dignidad, lo que implica que la intervención sanitaria, lejos de realizarse bajo un formato genérico como al resto de la población, debe distinguirse bajo una atención individualizada y adaptada a la realidad concreta de las personas con discapacidad

Refiriéndonos a la educación inclusiva, en el apartado 2 del mismo artículo 24¹³, se formula un llamado especial a cuidar ciertos aspectos de tal manera que no se excluya a las personas con discapacidad de la enseñanza primaria obligatoria, y de la secundaria, debiendo contener esta educación unos estándares de calidad y gratuidad además de una igualdad de condiciones con las demás personas de la comunidad con quien convivan, y garantizando los ajustes razonables en función de las necesidades individuales y contando con los apoyos y recursos necesarios en función de los requerimientos de cada alumno/a con discapacidad y enfocando al máximo en su desarrollo académico y social, con un objetivo final: la plena inclusión.

Llegado este punto y profundizando más en la educación inclusiva, los apartados 3 y 4 del art. 24¹⁴ de la Convención. El apartado 3, apunta a cuatro varia-

discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado”.

13 Art. 24.2 de la Convención: “Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad; b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan; c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales; d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva; e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo”.

14 Art. 24, apartado 3 y 4 de la Convención: “3. Los Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas: a) Facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares; b) Facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas; c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social. 4. A fin de contribuir a hacer efectivo este derecho, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos. Esa for-

bles a considerar que permitan reconocer a la educación como inclusiva: la adquisición de habilidades para la vida y su desarrollo, tales como el aprendizaje del braille y otros formatos de comunicación alternativa, ejercer y desarrollar las tutorías; facilitar el aprendizaje de la lengua de signos, y asimismo, apoyar la identidad lingüística de las personas sordas; y por último, asegurar que la educación de los/as alumnos/as ciegos/as, sordos/as y sordociegos/as se imparta en los lenguajes o modos de comunicación más apropiados para cada persona y entornos donde puedan alcanzar su máximo desarrollo.

El apartado 4 es aún más concreto al mandar a los Estados Partes a que establezcan un plan de contingencia para proveer de medidas que permitan contratar maestros, con y sin discapacidad, que tengan cualificación en lengua de signos o braille, y en el mismo sentido, se debe contemplar la formación a profesionales del sector educativo que vienen trabajando en el ámbito de la discapacidad, bajo un completo programa que incluya la sensibilización en el tema de la discapacidad, aprendizaje de los medios de comunicación más precisos y apropiados, así como una puesta al día en técnicas y materiales de apoyo en dichas materias.

Por ello, el verdadero reto de este tipo de instrumentos jurídicos internacionales como la Convención, es que los Estados puedan trasponer estos conceptos a sus respectivas legislaciones, como fue el caso de España, a través de la Ley 26/2011 de 1 de agosto, (BOE núm. 184, de 02/08/2011) de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, esta Ley no aborda en ningún momento, la modificación de la normativa en materia de educación.

En la normativa española, desarrollada a través del Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en línea con la Convención, su artículo 3¹⁵ recoge como principios básicos la dignidad, la vida independiente, la

mación incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad”.

15 Art.3 RDLeg 1/2013, de 29 de noviembre: “Los principios de esta ley serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas. b) La vida independiente. c) La no discriminación. d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas. e) La igualdad de oportunidades. f) La igualdad entre mujeres y hombres. g) La normalización. h) La accesibilidad universal. i) Diseño universal o diseño para todas las personas. j) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad. k) El diálogo civil. l) El respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, y, en especial, de las niñas y los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. m) La transversalidad de las políticas en materia de discapacidad”.

no discriminación, la diversidad, la igualdad de oportunidades, la normalización, la accesibilidad universal y el diseño para todos, así como la participación e inclusión plena. Así el art. 81 de este Texto Refundido, contiene un amplio espectro de sanciones para dar efecto a lo legislado en materia de derechos de las personas con discapacidad, y referido concretamente a la dignidad, en su apartado 3¹⁶ se refiere a las infracciones graves que supongan conculcar deliberadamente la dignidad de las personas con discapacidad imponiendo condiciones o cargas humillantes para el acceso a los bienes, productos y servicios a disposición del público. Dicho precepto, a la luz de los principios recogidos en el art.3.a)¹⁷ del Texto Refundido, exige que para verse conculcada la dignidad debería producirse, según BELDA, “(...) un impedimento de inclusión, de autonomía, de libre disposición, o de discriminación, que termine por estimar que, en efecto, la dignidad se ha visto afectada (...)”¹⁸.

En este sentido, la Convención ha tenido una virtud, como es cambiar la tendencia habida en materia de regulación de los derechos de las personas con discapacidad, cuando el propio artículo 1¹⁹ de la Convención dispone que los objetivos de la misma serán promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Es decir, otorga un mandato claro de aplicación de los derechos existentes para todos y todas, por igual y sin discriminación, bajo una técnica que no supone la creación de más derechos a favor de las personas con discapacidad si-

16 Art. 81.3 RDLeg 1/2013, 29 de noviembre: “En todo caso, y sin perjuicio de lo que se establezca en la legislación autonómica, tendrán la consideración de infracciones graves: a) Los actos discriminatorios u omisiones que supongan directa o indirectamente un trato menos favorable a la persona con discapacidad en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable. b) El incumplimiento de las exigencias de accesibilidad, así como la negativa a adoptar las medidas de ajuste razonable, a que se refiere el artículo 66 así como en sus normas de desarrollo. c) El incumplimiento de un requerimiento administrativo específico que formulen los órganos competentes para el ejercicio de las competencias necesarias para dar cumplimiento a las previsiones de esta ley. d) Cualquier forma de presión ejercida sobre la persona con discapacidad o sobre otras personas físicas o jurídicas, que hayan entablado o pretendan entablar cualquier clase de acción legal”.

