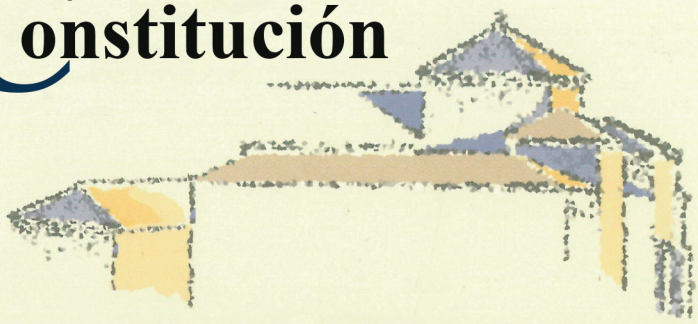
Año 2026

Nº 27

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

Parlamento Constitución



Anuario

SUMARIO

I. ESTUDIOS

Allan R. Brewer-Carías. "Democracia y justicia constitucional".

Joan Oliver Araujo y Vicente J. Calafell Ferrá. "El refrendo o su ausencia en los nombramientos de los miembros de la Casa del Rey: ¿ha mutado la mutación?".

Aitor Perlines Sánchez. "Las funciones genéricas del monarca parlamentario en la Constitución de 1978".

Julio Antonio Fernández Estrada. "¿Es posible una transición hacia la democracia en Cuba bajo el actual orden constitucional?".

Manuel Palomares Herrera. "La desconexión de Estados Unidos del sistema multinivel de protección de los derechos humanos respecto a la tutela de las personas migrantes en situación irregular".

II. ARTÍCULOS Y CONFERENCIAS

Andrés Ollero. "Derecho, moral y jurisprudencia constitucional".

III. RECENSIONES

Alfonso J. García Figueroa, al libro: Ollero Tassara, Andrés. *¿Qué es el derecho?*, Senderos, Sevilla, 2025.

Silvia Bagni, al libro: Díaz Revorio, Francisco Javier, Rebato Peño, María Elena (dir.), Travé Valls, Adriana (coord.), *Derechos de la naturaleza e interculturalidad. Una visión desde el río Tajo*, Aranzadi, Madrid, 2025.

IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

Mª. Elena Rebato Peño. Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario (1 de enero de 2025 a 1 de enero de 2026).

María Joaquina Guerrero Sanz. Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria.

Víctor Moreno Martínez. Actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha (1 de enero a 31 de diciembre de 2025).

Alberto Campos Jiménez. "El conflicto entre el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen frente al derecho a la creación artística: acerca de la serie *Fariña* (STS 5362/2025)".

V. NUEVO DERECHO TRANVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Francisco José Sierra Fernández. "Balance de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad a los veinte años (2006-2026): educación inclusiva, lengua de signos y acceso a la justicia de las personas sordas en España".

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 Marcha, Directora del Departamento de Gobierno Interior y Apoyo a la Secretaría General
Manuel Carrasco Durán
Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía y Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla
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)
Luis García-Chico
Profesor Contratado Predoctoral UCLM. Cosecretario de la revista.
Santiago Gutiérrez Broncano
Vicerrector 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
Antonio Lucio Gil
Secretario General de la Asamblea de Madrid
Roberto Mayor Gómez
Letrado de las Cortes de Castilla-La Marcha, Director del Servicio Jurídico de las Cortes de Castilla-La Mancha
Mª del Pilar Molero Martín-Salas
Profesora Titular de Derecho Constitucional UCLM
Alicia Payo Gallardo
Directora de Registro, Archivo y Documentación y Contenidos Web.
José Alberto Sanz Díaz-Palacios
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario 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
Profesora Contratada Predoctoral UCLM. Cosecretaria de la revista
Alicia Valmaña Ochaita
Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo

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 Luís 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*
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 Férriz, *Universidad de Valencia*
Juan José Solozábal Echavarría, *Universidad Autónoma de Madrid*
Antonio Torres del Moral, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Allan Brewer-Carias, *Universidad Central de Venezuela*
Ricardo Combellas, *Universidad Central de Venezuela*
Krystian Complak, *Universidad de Wroclaw*
José Ramón Cossío Díaz, *Corte Suprema de Justicia de la Nación, México*
Francisco Eguiguren Praeli, *Pontificia Universidad Católica de Perú*
José Xavier Garaicoa Ortiz, *Universidad de Guayaquil*
Domingo García Belaúnde, *Pontificia Universidad Católica de Perú*
César Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional de Perú*
Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri, I*nstituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México*
Julieta Morales, *Centro Nacional de los Derechos Humanos de México*
Lucio Pegoraro, *Universidad de Bolonia*
Roberto Romboli, *Universidad de Pisa*
Marcial Rubio Correa, P*ontificia Universidad Católica de Perú*
Antonio Ruggeri, *Universidad de Messina*
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*
Diego Valadés Ríos, *Universidad Nacional Autónoma de México*
Jorge Reinaldo Vanossi, *Universidad de Buenos Aires*

MIEMBROS HISTÓRICOS DEL CONSEJO ASESOR
Ernst-Wolfgang Böckenförde
Jorge de Esteban Alonso
Luis Fernando Solano Carrera
Héctor Fix-Zamudio
Peter Häberle
Néstor Pedro Sagüés

DIRECCIÓN
Eduardo Espín Templado
Catedrático de Derecho Constitucional UCLM
Magistrado del Tribunal Supremo
Francisco Javier Díaz Revorio
Catedrático de Derecho Constitucional UCLM

SECRETARÍA
Adriana Travé Valls
Profesora Contratada Predoctoral UCLM
Luis García-Chico
Profesor Contratado Predoctoral UCLM

Año 2026 Nº 27

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

Anuario

Parlamento y Constitución

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

Diseño y Maquetación: TECNIGRAF

Imprime: TECNIGRAF

Depósito Legal: TO-984-2000

ISSN: 1139-0026 (Impresa)

ISSN: 2695-9909 (En línea)

Año: 2026

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 Luis.GarciaChico@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 sub-sanación 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 eventual-mente 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 in-terlineal 1,5 (para las notas a pie de página letra Trimes 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 Tesauro para la elección de palabras clave: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Bibliotecas-judiciales/Recur-sos-documentales/Diccionarios/

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

1.1. Bibliografía

- BALAGUER CALLEJÓN, Mª. 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 2º.
- 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

- Comision 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).

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.cortesclm.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.

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Silvia Bagni.
Universidad de Bolonia.

Allan R. Brewer-Carías.
Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela.

Vicente J. Calafell Ferrá
Profesor Asociado de Derecho Constitucional. Doctor en Derecho Universidad de las Islas Baleares.

Alberto Campos Jiménez.
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Julio Antonio Fernández Estrada.
Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana.

Alfonso J. García Figueroa.
Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha.

María Joaquina Guerrero Sanz.
Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Víctor Moreno Martínez.
Profesor Sustituto de Derecho Constitucional. Doctorando de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Joan Oliver Araujo.
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares.

Andrés Ollero.
Catedrático de Filosofía del Derecho.

Manuel Palomares Herrera.
Profesor Contratado Doctor de la Universidad Internacional de la Rioja.

Aitor Perlines Sánchez.
Doctorando de la Escuela Internacional de Doctorado. Universidad Rey Juan Carlos.

Mª. Elena Rebato Peño.
Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha.

Francisco José Sierra Fernández.
Doctor en Derecho. Universidad de Castilla-La Mancha.

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

Págs.

Allan R. Brewer-Carias. "Democracia y justicia constitucional". 015

Joan Oliver Araujo y Vicente J. Calafell Ferrá. "El refrendo o su ausencia en los nombramientos de los miembros de la Casa del Rey: ¿ha mutado la mutación?". 115

Aitor Perlines Sánchez. "Las funciones genéricas del monarca parlamentario en la Constitución de 1978". 145

Julio Antonio Fernández Estrada. "¿Es posible una transición hacia la democracia en Cuba bajo el actual orden constitucional?". 181

Manuel Palomares Herrera. "La desconexión de Estados Unidos del sistema multinivel de protección de los derechos humanos respecto a la tutela de las personas migrantes en situación irregular". 217

II. ARTÍCULOS Y CONFERENCIAS

Andrés Ollero. "Derecho, moral y jurisprudencia constitucional". 251

III. RECENSIONES

Alfonso J. García Figueroa, al libro: Ollero Tassara, Andrés. *¿Qué es el derecho?*, Senderos, Sevilla, 2025. 267

Silvia Bagni, al libro: Díaz Revorio, Francisco Javier, Rebato Peño, María Elena (dir.), Travé Valls, Adriana (coord.), *Derechos de la naturaleza e interculturalidad. Una visión desde el río Tajo*, Aranzadi, Madrid, 2025. 275

IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

Mª. Elena Rebato Peño. Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario (1 de enero de 2025 a 1 de enero de 2026). 289

María Joaquina Guerrero Sanz. Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria. 303

Víctor Moreno Martínez. Actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha (1 de enero a 31 de diciembre de 2025). 361

Alberto Campos Jiménez. "El conflicto entre el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen frente al derecho a la creación artística: acerca de la serie *Fariña* (STS 5362/2025)". 371

V. NUEVO DERECHO TRANVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Francisco José Sierra Fernández. "Balance de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad a los veinte años (2006-2026): educación inclusiva, lengua de signos y acceso a la justicia de las personas sordas en España". 391

TABLE OF CONTENTS

I. STUDIES

Allan R. Brewer-Carias. "Democracy and Constitutional Justice". 015

Joan Oliver Araujo and Vicente J. Calafell Ferrá. "The countersignature or its absence in the appointments of the members of the Royal Household: has the mutation mutated?". 115

Aitor Perlines Sánchez. "The Generic Functions of the Parliamentary Monarch in the 1978 Constitution". 145

Julio Antonio Fernández Estrada. "Is a Transition to Democracy Possible in Cuba Under the Current Constitutional Order?". 181

Manuel Palomares Herrera. "The United States' Disengagement from the Multilevel System of Human Rights Protection Regarding the Protection of Undocumented Migrants". 217

II. ARTICLES AND CONFERENCES

Andrés Ollero. "Law, morality and constitutional jurisprudence". 251

III. BOOK REVIEWS

Alfonso J. García Figueroa, to the book: Ollero Tassara, Andrés. *¿Qué es el derecho?*, Senderos, Seville, 2025. 267

Silvia Bagni, to the book: Díaz Revorio, Francisco Javier, Rebato Peño, María Elena (dir.), Travé Valls, Adriana (coord.), *Derechos de la naturaleza e interculturalidad. Una visión desde el río Tajo*, Aranzadi, Madrid, 2025. 275

IV. CHRONICLES AND COMMENTS

Mª. Elena Rebato Peño. Review of activities in Constitutional, Regional, and Parliamentary Law (January 1, 2025 to January 1, 2026). 289

María Joaquina Guerrero Sanz. Activity of the Advisory Council of Castilla-La Mancha on constitutional and statutory matters. 303

Víctor Moreno Martínez. Legislative activity of the Cortes of Castilla-La Mancha (January 1 to December 31, 2025). 361

Alberto Campos Jiménez. "The conflict between the right to privacy, honor, and one's own image versus the right to artistic creation: regarding the series Fariña (STS 5362/2025)." 371

V. NEW TRANVERSAL RIGHT OF PEOPLE WITH DISABILITIES

Francisco José Sierra Fernández. "Assessment of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities after twenty years (2006-2026): inclusive education, sign language and access to justice for deaf people in Spain." 391

I. ESTUDIOS

SUMARIO

- **Allan R. Brewer-Carías.** "Democracia y justicia constitucional".

- **Joan Oliver Araujo y Vicente J. Calafell Ferrá.** "El refrendo o su ausencia en los nombramientos de los miembros de la Casa del Rey: ¿ha mutado la mutación?".

- **Aitor Perlines Sánchez.** "Las funciones genéricas del monarca parlamentario en la Constitución de 1978".

- **Julio Antonio Fernández Estrada.** "¿Es posible una transición hacia la democracia en Cuba bajo el actual orden constitucional?".

- **Manuel Palomares Herrera.** "La desconexión de Estados Unidos del sistema multinivel de protección de los derechos humanos respecto a la tutela de las personas migrantes en situación irregular".

DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL*

DEMOCRACY AND CONSTITUTIONAL JUSTICE

Allan R. Brewer-Carías

Cómo citar/Citation

BREWER-CARÍAS, Allan R. "Democracia y Justicia Constitucional", en Parlamento y Constitución. Anuario. Cortes de Castilla-La Mancha-UCLM, Nº27, 2026.

https://doi.org/10.71206/rapc.429

Enviado: 29-05-2026
Aceptado: 30-07-2026

Resumen: Este estudio tiene por objeto afianzar el principio de que para que un sistema de justicia constitucional funcione, como soporte de la edificación del Estado de derecho, tiene que existir un sistema democrático representativo como base para la conformación de un Estado sujeto a una Constitución, organizado conforme al principio de la separación e independencia de poderes públicos, cuyas actuaciones deben siempre estar sujetos a la legalidad, y sometidas a control jurisdiccional a cargo de jueces autónomos e independientes. Por el contrario, si el órgano llamado a ejercer la justicia constitucional es un órgano controlado por el poder político de turno, en lugar de ser el guardián de la Constitución, del Estado de derecho y de la democracia, resulta ser en definitiva el instrumento más fantástico al servicio del autoritarismo para su destrucción. Ello es lo que ha sucedido, por ejemplo, en Venezuela, donde ha sido precisamente el Juez Constitucional, el que ha demolido los principios democráticos representativo y participativo; ha eliminado el principio de la alternabilidad republicana del gobierno; ha impuesto arbitrariamente el funcionamiento de gobiernos sin legitimidad democrática; ha violado los derechos políticos y electorales ciudadanos; y en fin ha destruido la separación de poderes, interviniendo, entre otros, el Poder Electoral, y secuestrando y usurpando el Poder Legislativo; todo con graves violaciones a los derechos y las libertades fundamentales.

Palabras clave: Justicia constitucional; Constitución. Garantía; Separación de poderes; Independencia judicial; Democracia; Principios.

* Texto reparado para ***Curso de posgrado de Especialidad/ Master en Justicia Constitucional,*** organizado y dirigido por el profesor Francico Javier Díaz Revorio, Universidad de Castilla-La Mancha – Toledo, julio 2026

Abstract: The purpose of this study is to strengthen the principle that in order for a system of constitutional judicial review, to function, as a support for the construction of the rule of law, there must exist a representative democratic system as the basis a State subject to a Constitution, organized in accordance with the principle of the separation and independence of public powers. whose actions must always be subject to legality, and subject to judicial review, through autonomous and independent judges. On the contrary, if the body called upon to exercise constitutional judicial review is an organ controlled by the political power of the day, instead of being the guardian of the Constitution, the rule of law and democracy, it turns out to be ultimately the most fantastic instrument at the service of authoritarianism for its destruction. This is what has happened, for example, in Venezuela, where it has been precisely the Constitutional Judge, the one that has demolished the representative and participatory democratic principles; has eliminated the principle of the republican alternation of government; has arbitrarily imposed the functioning of governments without democratic legitimacy; has violated the political and electoral rights of citizens; and finally, has destroyed the separation of powers, intervening, among others, in the Electoral Power, and kidnapping and usurping the Legislative Power; all with serious violations of fundamental rights and freedom.

Key words: Judicial Review; Constitution. Guaranty; Separaction of Power; Judiciary. Independence; Democracy. Principles.

SUMARIO:

1. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

2. EL DERECHO A LA DEMOCRACIA

3. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL CONCEBIDA PARA LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, LA DEMOCRACIA Y EL ESTADO DE DERECHO

4. EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA FALTA DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

5. EL FALSO DILEMA SOBRE LA "LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA" DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL BASADA EN LA AUSENCIA DE ELECCIÓN DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

6. LA ELIMINACIÓN DE LA ELECCIÓN POPULAR DE SEGUNDO GRADO DE ALTOS FUNCIONARIOS DEL PODER ELECTORAL POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

7. EL SECUESTRO Y LA USURPACIÓN DEL PODER LEGISLATIVO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

8. LA DEMOLICIÓN DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

9. LA DEMOLICIÓN DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

10. LA ELIMINACIÓN DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO DE LA ALTERNABILIDAD REPUBLICANA POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

11. LLA ARBITRARIA IMPOSICIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE GOBIERNOS SIN LEGITIDAD DEMOCRÁTICA POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

12. LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS POLÍTICOS Y ELECTORALES CIUDADANOS COMETIDAS POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

1. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

Es bien sabido, como lo expresó con razón Pablo Lucas Murillo de la Cueva apenas creado el Tribunal Constitucional en España en 1979, que la creación de un sistema de justicia constitucional en una Constitución es, sin duda, "la culminación de la edificación del *Estado de derecho,*"[1] es decir, de un Estado (i) regido por una Constitución, como norma suprema (ii) la cual ha sido producto de un pacto político adoptado por el pueblo en ejercicio de su soberanía; (iii) en el cual sus representantes electos democráticamente mediante sufragio universal y secreto, gobiernan y ejercer el Poder público, (iv) sometidos a controles conforme al principio de la separación de poderes, (v) y con sujeción plena a la Constitución y a las leyes (principio de legalidad); (vi) en un marco en el cual la primacía de la dignidad humana está garantizada, y los derechos del hombre están constitucionalmente declarados y protegidos; y (vii) en el cual los ciudadanos tienen el derecho de control jurisdiccionalmente todos los actos del Estado, a través de jueces autónomos e independientes. [2]

En esa línea, es que las Cortes, Consejos y Tribunales Constitucionales pueden ser considerados como los "intérpretes supremos de la Constitución", según el calificativo que le atribuyó la Ley Orgánica que creó el Tribunal Constitucional en España;[3] como los "guardianes de la Constitución," como los calificó Leibholz;[4] como los "comisarios del poder constituyente, encargados de defender la Constitución y de velar por que todos los órganos constitucionales conserven su estricta calidad de poderes constituidos" como los consideró Eduardo García de Enterría al escribir sobre el Tribunal Constitucional español; [5] o como los reguladores de la "constitucionalidad de la acción estatal, destinados a dar plena existencia al Estado de derecho y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución, ambos compo-

1 Léase P. Lucas Murillo de la Cueva, "El Examen de la Constitucionalidad de las Leyes y la Soberanía Parlamentaria," en *Revista de Estudios Políticos,* Nº 7, Madrid, 1979, p. 200.

2 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Estado de derecho. Aproximación histórica,* Cátedra Mezerhane, Miami Dade College, Miami 2016.

3 Art. 1. Ley Orgánica del Tribunal constitucional. Oct. 1979, *Boletín Oficial del Estado,* Nº 239.

4 Véase G. Leibholz, *Problemas fundamentales de la Democracia,* Madrid, 1971 p. 15.

5 Véase E. García de Enterría, *La Constitución como norma., op. cit.,* p. 198.

nentes inexcusables, en nuestro tiempo, del verdadero "Estado constitucional," como los consideró el entonces presidente de ese mismo Tribunal español, Manuel García Pelayo.[6].

Todo ello implica, que para que esa "edificación del Estado de derecho," base de la justicia constitucional exista, necesariamente tiene que estar montada y solo puede mantenerse si en el respectivo país está en pleno funcionamiento un sistema democrático representativo, porque en definitiva, solo en democracia es que la Constitución puede permanecer como norma suprema producto del ejercicio de la soberanía popular; solo en democracia es que ésta, la soberanía, se puede manifestar en la elección de un gobierno representativo; solo en democracia es que puede haber respeto y garantía de los derechos y las libertades fundamentales; solo en democracia es que se puede mantener la separación e independencia de poderes como garantía de la libertad; solo en democracia es que puede asegurarse la sujeción del Estado y sus poderes al imperio de la ley; y solo en democracia es que puede ejercerse el derecho al control jurisdiccional de la constitucionalidad y legalidad de todos los actos de los poderes del Estado.

La justicia constitucional, por tanto, puede bien considerarse como el triunfo definitivo de la democracia en la organización del funcionamiento del Estado, al someter a control a todos sus órganos, incluyendo los órganos democrático-representativos. Por ello, en su origen, la justicia constitucional se manifestó precisamente frente a la supremacía y soberanía de los Parlamentos, es decir, frente al cuerpo legislativo y sus facultades;[7] y así fue como surgió, por ejemplo, en los Estados Unidos, a los efectos de asegurar que el Congreso, además de todos los otros órganos del Estado, también estuviese sujeto a la Constitución, considerándose las leyes sancionadas en violación de la Constitución como nulas. De lo contrario, como lo advirtió Alexander Hamilton, la Constitución sería letra muerta, es decir, "equivaldría a nada."[8]

6 Véase M. García Pelayo, "El Status del Tribunal Constitucional," en *Revista Española de Derecho Constitucional,* Nº 1, Madrid, 1981, p. 15.

7 Véase E. S. Corwin, *"The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law",* N.Y., 1955 (reimpreso en *Harvard Law Review,* Vol. XLII, 1928–1929), p. 53.

8 Véase Alexander Hamilton, (Federalist Nos. 71-82), en Clinton Rossiter (Editor), *The Federalist Papers, 1961,* p. 491.