17 Art. 3.a) del RDLeg 1/2013, de 29 de noviembre: “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.

18 Belda Pérez-Pedrero, E. Ibidem pág. 117.

19 Art. 1 de la Convención: “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

no garantizar que los que ya hay son para todas, incluidas las personas con discapacidad, y para ello se articularán dentro de la Convención los mecanismos para el ejercicio de los mismos en igualdad de oportunidades.

3. Observaciones y control en la puesta en práctica de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. La educación inclusiva.

El artículo 33.2²⁰ de la Convención insta a que cada Estado parte pueda designar uno o varios mecanismos independientes para el control y supervisión de la ejecución y aplicación de la citada Convención, y más concretamente el art. 33.3²¹ señalaba a la sociedad civil a través de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad como entidades que deben de participar íntegramente en dicho proceso de seguimiento. El RD 1276/2011 fue aprobado con el fin de adaptar los preceptos de la Convención a la normativa española, y en el mismo, su Disposición Adicional Primera²² fue reconocida la figura del CERMI como asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de la discapacidad y de esta manera funcionar como mecanismo independiente con el fin de promover, proteger y supervisar la aplicación en España de la Convención.

Cabe señalar que el Comité de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), lleva más de 25 años vertebrando el movimiento asociativo de personas con discapacidad, dentro del respeto a la autonomía de cada entidad miembro y a su pluralismo en un colectivo tan diverso, desarrollando labores de representa-

20 Art. 33.2 de la Convención: “*Los Estados Partes, de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención. Cuando designen o establezcan esos mecanismos, los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos*”.

21 Art. 33.3 de la Convención: “*La sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento*”.

22 Disposición adicional primera RD 1276/2011: “*Sin perjuicio de las funciones del Defensor del Pueblo como Alto Comisionado para la defensa de los derechos humanos, y a los efectos del número 2 del artículo 33 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se designa al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), en tanto que asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad, como mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España del citado Tratado internacional*”.

ción ante los poderes públicos, y sirviendo de interlocutor de la sociedad civil ante las instituciones. El trabajo encomendado de cara a la Convención y su seguimiento es llevado a cabo por una Delegación permanente de derechos humanos y para la Convención, así como un comité de apoyo, formado por expertos que respalda las acciones del CERMI en cada tarea puntual a través de la asistencia técnica.

Los resultados de la Convención, quince años después, según analiza el CERMI, en calidad de supervisor independiente, han puesto en evidencia que la Convención se utiliza y se cita en muchas ocasiones pero que la misma está encontrando dificultades para su puesta en práctica, comenzando por el hecho de que España es el único país de Europa que no tiene un plan de derechos humanos. El CERMI denunció que el baremo de discapacidad vigente no se ajusta al modelo social de discapacidad que inspira la Convención y que debiera de abarcar e influir en todas las políticas públicas. El actual baremo, establecido por el RD 1971/1999, tiene un enfoque médico y rehabilitador, y transcurridos más de quince años desde la entrada en vigor de la Convención, dicho baremo sigue anclado en visiones y modelos médicos ya caducados en materia de discapacidad, pues hace referencia a la asistencia, a la rehabilitación y no integra ni tiene en cuenta a los entornos personales y sociales de las personas con discapacidad. En el Informe “Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2017”, transcurridos diez años desde su entrada en vigor de la Convención, afirmaba que existe “(...) una realidad precaria y deficitaria en España, con graves carencias y anomalías que nos alejan de unos estándares aceptables (...)”²³.

Alguna de las conclusiones que dicho Informe contiene se centran en la falta de aplicaciones prácticas de la Convención en las leyes españolas, notándose más esa ausencia en áreas críticas como la accesibilidad y la educación inclusiva, sectores además, donde se recogen el mayor número de quejas y denuncias en la actualidad. Por ejemplo, en materia de accesibilidad universal, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) de 2003 (normativa ya derogada), contemplaba en su disposición final quinta²⁴, plazos de hasta

23 VVAA. “Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2017”, CERMI 2018, pág.278. Enlace web: <https://cermi.es/colecciones/coleccion-convencion-onu/126> (fecha de consulta 15 de junio 2024).

24 Disposición final quinta primer apartado de la LIONDAU (derogada): “Las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación serán obligatorias según el calendario siguiente:

a) En el plazo de tres a cinco años desde la entrada en vigor de esta ley, todos los entornos, productos y servicios nuevos serán accesibles, y toda disposición, criterio o práctica administrativa discriminatoria será corregida.

b) En el plazo de 15 a 17 años desde la entrada en vigor de esta ley, todos los entornos, productos y

17 años para el cumplimiento de lo dispuesto en materia de accesibilidad, y como fecha límite el 4 de diciembre de 2020, para que los bienes y servicios fueran plenamente accesibles y, después de este plazo, este aspecto no se llevó a cabo.

Son diferentes y variados los derechos recogidos en el texto de la Convención. El artículo 5 de la Convención afirma en su primer apartado²⁵ que los Estados partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. Y, para ello, su apartado 2²⁶, prescribe que los Estados partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y ofrecerán garantías y protección legal de manera efectiva a todas las personas con discapacidad contra la discriminación por cualquier motivo.

La investigación titulada *“El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España-Un estudio sobre la desigualdad por razón de la discapacidad”*²⁷, escrito por Eduardo Díaz Velázquez y editado en 2018 por el CERMI, pone en evidencia que la educación inclusiva no está aún implantada en el sistema educativo, con unos altos índices de desempleo, precariedad laboral y una diferencia salarial que deja en inferioridad a las personas con discapacidad. Este estudio aclara que el principal error en España no radica en la normativa, puesto que ésta ha evolucionado en los últimos años, sino en los mecanismos que garantizan la igualdad de las personas con discapacidad. De hecho, en el artículo 5.3²⁸ de la Convención se aclara que para promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. Asimismo, la investigación pone en evidencia ciertos prejuicios sociales y culturales que sobre la discapacidad existen por la supuesta situación de inferioridad, lo cual condiciona las políticas y las ayudas públicas que desarrolla cada individuo sin discapacidad a raíz de esa

servicios existentes y toda disposición, criterio o práctica cumplirán las exigencias de accesibilidad y no discriminación”.