Por ello, también en Europa, como lo constató Jean Rivero en 1981, si bien la lógica del Estado de derecho colocaba "a la Constitución en la cúspide de la pirámide de normas, de donde las demás normas extraen su validez, […] durante un largo siglo esta lógica se encontró frenada […] por el mito de la supremacía de la ley," razón por la cual en la transformación del Estado de derecho, "para alcanzar la última etapa de su construcción," se sometió "al legislador mismo a una norma superior a su propia voluntad."[9]

Surgió así la justicia constitucional en Europa, como lo expresó el mismo Rivero, como consecuencia del desarrollo del principio democrático que somete a los representantes del pueblo a la Constitución, consistente en:

> "ese fenómeno extraordinario que es la aceptación de una autoridad superior al legislador mismo, de una autoridad encargada de imponer al legislador el respeto de la Constitución por parte del legislador."[10]

Pero por supuesto, la justicia constitucional no sólo implicó imponer la Constitución al legislador sino también al Ejecutivo, razón por la cual Mauro Cappelletti explicaría también en 1981 que:

"El constitucionalismo, en su estado más avanzado, ha exigido un órgano o un grupo de órganos, suficientemente independientes de los poderes "políticos" –el legislativo y el ejecutivo– para proteger una regla de derecho superior y relativamente permanente, contra las tentaciones que son inherentes al poder."[11]

Por tanto, la culminación de la configuración del Estado de derecho, que solo puede existir en democracia, no sólo está en la facultad atribuida a ciertos tribunales para controlar la constitucionalidad de los actos del Legislador y del Ejecutivo, sino en el hecho de que por sobre todo, los mismos deben ser

9 Se refiere a la aceptación de una autoridad superior al legislador encargada de imponerle el respeto de la Constitución. Véase J. Rivero, "Rapport de Synthèse", en L. Favoreu (ed), *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux,* Aix–en–Provence, 1982, p. 519.

10 *Idem.,* p. 519.

11 Véase M. Cappelletti, "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle" en L. Favoreu (ed) *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux, cit.,* p. 483. También reproducido en *Revue Internationale de Droit Comparé,* 1981 (2), p. 647.

órganos independientes, y ello solo puede estar garantizado si el Estado y el sistema de separación de poderes que lo configura orgánicamente en la Constitución, tienen como sustento un régimen democrático.

Pues, en definitiva, es solo en un sistema democrático donde puede materializarse el control del poder, es decir, donde puede haber efectiva supremacía constitucional, donde puede haber un efectivo control y balance entre los diversos poderes del Estado, donde puede existir un efectivo goce y protección de los derechos humanos, y en fin, donde es posible controlar la actuación de los órganos del Estado y la supremacía de la Constitución.[12]

Por ello la importancia del principio de la separación de poderes en la estructuración del Estado de derecho en un sistema democrático, pues la separación e independencia de los Poderes Públicos es lo que permite asegurar la supremacía de la Constitución y la efectiva vigencia de los derechos humanos, mediante un efectivo sistema de justicia constitucional. [13]

Por el contrario, si el órgano llamado a ejercer la justicia constitucional es un órgano controlado por el poder político de turno, en lugar de ser el guardián de la Constitución, del Estado de derecho y de la democracia, resulta ser en definitiva el instrumento más diabólico al servicio del autoritarismo y de la destrucción del Estado de derecho y de la democracia misma.[14]

12 Véase Diego Valades, *El control del poder*, Caracas; Allan R. Brewer-Carías, *Constitución, Democracia y Control del Poder*, Universidad de Los Andes, Mérida, 2004.

13 Tal como se establece en la Carta Democrática Interamericana. Véase los comentarios a la misma y su importancia en: Asdrúbal Aguiar y Allan R. Brewer-Carías, *Veinte años de la Carta Democrática Interamericana Veinte años de sus violaciones en Venezuela,* IDEA, Miami 2022.

14 Véase Véase Allan R. Brewer-Carías, *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela***,** Colección Estudios Políticos, No. 13, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas 2016, 453 pp.; Segunda edición ampliada. New York-Caracas, 2016; *La Justicia Constitucional, la Demolición del Estado Democrático en Venezuela en nombre de un "Nuevo Constitucionalismo", y una Tesis "Secreta" de Doctorado en la Universidad de Zaragoza***, (**Ponencia preparada para las *Jornadas sobre* "*El papel de la Justicia Constitucional en los procesos de asentamiento del Estado democrático en Iberoamérica,* Universidad Carlos III de Madrid, octubre de 2018), Editorial Jurídica Venezolana International, 2018.

2. EL DERECHO A LA DEMOCRACIA

Y es que la democracia en el mundo contemporáneo, ya no solo debe verse como un sistema de gobierno conformado por representantes electos por el pueblo, como titular que es de la soberanía, mediante sufragio expresado libremente, sino que tenemos que comenzar a apreciarla como uno de los nuevos derechos políticos fundamentales de los ciudadanos, como lo es también, el derecho a la Constitución y a su supremacía,[15] concebido además, no solo como un derecho colectivo de los pueblos a la democracia representativa, sino como un derecho político individual de los ciudadanos de cada uno de los Estado constitucionales de derecho; que los Jueces Constitucionales están incluso llamados a garantizar.

Es decir, en el Estado constitucional democrático de derecho contemporáneo, los ciudadanos, además de los clásicos derechos civiles, políticos, sociales, económicos y ambientales, tienen un conjunto de derechos políticos que derivan de la propia concepción de dicho Estado de derecho, y que en el ámbito interno, no solo se reducen a los que desde antaño se han establecido expresamente en las Constituciones para el ejercicio de la democracia representativa como son los clásicos derecho al sufragio, el derecho al ejercicio de funciones públicas, el derecho de asociarse en partidos políticos, el derecho a la manifestación política y más recientemente, el derecho a la participación política; sino que comprenden, además, al propio derecho a la democracia representativa, como derecho político ciudadano, colectivo e individual, a la

15 A todo ello me referí por primera vez en 2008 y 2009 en sendas conferencias dictadas en las Facultades de Derecho de la Universidad Externado de Bogotá y de la Universidad de El Salvador, en San Salvador, cuyos textos fueron publicados así: Allan R. Brewer-Carías, "Sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: del reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia", en *VNIVERSITAS, Revista de Ciencias Jurídicas (Homenaje a Luis Carlos Galán Sarmiento)*, Pontificia Universidad Javeriana, facultad de Ciencias Jurídicas, No. 119, Bogotá 2009, pp. 93-111; "Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la constitución y del derecho a la democracia," en Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo (Directores), *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), Managua 2011, pp. 73-94. Véase además el texto del "Prólogo sobre el derecho a la democracia y el control del poder", al libro de Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Colección Estudios Jurídicos Nº 87, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 17-37.

existencia de un régimen político en el cual se garanticen los *elementos esenciales* de la misma que, por ejemplo, enumera la *Carta Democrática Interamericana* de 2001.

Ello implica la existencia de los siguientes derechos políticos adicionales de los ciudadanos: 1) el derecho al respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; 2) el derecho a que el acceso al poder y su ejercicio con realicen con sujeción al Estado de derecho, es decir, el derecho a la legalidad en el ejercicio del poder; 3) el derecho a la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; 4) el derecho a un régimen plural de partidos y organizaciones políticas y 5) el derecho a la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3), lo que implica el derecho a la existencia de un poder Judicial autónomo e independiente, y el derecho a ejercer recursos judiciales para asegurar tanto el control del poder como dichos derechos.

Todo ello derivado del derecho a la democracia, a los efectos de garantizar el control efectivo del ejercicio del poder por los gobernantes, y a través de ellos, del Estado. No olvidemos la advertencia más que bicentenaria de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando proclamó con razón, que toda sociedad en la cual no esté determinada la separación de los poderes, carece de Constitución (art. 16).

Es posible identificar, por tanto, en el orden constitucional interno de los Estados democráticos de derecho, este derecho a la democracia que está necesariamente conformado por los antes mencionados *elementos esenciales* de la misma, pero también por los *componentes fundamentales* de la democracia que también se enumeran en la misma *Carta Democrática Interamericana*, y que son: 1) el derecho ciudadano a la transparencia de las actividades gubernamentales; 2) el derecho a la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; 3) el derecho al respeto de los derechos sociales; 4) el derecho al respeto de la libertad de expresión y de prensa; 5) el derecho a la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado, incluido el componente militar, a la autoridad civil legalmente constituida y 6) el derecho al respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad (art. 4).

Es precisamente por todo ello que, en el mundo contemporáneo, la democracia no sólo se define como el gobierno del pueblo mediante represen-

tantes elegidos, sino además, y por sobre todo, como un gobierno sometido a controles, y no solo por parte del poder mismo, conforme al principio de la separación de los poderes del Estado como ocurre por parte de los Jueces Constitucionales, sino por parte del pueblo mismo, es decir, de los ciudadanos, individual y colectivamente considerados; control del poder, que es a lo que en definitiva el ciudadano en una democracia tiene derecho, incluso participando en su ejercicio.

En ese contexto, el derecho ciudadano a la separación de poderes para asegurar el control del poder es de primera importancia, pues del mismo, en definitiva, dependen todos los otros derechos o elementos de la democracia, pues sólo controlando al Poder es que puede haber elecciones libres y justas, así como efectiva representatividad; sólo controlando al poder es que puede haber pluralismo político; sólo controlando al Poder es que podría haber efectiva participación democrática en la gestión de los asuntos públicos; sólo controlando al Poder es que puede haber transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, así como rendición de cuentas por parte de los gobernantes; sólo controlando el Poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las leyes, es decir, un Estado de derecho y la garantía del principio de legalidad; sólo controlando el Poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia de manera que ésta pueda funcionar con efectiva autonomía e independencia; y en fin, sólo controlando al Poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto a los derechos humanos. De lo anterior resulta, por tanto, que sólo cuando existe un sistema de control efectivo del poder, incluyendo en el mismo en forma privilegiada, el control de constitucionalidad, es que puede haber democracia, y sólo en esta es que los ciudadanos pueden encontrar asegurados sus derechos debidamente equilibrados con los poderes Públicos.

Este control del poder como elemento esencial de la democracia comporta, por tanto, al menos otros dos derechos políticos que incluyen (i) el derecho ciudadano a la distribución vertical o territorial del poder para asegurar la participación, es decir, el derecho a la descentralización política del poder que es la base de la democracia; y como se dijo, (ii) el derecho ciudadano al ejercicio de los recursos judiciales necesarios para controlar el ejercicio del poder, como la Justicia Constitucional, y para asegurar la vigencia de los derechos humanos y el sometimiento del Estado al derecho, es decir, en definitiva, para garantizar el derecho a la democracia.

Todos esos derechos ciudadanos a la democracia, a la supremacía de la Constitución, a ser representados y a participar, y a que el Estado funcione conforme al principio de la separación y distribución territorial de poderes, son los derechos políticos de carácter colectivo que hoy están adquiriendo mayor importancia, sobre todo frente a los neopopulismos y a la forma de destrucción de la democracia que hemos venido presenciando en América Latina y en otros países; sobre todo, al constatar que también tienen que ser objeto de protección, es decir, que hay que tratarlos como derechos tutelables, como derechos justiciables, como derechos amparables o protegibles por los órganos del Estado, particularmente por los órganos judiciales y jurisdiccionales de orden interno, así como por los órganos jurisdiccionales internacionales, lo que conlleva la necesidad de que se desarrollen los medios de control de constitucionalidad, de amparo y de control de convencionalidad de esos derechos colectivos.

En los últimos años, sin duda, se ha venido avanzando en este tema de la protección jurisdiccional de estos derechos colectivos a la democracia y al Estado de derecho, tanto en el ámbito interno como en el internacional.

Muchos países han aplicado en la materia el control de convencionalidad, pero también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha protegido estos derechos, como ha ocurrido por ejemplo, con la *Opinión Consultiva* No, 28/21 de 7 de junio del año 2021, "Solicitada por la República de Colombia la figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana)."[16] En la misma, la Corte Interamericana declaró que frente a un derecho político individual como es el derecho a ser electo, prevalece el derecho político colectivo del pueblo a la democracia y a la alternabilidad o alternancia en el gobierno.[17]

16 Véase el texto, que está disponible en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf . Véase el Comunicado oficial de la Corte: "La reelección presidencial indefinida es contraria a la Convención y Declaración Americana," de 13 agosto 2021; disponible en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_53_2021.pdf

[1]17 Véase sobre la Opinión Consultiva: Asdrúbal Aguiar Aranguren y Allan R. Brewer Carías

En esa *Opinión Consultiva*, puede decirse que se reconoció el derecho a la democracia, y de un componente esencial de la misma, como es el derecho ciudadano a la alternabilidad en el ejercicio del poder, que como derecho político colectivo ha venido consagrándose en nuestras Constituciones de América Latina desde 1830, para evitar la perpetuación en el poder de los gobernantes. De allí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya declarado a la reelección presidencial indefinida como antidemocrática y contraria a la Convención Americana de Derecho Humanos y a la Carta Democrática Interamericana, aceptando la validez de las limitaciones que existen y han existido históricamente en todas nuestras Constituciones para evitar la reelección perpetua.

Se trata, frente a la reelección presidencial, de un reconocimiento de ese derecho a la alternabilidad republicana como parte esencial del derecho colectivo a la democracia, para lo cual la Corte Interamericana en su Opinión, concluyó considerando (i) que la reelección presidencial indefinida no es un derecho humano; (ii) que la prohibición a la reelección presidencial indefinida es compatible con la Convención Americana siempre que se establezca mediante ley; (iii) que la falta de limitaciones a la reelección presidencial conlleva al debilitamiento de los partidos políticos de oposición; (iv) que la permanencia en el poder de un Presidente por un lapso largo de tiempo afecta la independencia y la separación de poderes.

Por ello, de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana deriva la consideración de que en la actualidad los mayores peligros para la democracia no provienen de su rompimiento abrupto, sino de su erosión paulatina como la que se deriva de la permanencia indefinida en el poder de los gobernantes. Por ello, la Corte concluyó su Opinión considerando que la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y en contra de las obligaciones establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la declaración Americana de los Derechos y Obligaciones del Hombre.

(Editores), *Los principios de la democracia y la reelección presidencial indefinida. Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión de Venecia* (Prólogo de Andrés Pastrana Arango, Colombia y Jorge Tuto Quiroga Ramírez, Bolivia), Iniciativa Democrática España y las Américas, IEA, Miami 2021, 898 pp.

Esta *Opinión Consultiva* mediante la cual el derecho colectivo a la democracia se impuso al pretendido derecho individual de las personas a ser reelectos indefinidamente, [18] se dictó, en todo caso, después de al menos tres décadas largas de erosión, vicisitudes y discusiones desarrolladas en América Latina sobre el tema del conflicto entre alternabilidad republicana y reelección presidencial indefinida,[19] imponiéndose en la misma, el derecho político colectivo a la alternabilidad republicana se impuso frente a un pretendido derecho a la reelección presidencial, que no existe, pero que el autoritarismo había venido implementando en el Continente en los lustros precedentes, a través de decisiones de algunos Tribunales Constitucionales como sucedió en Bolivia, Honduras y Nicaragua, que consideraron que supuestamente existía un supuesto "derecho humano a la reelección" presidencial indefinida.[20]

Dichas decisiones no sólo fueron contrarias a los principios de la Carta Democrática Interamericana que regula el derecho de los pueblos del continente a la democracia representativa, sino que vulneraron los principios históricos del constitucionalismo de nuestros países, montados desde comienzos del siglo XIX sobre la base del principio de la alternabilidad republicana como pilar de la democracia representativa.

La *Opinión Consultiva*, por tanto, tiene la importancia fundamental de haber reafirmado que, conforme a la *Carta Democrática Interamericana* de

18 Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Derecho a la democracia y reelección presidencial indefinida. Tres Estudios,* Ediciones Olejnik, Santiago, Buenos Aires, Madrid 2021, 120 pp.

19 Sobre una decisión inconstitucional de la Sala Constitucional del Tribnal Suprem de Venezuela me referí en: Allan R. Brewer-Carías, "El principio de la alternabilidad republicana como cláusula pétrea en la Constitución venezolana y su mutación dispuesta por el Juez Constitucional," en Imer B. Flores (Coordinador), *El problema de la reelección presidencial en las Américas. Homenaje a Jorge Carpizo (11944-2012) en el octogésimo aniversario de su nacimiento*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México 2025, pp. 419-442; y "El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida), en *Revista de Derecho Público*, No. 117, (enero-marzo 2009), Caracas 2009, pp. 205-211.

20 Véase sobre esas decisiones de tribunales constitucionales: *Los Jueces Constitucionales. controlando el Poder o controlados por el Poder. Algunos casos notorios y recientes (Estados Unidos, Nicaragua, Bolivia, Paraguay, Reino Unido, Suráfrica, Venezuela, Honduras, República Dominicana, El Salvador, Colombia, Perú, Costa Rica, Chile, Brasil)*, Segunda edición coregida y aumentada, (con Prólogo de Carlos Ayala Corao), Colección Biblioteca de Derecho, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2018, 509 pp.

2001, en nuestros países existe un derecho político fundamental a la democracia, la cual debe ser considerada no sólo como un régimen político basado en la representación democrática, sino como un derecho ciudadano colectivo a la democracia representativa. Y precisamente por ello, es que en el mundo contemporáneo la democracia como régimen político ya no se reduce a que se realicen elecciones ni solo se define como el gobierno del pueblo mediante representantes electos, sino que, además, y por sobre todo, como he indicado, como un gobierno sometido a controles, guiado siempre por el principio de la alternabilidad republicana.

Este derecho a la democracia, ha sido recientemente trabajado magistralmente por el Juez Ferrer Mac Gregor, de la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en dos Votos Concurrentes a sentencias de 2024, primero a la sentencia del caso *Capriles vs. Venezuela* del 10 de octubre de 2024[21] y luego a la sentencia del Caso *Gadea Mantilla vs. Nicaragua* del 16 de octubre de 2024,[22] en las cuales la Corte Interamericana por primera vez trató las violaciones al derecho a ser elegido cuando se ejerce en un *marco de deterioro de la institucionalidad democrática y de abandono de los principios del Estado de derecho*, como era el marco que ya existía en Venezuela en 2013, el cual se ha agravado en la última década.

En el caso *Capriles vs. Venezuela*, la Corte en su sentencia del 10 de octubre de 2024, declaró la responsabilidad internacional del Estado de Venezuela por las violaciones a los derechos humanos de Henrique Capriles Radonski, las cuales ocurrieron durante el proceso electoral para la elección de Presidente de la República, llevado a cabo en 2013 en Venezuela, en la cual Capriles fue candidato de la oposición. La Corte constató que:

> "el proceso electoral tuvo lugar en un contexto de progresivo deterioro de i) la separación de poderes en Venezuela, y ii) de la independencia del Consejo Nacional Electoral (CNE) y del Tribunal Supremo

21 Véase el texto que está disponible en:
https://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2024/12/RI67SGJurisCIDHCaso-Capriles-Vs.-Venezuela.-Excepcion-Preliminar-Fondo-Reparaciones-y-Costas.-Sentencia-de-10-de-octubre-de-2024.pdf

22 Véase el texto que está disponible en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_543_esp.pdf

de Justicia (TSJ). En el caso, la Corte acreditó la existencia de un *uso abusivo del aparato del Estado* durante el proceso electoral que favoreció al candidato oficial, Nicolás Maduro Moros, y en consecuencia *afectó la integridad del proceso electoral* y los derechos políticos del señor Capriles y de sus electores. Asimismo, el Tribunal concluyó que se vulneraron los derechos a las garantías judiciales, la protección judicial y la libertad de expresión en el marco del recurso contencioso electoral presentado por el señor Capriles para solicitar la nulidad de la elección."

Lo anterior, toda vez que el Tribunal Supremo de Justicia incumplió con sus obligaciones derivadas de la garantía de imparcialidad y del deber de motivación de su sentencia en que declaró inadmisible el recurso. Además, la Corte determinó que la multa impuesta al señor Capriles en el marco del proceso contencioso constituyó una violación a su derecho a la libertad de expresión y el derecho a la defensa. [23]

En razón de lo anterior, la Corte concluyó que el Estado fue responsable por la violación a los artículos 23, 13, 24, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Es decir, en definitiva, la Corte concluyó que se había vulnerado el derecho a la democracia, es decir, el derecho y la oportunidad del reclamante, de poder acceder a la función pública mediante una elección auténtica que reflejara la libre elección de los electores, de participar en condiciones generales de igualdad en las elecciones presidenciales, y que no contó con recursos judiciales efectivos para la protección de sus derechos políticos, violándose además su derecho a la libertad de expresión.

Sobre todas esas violaciones, el Juez Ferrer Mac Gregor en su excelente Voto Concurrente, concluyó que "en su conjunto y en el contexto de deterioro democrático en el que se dieron los hechos, afectaron *el derecho a la democracia,*" el cual estimó que "encuentra su sustento en la Convención Americana

23 Véase el "Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana" sobre la sentencia que está disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_541_esp.pdf

sobre Derechos Humanos, en la Carta Democrática Interamericana y en la propia Carta de la OEA."

Ferrer observó también que, si bien la Corte no declaró expresamente la violación del derecho a la democracia, en la sentencia dejó "los "elementos para un desarrollo en casos futuros" partiendo de la referencia explícita que contiene sobre el derecho de los pueblos a la democracia, en particular la democracia representativa. Ferrer, por ello, con razón, destacó el "tripartito de democracia, Estado de derecho y derechos humanos," concluyendo que "sin democracia no hay derechos humanos y viceversa," por lo que "la democracia en sí misma es también merecedora de tutela jurisdiccional internacional."

Particularmente en las situaciones de erosión de la democracia, que ahora no derivan solo de dictaduras militares o de los tradicionales Estados autoritarios de antaño, sino que es provocada por regímenes que emplean mecanismos formalmente constitucionales para llevar a cabo su proyecto político antidemocrático, es decir, cuya característica esencial es el uso del poder legítimamente obtenido mediante mecanismos constitucionales para desdibujar la esencia misma del sistema democrático representativo que les dio ese poder.

En su importante Voto Concurrente, Ferrer Mac Gregor acogió la tesis de que el derecho a la democracia tiene entonces dos facetas: una subjetiva individual y otra colectiva, siendo esta última la que reconoce que todos los ciudadanos de un Estado Democrático y Constitucional tienen un interés legítimo en el correcto desarrollo del juego democrático, por lo que si se está afectando la integridad de dicho juego democrático, especialmente si estas alteraciones provienen del poder público, se puede decir que no se está afectado únicamente el derecho de las personas directamente afectadas, sino que está afectando el derecho de todos los ciudadanos y de la sociedad en su conjunto, a expresar su voluntad mediante el voto.

Un ejemplo de ese "constitucionalismo abusivo" como lo califica Ferrer Mac Gregor, citando a Landau, ha sido precisamente el caso venezolano, con un régimen político que si bien surgió hace 25 años mediante el asalto al poder efectuado por vías democráticas (elección de una Asamblea constituyente), se ha dedicado, como política de Estado, a desdemocratizar al país, despreciando la democracia representativa, buscando, por una parte, a impedir el ejercicio pleno de la participación de la ciudadanía en la conducción del Estado me-

diante elecciones libres, justas, transparentes y verificables; y por la otra, una pretendida sustitución de la democracia representativa por una llamada democracia "participativa," como ha sido difundida en el discurso autoritario confundiendo en general, indebidamente, la democracia participativa con elementos de democracia directa, eliminando la descentralización del poder e impidiendo la propia participación política ciudadana, que solo puede darse a nivel local.

Y para ello, se han establecido en paralelo a los propios órganos electos del Estado Constitucional, unas instancias de un llamado Estado Comunal o del Poder Popular, con Consejos Comunales sin autonomía política, que son integradas por "voceros" que no son electos por sufragio universal, directo y secreto, sino a mano alzada "en nombre del pueblo," por asambleas controladas por el partido oficial y por el Ejecutivo Nacional; todo en fraude a la Constitución y a la propia soberanía popular que lo rechazó en referendo en 2007, para hacerle creer al ciudadano que participa, cuando lo que se está es sometiéndolo al control del poder central.

Así, el principio de la representación, de la esencia de la democracia, cuyo ejercicio por el pueblo se debe realizar básicamente en forma indirecta, mediante representantes electos por sufragio universal, directo y secreto, independientemente de los mecanismos de ejercicio directo de la democracia que puedan establecerse, se ha querido eliminar, pretendiendo sustituirlo por esos supuestos mecanismos de "participación" que no son otra cosa que sistemas de control estatal de la voluntad popular, para impedir su manifestación efectiva; lo que ha conducido progresivamente y, en paralelo, a impedir en la práctica la realización de elecciones libres, justas, transparentes, plurales, verificables y auditables, conforme a los más elementales estándares democráticos.

En esta forma, el deterioro masivo de las condiciones para asegurar el derecho a la democracia en Venezuela que existían en 2013, al cual se refirió la sentencia, como es de todos conocido, se ha agravado en los último trece años, siendo las muestras finales de dicho deterioro o erosión global de la democracia representativa, no solo el secuestro de los resultados de la elección presidencial del 28 de julio de 2024, que fueron ostensiblemente desconocidos por todos los órganos del poder público, luego de que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo secuestrara a los principales partidos políticos de la opo-

sición y avalara la inhabilitación política de sus principales líderes para impedir las candidatura de quienes tenían probadas opciones de triunfo,[24] sino en la realización falseada en mayo de 2025 de supuestas elecciones de diputados a la Asamblea Nacional y de gobernadores de Estado, donde solo pudieron postularse quienes fueron escogidos por el régimen, y con una participación electoral de solo algo más del diez por ciento.

Con todo esto, que ha estado ocurriendo a la vista de todos en Venezuela y el mundo, todo el avance continental que se ha experimentado en relación con la identificación y garantía del derecho a la democracia, ha venido siendo formalmente borrado en Venezuela, junto con la democracia misma.

Es por ello, que debemos dejar sentado que la defensa de la democracia nunca puede significar la desaparición de la democracia representativa, como el discurso autoritario pretende vendiendo su sustitución por una supuesta "democracia participativa," sino su perfeccionamiento asegurando la participación ciudadana que solo puede tener como base la descentralización política de poder en los Estados.

Debe destacarse además, otra importante decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictada en el caso *Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela (Excepciones Preliminares)* de fecha 21 de agosto de 2025,[25] en la cual la Corte, basada que hizo en el principio democrático y la necesaria legitimidad democrática que deben tener los gobiernos, consideró sin efecto alguno la denuncia formal de la propia Convención Americana de Derechos Humanos que hizo el l 6 de septiembre de 2012, el Sr. Nicolas Maduro, actuando entonces como Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, mediante Nota Nº 125 que dirigió al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, alegando la existencia de una supuesta campaña de desprestigio desarrollada contra Venezuela tanto por parte de la Comisión Intera-

24 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica constitucional sobre el secuestro de la elección presidencial del 28 de julio de 2024,* Colección de Crónicas constitucionales para la Memoria Histórica, No 10, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2024, *224* pp.

25 Véase el texto en CIDH, Caso Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela Sentencia de 21 de agosto de 2025 (Excepciones Preliminares), disponible en:
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_562_esp.pdf

mericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; comunicación que recibió el Secretario General en 10 de septiembre de 2012, y que comenzó a surtir efectos el 10 de septiembre de 2013.[26]

La importancia de la sentencia de la Corte Interamericana de 2025, radica en que no solo consideró que la Convención Americana no había perdido vigencia en Venezuela desconociendo así los efectos de la denuncia de la misma de 2012 y declarando válida la ratificación de la misma efectuada en 2019 por el gobierno interino instalado al desconocer la Asamblea Nacional la reelección del Sr. Maduro de mayo de 2018, sino que estimó que para cuando se hizo la denuncia de la Convención, en Venezuela ya estaba comprometida la legitimidad democrática, en particular, por la ausencia de independencia del Poder Judicial.

Para llegar a esta conclusión, la Corte Interamericana aceptó con plenos efectos jurídicos la vigencia del régimen del *Estatuto de Transición hacia la Democracia* que se había adoptado por la Asamblea Nacional de Venezuela con fecha 5 de febrero de 2019,[27] reconociendo, así, el "gobierno de transición democrática," en virtud de que, como lo señaló la sentencia, no solo dicha Asamblea Nacional de Venezuela electa en 2015, sino la Asamblea General de la OEA, había resuelto que:

> "el proceso electoral desarrollado en Venezuela, que concluyó el 20 de mayo de 2018, carece de legitimidad por no cumplir con los estándares internacionales, por no haber contado con la participación de todos los actores políticos venezolanos y haberse desarrollado sin las garantías necesarias para un proceso libre, justo, transparente y democrático" (párr. 39).

26 Véase el Comunicado de Prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela," de 10 de septiembre de 2013, disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2013/064.asp

27 Véase sobre ello: Allan R. Brewer-Carías, *transición hacia la democracia en venezuela. bases constitucionales y obstáculos usurpadores*, (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019.

Además, también, porque específicamente la propia Asamblea Nacional había considerado que por lo viciado del proceso electoral de 2018, "no existía un presidente electo que pudiera asumir funciones y, designó al Presidente de la Asamblea Legislativa, Juan Guaidó Márquez, como Presidente "Encargado" de Venezuela, el 5 de enero de 2019" (párr. 39). La sentencia, además, dio cuenta de cómo:

> "El 10 de enero de 2019, el Consejo Permanente de la OEA resolvió "[n]o reconocer la legitimidad del período del régimen de Nicolás Maduro a partir del 10 de enero de 2019", y consideró "que el período presidencial 2019-2025 que empieza en Venezuela el 10 de enero de 2019 es el resultado de un proceso electoral ilegítimo". Además "enfatiz[ó] la autoridad constitucional de la Asamblea Nacional" y "reiter[ó] su profunda preocupación en relación con el empeoramiento de la crisis política […]" (párr. 40).

En esta forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la competencia del gobierno interino para dejar sin efecto la denuncia de la Convención Americana, y aceptar que la misma no había dejado de tener vigencia durante el período desde dicha que la denuncia comenzó a tener efectos en 2013, hasta su ratificación en 2019 (párr. 56).

Pero no queda allí la importancia de la sentencia de la Corte Interamericana dictada en el *caso Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela* de agosto de 2025, sino también, en las consideraciones que específicamente hizo la Corte Interamericana sobre el tema de los estándares relativos a los actos de denuncia de la Convención Americana, *en el contexto del principio democrático*, los cuales consideró particularmente relevantes en el caso "al considerar el contexto institucional en el cual se adoptó la decisión de denuncia por parte del Estado venezolano, así como las circunstancias que rodearon su ejecución" (párr. 57).

En relación con ello, a pesar de que "la Convención Americana no contempla de forma expresa las condiciones procedimentales requeridas a nivel de derecho interno para la toma de una decisión sobre la denuncia de un tratado que constituye, en términos de derecho internacional, una manifestación unilateral del Estado," (párr. 58), la Corte Interamericana consideró específicamente, lo que había expresado en su *Opinión Consultiva N° 26/20* de 9 de

enero de 2020 sobre "*La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos,*"[28] destacando, las siguientes situaciones en que la denuncia se da:

> "(1) por una disconformidad con una decisión adoptada por el órgano de protección y motivada por una voluntad manifiesta de incumplir los compromisos internacionales; (2) en el escenario de una situación de suspensión de garantías de manera indefinida o que atente contra el núcleo inderogable de derechos; (3) en un contexto de violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos con el fin de eludir las obligaciones en materia de protección nacional o internacional; (4) en el marco de la progresiva erosión de las instituciones democráticas; (5) ante una alteración o ruptura manifiesta, irregular o inconstitucional del orden democrático, y (6) en el marco de conflictos armados cuando la protección de la población civil es más desafiante y a la vez más vital que en tiempos de paz. Estas circunstancias denotan especial gravedad y pueden acarrear una afectación a la estabilidad democrática, la seguridad y la paz hemisférica, con la consiguiente afectación generalizada a los derechos humanos" (párr. 59).

De ello, concluyó la Corte Interamericana que:

> "La denuncia de un tratado de derechos humanos, *cuando tiene lugar en un contexto de erosión o ruptura del orden democrático o de graves afectaciones al principio de separación de poderes* conforme a la Carta Democrática Interamericana y a los estándares desarrollados por esta Corte en su jurisprudencia, *compromete la legitimidad del acto estatal* y frustra los fines de protección que caracterizan a dichos tratados" (párr. 60).

28 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva oc-26/20 de 9 de noviembre de 2020 solicitada por la República de Colombia: La* denuncia *de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos;* disponible en https://corteidh. or.cr/docs/opiniones/seriea_26_esp.pdf

En particular, respecto de la Convención Americana, la Corte en su sentencia indicó que ha establecido

> "que *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. Además, como principio rector, articula la forma de organización política elegida por los Estados americanos para alcanzar los derechos y garantías que el sistema promueve y protege, entre los cuales se encuentra la plena vigencia de los derechos humanos. Brinda, de este modo, una clara orientación para su observancia a través de la división de poderes y el funcionamiento propicio de las instituciones democráticas de los Estados Parte en el marco del Estado Democrático de Derecho. Más aún, la Corte ha afirmado que "la democracia representativa es uno de los pilares de todo el sistema del que la Convención forma parte". Es decir, no es privativo del régimen convencional, sino que tiene una base más amplia en el desarrollo del sistema interamericano, como presupuesto constituyente y fundacional de la organización regional, ya que este principio se encuentra recogido en la Carta de la OEA" instrumento constitutivo de la Organización y fundamental del sistema interamericano." (párr. 63)

En este contexto, luego de la Corte estimar "que la denuncia de un tratado de derechos humanos por parte de un Estado que ha suprimido los controles internos y garantías democráticas mínimas contribuye a consolidar la arbitrariedad institucionalizada," (párr. 65), al constatar la "ilegitimidad," desde el punto de vista democrático, del acto de denuncia de la Convención Americana notificado a la OEA por el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Sr. Nicolás Maduro, en 2012, destacó cómo en:

> "En sentencias emitidas por este Tribunal se ha constatado que, durante el período en que inicialmente se formalizó la denuncia de la Convención por Venezuela en 2013, se presentaron situaciones que reflejan un *deterioro sostenido de las condiciones institucionales propias de un Estado Democrático de Derecho*. Estos casos versan sobre la *concentración de poder, restricciones al ejercicio de derechos políticos y a la libertad de expresión, así como sobre afectaciones graves a la independencia judicial*" (párr. 66).[29]

29 La Corte Interamericana, específicamente citó en apoyo a lo antes dicho, sus propias decisiones

Además, la Corte Interamericana en su sentencia del caso *Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela,* citó la sentencia del caso *Capriles vs. Venezuela*[30] emitida doce años después de cuando se denunció la Convención, el 10 de octubre de 2024, antes mencionado, relativo a la elección presidencial celebrada en Venezuela en mayo de 2013, en las cuales supuestamente habría sido electo el Sr. Nicolás Maduro; sentencia en el cual la Corte constató:

> "que el proceso electoral para la elección de Presidente de la República llevado a cabo en 2013 en Venezuela estuvo precedido por "un *progresivo deterioro de la separación de poderes y de la independencia e imparcialidad por parte del CNE [(Consejo Nacional Electoral)] y del TSJ [(Tribunal Supremo de Justicia)*]". El Tribunal indicó que dichas elecciones no se desarrollaron en condiciones de igualdad, y que *no existieron recursos judiciales efectivos para impugnar el proceso electoral*" (párr. 67)

Es decir, la Corte Interamericana, en 2025, al considerar la legitimidad democrática de la denuncia de la Convención Americana por Venezuela en 2012, con efectos a partir de 2013, destacó que ya entonces existía en Venezuela un "*deterioro sostenido de las condiciones institucionales propias de un Estado Democrático de Derecho*," reflejadas en "*la concentración de poder, restricciones al ejercicio de derechos políticos y a la libertad de expresión*," y "*afectaciones graves a la independencia judicial*," como la misma Corte Interamericana lo resolvió en los casos que mencionó en su sentencia relativos a denuncias de sobre esos temas de deterioro de la institucionalidad democrática en 2012 y 2013.

en los casos: *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C N° 195; *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C N° 194; *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C N° 293; *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C N° 348; *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, y *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C N° 227. 57. (nota 57, párr. 66).

30 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Capriles vs. Venezuela*, sentencia de 10 de octubre de 2024 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/ articulos/seriec_541_esp.pdf

Estos precedentes de sentencias de la Corte Interamericana, en todo caso, muestran cómo el derecho a la democracia ha tomado arraigo en las motivaciones de las sentencias de la Corte, confirmando su carácter justiciable.

3. LA JUSTICIA CONSITUCIONAL CONCEBIDA PARA LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, LA DEMOCRACIA Y EL ESTADO DE DERECHO

Y ha sido precisamente para la defensa del Estado de derecho, y con ello, básicamente de la Constitución y su supremacía, y de la democracia representativa, que en todos los países democráticos, como antes se dijo, se han establecido sistemas de Justicia Constitucional, como ocurrió precisamente en Venezuela, en el texto de la Constitución de 1999, que sin duda, puede considerarse como uno de los textos constitucionales con uno de los más completos sistemas de Justicia Constitucional que muestra el derecho comparado, pero que en la práctica de un gobierno autoritario ha resultado en que no solo no ha sido garantía alguna del Estado de derecho, sino que ha sido un instrumento letal para demoler sus cimientos, como es lo que ha ocurrido en los últimos 25 años.

La Constitución de 1999, en efecto, y en buena parte con mi participación directa e inmediata como miembro que fui de la Asamblea Nacional Constituyente de la época,[31] estableció un completo sistema de control de la constitucionalidad de los actos estatales, es decir, de justicia constitucional,[32] partiendo del principio de que si la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico (art. 7); dicha supremacía no tendría efectivi-

31 Véase mis aportes a la Constitución en Allan R. Brewer-Carías, *Mis Aportes a la Constitución de 1999. Con las propuestas, observaciones y votos salvados negativos formulados durante los debates de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, Colección de* Crónicas constitucionales para la memoria histórica, No 1, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2023, 726 pp.

32 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de Justicia Constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos),* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000; *La Justicia Constitucional (Procesos y Procedimientos Constitucionales),* Editorial Porrúa/ Instituto Mexicano de Derecho procesal Consittucional, México 2007, 521 pp; *Derecho Procesal Constitucional. Instrumentos para la Justicia Constitucional***,** Tercera edición ampliada, Colección Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila, No. 2, Caracas 2014, 756 pp.

dad si no fuera por la existencia de un sistema de justicia constitucional para garantizarla.

De allí que el artículo 334 de la Constitución atribuye a todos los jueces, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y la ley, la obligación "de asegurar la integridad de la Constitución"[33].

En consecuencia la justicia constitucional, como competencia judicial para velar por la integridad y supremacía de la Constitución, *corresponde a todos los jueces* en cualquier causa o proceso que conozcan y, además, en particular, cuando conozcan de acciones de amparo o de las acciones contencioso-administrativa al tener la potestad para anular actos administrativos por contrariedad a la Constitución (como forma de contrariedad al derecho) (art. 259)[34]; y no sólo al Tribunal Supremo de Justicia. Este, sin embargo, en forma particular, tiene expresamente como competencia garantizar "la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales," correspondiéndole ser "el máximo y último intérprete de la Constitución" y velar "por su uniforme interpretación y aplicación" (art. 335); y, en particular, ejercer la Jurisdicción Constitucional (arts. 266, ord. 1º y 336).

3.1. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes

Una de las formas específicas para el ejercicio de la justicia constitucional, es la posibilidad que tiene todo juez de la República de ser juez de la constitucionalidad de las leyes. Se trata del método denominado de control difuso de control de la constitucionalidad de leyes que ha existido en Venezuela desde el siglo pasado,[35] regulado en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que establece que:

33 Véase nuestra propuesta en relación con este artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* Tomo II, (9 Septiembre – 17 Octubre 1999), Caracas 1999, págs. 24 y 34.

34 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law,* Cambridge University Press, 1989, págs. 127 y ss.

35 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano", en Victor Bazán (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Edit. Abeledo-Perrot, dos tomos, Buenos Aires, Rep. Argentina, 2010, Tomo I, pp.671-690.

> "*Artículo 20*: Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.

El principio del control difuso, hace unas décadas también se recogió en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, con este texto:

> "*Artículo 19:* Control de la Constitucionalidad. Corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional".

A los efectos de consolidar constitucionalmente el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, como ha ocurrido en otros países como Colombia, por ejemplo, desde 1910 (art. 4) y, en Guatemala, 1965 (art. 204), Bolivia, 1994 (art. 228), Honduras, 1982 (art. 315) y Perú, 1993 (art. 138); propusimos incorporar a la Constitución una disposición similar,[36] que terminó siendo ubicada a propuesta nuestra[37] en el artículo 334, con el siguiente texto:

> "En caso de incompatibilidad entre esa Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente".

En esta forma, el método de control difuso de la constitucionalidad, que venía de antaño regulado en los Códigos procesales adquirió rango constitucional, el cual, incluso, puede ser ejercido *de oficio* por los tribunales.[38]

36 Véase nuestras propuestas respecto del artículo 7 en Allan R. Brewer-Carías, *Debates Constituyentes,* Tomo II, *op. cit.*, págs. 24 y 34.

37 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente,* Tomo III, (18 Octubre-30 Noviembre 1999), Caracas 1999, págs. 94 a 105.

38 Esta ha sido una de las características del sistema venezolano. Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Control Concentrado de la constitucionalidad de las Leyes. Estudio de Derecho Comparado,* Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 2, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1994, 179 pp.

3. 2. El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes: la Jurisdicción Constitucional

Pero además de constitucionalizarse el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, en la Constitución de 1999 se precisó el régimen del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, configurándose claramente al Tribunal Supremo de Justicia, y específicamente a su Sala Constitucional, como Jurisdicción Constitucional, a los efectos de la anulación de las mismas.

Por ello, el mismo artículo 334 de la Constitución dispone:

> "Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley".

En relación con el control concentrado, en Venezuela rige el principio dispositivo, correspondiendo la legitimación activa para recurrir a todo interesado, configurándose la acción de inconstitucionalidad como una acción popular.

Por otra parte, conforme a la norma antes mencionada, quedó definitivamente establecida la diferencia entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción constitucional, por el objeto del control y no por los motivos de control[39], por lo que sólo compete a la jurisdicción constitucional, conocer de la anulación, por inconstitucionalidad, por supuesto, de las leyes y demás actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (como los actos de gobierno, o los *interna corporis* de la Asamblea) o que tengan rango de Ley (Decretos-Leyes); correspondiendo, en cambio, a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de la nulidad de los actos

39 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales,* Tomo VII, *La Justicia Contencioso-Administrativa, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana.*, págs. 26 a 33.

administrativos, incluidos los Reglamentos, por motivos de inconstitucionalidad y de ilegalidad (contrariedad del derecho)

3.3. Las competencias del Tribunal Supremo de Justicia en materia de justicia constitucional

Una de las novedades de la Constitución de 1999 en esta materia, fue la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 262), a la cual se le ha atribuido la jurisdicción constitucional (art. 266, ord. 1º) consistente en la potestad anulatoria de las leyes y demás actos de igual rango y jerarquía, y el ejercicio de otras competencias en materia de justicia constitucional, enumeradas en el artículo 336, así:

A. La potestad anulatoria por inconstitucionalidad

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como jurisdicción constitucional, tiene las siguientes atribuciones de control concentrado de la constitucionalidad de determinados actos estatales, con poderes anulatorios, previstas en el artículo 336:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las *leyes nacionales* y demás actos con *rango de ley* de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.