25 Art. 5.1 de la Convención: *“Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”.*

26 Art. 5.2 de la Convención: *“Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”.*

27 Díaz Velázquez, E. *“El acceso a la condición de ciudadanía de las personas con discapacidad en España-Un estudio sobre la desigualdad por razón de la discapacidad”*. CERMI (2018) Enlace web: <https://back.cermi.es/catalog/document/file/636120fe2bbd5.pdf> (fecha de consulta 3 de junio 2024).

28 Art. 5.3 de la Convención: *“A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”.*

visión, y pone en entredicho la toma de decisión en esta materia.

De los diferentes derechos recogidos, merece mención especial el derecho a la educación, en el artículo 24.1²⁹ de la Convención. El sistema educativo en materia de personas con discapacidad debiera cumplir tres objetivos: el desarrollo personal, potenciar la personalidad y la creatividad y facilitar la participación. Un derecho que debe ejercerse sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades y la inclusión. Para el cumplimiento de dichos objetivos, se contemplan unos ajustes razonables en función de cada necesidad y apoyos que precisen los alumnos con discapacidad, complementando estas líneas de educación inclusiva con el aprendizaje de sistemas de comunicación como el braille, la lengua de signos, así como formación continua a profesores en materia de comunicación y sensibilización, tal y como recoge el artículo 24.3³⁰ de la Convención.

Naciones Unidas condenó a España tras una investigación confidencial desarrollada por un Comité Internacional que promovió el CERMI y desarrolló sus trabajos durante el año 2017, y que llegó a la conclusión de que el sistema educativo español es discriminatorio, pues mantiene dos sistemas educativos vigentes, el ordinario y el especial, y por ello, que “(...) *la educación inclusiva sigue siendo una asignatura en la agenda de derechos humanos y discapacidad para España, dimanantes del artículo 24 de la Convención, como la educación en entornos inclusivos no segregados, con apoyos reales y efectivos, desatendidos o ignorados (...)*”³¹. Por ello, se ins-

29 Art. 24.1 de la Convención: “*Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a: a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana; b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas; c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre*”.

30 Art. 24.3 de la Convención: “*Los Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas: a) Facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares; b) Facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas; c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social*”.

31 “Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2017” elaborado por la delegación de derechos humanos y para la Convención ONU del CERMI (2018), pág. 121. Enlace web: <http://www.infocoponli-ne.es/pdf/DDHH-discapacidad.pdf> (Fecha de consulta 4 de junio de 2024).

tó a España a establecer un plan de acción nacional de educación inclusiva en consulta con las organizaciones representativas de las personas con discapacidad.

Para disponer de una valoración de la situación educativa de las personas con discapacidad, la herramienta ODISMET³², desarrollada por la Fundación ONCE, ha estudiado el nivel formativo de los jóvenes con discapacidad, con una distribución en diferentes niveles formativos, y que ofrecía como resultado final que un 14% de las personas con discapacidad no tiene estudios, un 23% han cursado educación primaria, un 59% la educación secundaria y un 3% llega a desarrollar estudios superiores, datos que confrontados con resto de jóvenes sin discapacidad, ofrece, por el contrario, que un 81% llega a secundaria y el 13% de los jóvenes, a estudios superiores.

4. La inclusión educativa de las personas con discapacidad en España.

En el sistema educativo español, destaca en materia de educación de las personas con discapacidad el concepto de la inclusión educativa, introducido con motivo de la promulgación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, (BOE 4/5/2006, núm. 106), de Educación, (en adelante LOE) que fue modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, (BOE 10/12/2013, núm. 295), para la mejora de la calidad educativa (en adelante LOMCE), y por último, de manera más reciente, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre (BOE 30/12/2020, núm. 340), por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en adelante LOMLOE, constituyendo el marco regulatorio de todos los aspectos referidos a la atención a la diversidad, en la que se enmarca la educación del alumnado sordo, bajo los principios de normalización e inclusión. La LOE, LOMCE y LOMLOE, reafirman el principio de inclusión educativa, en cada uno de sus Preámbulos, y que la Convención, de manera coincidente, declara como propósito general.

La Convención y los posteriores informes y observaciones de seguimiento no ofrecen dudas: los ajustes razonables recogidos en su texto, deben tener un carácter inmediato, no dilatado en el tiempo. Así, nos encontramos con ejemplos como el Comentario n^o4³³ (año 2016), de la Convención, en su párrafo 11, que nos aclara que la inclusión educativa de las personas con discapacidad implica un proceso de refor-

32 Personas con discapacidad de 16 a 64 años por nivel de formación. Base de datos ODISMET. Enlace web: <https://www.odismet.es/banco-de-datos/3educacion-y-formacion-profesional> (fecha de consulta 7 de junio de 2024).

33 Comentario n^o4. Comité de los derechos de las personas con discapacidad. (2.016) CRPD/C/GC/4. Párrafo 11. Enlace web: <https://sid.usal.es/idos/F8/FDO27268/DerechoalaEducacionInclusivaArt24.pdf> (fecha de consulta 17 de junio de 2024).

ma, cambios y modificaciones de las estructuras educativas que suponen que todo el alumnado tenga una experiencia de aprendizaje equitativa y participativa, en un entorno que responda a sus necesidades, por cuanto el alumnado sordo presente en la educación con clase ordinaria sin los cambios precisos en la organización, ni los planes de estudios y las estrategias de enseñanza, no constituye inclusión educativa, retratando la situación educativa del alumnado sordo en España, que aún no ha llevado a cabo dichas reformas, calificando al sistema educativo como un estado de integración, sin alcanzar la inclusión educativa que proclama la Convención.