2. Declarar la nulidad total o parcial de las *Constituciones* y *leyes estadales*, de las *ordenanzas municipales* y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en *ejecución directa e inmediata* de la Constitución y que colidan con ésta.

3. Declarar la nulidad total o parcial de los *actos con rango de ley* dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.

4. Declarar la nulidad total o parcial de los *actos en ejecución directa e inmediata* de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

B. El control previo de la constitucionalidad de actos estatales

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, además, tiene las siguientes competencias para controlar la constitucionalidad de actos estatales antes de su entrada en vigencia:

En *primer lugar,* la prevista en el artículo 336, ordinal 5º en relación con los *tratados internacionales*.

> 5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.

En *segundo lugar*, la prevista en el artículo 203 de la Constitución conforme al cual, la Sala Constitucional debe pronunciarse sobre la constitucionalidad del carácter orgánico, antes de su promulgación, de las *leyes orgánicas* que así hayan sido calificadas por la Asamblea Nacional.

En *tercer lugar*, la prevista en el artículo 204 de la Constitución, en los casos del veto presidencial a las leyes, conforme al cual la Sala Constitucional debe pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley o de algunos de sus artículos, a solicitud del Presidente de la República, antes de la promulgación de la ley.

C. La revisión obligatoria de la constitucionalidad de los Decretos de Estado de Emergencia

De acuerdo con el artículo 339 de la Constitución, el Decreto que declare el Estado de Excepción debe ser presentado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, para que se pronuncie sobre su inconstitucionalidad. Por ello, el artículo 336 le atribuye a la Sala, competencia expresa para:

> 6. Revisar, en todo caso, *aun de oficio*, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.

Debe destacarse de esta competencia, que es el único supuesto de control concentrado de la constitucionalidad, en el cual se atribuye poderes de actuación de oficio al Tribunal Supremo.

D. El control de constitucionalidad de las leyes por omisión

Otra institución novedosa en materia de justicia constitucional que estableció la Constitución de 1999 fue el denominado control de la constitucio-

nalidad de las leyes por omisión al atribuirle, el artículo 336, a la Sala Constitucional, competencia para:

> 7. Declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo municipal, estadal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

En esta materia también rige el principio dispositivo, correspondiendo la legitimación activa a toda persona interesada, igualmente como acción popular.

E. El control de la constitucionalidad de las leyes mediante la declaración de colisión

Conforme a una tradicional competencia de la anterior Corte Suprema de Justicia (art. 215, ord. 5º de la Constitución de 1961), el artículo 336 de la Constitución de 1999 le atribuye al Tribunal Supremo competencia para:

> 8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál de éstas debe prevalecer.

F. La resolución de controversias constitucionales entre los órganos del Poder Público

El Tribunal Supremo, en Sala Constitucional, también tiene competencia, conforme al artículo 336, para:

> 9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.

Esta competencia de orden constitucional tiene por objeto resolver los conflictos entre los órganos del Poder Público, tanto en su distribución vertical (República, Estados y Municipios), como en su división horizontal a nivel nacional (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Ciudadano, Poder Electoral) y a nivel estadal y municipal (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo).

Es decir, se trata de resolución de controversias sobre atribuciones *constitucionales* entre los órganos del Poder Público; que son distintas a las controversias administrativas que se susciten entre la República, los Estados, Municipios u otro ente público, las que compete ser resueltas por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo (art. 266, ord. 4º), como jurisdicción contencioso-administrativa.

G. La revisión de las sentencias dictadas por los tribunales de instancia en cuestiones de constitucionalidad

Por último, el artículo 336 de la Constitución atribuye a la Sala Constitucional, competencia para:

> 10. Revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

Por supuesto, esta competencia no se configura como la de una apelación ni como la de una segunda instancia general en la materia. Se trata de una competencia excepcional para que la Sala Constitucional pueda revisar, a su juicio y discreción, mediante un recurso extraordinario que se puede ejercer contra sentencias de última instancia dictadas por los tribunales de la República (excluido, por supuesto, el Tribunal Supremo y sus Salas) en materia de amparo constitucional o en ejercicio de control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

En todo caso, es de destacar que el texto del ordinal 10 fue aprobado en la Asamblea iniciándose con la frase "Revisar, a juicio de la Sala, las sentencias…" (que luego fue eliminada), con el objeto de dejar claro a nivel constitucional, que se trataba de una potestad de revisión que nunca puede ser obligatoria, sino a juicio de la Sala, que la puede ejercer en forma discrecional. De lo que se trataba fue de evitar que se pudiera abrir un recurso extraordinario, de obligatoria decisión por la Sala, contra todas las sentencias referidas, lo cual sería imposible de manejar, por la magnitud de casos.

Esta norma sin embargo ha venido siendo interpretada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, con pronunciamientos sucesivos dictados

desde 2000, mediante los cuales no solo se ha ampliado las sentencias que pueden ser objeto del recurso de revisión (por ejemplo, sentencias que contradigan interpretaciones vinculantes establecidas por la Sala Constitucional, sentencias que afecten gravemente el orden público constitucional), sino incluso auto atribuyéndose la propia Sala, luego ratificada por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, la competencia para ejercer la revisión constitucional de sentencias, de oficio.[40]

H. El conocimiento de acciones de amparo por la Salas del Tribunal Supremo

La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías de 1988 estableció esta acción de protección, en forma difusa, correspondiendo a todos los tribunales del país según su competencia.[41] Por tanto, también, las Salas del Tribunal Supremo, incluyendo la Sala Constitucional, conforme a la Ley Orgánica de Amparo de 1988, tienen competencia para conocer en ciertos supuestos de las acciones de amparo para la protección de derechos y garantías constitucionales, lo cual no fue cambiado por la Constitución.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, sin embargo, en sentencia del 20-01-2000 dictada con motivo de decidir la admisibilidad de una acción de amparo (Caso: *Emery Mata Millán vs. Ministro del Interior y Justicia y otros*), interpretó las normas constitucionales con carácter vinculante, y resolvió *concentrar* en la propia Sala Constitucional, las competencias para conocer de las acciones de amparo que venían conociendo las otras Salas, en única instancia (art. 8 Ley Orgánica de Amparo); o contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal; o las apelaciones o consultas de las sentencias dictadas por esos mismos

40 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La metamorfosis jurisprudencial y legal del recurso extraordinario de revisión constitucional de sentencias en Venezuela" en Eduardo Andrés Velandia Canosa (Director Científico). *Derecho procesal constitucional*. Tomo III, volumen III. VC Editores Ltda. y Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Bogotá 2012, p. 269-304.

41 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Derecho de Amparo y Acción de Amparo Constitucional* (A manera de Prólogo, Héctor Fix Zamudio "La teoría de Allan R. Brewer Carías sobre el derecho de amparo Latino Americano y el juicio de amparo mexicano," Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 129, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Jurídica Venezolana, 2021 768 pp

Tribunales cuando conozcan de acciones de amparo en primera instancia. La Sala Constitucional, sin embargo, consideró que las otras Salas y los Tribunales Contencioso-Administrativos debían seguir siendo competentes para conocer de las acciones de amparo ejercidas conjuntamente con recursos contencioso-administrativos de anulación.

3.4. El Tribunal Supremo como supremo intérprete de la Constitución y las interpretaciones vinculantes emitidas por la Sala Constitucional

De acuerdo con la primera parte del artículo 335 de la Constitución el Tribunal Supremo de Justicia (y no solo la Sala Constitucional) debe garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; y es el máximo y último intérprete de la Constitución, por lo que debe velar por su uniforme interpretación y aplicación.

Ello implica que, por supuesto todas las Salas del Tribunal Supremo, como tales máximos y últimos intérpretes de la Constitución en sus competencias específicas pueden tomar decisiones en materia constitucional e interpretar la Constitución, al aplicarla en los casos concretos que conozcan. Y ello, porque todas las Salas deben considerarse que son, en sí mismas, el Tribunal Supremo.

Aparte de ello, conforme a la segunda parte del artículo 335 de la Constitución, es específico, se atribuye a la Sala Constitucional la competencia de emitir interpretaciones sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales con carácter "vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República," lo que ha llevado a la Sala Constitucional misma a establecer su doctrina jurisprudencial indicando que dichas "interpretaciones vinculantes" específicas, debe *siempre identificarse en forma expresa*, indicándose tal circunstancia (de que está estableciendo una interpretación vinculante en concreto conforme a la segunda parte del artículo 335 sobre el alcance y sentido de un norma o principio constitucional), para que así pueda tener el valor de precedente, claramente identificable, de manera que sea de obligatoria aplicación por los demás tribunales y, además, por las otras Salas del Tribunal Supremo. [42] Lo que en definitiva es lo

42 Véase Allan R. Brewer-Carías, **"**La potestad la jurisdicción constitucional de interpretar la Constitución con efectos vinculantes," en el Jhonny Tupayachi Sotomayor (Coordinador), *El*

que le permite a la Sala Constitucional poder ejercer la antes indicada competencia de revisión constitucional de sentencias cuando las mismas se aparten de la establecida con carácter vinculante por la misma Sala.

Debe indicarse, además, que respecto del ejercicio de esta competencia, la Sala Constitucional interpretó la norma del artículo 335 de la Constitución creando un recuro autónomo de interpretación abstracta de la Constitución, que luego se incorporó en la reforma de la ley Orgánica del Tribunal Supremo, mediante el cual todo interesado puede requerir de la Sala la interpretación de una norma o principio constitucional.

4. EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA FALTA DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

Ahora bien, con una batería tan completa de instrumentos para garantizar la Constitución y los pilares del Estado de derecho, en el sistema constitucional venezolano, para lograr ese objetivo, ciertamente que no sería necesario agregar ningún otro, pues están todos los que ensena el derecho comparado. Sin embargo, lo único es que todos esos instrumentos solo pueden servir, cuando el órgano que los implementa, es decir el Juez o Tribunal Constitucional, tiene garantizada su independencia y autonomía para poder controlar el poder, la democracia incluso como derecho y los cimientos del Estado de derecho, pues de lo contrario, si está controlado por el poder, es un instrumento de este para demolerlos.[43]

Y es que, como los tribunales constitucionales ciertamente no tienen a nadie que los controla, y por tanto sus eventuales interpretaciones inconstitucionales pueden pasar ilegítimamente a formar parte de la propia Constitución, convirtiéndose en un "poder constituyente" derivado no regulado en el texto constitucional[44] y, por tanto, contario a la democracia; la preocupación en un

Precedente Constitucional Vinculante en el Perú (Análisis, Comentarios y Doctrina Comparada), Editorial ADRUS, Lima, setiembre del 2009, pp. 791-819.

43 Controlados por el poder.

44 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitucional Courts as Positive Legislators***,** Cambridge University Press, New York 2011.

sistema democrático siempre ha sido cómo asegurar que ello no pueda ocurrir; y así prevenir que los ciudadanos y los demás órganos del Estado se formulen la pregunta de siempre que suscita el poder controlador incontrolado: *¿Quis custodiet ipsos custodes?,* y que, en definitiva, en este campo no tiene respuesta.[45]

Por ello, para evitar las desviaciones antidemocráticas de un Juez Constitucional convertido por voluntad propia o porque está controlado políticamente por otros poderes del Estado, en legislador o poder constituyente, lo que pueden diseñar los sistemas constitucionales, son solo mecanismos para garantizar que los tribunales Constitucionales estén integrados por personas efectivamente dotadas de probidad y justicia, garantizándoles su autonomía e independencia. No hay otra forma.

Y ha sido en tal sentido, para garantizar esa autonomía e independencia de los Jueces Constitucionales, que en todas las Constituciones donde se han establecido sistemas de justicia constitucional, se han dispuesto, entre otros aspectos, condiciones precisas para ser magistrado de los Tribunales Constitucionales y, además, mecanismos tendientes a lograr una elección de los mismos, de manera de neutralizar las influencias políticas no deseadas en una democracia.[46] Con ello se ha buscado asegurar, por la forma de selección y de elección y designación de sus integrantes, que los poderes atribuidos a un órgano estatal de esta naturaleza, quien no tiene quien lo controle, no sean distorsionados y abusados.

45 *Véase* Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley Ed., Lima 2009, pp. 44, 47, 51; Allan R. Brewer-Carías, "*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación", en *Revista de Derecho Público*, Nº 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27; y en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional,* Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489.

46 Véase Allan R. Brewer-Carías, "The question of Legitimacy: How to choose the Supreme Court Judges", en Ingolf Pernice, Julianne Kokott, Cheryl Sanders (eds), *The Future of the European Judicial System in Comparative Perspective*. 6th International ECLN Colloquium / IACL Round Table, Berlin, 2-4 November 2005, European Constitutional Law Network Series, Vol. 6, Nomos, Berlín 2006, pp. 153-182; y Allan R. Brewer-Carías "La cuestión de legitimidad: cómo escoger los jueces de las Cortes Supremas. La doctrina europea y el contraste latinoamericano," en *Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*. Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer Carías de Derecho Público, Universidad Católica del Táchira, Nº 9, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 125-161

Fue en tal sentido que George Jellinek decía que la única garantía del guardián de la Constitución, al final de cuentas, radica en su "conciencia moral;"[47] sobre todo teniendo en cuenta, como lo observó Alexis de Tocqueville cuando analizó la Constitución Federal de los Estados Unidos en 1834, que:

> "La paz, la prosperidad, y la existencia misma de la Unión están depositados en manos de siete Jueces Federales. Sin ellos, la Constitución sería letra muerta…,
>
> No solo los Jueces federales deben ser buenos ciudadanos, y hombres con la información e integridad indispensables en todo magistrado, sino que deben ser hombres de Estado, suficientemente sabios para percibir los signos de su tiempo, sin miedo para afrontar obstáculos que puedan dominarse, no lentos en poder apartarse de la corriente cuando el oleaje amenaza con barrerlos junto con la supremacía de la Unión y la obediencia debida a sus leyes.
>
> El Presidente, quien ejerce poderes limitados, puede fallar sin causar gran daño en el Estado. El Congreso puede errar sin que la Unión se destruya, porque el cuerpo electoral en el cual se origina puede provocar que se retracte en las decisiones cambiando sus miembros. Pero si la Corte Suprema alguna vez está integrada por hombres imprudentes y malos, la Unión caería en la anarquía y la guerra civil"[48].

Esto es particularmente lo importante a tener en cuenta en los regímenes democráticos, donde la tentación de los tribunales constitucionales si llegan a estar controlados por otros poderes, es que se conviertan, como antes se dijo,

47 *V.,* George Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof fur Österreich*, Alfred Holder, Wien 1885, citado por Francisco Fernández Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas esterotipadas vinculadas a ellas," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 196.

48 Véase Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Chapter VIII "The Federal Constitution," de la traducción de Henry Reeve, revisada y corregida en 1899, en http://xroads.virginia.edu /~HYPER/ DETOC/1_ch08.htm Véase igualmente la referencia en Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley Ed., Lima 2009, pp. 46-48.

en legisladores e incluso en constituyentes, resquebrajando el principio de la separación de poderes, pues cumplirían funciones estatales sin estar sometidos a control alguno, ni del pueblo ni de otros órganos estatales. En otras palabras, la usurpación incontrolada por el juez constitucional de poderes normativos, "podría transformar al guardián de la Constitución en soberano."[49]

Y la verdad es que lamentablemente, en muchos países, por el régimen político desarrollado o por la condición de los integrantes de los tribunales constitucionales, estos importantes instrumentos diseñados para garantizar la supremacía de la Constitución, para asegurar la protección y el respeto de los derechos fundamentales y asegurar el funcionamiento del sistema democrático, algunas veces se han convertido en uno de los más letales instrumentos del autoritarismo, legitimando las acciones contrarias a la Constitución adoptadas por las otras ramas del poder público[50], y, en algunos casos, por propia iniciativa, configurándose en fieles servidores de quienes detenta el poder, en lo que sin duda, es una de las "patologías" de la justicia constitucional.[51]

Esta afección ocurre, precisamente, cuando los tribunales constitucionales asumen las funciones del legislador,[52] proceden a mutar la Constitución en forma ilegítima[53] y fraudulenta[54], se abstienen de controlar la constitucio-

49 Véase Francisco Fernández Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas esterotipadas vinculadas a ellas," en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nº 12, 2008, Madrid 2008, p. 161.

50 Véase Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, LexisNexis, Buenos Aires 2006, p. 31

51 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La patología de la justicia constitucional,* Tercera edición ampliada, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014

52 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitucional Courts As Positive Legislators,* Cambridge University Press, New York 2011, 932 pp.; *Los Tribunales Constitucionales como Legisladores Positivos,* Ediciones Olejnik, Editorial Jurídica Venezolana, Santiago, Buenos Aires, Madrid, 2025, pp. 218

53 Una mutación constitucional ocurre cuando se modifica el contenido de una norma constitucional de tal forma que aún cuando la misma conserva su contenido, recibe una significación diferente. *V.,* Salvador O. Nava Gomar, "Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos," en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), *Interpretación Constitucional*, T. II, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 804 ss. *V.,* en general sobre el tema, Konrad Hesse, "Límites a la mutación constitucional," en *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992. Véase por ejemplo sobre el caso de Venezuela, Allan

nalidad de actos estatales por razones políticas, o interpretan la constitución "a la carta" conforme a la comanda del Poder, configurando un completo cuadro de "in" justicia constitucional.[55]

En una situación como esa, sin duda, todas las ventajas de la justicia constitucional como garantía de la supremacía de la Constitución, se desvanecen, y la justicia constitucional pasa a convertirse en un instrumento político para la violación impune de la Constitución, la destrucción del Estado de derecho y el desmantelamiento de la propia democracia.[56]

Por ello, también, en el texto de la Constitución venezolana de 1999, teniendo en cuenta que más que las competencias que le son atribuidas al Juez Constitucional, quizás más importante es establecer todos los elementos necesarios para garantizar su autonomía e independencia de estos frente al Poder, en su propio texto previeron mecanismos para ello.

Así, por ejemplo, respecto de lo primero, que antes hemos mencionado, que es la designación de los magistrados del Tribunal Supremo y de su Sala Constitucional, en la Constitución se estableció conforme al principio democrático, un sistema de *elección popular indirecto* de los magistrados de los mismos, es decir, en segundo grado, por parte de la Asamblea Nacional compuesta por diputados electos por votación, directa y secreta. Dicha votación, además, se estableció con la peculiaridad primero, de que no es libre, sino que tiene que ser mediante una mayoría calificada de los diputados, y segundo, de

R. Brewer-Carías, "El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)", en *Revista de Administración Pública*, Nº 180, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, pp. 383-418.

54 Véase Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires 2006, pp. 56-59, 80-81, 165 y ss.

55 Véase por ejemplo el caso en Venezuela durante la primera década del siglo XXI, en Allan R. Brewer-Carías, *Crónica de la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

56 Véase, por ejemplo, también sobre el caso de Venezuela, Allan R. Brewer-Carías, "La demolición del Estado de derecho y la destrucción de la democracia en Venezuela (1999-2009)", en José Reynoso Núñez y Herminio Sánchez de la Barquera y Arroyo (Coordinadores), *La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 477-517.

que los candidatos propuestos para poder ser electos por la Asamblea, no solo deben cumplir unas condiciones de conocimientos y experiencia estrictas, sino que solo pueden ser postulados por un Comité de Postulaciones Judiciales que solo puede estar integrado por "*representantes de los diversos sectores de la sociedad*" (arts. 270). Se trata de uno de los pocos mecanismos de participación ciudadana *directamente establecidos* en la Constitución (aparte de la consulta popular de los proyectos de ley antes de su sanción, art. 211).

Sin embargo, este mecanismo de postulación de los magistrados fue distorsionado e inconstitucionalmente trastocado por el Legislador apenas se sancionó la Constitución de 1999, a partir de 2000, al haber establecido en la Ley especial para la designación de los altos funcionarios de los Poderes del Estado, y luego a partir de 2004, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en cuyos textos el Comité de Postulaciones se estableció como *integrado en su mayoría por diputado*s,[57] que por esencia no son parte de la sociedad civil, con lo cual la integración del mismo, y especialmente de su Sala Constitucional, quedó atrapada por el poder político. Ello ha conducido a que la integración del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela se haya hecho sucesivamente, desde 2000, con magistrados que han estado controlados, muchos provenientes del partido de gobierno o del ejercicio de funciones en los otros poderes del Estado, habiendo quedado como dependientes del poder político, dando origen a proceso de demolición progresiva y sistemática de la autonomía e independencia del Poder Judicial,[58] resquebrajándose el propio Estado de derecho desde la propia Sala Constitucional.

57 Véase Allan R. Brewer-carías, "La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas", en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, Nº 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95

58 Véase lo que escribí en 2004: Allan Brewer–Carías, "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999–2004", en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*. Barquisimeto. Venezuela. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 2005 pp.33–174; y lo que esccribí en 2021: Allan R. Brewer-Carías**:** *El Demolición de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021

En esta forma, desde 1999, por obra de la misma Asamblea Nacional Constituyente se comenzó a establecer una composición del Tribunal Supremo de Justicia para asegurar su control por parte del Ejecutivo; y como al mismo Tribunal se le atribuyó el gobierno y administración de la Justicia (que antes estaba en manos de un Consejo de la Judicatura que se eliminó), el resultado fue que a través del mismo se politizó toda la Judicatura, agravado con el hecho de que más de dos décadas después está íntegramente conformada por jueces temporales y provisionales.

Posteriormente con motivo de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de 2024, en la cual se integró el Comité de Postulaciones Judiciales con una mayoría de diputados, el proceso de designación de magistrados ya estaba enteramente controlado por el Presidente de la República, lo que incluso fue anunciado en 2004, públicamente, en víspera de los nombramientos, por el entonces Presidente de la Comisión parlamentaria encargada de escoger los candidatos a magistrado, quien llegó a indicar: "Si bien los diputados tenemos la potestad de esta escogencia, el Presidente de la República fue consultado y *su opinión fue tenida muy en cuenta,*" agregando:

> "Vamos a estar claros, nosotros no nos vamos a meter autogoles. En la lista había gente de la oposición que cumple con todos los requisitos. La oposición hubiera podido usarlos para llegar a un acuerdo en las últimas sesiones, pero no quisieron. Así que nosotros no lo vamos a hacer por ellos. En el grupo de los postulados no hay nadie que vaya a actuar contra nosotros y, así sea en una sesión de 10 horas, lo aprobaremos".[59]

Lo mismo ocurrió en diciembre de 2010, en diciembre de 2015 y en 2022, con el nombramiento de magistrados a mansalva sin respetarse los parámetros constitucionales.

En esta forma, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, y dentro del mismo, su Sala Constitucional, se configuró como un cuerpo altamente

59 Véase en El Nacional, Caracas, 13-12-2004. Con razón, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó en su Informe a la Asamblea General de la OEA correspondiente a 2004 que "estas normas de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia habrían facilitado que el Poder Ejecutivo manipulara el proceso de elección de magistrados llevado a cabo durante 2004. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Venezuela 2004, párrafo 180.

politizado como resultó de lo que expresó el magistrado Francisco Carrasqueño, en la apertura del año judicial en enero de 2008, al explicar que "no es cierto que el ejercicio del poder político se limite al Legislativo, sino que tiene su continuación en los tribunales, en la misma medida que el Ejecutivo", dejando claro que:

> "la aplicación del Derecho no es neutra y menos aun la actividad de los magistrados, porque según se dice en la doctrina, deben ser reflejo de la política…".[60]

Por ello, el propio Presidente de la República Hugo Chávez Frías incluso llegó a decir en 2007, que para poder dictar sentencias el Tribunal Supremo debía consultarlo previamente. Así lo afirmó Chávez cuando al referirse a una sentencia de la Sala Constitucional muy criticada, en la cual reformó de oficio una norma de la Ley del Impuesto sobre la renta, simplemente dijo:

> "Muchas veces llegan, viene el Gobierno Nacional Revolucionario y quiere tomar una decisión contra algo por ejemplo que tiene que ver o que tiene que pasar por decisiones judiciales y ellos empiezan a moverse en contrario a la sombra, y muchas veces logran neutralizar decisiones de la Revolución a través de un juez, o de un tribunal, o hasta en el mismísimo Tribunal Supremo de Justicia, a espaldas del líder de la Revolución, actuando por dentro contra la Revolución. Eso es, repito, traición al pueblo, traición a la Revolución".[61]

De todo ello resulta, por tanto, que el magnífico sistema de justicia constitucional que en Venezuela se construyó, pieza a pieza, durante décadas para afianzar el Estado de derecho en democracia hasta que se constitucionalizó completamente en el texto de 1999,[62] lamentablemente, dado el control al cual

60 Véase lo expresado por Véase en El Universal, Caracas, 29-01-2008.

61 Véase Discurso del Presidente de la República en el Primer Evento con propulsores del Partido Socialista Unido de Venezuela, Teatro Teresa Carreño, Caracas, 24 de marzo 2007.

62 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México 2007.

se ha sometido a la Sala Constitucional y al subsecuente resquebrajamiento de la democracia que se ha producido desde entonces, se ha convertido en un instrumento artero del autoritarismo para la demolición progresiva de las instituciones del Estado de derecho. [63]

Lo anterior pone en evidencia que por más completo que sea un sistema de justicia constitucional en una Constitución, si el sistema democrático no funciona y, por tanto, no hay separación efectiva entre poderes independientes y autónomos, no sólo la Constitución y su supremacía resultan ser una mentira, sino que todo el andamiaje de la justicia constitucional resulta una farsa.

5. EL FALSO DILEMA SOBRE LA "LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA" DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL BASADA EN LA AUSENCIA DE ELECCIÓN DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Planteado el tema de la relación entre la justicia constitucional y la democracia en el sentido de que la primera es una pieza esencial que en el andamiaje del Estado de derecho solo puede existir en democracia, es decir, donde la independencia de los poderes, y en especial, del guardián de la Constitución esté garantizada; el viejo debate sobre la "legitimidad democrática" del Juez constitucional para controlar la legislación, que tanto preocupó a los juristas durante el siglo pasado, puede decirse que está totalmente superado.

En efecto, cuando en el constitucionalismo moderno, el Poder Judicial o unos órganos jurisdiccionales especiales (Cortes constitucionales) recibieron la tarea de defender la Constitución y velar por la constitucionalidad de las leyes, en el pasado, particularmente en Europa, se desencadenó un debate interminable según la expresión utilizada por Mauro Cappelletti, referente al "gigantesco problema del control judicial," centrándose la discusión en torno al tema de la legitimidad o ilegitimidad del poder conferido a los jueces cons-

63 Véase Allan R. Brewer-Carías, *The Collapse of the Rule Of Law and the Struggle for Democracy in Venezuela. Lectures and Essays (2015-2020),* Foreword: Asdrúbal Aguiar, Colección Anales, Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Miami Dade College, 2020.; y *Authoritarian Government v. The Rule of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution***,** Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

titucionales, que no son órganos estatales responsables ante el pueblo ni sus miembros son electos por éste, de controlar los actos de otros órganos que, en cambio, sí son políticamente responsables y elegidos democráticamente, como es el caso del legislador.[64] Con ello se apuntaba al tema del carácter democrático o no democrático del control jurisdiccional.[65]

En este debate, en los regímenes en los que prevalecía la soberanía del Parlamento, las posiciones se alternaron, fuera para justificar la ausencia de control jurisdiccional o judicial de la constitucionalidad; o para criticar dicho control, porque en algunos casos los jueces habrían demostrado un activismo desmesurado en la adaptación de la Constitución, estableciendo normas constitucionales no escritas o atribuyendo a ciertas normas un carácter constitucional. En esas condiciones, se estimó que el control jurisdiccional podía ser ilegítimo, pues se pensaba que los órganos estatales no electos no debían controlar a los cuerpos elegidos del Estado, y porque los órganos públicos no electos no podían tener la facultad para determinar qué norma podía tener fuerza de ley, es decir, pronunciarse sobre su constitucionalidad o su inconstitucionalidad.

Lo cierto es que este debate no solo fue interminable y abstracto, sino bizantino, particularmente porque se basaba en un supuesto problema de legitimidad abstracta del control jurisdiccional, que sólo podría resolverse de forma abstracta.[66] El problema del control jurisdiccional de la constitucionalidad o de los poderes otorgados a los jueces o a órganos constitucionales de naturaleza jurisdiccional para velar por la constitucionalidad de las leyes, no puede ser tratado o discutido bajo el ángulo de la legitimidad o ilegitimidad

64 Véase M. Cappelletti, "El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado", *Revista de Estudios Políticos,* Nº 13, Madrid 1980, pp. 61–103 ("The mighty problem of Judicial Review and the contribution of comparative analysis", *Southern California Law Review,* 1980, p. 409). Véase también, J. Carpizo *y* H. Fix Zamudio, "La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente", *Boletín Mexicano de Derecho, Comparado,* 52, 1985, p. 33; también publicado en L. Favoreu y J.A. Jolowicz (ed.), *Le contróle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et developpements récents,* París, 1986, pp. 119–151.

65 Véase M. Cappelletti, "Rapport Général", en L. Favoreu y J. A. y J. A. Jolowicz. (ed) *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents,* París 1986, pp. 296 y sig.

66 Véase Allan R. Brewer-Carías**,** *Judicial Review in Comparative Law,* Cambridge University Press, Cambridge 1989, pp. 116 ss.

"democrática" basada en la sola elección o la representatividad. La democracia va más allá de ello, porque se trata más bien de un modo político de vida y de un sistema de separación de poderes y de control del poder, entre órganos autónomos e independientes que se controlan entre sí, en el que las libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos tienen primacía.

Por ello es que hemos dicho que un sistema de control jurisdiccional efectivo de la constitucionalidad de las leyes no es viable en regímenes no democráticos, sobre todo porque en esos sistemas no puede existir una verdadera independencia y autonomía de los jueces;[67] siendo absolutamente claro que no se puede ejercer un control judicial efectivo en sistemas en los que no se garantiza la autonomía e independencia del Poder Judicial[68]. En esos sistemas, por más elecciones que pueda haber, no hay efectiva democracia y en ellos, el juez constitucional sometido al poder, es más bien un instrumento de consolidación del autoritarismo.

Fue por esta razón por la cual muchos países europeos, superando la vieja polémica, instauraron un control jurisdiccional en materia de constitucionalidad luego de períodos de dictadura, como fue el caso en Alemania, Italia, España y Portugal.[69] De allí, por supuesto, no puede deducirse que la justicia constitucional sea un sistema propio de nuevas democracias, o de Estados cuya tradición democrática es más débil y quebradiza.[70]

En consecuencia, en todo régimen representativo y democrático porque está garantizada la separación de poderes y el control del poder, el poder otor-

67 Véase M. Cappelletti, Rapport Général, *loc. cit.,* p. 29.

68 Véase J. Carpizo y H. Fix–Zamudio, *The necessily for and the Legitimacy of the Judicial Review of the Constitutionality of the Laws in Latin America, Developments*. International Association of Legal Sciences. Uppsala Colloquium 1984 (mineo), p. 22. Publicado también en L. Favoreu y J. A. Jolowicz (ed). *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité effectivité et développements récents, cit.,* pp. 119–151.

69 Véase L. Favoreu, "L. Favoreu, "Europe occidentale" en L. Favoreu y J. A. Jolowicz. (ed) *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents,* París 1986., p. 44. *Cfr.* P. de Vega García, "Jurisdicción constitucional y Crisis de la Constitución", *Revista de Estudios políticos,* Nº 7, Madrid, 1979, p. 108.

70 Como lo afirmó Francisco Rubio Llorente, "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional,* Nº 35, Madrid 1992, p. 12.

gado a los jueces o a ciertos órganos constitucionales independientes y autónomos para vigilar las anomalías del Legislativo y las infracciones del órgano representativo contra los derechos fundamentales, debe considerarse como completamente democrático y legítimo.[71] Como lo puso de manifiesto Jean Rivero en 1981 cuando se refirió a la protección de derechos fundamentales por parte de los Tribunales constitucionales en Europa:

> "Creo, incluso, que el control marca un progreso en el sentido de la democracia, que no es solamente un modo de atribución del poder, sino también un modo de ejercicio del poder. Y pienso que todo lo que refuerce las libertades fundamentales del ciudadano va en el sentido de la democracia."[72]

En este orden de ideas, Eduardo García de Enterría, refiriéndose a las libertades constitucionales y a los derechos fundamentales como límites impuestos a los poderes de Estado, también observó que:

> "Si la Constitución los consagra, es obvio que una mayoría parlamentaria ocasional que los desconozca o los infrinja, lejos de estar legitimada para ello por el argumento mayoritario, estará revelando su abuso de podar, su posible intento de postración o de exclusión de la minoría. La función protectora del Tribunal Constitucional frente a este abuso, anulando los actos legislativos atentatorios de la libertad de todos o de algunos ciudadanos, es el único instrumento eficaz frente a ese atentado; no hay alternativa posible si se pretende una garantía efectiva de la libertad, que haga de ella algo más que simple retórica del documento constitucional."[73]

Este mismo argumento lo expuso Hans Kelsen en 1928, para refutar la tesis referente a la fuerza de la mayoría. A este respecto escribió:

71 Véase E. V. Rostow, "The Democratic Character of Judicial Review", *Harvard Law Review,* 193, 1952.

72 Véase J. Rivero, "Rapport de Synthèse", *loc. cit.,* pp. 525526. *Cfr.* M. Cappelletti "Rapport Général", *loc. cit,* p. 300.

73 Véase Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional,* Madrid, 1985, p. 190.

> "Si se ve la esencia de la democracia, no en el poder todo poderoso de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y luego en la paz social, la justicia constitucional surge como un medio particularmente adecuado para llevar a cabo esta idea. La simple amenaza de recurso a un tribunal constitucional puede ser, en manos de la minoría, un instrumento para impedir a la mayoría violar inconstitucionalmente intereses jurídicamente protegidos, y, para oponerse eventualmente a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social, que la de la minoría."[74]

Pero la legitimidad democrática del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no sólo proviene de la garantía de protección de los derechos fundamentales, sino también de los aspectos orgánicos de la Constitución, es decir, de los sistemas de distribución y separación de poderes adoptados por la Constitución, y de las garantías que en ella se establezcan para asegurar la autonomía e independencia de los mismos.

En este respecto cabe destacar que el problema o discusión sobre la legitimidad de dicho control nunca se ha planteó, por ejemplo, en el caso de la distribución vertical del poder del Estado, propio de los regímenes políticamente descentralizados o de tipo federal. Al contrario, puede afirmarse que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes siempre ha estado estrechamente ligado al federalismo,[75] lo que es aplicable al régimen de regiones políticas y autonomías.

En efecto, el federalismo exige la imposición de un cierto grado de supremacía de las leyes federales sobre la legislación local, regional o de los Estados miembros. Por ello, no es casualidad que los países dotados de una estructura federal y políticamente descentralizados hayan sido los primeros en instaurar un control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Ese fue el caso, durante el siglo XIX, de los Estados Unidos de América, y de todos los Estados federales de América Latina (Argentina, Brasil, México y Venezuela),

74 Véase H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)," en *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger,* París, 1928., p. 253.

75 Véase W. J. Wagner, *The Federal States and their Judiciary,* The Hague, 1959, p. 85.

los cuales instauraron un sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos del Estado. De igual modo, en Europa, al haber Alemania adoptado un modelo de Estado federal, Italia un sistema regional descentralizado y España el sistema de comunidades autónomas, estos tres países establecieron un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

En todos estos casos, la necesidad de instaurar un control judicial o jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes se justificaba, precisamente, con miras a resolver los conflictos de poder que pudieran surgir entre las diversas instancias políticas nacionales y regionales. Una de las tareas fundamentales de las Cortes y Tribunales Constitucionales en Austria, Alemania, Italia y España, y del control judicial de la constitucionalidad que ejercen las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en América Latina es, precisamente, la resolución de los conflictos y colisiones entre las instancias Político Administrativas nacionales y los Estados miembros de la federación, las regiones o entidades locales políticas o las comunidades autónomas, según los países.

Por ello, en el caso de los Estados Federales o regionalizados, la descentralización política contribuyó a la aparición y consolidación de Cortes o Tribunales Constitucionales encargados, precisamente, de velar por la constitucionalidad de las leyes, para garantizar el equilibrio constitucional entre el Estado y las otras entidades territoriales. En esos Estados federales o políticamente descentralizados, por tanto, nunca hubo dudas en cuanto a la legitimidad democrática del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, ni hubo debate al respecto, salvo para justificar su existencia y necesidad.

Por consiguiente, los problemas de legitimidad que plantea el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no pueden tener relación alguna ni con la garantía de la Constitución referente a la forma del Estado, al federalismo o la descentralización política, ni tampoco con la que se refiere a los derechos fundamentales del individuo. En estos casos, ello constituye un freno para el poder legislativo, por lo que dicho control jurisdiccional se ejerce legítimamente sin duda alguna.[76]

76 Véase B. O. Nwabueze, Judicial Control of Legislative action and its Legitimacy – Recent Developments. African Regional Report. International Association of Legal Sciences. Uppsala Collo-

Sin embargo, no podía decirse lo mismo respecto de la distribución horizontal o la separación de poderes. Aun cuando este principio también le impone límites al poder legislativo, en este caso, la aceptación del control judicial de la constitucionalidad de las leyes fue el que suscitó polémicas en cuanto a su "legitimidad democrática," en particular, debido a que ese control se enfrentaba al principio de la supremacía del Parlamento, cuyos miembros eran electos, sobre los demás poderes del Estado. Por otra parte, no debe descartarse que ello mismo proporcionó argumentos en favor del control jurisdiccional o judicial, como elemento de contrapeso esencial entre los diferentes poderes del Estado, para garantizar la Constitución.

En todo caso, los principios tradicionales de la supremacía del Parlamento, por un lado, y, por el otro, de la separación de poderes, fueron tan importantes en Europa todavía hasta mitades del siglo pasado, que tuvieron como consecuencia impedir a las autoridades judiciales toda posibilidad de ejercer su poder de control, no sólo sobre la legalidad de los actos administrativos, sino también sobre la constitucionalidad de las leyes. Esa fue la razón por la que en Francia se creó la Jurisdicción Contencioso Administrativa separada e independiente del Poder Judicial, y en general, en Europa se hubieran desarrollaron sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad, pero tomando la precaución de confiarlos a nuevos órganos constitucionales, distintos y separados del Poder Judicial. En esta forma, la necesidad ineludible de instaurar un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes como garantía de la Constitución, se adaptó a la interpretación extrema del principio de la separación de poderes conforme al cual, tradicionalmente se consideraba toda tentativa de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, como una injerencia inadmisible de las autoridades judiciales en el campo del Legislador.

Esta confrontación entre la necesidad de instaurar un control jurisdiccional de la Constitución y el principio de la separación de poderes fue, precisamente, lo que llevó a la creación de Tribunales constitucionales en Europa continental, con la atribución jurisdiccional particular y específica de velar por la constitucionalidad de las leyes, sin que ello se atribuyera, sin embargo, al

quium, 1984 (mimeo), p. 23. Publicado también en L. Favoreu y J. A. Jolowicz (ed), *Le contrôle juridictionnel des lois...*, *op. cit.,* pp. 193–222.

orden judicial tradicional. En esta forma, se puso fin a la antinomia, creándose nuevos Tribunales o Cortes constitucionales, ubicadas jerárquicamente por encima de los órganos que ejercen los poderes públicos horizontalmente; en consecuencia, ubicados por encima del Parlamento, del Ejecutivo y de las autoridades judiciales, con miras a velar por la supremacía de la Constitución sobre todos los órganos del Estado.

Ello por supuesto, no ocurrió en los países de América Latina donde el control de la constitucionalidad de las leyes, por influencia sin duda del constitucionalismo norteamericano, se atribuyó desde el inicio del constitucionalismo a las autoridades judiciales superiores.[77]

En ese contexto, que se trate de órganos de control cuyos miembros no son electos popularmente, y que pueden anular actos de órganos electos democráticamente, no es nada antidemocrático siempre que los dichos órganos de control de constitucionalidad gocen de autonomía e independencia. Por ello, en definitiva, la legitimidad del control de constitucionalidad con lo que se mide es con la vara del funcionamiento de sistema democrático, en el sentido de que es absolutamente legítimo si se ejerce en el marco de un sistema de separación de poderes con autonomía garantizada de los órganos del Estado; resultando absolutamente ilegítimo si se ejerce por unos jueces constitucionales sometidos al poder ejecutivo o al legislador, y que, por tanto, no gozan de autonomía alguna.

Ese es ahora el verdadero tema y problema de la legitimidad democrática de la justicia constitucional, que encuentra un aspecto esencial de su aplicación práctica, en el reconocimiento que los tribunales de otros países pueden o no dar a las decisiones de los tribunales constitucionales, cuando en aquellos se han fijado estándares vinculados a la democracia, como la independencia y autonomía de los jueces y al respeto de las reglas del debido proceso, para poder darle reconocimiento a sentencias dictadas por jueces extranjeros.

Pero por supuesto, incluso en el caso de Venezuela, toda la discusión sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad ejercido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es esencialmente im-

77 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La Justicia Constitucional en América Latina," en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Nº 309, Santa Fe de Bogotá, Colombia, julio 1997, pp. 81-133

procedente pues como se ha dicho, en la Constitución los Magistrados del Tribunal son electos democráticamente, en segundo grado, por los diputados de la Asamblea nacional (electos en primer grado), mediante voto de mayoría calificada y entre los postulados por un Coité de postulaciones alejado del poder político, únicamente integrado por representantes de los diversos sectores de la sociedad.

Nada de ello, sin embargo, como antes se dijo, se cumple, por lo que la discusión de la legitimidad democrática en materia de justicia constitucional en Venezuela, se plantea precisamente, en el hecho de que mediante la designación de sus magistrados bajo control de quienes controlan el poder, la Sala Constitucional lo que ha hecho, en lugar de garantizar el Estado de derecho, la separación de poderes y la democracia, lo que ha hecho es desmantelarlos progresivamente.

En particular, sobre la democracia, el desmantelamiento de la misma ha ocurrido en tres aspectos que estudiaremos a continuación: primero, en el desmantelamiento del principio democrático representativo en la elección de segundo grado de altos funcionarios del Estado, usurpada por la Sala Constitucional; el desmantelamiento del principio democrático con el secuestro y usurpación del Poder Legislativo por parte de la Sala Constitucional, en el desmantelamiento de la democracia representativa; y en el desmantelamiento de la democracia participativa.

6. LA ELIMINACIÓN DE LA ELECCIÓN POPULAR DE SEGUNDO GRADO DE ALTOS FUNCIONARIOS DEL DEL PODER ELECTORAL POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Como se dijo, en la Constitución se estableció el principio democrático, regulándose la elección mediante sufragio directo respecto del Poder Ejecutivo (Presidente de la República) y del Poder Legislativo (los diputados de la Asamblea Nacional), y una elección mediante sufragio indirecto por los diputados a la Asamblea Nacional, de los miembros del Poder Judicial (magistrados del Tribunal Supremo), del Electoral (miembros del Consejo Nacional Electoral), y del Poder Ciudadano (Fiscal general, Contralor general, Defensor del Pueblo).