En la misma línea, el párrafo 30³⁴ del Comentario n°4 del año 2016, del Comité de los derechos de las personas con discapacidad, ni las remisiones reglamentarias, como las contempladas en la Ley 27/2007, de 23 de octubre, ni con el efecto de progresividad contemplado en muchas de las disposiciones de la LIONDAU del año 2003, pueden acomodarse a lo dispuesto en la Convención, pues cualquier de estos obstáculos jurídicos que dejan sin efecto la inclusión, real y efectiva, de la lengua de signos en la educación de las personas sordas, pueden ser consideradas discriminación, conforme a lo tipificado en el art. 2, tercer párrafo³⁵ de la Convención.

34 Comentario n°4. Comité de los derechos de las personas con discapacidad. (2016) CRPD/C/GC/4 Ibidem párrafo 30: *“La definición de lo que es proporcionado variará necesariamente en función del contexto. La disponibilidad de ajustes ha de examinarse en relación con un mayor número de recursos educativos disponibles en el sistema de educación y que no se limitan a los recursos disponibles en la institución académica en cuestión; debería ser posible transferir recursos dentro del sistema. No existe un enfoque único para los ajustes razonables, ya que diferentes alumnos con la misma deficiencia pueden requerir ajustes diferentes. Los ajustes pueden consistir en: cambiar la ubicación de un aula; ofrecer diferentes formas de comunicación en clase; aumentar el tamaño de letra, facilitar los materiales e/o impartir las asignaturas por señas u ofrecer folletos en un formato alternativo; y poner a disposición de los alumnos una persona que se encargue de tomar notas o un intérprete o permitir que los alumnos utilicen tecnología auxiliar en situaciones de aprendizaje y evaluación. También se debe considerar la posibilidad de realizar ajustes inmateriales, como permitir que un alumno disponga de más tiempo, reducir los niveles de ruido de fondo (sensibilidad a la sobrecarga sensorial), utilizar métodos de evaluación alternativos y sustituir un elemento del plan de estudios por una alternativa. A fin de garantizar que el ajuste responda a las necesidades, la voluntad, las preferencias y las opciones de los alumnos y que la institución proveedora esté en condiciones de realizarlo, deben celebrarse consultas entre las autoridades y los proveedores educativos, la institución académica, los alumnos con discapacidad y, cuando proceda, en función de la edad y la capacidad de los alumnos, sus padres, cuidadores u otros familiares. La realización de ajustes razonables no podrá estar supeditada a un diagnóstico médico de deficiencia y, en su lugar, deberá basarse en la evaluación de las barreras sociales a la educación”*.

35 Art. 2 tercer párrafo de la Convención: *“Por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”*.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención, el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprobó el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, dedica los artículos 18 a 21, a la educación de las personas con discapacidad. Establece unos principios de la educación, inclusividad, gratuidad y calidad, que quedan prácticamente inaplicables en la práctica, por cuanto se trata de una Ley ordinaria, y su entrada en vigor no pudo modificar aspectos del derecho a la educación de las personas con discapacidad, por cuanto este derecho se encuentra regulado por las leyes orgánicas en materia educativa (LOE, LOMCE y LOMLOE).

A la luz del art. 10.1³⁶ de la C.E., que protege el aspecto de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, junto a lo dispuesto por la Convención referido a la educación inclusiva y la dignidad, hay que confrontar lo dispuesto en los artículos de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, (BOE núm. 255, de 24/10/2007), por la que se reconocen las lenguas de signos españolas, en las disposiciones referidas a la enseñanza reglada en lengua de signos, artículos 7³⁷ y 10.a)³⁸, en los

36 Art. 10.1 de la C.E.: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

37 Art. 7 de la Ley 27/2007, de 23 de octubre: “1. Las Administraciones educativas dispondrán de los recursos necesarios para facilitar en aquellos centros que se determine, de conformidad con lo establecido en la legislación educativa vigente, el aprendizaje de las lenguas de signos españolas al alumnado sordo, con discapacidad auditiva y sordociego que, de acuerdo con lo especificado en el artículo 5.c) de esta Ley, haya optado por esta lengua. En caso de que estas personas sean menores de edad o estén incapacitadas, la elección corresponderá a los padres o representantes legales.

2. Las Administraciones educativas ofertarán, en los centros que se determinen, entre otros, modelos educativos bilingües, que serán de libre elección por el alumnado sordo, con discapacidad auditiva y sordociego o sus padres o representantes legales, en el caso de ser menores de edad o estar incapacitados.

3. Los planes de estudios podrán incluir, asimismo en los centros anteriormente citados, el aprendizaje de las lenguas de signos españolas como asignatura optativa para el conjunto del alumnado, facilitando de esta manera la inclusión social del alumnado sordo, con discapacidad auditiva y sordociego usuario de las lenguas de signos españolas y fomentando valores de igualdad y respeto a la diversidad lingüística y cultural.

4. Con el fin de disponer de profesionales debidamente cualificados para la enseñanza de las lenguas de signos españolas y, en su caso, para el uso previsto en el capítulo II del título I de esta Ley, la Administración educativa competente determinará las Titulaciones que, conforme a la normativa existente sobre requisitos para su ejercicio, considere oportunas y propiciará su formación inicial y permanente.

5. Las Administraciones educativas establecerán Planes y Programas de formación para el profesorado que atiende al alumnado sordo, con discapacidad auditiva y sordociego”.

38 Art. 10. a) de la Ley 27/2007, de 23 de octubre: “Las Administraciones educativas facilitarán a las personas usuarias de las lenguas de signos españolas su utilización como lengua vehicular de la enseñanza en los centros educativos que se determinen.

Igualmente promoverán la prestación de servicios de intérpretes en lenguas de signos españolas por las personas usuarias de las lenguas de signos españolas en los centros que se determinen.

cuales el tenor de la protección jurídica es menor que los propios mandatos de la Convención, en todo lo referido a la educación de las personas sordas y la lengua de signos, pues no dispone la posibilidad de modificar los aspectos organizativos, de medios y de formación de profesorado, a los requerimientos del art. 24 de la Convención.

5. La lengua de signos en la normativa relativa a la educación de las personas sordas a la luz de la Convención internacional.