Ya nos hemos referido a la distorsión del sistema en la elección indirecta de los magistrados del Tribunal Supremo, habiendo ocurrido lo mismo con los otros Poderes, en particular los miembros del Consejo Nacional Electoral, cuya elección como se dijo, se previó en la Constitución en segundo grado por la Asamblea Nacional, de acuerdo con un procedimiento en el cual debía garantizase la participación ciudadana en el Comité de Postulaciones Electorales a través de su integración con representantes de los diversos sectores de la sociedad, como lo exige la Constitución (art. 295, 296). [78].

Contrariando todas estas normas constitucionales, una vez que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia pasó a estar controlada por el Poder Ejecutivo, en virtud de que en 2003 el gobierno no controlaba aún toda la Asamblea, fue el Juez Constitucional el que asumió directa e inconstitucionalmente la designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral, ante la supuesto "omisión" por parte de la Asamblea Nacional, lo que siguió ocurriendo con posterioridad,[79] lo que hizo mediante sentencias N.º 2073 de 4 de agosto de 2003 (Caso: *Hermann Escarrá Malavé y otros*), y No. 2341 del 25 de agosto de 2003 (Caso: *Hermann Escarrá M. y otros*)[80], supliendo la omisión de la Asamblea (porque "los integrantes de la Asamblea no logran el acuerdo necesario para llegar a la mayoría requerida"), designando los miembros del Consejo Electoral sin sujetarse a las condiciones constitucionales[81].

78 Como se dijo, los mecanismos de participación ciudadana directamente previstos en la Constitución le fueron arrebatados al pueblo, al distorsionarse en la legislación la integración de los Comités de Postulaciones Judiciales, Electorales y del Poder Ciudadano, que quedaron bajo el control político de la mayoría oficialista de la Asamblea Nacional sin que el ciudadano y sus organizaciones pueda participar. Véase Allan R. Brewer-Carías, "La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas", en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, N.º 5-2005, San José, Costa Rica, 2005, pp. 76-95.

79 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El control de la constitucionalidad de la omisión legislativa y la sustitución del Legislador por el Juez Constitucional: el caso del nombramiento de los titulares del poder electoral en Venezuela", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº 10 Julio-Diciembre 2008, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, pp. 271-286.

80 Véase caso: Hermann E. Escarrá Malavé; acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional), en
http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto /PODER%20ELECTORAL.HTM. Véanse igualmente en *Revista de Derecho Público*, N.º 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 525 y ss.

La historia de 2003, en todo caso, con la usurpación por parte del Juez Constitucional de la potestad de la Asamblea Nacional de elegir en segundo grado a los titulares del Poder Electoral, se repitió luego descaradamente en diciembre de 2014, cuando la fracción parlamentaria del partido de Gobierno no pudo reunir la mayoría calificada para designar a su antojo a los miembros del Consejo Nacional Electoral, ni logró acuerdo alguno con los otros grupos parlamentarios, lo que motivó al propio Presidente de la Asamblea Nacional anunciar públicamente –como quien da una orden– "que el Tribunal Supremo de Justicia *se encargará de designar a los rectores y suplentes del Consejo Nacional Electoral (CNE),* pues no se lograron las dos terceras partes necesarias en el Parlamento para la designación"[82].

La Sala Constitucional, por supuesto, en ningún caso puede suplir a la Asamblea Nacional, como cuerpo elector en segundo grado, y al hacer la elección de dichos funcionarios, como en efecto lo hizo, incurrió en usurpación de autoridad "extralimitándose en sus funciones y limitando injustificada e ilegítimamente la propia autonomía del Consejo Nacional Electoral como órgano rector de dicho Poder Público"[83].

81 Caso: Hermann E. Escarrá Malavé; acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional, en *Revista de Derecho Público*, Nº 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003. pp. 525 y ss. Véase igualmente en
http:// historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/2073-040803-03-1254%20Y%201308. HTM. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, La Sala Constitucional Versus El Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política, Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004, 172 pp.; y además, en los siguientes estudios "El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004", en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV N.º 55, Lima, marzo-abril 2004, pp. 353-396; en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N.º 112. México, enero-abril 2005 pp. 11-73; y en *Stvdi Vrbinati, Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, Año LXXI – 2003/04 Nuova Serie A – N. 55,3, Università degli studi di Urbino, Urbino, Italia 2004, pp. 379-436.

82 Véase "TSJ decidirá cargos de rectores del CNE", Noticias Globovisión, Caracas, 22 diciembre de 2014, en http://globovision.com/tsj-decidira-cargos-de-rectores-del-cne/. Véase "Designación de rectores y suplentes del CNE pasa al TSJ", en Informe21.com, Caracas, 22 de diciembre de 2014, en http://informe21.com/cne/ designacion-de-rectores-y-suplentes-del-cne-pasa-al-tsj.

83 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional. Procesos y procedi-mientos constitucionales*, México, 2007, p. 392.

Se trató, en definitiva, de una decisión que legitimó el autoritarismo, considerándose en ella como "constitucional" que el partido de Gobierno adoptase decisiones sin oposición alguna, y al contrario, como "inconstitucional" que entrase en juego la democracia parlamentaria representativa, y que en alguna sesión de la Asamblea el partido de Gobierno al no lograr imponer su voluntad por no disponer de la mayoría calificada de las 2/3 partes de los diputados, debiese llegar a acuerdos o consensos con otros grupos.[84]

Y en medio de este absurdo, es todavía más absurdo que en forma muy antidemocrática la Sala Constitucional no solo hubiera usurpado el carácter de órgano elector que tiene la Asamblea Nacional, en estos casos para decidir con mayoría calificada de votos de las 2/3 partes de sus miembros, sino que considerase "constitucional" el hecho de que sus siete magistrados, que son personas no elegidas por voto directo, asumiendo dicha condición de órgano elector de la Asamblea, sustituyeran la voluntad de los 2/3 de sus diputados, y designasen, sin cumplir los requisitos constitucionales, a los miembros del Consejo Supremo Electoral[85].

84 Como lo destacó José Ignacio Hernández, "La existencia de mayorías calificadas para designar a ciertos funcionarios, como es el caso de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea necesarias para designar a los Rectores del CNE, tiene un claro propósito: forzar al acuerdo de voluntades entre los distintos partidos políticos, evitando que el partido de la mayoría simple (o absoluta) dicte todas las decisiones. Esto es así, pues si un solo partido político en la Asamblea puede dictar todas las decisiones, sin tener que pactar con otros partidos, estaríamos ante lo que Alexis de Tocqueville llamó la 'tiranía de la mayoría' […]. Por eso es que la Constitución de 1999 no permite a la Sala Constitucional asumir la designación de los rectores del CNE, pues esa designación solo podía ser efectuada por la voluntad de las dos terceras partes de los diputados de la Asamblea. Es decir, no basta –no debe bastar– la voluntad de uno solo para efectuar esa designación. La Sala Constitucional asumió, así, de manera unilateral, una designación que por Constitución debía ser plural. Lo hizo, además, ignorando a esas dos terceras partes de la Asamblea –que es una entidad distinta a quien preside la Asamblea– pues ni siquiera siguió previo juicio". Véase José Ignacio Hernández, "La inconstitucional designación de los rectores del CNE", en *Prodavinci*, Caracas 27 de diciembre de 2014, en http://prodavinci.com /blogs/la-inscostitucional-designacion-de-los-rectores-del-cne-por-jose-ignacio-her nandez/.

85 Como lo expresó Román José Duque Corredor: "En base, pues, a su torticera interpretación, la Sala Constitucional, de nuevo en su función de Sala Celestina del Gobierno y de ejecutora de ordenes cuartelarias, mediante un logaritmo inconstitucional sustituyó a las 2/3 partes de la representación popular de la Asamblea Nacional, es decir, a 110 de sus diputados, por sus 7 Magistrados, con lo que una vez más contribuye con la pérdida de vigencia y con la desinstitucionalización del Estado de Derecho democrático en Venezuela". Véase Román José Duque Corredor, "El logaritmo inconstitucional: 7 Magistrados de la Sala Constitucional son iguales a 2/3 partes de la representación

7. EL SECUESTRO Y USURPACIÓN DEL PODER LEGISLATIVO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Luego del triunfo abrumador de la oposición democrática en las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015, a raíz de la cual obtuvo la mayoría calificada de los votos en la Asamblea Nacional, con el objeto de evitar que pudiera tener efectividad dicha mayoría opositora, la Sala Electoral del Tribunal Supremo, al conocer de la impugnación de la elección de unos diputados en un Estado con población indígena (Amazonas), dictó una medida cautelar ordenando "de forma provisional e inmediata la suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación" respecto de cuatro diputados electos en dicho Estado. [86].

La medida cautelar, en todos los años posteriores, ha permanecido incólume en un juicio que nunca avanzó. Por lo demás, la Asamblea Nacional procedió a juramentar a los diputados suspendidos, y en respuesta el Juez Contencioso electoral consideró mediante sentencia N.º 1 de 11 de enero de 2016[87], que se había producido un desacato a la sentencia, declarando:

> "*nulos absolutamente* los actos de la Asamblea Nacional que se hayan *dictado o se dictaren*, mientras se mantenga la incorporación de los ciudadanos sujetos de la decisión No. 260 del 30 de diciembre de 2015 y del presente fallo".

popular de la Asamblea Nacional, Caracas 29 de diciembre de 2014, en http://www.frentepatriotico.com/inicio/2014/12/29/logarit mo-inconstitucional/.

86 Véase Laura Louza, La "justicia a la carta" de la Sala Electoral. Sobre la suspensión de los diputados del estado Amazonas, 5 de enero de 2016, en http://www.acceso alajusticia.org/noticias/detalle.php?notid=13501#.VowQnfnhBdg; por José Ignacio Hernández, "¿Qué dijo la Sala Electoral para 'suspender' a los diputados de Amazonas?", en Prodavinci, 4 de enero de 2016, en http://prodavinci.com/ blogs/que-dijo-la-sala-electoral-para-suspender-a-los-diputados-de-amazonas-por-jose-i-hernandez/.

87 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/enero/184253-1-11116-2016-X-2016-000001.HTML. Véase los comentarios en Carlos Ayala y Rafael J. Chavero Gazdik, *El libro negro del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional* (2015-2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 48 ss.

Con ello, ratificado luego múltiples veces por el Juez Constitucional, destacándose su sentencia Nº 808 de 2 de septiembre de 2016[88], se procedió materialmente a cercenarle a la Asamblea Nacional todas sus funciones, habiendo el Juez Constitucional anulando todas las leyes que sancionó con posterioridad,[89]

Llagando incluso a declarar la nulidad, por ejemplo de una reforma de La Ley del Banco Central de Venezuela, mediante sentencia N.º 259 de 31 de marzo de 2016, con base en la denuncia que el impugnante que había sido el Presidente de la República había hecho sobre que "el móvil político no puede ser *per se* un motivo para dictar una ley", y que "no cabe duda que la motivación de la reforma propuesta por la bancada opositora de la Asamblea Nacional es netamente política", motivada por "el cambio de orientación política de la Asamblea Nacional", [90] cuando un parlamento, como órgano político, por esencia toma decisiones motivados por razones políticas.

88 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190395-808-2916-2016-16-0831.HTMLVéaselos comentarios en María Alejandra Correa Martín, "De la inconstitucional evasión del control parlamentario decretada por el ejecutivo nacional y avalada por la Sala Constitucional", en *Revista de Derecho Público*, N.º 147-148, Editorial Jurídica Venezolana, 2016, pp. 326 y ss.; y Carlos Ayala y Rafael J. Chavero Gazdik, *El libro negro del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 175 y ss.

89 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial Iustel, Madrid 2017; Carlos Ayala y Rafael J. Chavero Gazdik, *El libro negro del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 105-218.

90 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186656-259-31316-2016 -2016-0279.HTML Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "La sentencia de muerte de la Asamblea Nacional. El caso de la nulidad de la Ley de reforma del BCV. Marzo, 2016", en http://www.allanbre-wercarias.com/Content/ 449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20La%20sentencia %20de%20 muerte%20AN.%20Sentencia%20SC%20Ley%20BCV.pdf;
y Allan R. Brewer-Carías, "La sentencia de muerte Poder Legislativo en Venezuela. El cinismo de la Sala Constitucional y la inconstitucional pretensión de controlar la actividad política de la Asamblea Nacional al reformar la Ley del Banco Central de Venezuela. 5 de abril 2016", en http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20La%20sentencia%20 de% 20muerte %20AN.%20 Sentencia%20SC%20Ley%20BCV.pdf.

La Sala Constitucional, además, eliminó los poderes de la propia Asamblea de autotutela sobre sus propios actos, al impedirle en particular mediante sentencia N.º 9 de la Sala Constitucional del 1.º de marzo de 2016, revocar la inconstitucional decisión de diciembre de 2015 de designación de magistrados del Tribunal Supremo[91;] y eliminó los poderes parlamentarios de control político sobre el Gobierno y la Administración.[92] Y llegó a sujetar el ejercicio de su función legislativa a la obtención del "visto bueno" de parte del Ejecutivo Nacional, usurpando las funciones de la Asamblea y "regulándole" a esta su propio funcionamiento[93].

Todo ello, por supuesto, afectó en su raíz el principio de la separación de poderes, y en general, el ejercicio de la función de control político que debe ejercer el órgano legislativo sobre el Gobierno, la Administración Pública y sus funcionarios (Art. 187, Constitución), propio de un régimen político democrático[94], entre la cual está la de discutir y aprobar el presupuesto nacional; autorizar los créditos adicionales al presupuesto (art. 314); autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional (art. 150); dar voto

91 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, en "El ataque de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional y su necesaria e ineludible reacción. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo pretendió privar a la Asamblea Nacional de sus poderes constitucionales para controlar sus propios actos, y reducir inconstitucionalmente sus potestades de control político sobre el gobierno y la administración pública; y la reacción de la Asamblea Nacional contra a la sentencia Nº 9, de 1-3-2016", en http://www.allanbrewercarias.com/Content/4497 25d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20El%20ataque%20Sala%20 Constitucional%20v.%20Asamblea%20Nacional.%20SentNo.%209%201-3-2016). pdf

92 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El desconocimiento de los poderes de control político del órgano legislativo sobre el gobierno y la administración pública por parte del Juez Constitucional en Venezuela", *Opus Magna Constitucional*, Tomo XII 2017 (Homenaje al profesor y exmagistrado de la Corte de Constitucionalidad Jorge Mario García Laguardia), Instituto de Justicia Constitucional, Adscrito a la Corte de Constitucionalidad, Guatemala. 2017, pp. 69-107

93 Como lo indicó el Grupo de Profesores de Derecho Público de Venezuela: "Las medidas dictadas tienen contenido normativo, de lo cual resulta que, en definitiva, ha sido la Sala Constitucional la que reguló el funcionamiento interno de la Asamblea, usurpando el ejercicio de la atribución privativa de esta de normar tal funcionamiento y regular el desarrollo del debate parlamentario". Véase Comunicado: Grupo de Profesores de Derecho Público: "La nulidad e ineficacia de la sentencia No. 269/2016 de la Sala Constitucional", mayo, 2016.

94 Véase sobre ello lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Constitución, Democracia y Control del Poder*, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL), Consejo de Publicaciones/Universidad de Los Andes/Editorial Jurídica Venezolana. Mérida, octubre 2004.

de censura al Vicepresidente Ejecutivo y a los ministros; autorizar el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país; autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación; autorizar a los funcionarios públicos para aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros; autorizar el nombramiento del Procurador General de la República y de los jefes de misiones diplomáticas permanentes; y autorizar la salida del Presidente de la República del territorio nacional cuando su ausencia se prolongue por un lapso superior a cinco días consecutivos" (art. 235). La Sala Constitucional adicionalmente, mediante sentencia N.º 184 de 17 de marzo de 2016[95], procedió, sin fundamentación constitucional alguna, a "legislar" en materia de control político parlamentario, supuestamente "para dar legitimidad y validez" a las actuaciones de la Asamblea Nacional, usurpando, por supuesto, la propia potestad normativa de la Asamblea, imponiéndole, como si fuera un "legislador" por encima de la Asamblea, diversas reglas de actuación. Además, entre otras, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo mediante sentencia No. 3 de 11 de enero de 2017[96,] declaró "la omisión inconstitucional del Poder Legislativo Nacional" en relación a múltiples sentencias estableciendo un supuesto desacato, disponiendo a solicitud del Presidente de la República que esa situación "incapacita al Poder Legislativo para ejercer sus atribuciones constitucionales de control político de gestión", debiendo el mismo presentar su mensaje Anual "ante el Tribunal Supremo de Justicia, en transmisión conjunta de radio y televisión, para llegar a la mayor cantidad de venezolanas", y no ante la Asamblea Nacional como corresponde.[97]

95 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186437-184-17316-2016 -16-0038.html.

96 Http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194892-03-11117-2017-17-0002. HTML. Véase los comentarios en Carlos Ayala y Rafael J. Chavero Gazdik, *El libro negro del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 330 ss.

97 Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional No. 3 de 11 de enero de 2017, declarando la omisión de la Asamblea Nacional, disponiendo que el mensaje anual de Presidente de la República no podía presentarse ante la Asamblea Nacional", en *Revista de Derecho Público*, Nº 149-150, (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 271-275.

Incluso la Sala Constitucional del Tribunal Supremo mediante No. 156 de 29 de marzo de 2017[98], resolvió, en un juicio que duró solo un día, que la aprobación parlamentaria de los contratos de interés público en materia de hidrocarburos, sería otorgada por la propia Sala Constitucional, resolviendo en definitiva en dicha sentencia, "*asumir de pleno derecho*", globalmente, *todas las atribuciones del Parlamento*, es decir, el "ejercicio de la atribución constitucional contenida en el artículo 187, numeral 24" de la Constitución", que establece que: "corresponde a la Asamblea Nacional: 24. *Todo lo demás* que le señalen esta Constitución y la ley"[99].; llegando incluso a auto atribuirse la potestad de "delegar" el ejercicio de las mismas en "el órgano que ella disponga," irónicamente "para velar por el Estado de Derecho" cuyos remanentes cimientos pulverizó con la decisión.

Es decir, de un plumazo, como de la nada, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como Jurisdicción Constitucional, decidió asumir, *in toto*, de pleno derecho, todas las competencias de la Asamblea Nacional, para lo cual no tiene competencia en forma alguna, configurándose ello como un golpe de Estado; todo lo cual fue ratificado por el mismo Juez Constitucional mediante sentencia No. 158 de 1 de abril de 2017[100].

98 Véase la sentencia Nº 156 de 29 de marzo de 2017 en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "El reparto de despojos: La usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado. (Sentencia No. 156 de la Sala Constitucional)", en *Revista de Derecho Público*, Nº 149-150, (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 292-300; y en Carlos Ayala y Rafael J. Chavero Gazdik, *El libro negro del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 211 y ss., y 349 y ss.

99 Véanse los comentarios a la sentencia en Allan R. Brewer-Carías en "El reparto de despojos: La usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado. (Sentencia No. 156 de la Sala Constitucional)", en *Revista de Derecho Público*, N.º 149-150, (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 292-300.

100 Véase sobre la sentencia los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "La nueva farsa del Juez Constitucional controlado: La inconstitucional y falsa "corrección" de la usurpación de funciones legislativas por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo. (Sentencias Nº 157 y 158 de 1° abril de 2017)", en *Revista de Derecho Público*, Nº 149-150, (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 313-325.

8. LA DEMOLICIÓN DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

En paralelo al proceso de demolición del principio de la separación de poderes, la Sala Constitucional en Venezuela también arremetió contra el principio democrático representativo, establecido para garantizar el funcionamiento de un gobierno basado en la elección de representantes, la alternabilidad republicana, la revocatoria de mandatos y la participación ciudadana en la conducción del Estado (art. 6).

El principio, sin embargo, fue sucesivamente demolido por el Juez Constitucional, a partir del secuestro que se efectuó desde el inicio respecto del Poder Electoral, el cual fue sometido a control, perdiendo su autonomía e independencia, y con ello, eliminándose la posibilidad real de que se hubieran podido celebrar elecciones libres y justas en el país,[101] lo que hizo mediante sentencias con las cuales se distorsionó el principio de la representación proporcional, se afectó el derecho constitucional de los ciudadanos a ser elegidos, al admitirse inhabilitaciones políticas administrativas, se les arrebató a una diputada y a unos alcaldes su derecho a ejercer los cargos para los cuales fueron elegidos, revocándoseles la propia Sala Constitucional, inconstitucionalmente sus mandatos; se aceptó un sistema electoral que no garantiza sufragio universal directo y secreto para órganos de un supuesto poder comunal; y finalmente avaló el secuestro de la elección presidencial de julio de 2024, al negarse a controlar la inconstitucional sentencia de un supuesto e inconstitucional "peritaje" de la Sala Electoral del Tribunal Supremo.

Entre estos atentados contra la democracia representativa se destaca primero, la imposición de la sanción de inhabilitación política para ser electos a cargos representativos a exfuncionarios, por vía administrativa, ignorando que conforme se establece en la Constitución, los derechos políticos como el derecho a ser electo, solo pueden ser restringidos "por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley" (art. 42)[102.]

101 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica Constitucional del Secuestro de la Participación Política y las Elecciones en Venezuela, que dejaron de ser Libres, Justas, Plurales y Transparentes 1999-2024,* Colección de Crónicas constitucionales para la Memoria Histórica, No 7, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2024, 2024, 800 pp

102 Véase en general, nuestra propuesta sobre el régimen de los derechos políticos en el proyecto

Por tanto solo pueden ser excluidos del ejercicio de los derechos políticos quienes hayan sido declarados entredichos, de acuerdo con la legislación civil, o quienes hayan sido declarados inhabilitados políticamente, lo que en Venezuela solo puede ocurrir conforme a las previsiones de la legislación penal, mediante condena judicial penal que la establezca como pena accesoria a una pena principal (art. 64), y, en general, a quienes hubiesen sido condenados "por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público" (art. 65).