Tras un proceso de reivindicaciones por parte del movimiento asociativo de personas sordas, y que encabezó la Confederación estatal de personas sordas (CNSE), que se prolongó durante más de quince años y no exento de complejidades, la Lengua de Signos Española es reconocida por una Ley de las Cortes Generales, Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

Se trata de una ley que otorga el derecho de las personas sordas al uso de la lengua de signos en tanto en cuanto personas con discapacidad, como así lo declara el Preámbulo VII de la Ley³⁹, en una clara confesión de intenciones del legislador por integrar a las personas sordas como personas con discapacidad en la sociedad, sin mencionar a la inclusión de las personas sordas como integrantes de una minoría lingüística y cultural.

Las acciones positivas que la Ley 27/2007, de 23 de octubre, se concretan para los supuestos de la educación de las personas sordas en la formación reglada, en su Capítulo I y II del Título I; en primer lugar en el art. 7, apartados 1 y 2⁴⁰,

En el marco de los servicios de atención al alumnado universitario en situación de discapacidad, promoverán programas e iniciativas específicas de atención al alumnado universitario sordo, con discapacidad auditiva y sordociego, con el objetivo de facilitarle asesoramiento y medidas de apoyo”.

39 Preámbulo VII de la Ley 27/2007, de 23 de octubre: “*La presente Ley viene a dar respuesta a ambas exigencias, desde el convencimiento de que tanto la normalización de la sociedad en relación con la cuestión de la discapacidad cuanto la integración de las personas con discapacidad en todo ámbito social, exige la promoción de su posibilidad de comunicarse a través de la lengua, sea oral y/o de signos*”

40 Art. 7 apartados 1 y 2 de la Ley 27/2007, de 23 de octubre: “*1. Las Administraciones educativas dispondrán de los recursos necesarios para facilitar en aquellos centros que se determine, de conformidad con lo establecido en la legislación educativa vigente, el aprendizaje de las lenguas de signos españolas al alumnado sordo, con discapacidad auditiva y sordociego que, de acuerdo con lo especificado en el artículo 5.c) de esta Ley, haya optado por esta lengua. En caso de que estas personas sean menores de*

dedicados a la enseñanza en la formación reglada, para que en aquellos centros educativos que se determine, pueda impartirse la lengua de signos al alumnado sordo siempre que conforme al art. 5.c)⁴¹ de la Ley, haya optado bajo el principio de libre elección, elección, que en el caso de menores de edad le corresponderá a los padres; es decir, que los condicionantes para que la acción positiva en materia de educación y personas sordas pueda ser llevada a cabo, implican la combinación de diferentes variables, como que la educación bilingüe para los alumnos sordos será tratada como una oferta, y no de manera generalizada, que dicha oferta se hará en aquellos centro que se determine, sin ninguna concreción, y una vez decididos los centros, serán los alumnos sordos quienes manifiesten su opción, aunque para aquellos que sean menores de edad, serán sus padres o representantes quienes ejercerán su opción en un sentido u otro

De la misma manera, se encuentra similar redacción en el primer párrafo del art. 10.a)⁴² de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, pues introduce de nuevo la variable de que será la Administración educativa quien facilite la lengua de signos en la enseñanza en aquellos centros que se determinen, sin aclarar bajo que parámetros o quien debe determinarlo, y diferenciándose de la redacción del art. 7, al otorgar el carácter de lengua vehicular a la lengua de signos.

A la vista de la síntesis de esta acción positiva que el Estado social y democrático de derecho proporciona a las personas sordas, cabría considerarse insuficiente en relación al mandato que España como Estado parte de la Convención tiene que acometer. La Convención en su art. 1⁴³, comienza con toda una declara-

edad o estén incapacitadas, la elección corresponderá a los padres o representantes legales. 2. Las Administraciones educativas ofertarán, en los centros que se determinen, entre otros, modelos educativos bilingües, que serán de libre elección por el alumnado sordo, con discapacidad auditiva y sordociega o sus padres o representantes legales, en el caso de ser menores de edad o estar incapacitados”.

41 Art. 5.c) de la Ley 27/2007, de 23 de octubre: “c) Libertad de elección: Las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas y, en su caso, sus padres o representantes legales, en el supuesto de que sean menores de edad o estén incapacitadas podrán optar por la lengua oral y/o la lengua de signos española y/o las lenguas de signos propias de las Comunidades Autónomas”.

42 Art. 10.1.a) de la Ley 27/2007, de 23 de octubre: “Las Administraciones educativas facilitarán a las personas usuarias de las lenguas de signos españolas su utilización como lengua vehicular de la enseñanza en los centros educativos que se determinen. Igualmente promoverán la prestación de servicios de intérpretes en lenguas de signos españolas por las personas usuarias de las lenguas de signos españolas en los centros que se determinen. En el marco de los servicios de atención al alumnado universitario en situación de discapacidad, promoverán programas e iniciativas específicas de atención al alumnado universitario sordo, con discapacidad auditiva y sordociego, con el objetivo de facilitarle asesoramiento y medidas de apoyo”.

43 Artículo 1 de la Convención CDPD: “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

ción de intenciones, como es la expresión referida a “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos fundamentales*”, entre los que se encuentra la educación, y en contraposición, las medidas de acción positiva de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, de facto, que no aseguran el derecho a la enseñanza en la lengua de signos, remitiendo toda posibilidad a la impartición de una oferta bilingüe sin concretar, en unos centros educativos cuyos criterios o selección quedan indeterminados, y como cierre, la Disposición Final cuarta⁴⁴ de la Ley, autoriza al Gobierno de la Nación para dictar cualquier disposición reglamentaria para el desarrollo y aplicación de la Ley, lo que en la práctica ha dejado incluso esta materia al no haberse desarrollado ninguna de estas disposiciones en materia educativa, y por tanto, haber quedado sin efecto el propósito de la Convención en todo lo relacionado con el derecho fundamental a la educación.