Son incompatibles con una sociedad democrática, por tanto, las inhabilitaciones políticas impuestas a los ciudadanos por autoridades administrativas, es decir, por órganos del Estado que no sean tribunales judiciales y menos aún en procedimientos administrativos en los que no se respeten las debidas garantías del debido proceso. Lo contrario significaría que estaría en manos del gobierno de turno excluir a ciudadanos de su derecho a ser elegidos para cargos representativos, lesionándose así el desarrollo de una democracia pluralista, pues se podría excluir de su derecho a la participación política, al antojo gubernamental, a los miembros de la oposición democrática.

Y eso fue precisamente lo que ha ocurrido en Venezuela en los últimos lustros, donde una de las armas políticas más arteras utilizadas contra la oposición política democrática por el régimen autoritario instalado en el país en fraude a la Constitución y a la democracia, ha sido recurrir al expediente de la inhabilitación política impuesta mediante decisiones administrativas dictadas por el Contralor General de la República a líderes de la oposición para excluirlos del ejercicio democrático, [103] y por tanto, de la posibilidad de ser elegidos

de Constitución de 1999, "Principios generales sobre derechos políticos" y "Derecho a la participación política", en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II (9 septiembre-17 octubre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 119-142.

103 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La incompetencia de la Administración Contralora para dictar actos administrativos de inhabilitación política restrictiva del derecho a ser electo y ocupar cargos públicos (La protección del derecho a ser electo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012, y su violación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al declarar la sentencia de la Corte Interamericana como "inejecutable"), en Alejandro Canónico Sarabia (Coord.), *El Control y la responsabilidad en la Administración Pública*, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Margarita 2012, Centro de Adiestramiento Jurídico, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 293-371; "Sobre las inconstitucionales inhabilitaciones políticas impuestas

para cargos representativos, todo lo cual lamentablemente ha sido avalado por el Juez Constitucional en forma expresa.

Ello es completamente inconstitucional, y además, contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual así lo declaró la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sentencia de 1º de septiembre de 2011 (caso *Leopoldo López vs. Estado de Venezuela),* en la cual se condenó al Estado porque conforme a la Convención (art. 32.2), la restricción al derecho pasivo al sufragio (derecho a ser elegido) que se le había impuesto al Sr. Leopoldo López por la Contraloría General de la República de Venezuela mediante una decisión administrativa, no judicial, violaba la Convención. La respuesta del abogado del Estado fue ejercer un "recurso" de control de constitucionalidad ante su propia Sala Constitucional contra la sentencia internacional, procediendo dicha Sala, en definitiva, mediante sentencia Nº 1547 de fecha 17 de octubre de 2011 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*)[104], a declarar simplemente que la sentencia de la Corte Interamericana era "inejecutable" en Venezuela, ratificando así la violación del derecho constitucional a ser elegido del Sr. López.

La Sala Constitucional, posteriormente, siguió aceptando las inconstitucionales inhabilitaciones políticas impuestas por la Contraloría general de otros candidatos a cargos electivos, en elecciones sucesivas, en particular de Henrique Capriles Radonsku en 2017[105] y de María Corina Machado en 2024.[106]

mediante actos administrativos de la Contraloría General de la República, en violación al derecho político a ser electo," en Carlos Luis Carrillo Artiles (Editor), *Inhabilitación política de servidores públicos en cargos de elección popular,* Colección Publicaciones del Instituto de Derecho Público UCV, Editorial Jurídica Venezolana International, 2025 pp. 27-164..

104 Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-11 30.htmll. Véase sobre la sentencia, Allan R. Brewer-Carías, "El ilegítimo "control de constitucionalidad" de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: el caso de la sentencia Leopoldo López vs. Venezuela, 2011", en *Libro Homenaje Antonio Torres del Moral: Constitución y democracia: ayer y hoy*. Editorial Universitas, Vol. I, Madrid, 2013, pp. 1.095-1124; en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nº 16, Madrid (2012), pp. 355-387; y en la *Revista de Derecho Público*, Nº 128 (octubre-diciembre 2011), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 227-250

105 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La inconstitucional inhabilitación política y revocación de su mandato popular, impuestos al gobernador del Estado Miranda Henrique Capriles Radonski, por un funcionario incompetente e irresponsable, actuando además con toda arbitrariedad," en *Revista de*

Pero no solo la Sala Constitucional atentó contra el principio democrático representativo al cercenar el derecho de ciudadanos a ser electos mediante sufragio, sino que también procedió, en violación de la Constitución a revocar el mandato de funcionarios electos y en ejercicio de sus cargos, lo que ocurrió con una diputada a la Asamblea Nacional y varios Alcaldes.

En efecto, conforme a la Constitución los funcionarios electos no pudiendo ser removidos del mismo salvo por la propia voluntad popular mediante referendo de revocación de mandato, como se prevé en la Constitución (art. 72), o salvo mediante un juicio penal que se les siga cuya pena implique la inhabilitación política dictada con todas las garantías del debido proceso.

Estas disposiciones constitucionales, sin embargo, fueron desconocidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N.º 207 de 31 de marzo de 2014[107] mediante la cual declaró inadmisible una demanda intentada contra el entonces Presidente de la Asamblea Nacional, por

*Derecho Público***,** No. 149-150, (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 326-337

106 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Una nueva modalidad de impartir injusticia mediante "avisos" de sentencias que no se publican: el caso de la "suspensión" de efectos de las elecciones primarias de la oposición, y la inconstitucional "inhabilitación política" de María Corina Machado," en *Revista de Derecho Público,* Nº 175-176, julio-diciembre 2023, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2023, pp. 377-385; y "El intento de inhabilitación política contra María Corina Machado, mediante una "certificación de mera relación" prohibida por la Ley Orgánica de la Administración Pública," en *Revista de Derecho Público*, Nº 175-176, julio-diciembre 2023, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2023, pp. 297-304. Y en el libro: *Kakistocracia Depredadora eInhabilitaciones Políticas: El Falso Estado De Derecho En Venezuela***,** Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No 20, Editorial Jurídica Venezlana, Caracas 2023, 474 pp.

107 Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162546-207-31314-2014-14-0286.HTML Véase además en Gaceta Oficial Nº 40385 de 2 de abril de 2014. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "La revocación del mandato popular de una diputada a la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de oficio, sin juicio ni proceso alguno (El caso de la diputada María Corina Machado)", en *Revista de Derecho Público*, Nº 137 (Primer Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 165-189; y en el libro: *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional, (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución)*, Colección Estudios Políticos Nº 8, Editorial Jurídica Venezolana, segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), Caracas 2015, pp. 235-275.

la usurpación de funciones y vías de hecho en que había incurrido al eliminarle el día 24 de marzo de 2014, sin tener competencia para ello, el carácter de diputado a la diputada María Corina Machado, porque esta habría acudido en tal carácter de diputada a la reunión del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos del día 21 de marzo de 2014, a exponer sobre la situación política de Venezuela, como su conciencia le exigía en representación del pueblo que la eligió, siendo para ello acreditada por la representación de Panamá; para lo cual la Sala Constitucional procedió en un *obiter dictum*, sin garantía de debido proceso, a "interpretar" el artículo 191 de la Constitución –mal interpretado, por cierto–, y de paso, pronunciarse sobre la pérdida de la investidura de la diputada María Corina Machado, considerando que su mandato popular había quedado revocado "de pleno derecho"..[108]

Otro caso de usurpación de la soberanía popular ocurrió por parte de la sala Constitucional, igualmente revocándole el mandato a unos Alcaldes, sin competencia alguna para ello, utilizando en este caso el subterfugio de generar un incumplimiento de mandamientos genéricos de amparo en relación con el cumplimiento de sus funciones municipales, para proceder en consecuencia.

La Ley Orgánica de Amparo, en efecto, en materia de desacato a los mandamientos de amparo lo único que prevé es un tipo delictivo, disponiendo su artículo 31 que "quien incumpliere el mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juez será castigado con prisión de seis (6) a quince (15) meses," no teniendo el juez de amparo potestad sancionatoria directa alguna frente al desacato respecto de sus decisiones, teniendo el juez de amparo limitada su actuación en los casos de incumplimiento de las sentencias de amparo, a procurar el inicio de un proceso penal ante la jurisdicción penal ordinaria.

108 Editorial de Analítica.com, del 2 de abril de 2014, titulado "El tribunal Supremo del mal", indicó con razón que: "En la Venezuela actual una sala parecida es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, que se ha caracterizado por ser el instrumento más dócil y más veloz en cumplir los requerimientos del régimen. Una de esas sentencias sumarias fue precisamente la que el Juez Constitucional dictó, entre gallos y medianoche, el lunes 31 de marzo de 2014, mediante la cual, sin un debido proceso, le arrebató de un solo plumazo la inmunidad parlamentaria a la diputada María Corina Machado. Esta acción de la Sala Constitucional entrará en los libros de derecho constitucional como un ejemplo aberrante de extralimitación de atribuciones para cometer una violación contra la letra de la Constitución que prevé taxativamente las únicas causas mediante las cuales se le puede quitar la inmunidad y revocarle el mandato a un diputado que, no olvidemos, es el representante de la voluntad popular."
Véase en http://www.analitica.com/va/editorial/8282103.asp.

Este régimen, sin embargo, fue trastocado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N.º 138 de 17 de marzo de 2014[109], usurpando las competencias de la Jurisdicción Penal y arrogándose la potestad sancionatoria penal en materia de desacato a sus decisiones de amparo; violando todas las garantías más elementales del debido proceso, entre las cuales están, que nadie puede ser condenado penalmente sino mediante un proceso penal ("instrumento fundamental para la realización de la justicia" – art. 257 de la Constitución– en el cual deben respetarse el derecho a la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al juez natural (art. 49 de la Constitución), y la independencia e imparcialidad del juez (arts. 254 y 256 de la Constitución); juez que en ningún caso puede ser juez y parte, es decir, decidir en causa en la cual tiene interés.

Con esa decisión, además, se abrió la puerta a la criminalización del ejercicio de la función administrativa al permitirse que cualquiera podría acudir ante la Sala Constitucional y demandar a un funcionario administrativo basado en la protección de "derechos e intereses colectivos o difusos" para que ejerza sus funciones propias como lo pautan las leyes, provocándose con ello que el Juez Constitucional, inventando un desacato y mediante un procedimiento breve y sumario, invierta la carga de la prueba, para rápidamente sancionar por desacato y encarcelar a cualquier funcionario por el mal ejercicio de sus funciones. Y si se trata de un funcionario electo, como fue el caso de los alcaldes, la Sala, sin ser juez penal, llegó a declarar la inhabilitación política del funcionario, al encarcelarlo y separarlo de su cargo, es decir, revocarle en definitiva su mandato, violando el principio democrático representativo. [110]

109 Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162025-138-17314-2014-14-0205.HTML. Véanse los comentarios en: Allan R. Brewer-Carías, "La ilegítima e inconstitucional revocación del mandato popular de alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, usurpando competencias de la jurisdicción penal, mediante un procedimiento "sumario" de condena y encarcelamiento (el caso de los Alcaldes Vicencio Scarano Spisso y Daniel Ceballos)", en *Revista de Derecho Público* Nº 138, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 176 y ss.; .y en el libro: El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional, (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución), segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), Caracas 2015, 426-pp. Editorial Jurídica Venezolana, segunda edición, Caracas, 2015, pp. 175-234.

110 Véase, por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, "El fallido intento de la Sala Constitucional de justificar lo injustificable: la violación masiva de todos los principios del debido proceso en el caso

9. LA DEMOLICIÓN DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Pero no solo el principio democrático representativo fue demolido a su discreción por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, sino también el propio principio democrático participativo al cual tanta importancia se le dio en el texto de la Constitución de 1999, pero cuya aplicación fue neutralizada por el Juez Constitucional precisamente en los tres únicos supuestos en los cuales la Constitución de 1999 prescribió directamente mecanismos de participación ciudadana. Se trata de (i) la necesaria participación de los representantes de la sociedad civil en los comités de postulaciones de los altos funcionarios de los Poderes Públicos, ya antes comentada; (ii) la iniciativa popular para la revocación de mandatos; y (iii) la necesaria consulta popular a las organizaciones de la sociedad en el proceso de formación de leyes y normas de validez general.

En particular, en cuanto al segundo aspecto señalado, en contraste con el activismo judicial demostrado por el Juez Constitucional al revocarles directamente el mandato popular a quienes no se los podía revocar (a una diputado a la Asamblea Nacional, a unos alcaldes y a otros funcionarios), en violación del principio democrático que impone que solo el pueblo que los eligió puede revocárselos, ha sido precisamente el Juez Constitucional el que ha impedido al pueblo el ejercicio efectivo del derecho político constitucionalmente consagrado como un mecanismo para su participación directa para, por su propia iniciativa, promover la revocación del mandato de funcionarios electos y específicamente del Presidente de la República.

En efecto, el artículo 72 de la Constitución de 1999 estableció el derecho político de los ciudadanos a tomar la iniciativa (respaldada por no menos del 20% de los electores inscritos en el registro electoral de la correspondiente circunscripción) de solicitar la revocatoria de mandatos de los cargos de elección popular, transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funciona-

de las sentencias Nros. 245 y 263 de 9 y 11 de abril de 2014, de revocación del mandato popular de alcaldes", 11 de abril 2014, en http://allan brewercarias.com/wp-content/uploads/2014/04/100.-Brewer.-sobre-las-sentencias-del -caso-de-los-Alcaldes-de-San-Diego-y-San-Crist%C3%B3bal.-EL-FALLIDO-INTE NTO-DE-JUSTIFICAR-L.pdf

rio en cuestión, disponiendo que *"cuando igual o mayor número de electores o electoras* que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al 25 % de los electores o electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley"[111].

Conforme a esa norma, en 2003 y 2004 hubo intentos fallidos de realizar un referendo revocatorio del mandato del Presidente Chávez, que fueron coartados por sentencias de la Sala Electoral y de la Sala Constitucional, [112] hasta que al fin se logró que se organizara un referendo revocatorio del mandato del mismo que ocurrió el 15 de agosto de 2004, en el cual bastaba que votaran a favor de la revocación de su mandato un número de electores igual o mayor a 3.757.774, que había sido el número de votantes que lo habían elegido en agosto de 2000, para que se produjera su revocación. Ello, por supuesto independientemente de la votación que pudiera darse a favor de la "no revocación" que no está en las previsiones constitucionales. Sin embargo, la Sala puede decirse que trastocó la naturaleza "revocatoria" del referendo que regula el artículo 72 de la Constitución, y lo convirtió en un referendo "ratificatorio" de mandatos de elección popular, al avalar una normativa sublegal del Consejo Nacional Electoral, indicando en la sentencia N.º 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: *Carlos E. Herrera Mendoza, Interpretación del artículo 72 de la Constitución*), que:

> "Se trata de una especie de relegitimación del funcionario y en ese proceso democrático de mayorías, incluso, si en el referendo obtuviese más votos la opción de su permanencia, debería seguir en él,

111 Como incluso lo ratificó la Sala Constitucional en varias sentencias: Sentencia N.º 2750 de 21 de octubre de 2003, Caso: Carlos Enrique Herrera Mendoza, (Interpretación del artículo 72 de la Constitución (Exp. 03-1989). Sentencia Nº 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios). Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, p. 171. Criterio seguido en la sentencia Nº 137 de 13-02-2003 (Caso: Freddy Lepage Scribani y otros) (Exp. 03-0287).

112 Allan R. Brewer-Carías, "La Sala Constitucional vs. El derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares o de cómo un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un 'refrendo ratificatorio", en *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, N.º 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 350 y ss.

aunque voten en su contra el número suficiente de personas para revocarle el mandato"[113].

Con esa simple "apreciación" de la Sala Constitucional, la misma, cambió la naturaleza de la revocación del mandato establecida constitucionalmente, convirtiéndola en un mecanismo para "relegitimar" o para "ratificar" mandatos de elección popular, cuando ello no fue la intención del Constituyente. En un referendo revocatorio no puede haber votos "por la permanencia" del funcionario en el cargo; lo que hay son votos por la revocatoria o por la no revocatoria del mandato; es decir, hay votos Sí o votos No. Los votos por la "no revocatoria" del mandato son votos negativos (No); y un voto negativo "por la no revocatoria" del mandato no puede ser convertido en un voto positivo (Sí) "por la permanencia" del funcionario en su cargo o por la "ratificación del mandato". Ello es una mutación de la naturaleza del referendo revocatorio, lo que efectivamente ocurrió en Venezuela en agosto de 2004, oportunidad en la cual votaron por la revocatoria del mandato del Presidente Chávez 3.989.008, que constituían un número mayor que el de los electores que en su momento lo habían elegido, que fueron 3.757.774, lo que conforme al texto expreso del artículo 72 de la Constitución bastaba para que se considerara revocado el mandato, a pesar de que 5.800.629 hubieran votado a favor de la opción 'No'. Ese hecho, y de acuerdo con la "interpretación" de la Sala Constitucional hizo que un referendo revocatorio se mutara en un referendo "ratificatorio" totalmente inconstitucional.[114]

El otro atentado contra la participación ciudadana consagrada constitucionalmente ha ocurrido en materia de consulta popular de los proyectos de ley, los cuales, como dispone la Constitución de 1999, Asamblea Nacional está obligada a someterlos a consulta de los ciudadanos y de la sociedad organizada, *durante el procedimiento de discusión y aprobación de dichos proyectos"* en los términos que establezca el reglamento de la Asamblea Nacional (art. 211). Esta previsión, sin embargo, puede decirse que nunca se ha cumplido a caba-

113Véase en *Revista de Derecho Público*, N.º 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.

114 En Allan R. Brewer-Carías, "La Sala Constitucional vs. El derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares o de cómo un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un 'refrendo ratificatorio", en *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, N.º 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 350 y ss.

lidad por no haberse realizado en el país consulta popular efectiva alguna sobre los proyectos de ley sancionadas en los últimos lustros en la forma prescrita en la Constitución[115]. Además, la posibilidad de participación popular se disipó totalmente en virtud de que hasta 2016 la Asamblea Nacional simplemente dejó de legislar y delegó en el Poder Ejecutivo la legislación básica del país, al punto de que más del 90% de las leyes vigentes en Venezuela en un régimen que se había proclamado como democrático, fueron dictadas vía decretos leyes mediante legislación delegada por el Presidente de la República, los cuales, por supuesto, nunca fueron consultados al pueblo.

Tal ha sido el descaro en la violación de la Constitución en esta materia, que, por ejemplo, para solo indicar un caso, en diciembre de 2010, cuando la Asamblea Nacional, que entonces estaba terminando su período constitucional, a la carrera y durante sesiones extraordinarias, sancionó todas las leyes Orgánicas del Poder Popular, las cuales no fueron objeto de consulta popular en la forma prescrita en la Constitución, y solo fueron conocidas al aparecer publicadas en la *Gaceta Oficial*.[116]

Lo peor de ello es que de nuevo fue el Juez Constitucional, es decir, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, actuando completamente bajo control del Poder Ejecutivo, la que en 2014 cohonestó, en fraude a la Constitución, el incumplimiento de la exigencia constitucional de participación popular, estableciendo sin razón alguna que el principio participativo solo se aplicaba cuando la Asamblea Nacional era la que legislara, pero no cuando el Ejecutivo lo hiciera, como lo decidió mediante sentencia N.º 203 de 25 de marzo de 2014 (Caso *Síndica Procuradora Municipal del Municipio Chacao del Estado Miranda, impugnación del Decreto Ley de Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008*)[117]; y luego, en 2017, el mismo Juez Constitucional se encargó

115 Véase por ejemplo, "Apreciación general sobre los vicios de inconstitucionalidad que afectan los Decretos Leyes Habilitados" en *Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes, Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Serie Eventos N.º 17, Caracas, 2002, pp. 63-103; y "El derecho ciudadano a la participación popular y la inconstitucionalidad generalizada de los decretos leyes 2010-2012, por su carácter inconsulto", en *Revista de Derecho Público*, Nº 130, (abril-junio 2012), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 85-88.

116 Véase por ejemplo Gaceta Oficial Nº 6.011 Extra. de 21 de diciembre de 2010.

117 Véase sentencia Nº 203 de 25 de marzo de 2014. Caso Síndica Procuradora Municipal del Municipio Chacao del Estado Miranda, impugnación del Decreto Ley de Ley Orgánica de la

de interpretar que la "consulta popular" respecto de las leyes que regula expresamente la Constitución se podía realizar al margen de la misma, no por la Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes *durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos* como lo prevé el artículo 211, sino fuera del proceso legislativo sin control alguno, como lo decidió mediante sentencia No. 355 de 16 de mayo de 2017 (Caso: *impugnación de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*).[118].

Adicionalmente, otro atentado perpetrado por la Sala Constitucional contra el derecho ciudadano a la participación política ha ocurrido mediante sentencia N.º 1023 de 30 de julio de 2015[119,] al actuar la Sala contra la actuación libre de los partidos políticos como mecanismos institucionales de asociación política e instrumentos para la libre participación de los ciudadanos en la vida política del país; confiscando el derecho de estos a ser conducidos por sus autoridades electas.