Tampoco la variable que recoge la Ley 27/2007, de 23 de octubre, en los apartados 1 y 2 del art. 7, referidos a la opción de la modalidad educativa bilingüe que deben ejercer los/as alumnos/as sordos/as, y que en el caso de ser menores de edad, remite a la elección por parte de los padres, madres o los/as representantes del menor, encaja exactamente en lo dispuesto por la Convención; de hecho, su art. 7.3⁴⁵ garantiza que los niños/as sordos/as tiene derecho a expresar su opinión sobre cuestiones, que como su escolarización en una u otra opción, les afectan, y que debe ser tenida en cuenta en función de su edad y madurez, aspectos que la Ley 27/2007, de 23 de octubre, descarta, remitiendo sin otro matiz, a la decisión unilateral de los padres y madres. Un aspecto tan importante como la educación, en la que está en juego aspectos como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, principios constitucionales informantes de toda legislación, y protegidos por el art. 10.1 de la C.E. dan el respaldo al mandato de asegurar una educación de los niños/as sordos/as en los lenguajes, incluido la lengua de signos, más apropiados para cada persona y que permita alcanzar su máximo desarrollo académico y social.

44 Disposición Final cuarta de la Ley 27/2007, de 23 de octubre: “*Facultades de ejecución y desarrollo. El Gobierno, en el ámbito de sus competencias y previa consulta a las conferencias sectoriales correspondientes y al Consejo Nacional de la Discapacidad, queda autorizado para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de esta Ley. Asimismo, el Gobierno elaborará, específicamente, un reglamento que desarrolle la utilización de la lengua de signos española, así como los apoyos para cualquier tipo de ayuda técnica que contribuya a la eliminación de las barreras de comunicación para la integración social de las personas sordas con discapacidad auditiva o sordociegas*”.

45 Art. 7.3 de la Convención CDPD: “*Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afectan, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.*”

El art. 24.3.c)⁴⁶ de la Convención se inclina más por una decisión basada en un criterio de adecuación a las características del/la niño/a sordo/a, en relación a sus capacidades y entorno, con un objetivo último: alcanzar el máximo desarrollo académico y social, frente al criterio unívoco de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, en torno a la decisión, sin aclarar bajo qué parámetros, de escolarizar a los niños/as sordos/as en una modalidad educativa bilingüe o no, en función de la opción de los/as padres/madres o los representantes del niño/a sordo/a. La Convención general de los derechos del niño, aprobada en el marco de Naciones Unidas, desarrolló en 2006 una Observación, la número 9⁴⁷, centrada en los derechos del niño con discapacidad, y en la que se acuerda la aplicación de los principios en que se basan los derechos humanos de los niños, asentando el criterio en sus párrafos 29 a 33⁴⁸, que pueden ser resumidos en tres puntos fundamentales, uno

46 Art. 24.3.c) de la Convención CDPD: “Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social”.

47 Convención de los derechos del niño (2006) Observación General nº 9 (2006), Los derechos de los niños con discapacidad, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007. Párrafos 29 a 33. Enlace web: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6959.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/6959> (fecha de consulta 16 de junio de 2024).

48 Párrafos 29 a 33 de la observación General nº 9 de la Convención de los derechos del niño (2006):
“29. *“En todas las medidas concernientes a los niños... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. El carácter amplio de este artículo tiene por objeto abarcar todos los aspectos de la atención y de la protección de los niños en todos los entornos. Se dirige a los legisladores que están encargados de establecer el marco jurídico para la protección de los derechos de los niños con discapacidad, así como a los procesos de adopción de decisiones relativas a los niños con discapacidad. El artículo 3 debe ser la base para elaborar los programas y las políticas y debe tenerse debidamente en cuenta en todo servicio prestado a los niños con discapacidad y cualquier medida que los afecte
30. *El interés superior del niño tiene particular importancia en las instituciones y otros centros que ofrecen servicios para los niños con discapacidad, ya que se espera que se ajusten a las normas y a los reglamentos y deben tener como consideración primordial la seguridad, la protección y la atención a los niños, y esta consideración debe pesar más que cualquier otra en todas las circunstancias, por ejemplo, en el momento de asignar fondos.*
31. *El derecho inherente a la vida, la supervivencia y el desarrollo es un derecho que merece especial atención cuando se trata de niños con discapacidad. En muchos países del mundo los niños con discapacidad son objeto de una multitud de prácticas que completa o parcialmente compromete ese derecho. Además de ser más vulnerables al infanticidio, algunas culturas consideran a un niño con cualquier forma de discapacidad como un mal presagio que puede “manchar el linaje” y, por consiguiente, una persona designada por la comunidad sistemáticamente mata a los niños con discapacidad. Frecuentemente esos delitos quedan sin castigo o sus autores reciben sentencias reducidas. Se insta a los Estados Partes a que adopten todas las medidas necesarias para poner fin a esas prácticas, en particular aumentando la conciencia pública, estableciendo una legislación apropiada y aplicando leyes que garanticen un castigo adecuado a las personas que directa o indirectamente violan el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo de los niños con discapacidad.*”

primero, el principio de no discriminación, dos, el interés superior del/la menor, y tres, el respeto de la opinión del/la niño/a, en este caso sordo/a, por lo que parece relevante el criterio marcado por esta Convención Internacional, y que el art. 7 de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, no parece adoptar a la hora de ofrecer una opción educativa u otra al alumnado sordo menor de edad, pues de facto, hace inviable su puesta en práctica.

Llevando el análisis de la situación a los adolescentes sordos, que la OMS considera entre los 11 y los 18 años, la Observación número 4 de la Convención de los derechos del niño, considera en su párrafo 8, que “(...) *los adolescentes deben tener una posibilidad genuina de expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que le afectan, especialmente en el seno de la familia (...)*”⁴⁹, y así, la etapa de la educación secundaria que coincide con la adolescencia, ningún adolescente sordo dispone de un mecanismo de participación donde poder ma-

32. *Con bastante frecuencia, los adultos con o sin discapacidad formulan políticas y decisiones relacionadas con los niños con discapacidad mientras que los propios niños se quedan fuera del proceso. Es fundamental que los niños con discapacidad sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad en evolución. Para respetar este principio, los niños deberían estar representados en diversos órganos, tales como el parlamento, los comités u otros foros donde puedan expresar sus opiniones y participar en la adopción de decisiones que los afectan en tanto que niños en general y niños con discapacidad en particular. Involucrar a los niños en un proceso de esta índole no sólo garantiza que las políticas estén dirigidas a sus necesidades y deseos, sino que además funciona como un instrumento valioso para la inclusión, ya que asegura que el proceso de adopción de decisiones es participatorio. Hay que proporcionar a los niños el modo de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. Además, los Estados partes deben apoyar la formación para las familias y los profesionales en cuanto a la promoción y el respeto de las capacidades en evolución de los niños para asumir responsabilidades crecientes por la adopción de decisiones en sus propias vidas.*

33. *Los niños con discapacidad frecuentemente necesitan servicios especiales de salud y educación para permitirles llegar al máximo de sus posibilidades, y esta cuestión se examina más adelante. Sin embargo, cabe observar que a menudo se pasa por alto el desarrollo espiritual, emocional y cultural, así como el bienestar de los niños con discapacidad. Su participación en los eventos y actividades que atienden estos aspectos esenciales de la vida de cualquier niño a menudo es inexistente o mínima. Además, cuando se requiere su participación, con frecuencia se limita a actividades destinadas y dirigidas especialmente a los niños con discapacidad. Esta práctica conduce solamente a una mayor marginación de los niños con discapacidad y aumenta su sentimiento de aislamiento. Los programas y las actividades dirigidos al desarrollo cultural del niño y a su bienestar espiritual deben involucrar y servir tanto a los niños con discapacidad, como sin ella, de una forma integrada y participatoria”.*

49 Convención de los derechos del niño. Observación general N° 4(La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño) Comité sobre los Derechos del Niño, 33° período de sesiones (2003), (HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), párrafo 8. Enlace web: <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> (fecha de consulta 16 de junio de 2024).

nifestar su opción en cuanto a la decisión de recibir su educación, a través de la lengua de signos o no.

El camino marcado desde la Convención en materia educativa para personas con discapacidad, y por tanto para las personas sordas, queda perfectamente definido en su art. 24⁵⁰, bajo dos principios, que son, la efectividad y la no discriminación, a lo que cabe añadir la exigencia de facilitar el aprendizaje de la lengua de signos así como su identidad lingüística, sin otro matiz o variable condicionado a la regulación reglamentaria a la hora de determinar que centros impartirán la lengua de signos, o en el criterio de elección de padres, madres o representantes, por cuanto son derechos depositados *ad personam*, en los niños en su cualidad de personas con discapacidad, y en el caso que nos ocupa, niños/as sordos/as. La Convención genera la garantía de la inclusión educativa de las personas con discapacidad a través de ajustes razonables, tal y como recoge el art. 24.5⁵¹ de la Convención, y que para el alumnado sordos supondría aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias con el fin de garantizarles el ejercicio en igualdad de condiciones con los demás alumnos del derecho a la educación.

La Ley 27/2007, de 23 de octubre, en su art. 7 apartado 1 y 2 no garantiza ningún ajuste razonable para el alumnado sordo, sino que determina una serie de condicionantes fuera de la esfera de sus necesidades personales y vitales. Esta situación, ya ha servido para que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, órgano que examina periódicamente el grado de cumplimiento de la Convención, en sus sesiones de septiembre de 2011, en relación al Informe sobre la ejecución de la Convención en España, el Comité le reitera al Estado que “(...) *la denegación de un acomodo razonable de los alumnos constituye discriminación y que la obligación de proporcionar un acomodo razonable a los alumnos es de aplicación inmediata y no está sujeta a la realización progresiva (...)*”⁵², criterio internacional, que para lo dispuesto en la Ley 27/2007, de 23 de octubre, puede aplicarse de igual manera, pues los obstáculos legislativos de cara

50 Art. 24.3.b) de la Convención CDPD: “*Facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas*”.

51 Art. 24.5 de la Convención CPDP: “*Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad*”.

52 Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad. CDPD. Observaciones finales CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrafo 44. Enlace web: <https://fsc.ccoo.es/771f2daa6289ab7f2ff-d656e64bf4d31000050.pdf> (fecha de consulta 16 de junio de 2024).

a la puesta en marcha y la aplicación de la educación en lengua de signos en España, constituyen una discriminación hacia el alumnado sordo que durante años ha tenido el derecho a acceder a su educación en su lengua propia, y que el Estado, lejos de facilitar dichos ajustes razonables, ha creado un laberinto de normas al objeto de regular una materia, a través de una normativa compleja, y cuyo resultado en la práctica ha supuesto la inaplicación de esta materia en la práctica.

A pesar de que el art. 7.2⁵³ de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, mencione que la administración educativa debe determinar unos centros educativos que oferten un modelo educativo bilingüe para aquellos alumnos sordos que lo soliciten, hoy en día no existe normativa básica del MEC que desarrolle, tanto los contenidos, como los procedimientos para articular la oferta, a pesar de que el art 6 bis⁵⁴ de la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de Educación, otorga la capacidad de ordenación académica a la Administración educativa y el diseño de la oferta educativa. La omisión de la administración a la hora de desarrollar la Ley 27/2007, de 23 de octubre, imposibilita, en la práctica, que las comunidades autónomas, con competencia en gestión educativa, puedan ofrecer esta modalidad bilingüe desde los centros educativos que tuvieran potencialidad en acoger esta oferta educativa.

La situación jurídica de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, en materia de enseñanza reglada entra en contradicción con lo dispuesto por la Convención y otros Tratados internacionales de los que España forma parte, conflicto que en anteriores apartados ha quedado suficientemente descrito, y cuya conclusión evidencia que la Convención ofrece mayor grado de protección al derecho a una educación

53 Art. 7.2 de la Ley 27/2007, de 23 octubre: “Las Administraciones educativas ofertarán, en los centros que se determinen, entre otros, modelos educativos bilingües, que serán de libre elección por el alumnado sordo, con discapacidad auditiva y sordociega o sus padres o representantes legales, en el caso de ser menores de edad o estar incapacitados”.

54 Art. 6 bis L.O. 2/2006, de 3 de mayo: “Distribución de competencias. 1. Corresponde al Gobierno: a) La ordenación general del sistema educativo. b) La programación general de la enseñanza, en los términos establecidos en los artículos 27 y siguientes de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación. c) La fijación de las enseñanzas mínimas a que se refiere el artículo anterior. d) La regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y de las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia. e) La alta inspección y demás facultades que, conforme al artículo 149.1.30º de la Constitución, le corresponden para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos. 2. Asimismo corresponden al Gobierno aquellas materias que le encomienda la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación y esta Ley. 3. Corresponde a las comunidades autónomas el ejercicio de sus competencias estatutarias en materia de educación y el desarrollo de las disposiciones de la presente Ley Orgánica”.

inclusiva para las personas sordas, al ofrecer una mayor garantía en el aprendizaje de la lengua de signos, frente a los laberintos normativos de la legislación nacional, especialmente a través de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, que han desembocado en un nulo avance educativo de las personas sordas. Esta situación, a la luz de la interpretación y seguimiento de la Convención, cabe calificarla de discriminación por parte de la administración educativa. Por otro lado, la jerarquía de normas sitúa a los Tratados internacionales como el caso de la Convención, en una situación de prelación respecto a la legislación interna, conforme al art. 31⁵⁵ de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales, por lo que cabe concluir que la Ley 27/2007, de 23 de octubre, en materia de enseñanza reglada debiera ser inaplicada, y al respecto, es la Convención la norma que debe tener aplicabilidad plena en esta materia en España.

6. Conclusiones.

- a. La Convención no solo universaliza los derechos humanos, sino que también eleva a la dignidad a un estatus general reconocido, y tanto su Preámbulo como sus artículos 1 y 3, que otorga a la dignidad una posición de preeminencia entre los principios inspiradores, y que conlleva un mandato claro de aplicación de los derechos existentes para todos y todas, por igual y sin discriminación, articulando los mecanismos para el ejercicio de los mismos en igualdad de oportunidades.
- b. La Ley 27/2007, de 23 de octubre, en su art. 7 apartado 1 y 2 no garantiza ningún ajuste razonable para el alumnado sordo, sino una serie de condicionantes fuera de la esfera de sus necesidades personales y vitales, que han sido calificados como de flagrante discriminación por la entidad supervisora de la Convención. Las personas sordas han tenido derecho a acceder a su educación en su lengua natural y propia, y, a pesar de ello, en España, se ha estado muy lejos de facilitar esos ajustes razonables, La Convención considera discriminación cualquier obstáculo que deje sin reconocimiento efectivo el goce o ejercicio de cualquier de los derechos humanos, en este caso el de educación, incluido la denegación de los ajustes razonables.
- c. A pesar de que la Ley 27/2007, de 23 de octubre, mencione que la administración educativa debe determinar unos centros educativos que oferten un modelo educativo bilingüe para aquellos alumnos sordos que lo solici-

55 Art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

ten, dicha cuestión aún no ha llevado a cabo a través de una normativa básica del MEC, tanto en contenidos, como en los procedimientos para articular esa oferta. En este sentido, la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de Educación, otorga la capacidad de ordenación académica a la administración educativa y el diseño de la oferta educativa. La omisión del Ministerio de Educación a la hora de desarrollar la Ley 27/2007, de 23 de octubre, aun disponiendo de las herramientas jurídicas para ello, imposibilita en la práctica que las comunidades autónomas, puedan ofrecer esta modalidad bilingüe desde los centros educativos que tuvieran potencialidad en acoger esta oferta educativa.

- d. Con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprobó el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, dedica el artículo 18.2⁵⁶ a la educación de las personas con discapacidad. Establece los principios en que basa la educación, que deberá ser inclusiva, gratuita y de calidad, aunque de facto quedan prácticamente inaplicables, por cuanto se trata de una ley ordinaria, y su entrada en vigor no pudo modificar aspectos del derecho a la educación de las personas con discapacidad, por cuanto esta materia se encuentra regulada por las Leyes de rango orgánico (LOE, LOMCE y LOMLOE).
- e. En cualquier caso, los artículos de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, referidos a la enseñanza reglada, concretamente los artículos 7 y 10.a), debieran ser modificados para su adecuación a los mandatos de la Convención, en todo lo referido a la educación de las personas sordas y la lengua de signos, especialmente lo dispuesto para facilitar el aprendizaje de la lengua de signos y la promoción de la identidad lingüística del alumnado sordo, así como impartir las enseñanzas en la lengua más apropiada con el fin de alcanzar su máximo desarrollo académico y social.
- f. Bajo el mismo criterio, cabe evidenciar un desajuste jurídico de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconoce la lengua de signos, tanto en relación a la Convención de los derechos de las personas con discapaci-

56 Art. 18.2 del RD Leg 1/2013, de 29 de noviembre: “Corresponde a las administraciones educativas asegurar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles educativos así como la enseñanza a lo largo de la vida y garantizar un puesto escolar a los alumnos con discapacidad en la educación básica, prestando atención a la diversidad de necesidades educativas del alumnado con discapacidad, mediante la regulación de apoyos y ajustes razonables para la atención de quienes precisen una atención especial de aprendizaje o de inclusión”.

dad, como desde la Convención de los derechos del niño, a la hora de abordar el derecho de participación del alumnado sordo que sea menor de edad, en la toma de decisiones a efectos de poder ser escuchadas sus preferencias de escolarización en ofertas educativas que dispongan de la lengua de signos, como lengua vehicular o no, cuestión que la Constitución protege en su aspecto del libre desarrollo de la personalidad de su art. 10.