Los partidos políticos, en efecto, son esencialmente organizaciones de creación libre en el marco del pluralismo político, destinadas a asegurar mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección, la

Administración Pública de 2008, en http://www.tsj.gov.ve/ decisiones/scon/marzo/162349-203-25314-2014-09-0456.HTML. La Ley impugna-da fue publicada en Gaceta Oficial No. 5.890 Extra., de 31 de julio de 2008. Véase Allan Brewer-Carías, "El fin de la llamada "democracia participativa y protagónica" dispuesto por la Sala Constitucional en fraude a la Constitución, al justificar la emisión de legislación inconsulta en violación al derecho a la participación política", en *Revista de Derecho Público*, Nº 137 (Primer Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 157-164.

118 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/199013-355-16517-2017-11-0120.HTML. Véase los comentarios a esta sentencia en Emilio J. Urbina Mendoza, "Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario", y José Ignacio Hernández G., "Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas sobre la sentencia No. 355/2017 de 16 de mayo", en *Revista de Derecho Público*, No. 150-151 (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 107-116 y 349-352.

119 Véase en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/180187-1023-30715-2015-15-0860.HTML. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "Un nuevo golpe a la democracia. La confiscación de la autonomía de los partidos políticos decretada por el Juez Constitucional", en *Revista de Derecho Público*, N.º 143-144 (julio- diciembre 2015), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 460-467.

participación política de los ciudadanos en el proceso político y, en particular, en los procesos electorales tendientes a conformar las instituciones representativas del Estado.[120] De acuerdo con la Constitución, la competencia en materia del régimen de los partidos políticos está atribuida al Consejo Nacional Electoral, como órgano del Poder Electoral, en particular por lo que se refiere a los conflictos que puedan surgir en cuanto a la "determinación de las autoridades legítimas" de los mismo. El Tribunal Supremo de Justicia también está sujeto a la Constitución, y no puede ejercer dicha competencia[121], y si acaso pudiera llegar a conocer de esa materia ello sería exclusivamente a través de la Sala Electoral, al ejercer su competencia contencioso electoral de control de constitucionalidad y legalidad de las decisiones que pudiera adoptar el Consejo Nacional Electoral. La Sala Constitucional, en ningún caso tiene competencia para decidir en esa materia.

Sin embargo, sin competencia alguna para ello, y además, violando el derecho a la defensa, que de acuerdo con la Constitución es "inviolable" en todo estado y grado de todas las actuaciones judiciales y administrativas (art. 49), en la sentencia mencionada, la Sala Constitucional, sin audiencia dada a la directiva de un partido político mediante la mencionada sentencia de 30 de julio de 2017 (partido Copei Partido Popular), la removió de sus cargos, y nombró unas nuevas autoridades del Partido, confiscando el derecho ciudadano a la participación política, y el derecho de los partidos a dirigirse por las autoridades electas en los procesos organizados por el Consejo Nacional Electoral. Con esta sentencia, en definitiva, la Sala Constitucional trastocó el régimen

120 Véase sobre el régimen de los partidos políticos en Venezuela, véase Allan R. Brewer-Carías, "Regulación jurídica de los partidos políticos en Venezuela", en Daniel Zovatto (Coordinador), *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, International IDEA, México 2006, pp. 893-937; "Algunas notas sobre el régimen jurídico-administrativo de los partidos políticos en el derecho venezolano" en *Revista de Derecho Español y Americano*, Instituto de Cultura Hispánica, N.º 8, Año X, Madrid, abril-junio 1965, pp. 27-46.

121 No era la primera vez que la Sala Constitucional interfería en el funcionamiento de los partidos políticos. Véase Allan R. Brewer-Carías, "El Juez Constitucional usurpando, de oficio, funciones del Poder Electoral en materia de control de partidos políticos y de respaldo de candidaturas presidenciales", en *Revista de Derecho Público*, Nº 132 (octubre- diciembre 2012), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, pp. 195-200; y "El Juez Constitucional como constituyente: el caso del financiamiento de las campañas electorales de los partidos políticos en Venezuela", en *Revista de Derecho Público*, Nº 117, (enero-marzo 2009), Caracas, 2009, pp. 195-203.

de los partidos políticos y, considerándolos –aun cuando sin decirlo– como simples apéndices del Estado, se arrogó el poder de juzgar sobre la forma de conducción de estos, sobre las políticas conducidas por la directiva de los partidos, de manera que sus militantes, antes que buscar las soluciones por las vías estatutarias, ahora pueden acudir ante la Sala Constitucional para que esta resuelva conforme le interese al Estado y no a la militancia misma del partido en cuestión.

10. LA ELIMINACIÓN DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO DE ALTERNABILIDAD REPUBLICANA POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

El desmantelamiento del régimen democrático por parte del Juez Constitucional en Venezuela también incidió en otro de sus pilares fundamentales, consagrado incluso con carácter pétreo en la Constitución, y de tradición más que bicentenaria, que es el de la alternabilidad republicana ("El gobierno es y será siempre… alternativo", dice el artículo 6 de la Constitución), establecido para impedir la reelección sucesiva e ilimitada de los gobernantes.

En efecto, la expresión de gobierno "alternativo" o de "alternabilidad republicana" apunta a la idea de que no puede haber cargos producto de la elección popular ocupados por una misma persona, que las personas deben turnarse sucesivamente en los cargos, o que los cargos deben desempeñarse por turnos (*Diccionario de la Real Academia Española)*[122]

Se trata de un principio que incluso, en nuestra historia, lo enunció Simón Bolívar Desde 1819, al expresar que:

> "las repetidas elecciones son esenciales en los sistemas populares, porque nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo… nuestros ciudadanos deben temer con

122 Véase el Voto Salvado a la sentencia Nº 53, de la Sala Constitucional de 2 de febrero de 2009 (Caso: Interpretación de los artículos 340,6 y 345 de la Constitución), en http:/www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html

sobrada justicia que el mismo Magistrado, que los ha mandado mucho tiempo, los mande perpetuamente"[123].

Pero incluso antes ya el principio se había sido incluido en el texto de la Constitución de 1811[124], concebido siempre como un principio pétreo para enfrentar las ansias de perpetuación en el poder, es decir, el continuismo, y evitar las ventajas que podrían tener en los procesos electorales quienes ocupan cargos y a la vez puedan ser candidatos para ocupar los mismos cargos.

El principio de "gobierno alternativo", por tanto, no es equivalente al de "gobierno electivo"; la elección es una cosa, y la necesidad de que las personas se turnen en los cargos es otra.

La consecuencia del principio de la "alternabilidad" republicana, por otra parte, ha sido que en todas las Constituciones venezolanas se hayan incluido limitaciones expresas a las posibilidades de reelección en cargos electivos[125]; lo que también se reguló en la Constitución de 1999 respecto del Presidente de la República, por ejemplo, en el artículo 230, al permitirse la posibilidad de reelección presidencial de inmediato, pero por una sola vez, para un nuevo período[126].

123 Véase en Simón Bolívar, "Discurso de Angostura" (1819), Escritos Fundamentales, Caracas, 1982.

124 En la historia constitucional del país, en realidad, la prohibición de la reelección presidencial inmediata solamente dejó de establecerse en las Constituciones de los gobiernos autoritarios: en la efímera Constitución de 1857; en las Constituciones de Juan Vicente Gómez de 1914, 1922, 1925, 1928, 1929 y 1931, y en la Constitución de Marcos Pérez Jiménez de 1953.

125 Las restricciones a la reelección presidencial son tradicionales en los sistemas presidenciales de gobierno, como son los de América Latina, y no en los sistemas parlamentarios como los que existen en Europa. Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo mod*erno, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, pp. 106 y ss.

126 Sobre esta previsión de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo expresó en la sentencia mencionada Nº 1488, de 28 de julio de 2006, que "la Constitución de 1999, retomando la idea de la Constitución de Angostura, y en plena armonía con los principios garantistas a favor del ciudadano y de su rol protagónico en la empresa de desarrollo del Estado, permitió la reelección presidencial, pero dentro de un marco de políticas públicas en el que ello no es una medida aislada de inspiración caudillista, sino que constituye un elemento más dentro de una visión progresista en el que la separación de poderes, los derechos de los ciudadanos y los mecanismos de

En efecto, el tema de la reelección en los cargos electivos –a pesar del principio de la alternabilidad y de las restricciones constitucionales existentes en la materia– comenzó a ser tratado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N.º 1.488 de 28 de julio de 2006[127], dictada con motivo de revisar una sentencia de la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo, al considerar el tema de la constitucionalidad del artículo 126 de la entonces vigente Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998, que imponía a los funcionarios susceptibles de ser reelegidos la obligación de separarse de sus cargos.

Para declarar que dicha norma era contraria a la Constitución, la Sala, sin embargo, entró a resolver de oficio y en forma general el tema de la reelección presidencial, sin que nadie se lo hubiese pedido y sin que ello hubiera sido necesario para la revisión judicial de una sentencia que estaba realizando, considerando en definitiva que cualquier reforma o cambio que se pudiese adoptar en la materia, permitiendo la reelección indefinida, no afectaba la estructura del Estado. De lo que resultó la negación del carácter pétreo de su fundamento, que es el principio de la alternabilidad republicana, y el allanamiento del camino para proceder a establecer la reelección indefinida mediante reforma o enmienda constitucional, y no mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente. Ello, sin duda, fue lo que motivó en definitiva el intento de reforma constitucional de 2007, rechazado por el pueblo, y la posterior propuesta de una enmienda constitucional en 2009, estableciendo la reelección indefinida como principio constitucional, que sí fue aprobada por el pueblo.

La Sala Constitucional, en la mencionada sentencia N.º 1488 de 28 de julio 2006, comenzó por vincular el pensamiento de Bolívar en 1819 con el de Hamilton; analizó la historia de las previsiones constitucionales limitativas sobre la reelección en Venezuela y en toda la América Latina; y analizó, para justificar su tesis, las reformas constitucionales en la materia que se habían efectuado en Colombia y Costa Rica. La Sala Constitucional argumentó así:

participación de los mismos, pueden generar los contrapesos y la colaboración necesarios para la satisfacción de los intereses del Estado que no son otros que los de los propios ciudadanos". Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 107, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 90 ss.

127 Véase Caso: Consejo Nacional Electoral vs. Revisión Decisión Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en *Revista de Derecho Público*, Nº 107, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 90 ss.

Primero, se refirió a la Constitución de 1819, que consideró "inspirada parcialmente en las ideas del Libertador Simón Bolívar", la cual, como se ha dicho, estableció la posibilidad de reelección inmediata del Presidente, pero por una sola vez "sin intermisión (artículo 3, sección primera del Título Séptimo)", de lo cual dedujo la Sala que planteaba:

> "la visión del Padre de la Patria a la par de las del gran pensador norteamericano Alexander Hamilton, quien en *El Federalista* expuso una defensa a la reelección como modelo de gobernabilidad legítimo dentro de un contexto democrático".

La Sala Constitucional olvidó, sin embargo, referirse a las ideas de Bolívar que en realidad fueron expresadas en su Discurso de presentación del proyecto de Constitución de 1819, en el cual, como se ha dicho, describió la continuación de la autoridad en un mismo individuo como la mayor amenaza a los gobiernos democráticos.

Segundo, pasó luego la Sala Constitucional a referirse a las ideas de Hamilton, considerando que "a pesar de haber transcurrido más doscientos años de haber sido emitidas, tienen una actualidad que llama a la reflexión y que todavía se invocan en las discusiones que se generan con este motivo". A tal efecto, la Sala destacó entre otras ideas que:

> "Hamilton señalaba que la reelección era necesaria para que el pueblo pudiera prolongar una administración positiva en su propio beneficio y aprovechando las virtudes del gobernante reelegido, pues la exclusión de este a pesar de su buen gobierno solo traería más males que beneficios a la sociedad y perjudicaría el conducir del gobierno. … (Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México 1994, artículo 72, pp. 308 y ss.)".

Tercero, la Sala pasó luego a buscar apoyo contemporáneo para justificar el tema de la reelección presidencial refiriéndose a Sartori, señalando que este: "luego de analizar varios escenarios a favor y en contra de la reelección, llega a la conclusión [de] que '(…) el argumento fundamental a favor de la reelección es que los presidentes que gobiernan bien deben ser recompensados, y que desperdiciar a un buen presidente es indudablemente un grave desperdicio. …." (Sartori, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, Fondo de Cultura Económica, 1994. pp. 191 y 192)".

Cuarto, de lo dicho por Sartori, la Sala Constitucional consideró que se trataba de un "refuerzo de las ideas de Hamilton y de Bolívar", lo cual, por supuesto no es cierto, pues Bolívar no argumentó a favor de la reelección presidencial, como lo hizo Hamilton, y, al contrario, si sobre algo argumentó –como no lo hizo Hamilton– fue contra el continuismo presidencial.

Sin embargo, la Sala Constitucional consideró que las reflexiones hechas por Sartori, como investigador contemporáneo, dan fe "de la vigencia de las mismas y de lo aplicables que son todavía a nuestra realidad", concluyendo que no se trataba "entonces, de una discusión interesada o circunscrita a las coyunturas del momento", sino al contrario, de:

Quinto, la Sala Constitucional, para reforzar su argumento a favor de "la figura de la reelección", recurrió al derecho comparado haciendo una síntesis de su implantación "en diferentes países de nuestro entorno latinoamericano", de la cual concluyó que había una "aplastante mayoría a favor de la reelección (…) pues de un total de diecinueve países, quince tienen como norma la reelección, es decir, más del 75% de Latinoamérica se encuentra a favor de dicha figura, mientras otros cuatro (Guatemala, Honduras, México y Paraguay) prohíben de forma absoluta la reelección". De ello, la Sala Constitucional derivó que había una "tendencia" en la "perspectiva de evolución del Derecho Constitucional comparado", que era la de "incorporar la figura de la reelección al sistema democrático", tal como en su criterio había ocurrido en "Colombia y en Costa Rica, países que por distintos medios y con circunstancias también diferentes establecieron la figura dentro de su sistema constitucional, armonizándose en ambos casos, dicha introducción, con el sistema democrático que en ellas se ha establecido, tomando en consideración sus propias realidades", de lo que la Sala concluyó que "la tendencia en nuestro ámbito continental es a favor de la figura de la reelección".

Sexto, con base en lo anterior, la Sala pasó a transcribir párrafos del fallo C-1040/05 del 19 de octubre de 2005 de la Corte Constitucional de Colombia, que estimó como una "valiosa contribución, aun considerando las diferencias con la Constitución venezolana", respecto del tema de la reelección, al referirse al alegato presentado a la consideración de dicha Corte "respecto a que la inclusión de la reelección en la Constitución constituía un cambio en la estructura del Estado," , donde señaló en definitiva que:

> "la reelección no constituiría un cambio en el sistema constitucional de su país, sino que por el contrario se convertiría en un medio de reafirmación democrática. ….

Séptimo, la Sala Constitucional pasó luego a analizar la sentencia N.º 02771 del 4 de abril de 2003 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en la cual se pronunció "respecto a la nulidad de la reforma constitucional de 1969 por la que se suprimió el artículo de la Constitución que permitía la reelección presidencial luego de dos períodos alternos", en la cual dicha Sala costarricense afirmó que "el derecho de elección, como derecho político, también constituye un derecho humano de primer orden, y por ende, es un derecho fundamental"….."

Octavo, a partir de estos razonamientos, la Sala Constitucional venezolana concluyó compartiendo los criterios expuestos, "despetrificando" el principio de la alternabilidad republicana, al afirmar que en nuestro ordenamiento, la reelección "no supone un cambio de régimen o forma del Estado, y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del Estado Democrático, Social de Justicia y Derecho que estableció el Constituyente en 1999". Afirmó luego la Sala que:

> "De igual manera, la reelección, amplía y da progresividad al derecho de elección que tienen los ciudadanos, y optimiza los mecanismos de control por parte de la sociedad respecto de sus gobernantes, haciéndolos examinadores y juzgadores directos de la administración que pretenda reelegirse, y por lo mismo, constituye un verdadero acto de soberanía y de ejercicio directo de la contraloría social. Negar lo anterior es tanto como negar la existencia de sociedades cambiantes y en constante dinámica e interacción. Es pretender concebir el Derecho Constitucional como un derecho pétreo e inconmovible, ajeno a las necesidades sociales. ….

Por tales razones, terminó concluyendo la Sala Constitucional que "no puede afirmarse que la reelección no sea un principio compatible con la democracia", y por el contrario, puede señalarse que el mismo,

> "puede ser una herramienta útil que garantice la continuidad en el desarrollo de las iniciativas que beneficien a la sociedad, o simplemente

> sirva para que dichos ciudadanos manifiesten directamente su censura por un gobierno que considere no ha realizado sus acciones en consonancia con las necesidades sociales"[128].

Fue luego de esta aproximación del Juez Constitucional al tema de la reelección presidencial, despetrificando indirectamente el principio de la alternabilidad Republicana, cuando el Presidente de la República, al año siguiente, en 2007, propuso a la Asamblea Nacional una "reforma constitucional" para consolidar el Estado centralizado, militarista, socialista y policial, uno de cuyos aspectos era precisamente eliminar todo vestigio del principio de la alternabilidad en la Jefatura del Estado, al proponer que se estableciera la posibilidad de reelección inmediata y sin límites del Presidente de la República.[129]

La reforma constitucional, sin embargo, fue rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007, lo que, de acuerdo con el espíritu de las previsiones constitucionales, implicaba que una nueva modificación de la Constitución en el mismo sentido no debía plantearse en el mismo período constitucional, no solo como "reforma" sino como "enmienda"[130], como resulta del artículo 345 de la Constitución. Sin embargo, en los meses siguientes a dicho rechazo popular, el Presidente insistió en la modificación de la Constitución, lo que acogió la Asamblea Nacional, reformulando la rechazada "reforma" constitucional convirtiéndola en una "Enmienda Constitucional" para burlar el sentido de la prohibición constitucional, la cual finalmente fue sometida a referendo aprobatorio que se realizó el 15 de febrero de 2009, en el cual se aprobó el proyecto reformatorio de los artículos 160, 162, 174, 192 y 230 de la Constitución.

128 *Idem*.

129 En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reforma Constitucional del Presidente de la República del Proyecto de Reforma Constitucional, agosto de 2007, se afirmó, pura y simplemente, sin fundamento, ni argumento, ni lógica alguna, que "la propuesta de la reelección presidencial profundiza el principio de alternabilidad republicana", basándose solo en el derecho del Presidente de la República a ser reelegido en el cargo, y en el derecho del pueblo de elegir su candidato, p. 7.

130 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

Así se estableció entonces en Venezuela, al contrario de la tradición constitucional precedente, el principio de la reelección continua e indefinida de cargos electivos, contrariando el principio constitucional de la alternabilidad republicana (art. 6), y violando la prohibición constitucional de realizar una consulta popular sobre modificaciones a la Constitución ya rechazadas por el pueblo en un mismo período constitucional (art. 345).

Antes, sin embargo, fue el Juez Constitucional al impartir su "justicia a la carta" para demoler los principios democráticos, el que mediante sentencia N.º 53 de 3 de febrero de 2009[131] allanó el camino constitucional para la realización de dicho referendo, "interpretando," y así, mutando ilegítimamente la Constitución, que los términos: gobierno "alternativo" y gobierno "electivo" eran supuestamente equivalentes, eliminando así la propia noción de "alternabilidad". Una cosa es poder elegir a los gobernantes, y otra cosa es el principio de alternabilidad que se construyó como opuesto al continuismo o a la permanencia en el poder por una misma persona y que impide poder reelegir al mismo gobernante ilimitadamente.

Fue contrario a la Constitución, por tanto, interpretar, como lo hizo la Sala Constitucional en su mencionada sentencia N.º 53 del 3 de febrero de 2009, que el principio de la alternabilidad "lo que exige es que el pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes", confundiendo "gobierno alternativo" con "gobierno electivo".

Por ello es falso lo que afirmó la Sala Constitucional en el sentido de que "solo se infringiría el mismo si se impide esta posibilidad al evitar o no realizar las elecciones". Con su sentencia, la Sala Constitucional, de nuevo, lo que hizo fue mutar ilegítimamente el texto de la Constitución sobre el sentido del principio del gobierno "alternativo" que los venezolanos dispusieron *que siempre* debía regir sus gobiernos, obviando además la prohibición constitucional de que se pudiera consultar en un mismo período constitucional

131 Véase la sentencia Nº 53, de la Sala Constitucional de 2 de febrero de 2009 (Caso: Interpretación de los artículos 340,6 y 345 de la Constitución), en http:/www. tsj.gov.ve/decisions/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html Véase sobre esta sentencia los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida), en *Revista de Derecho Público*, Nº 117, (enero-marzo 2009), Caracas 2009, pp. 205-211. Publicado también en http://www.analiti-ca.com/va/politica/opinion/6273405.asp.

la voluntad popular sobre modificaciones constitucionales que ya el pueblo ha rechazado.

Esta inconstitucional sentencia, en todo caso, lo que tuvo por objeto fue, como se dijo, despejar el camino para que el régimen autoritario pudiera someter a referendo una Enmienda Constitucional relativa a un principio fundamental, pétreo, de la Constitución, que solo podía modificarse mediante la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

Y así fue como entonces en Venezuela se aprobó la Enmienda Constitucional de 2009, para establecer el principio de la elección continua e ilimitada del Presidente de la República y de todos los cargos de elección popular.

11. LA ARBITRARIA IMPOSICIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE GOBIERNOS SIN LEGITIDAD DEMOCRÁTICA POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Pero la labor del Juez Constitucional controlado por el poder político en Venezuela, no solo condujo a la demolición de los principios de la democracia representativa y de la democracia participativa, y del gobierno alternativo, sino a la eliminación misma del principio esencial de la legitimidad democrática del gobierno, en el sentido de que este solo puede ser "electivo", es decir, integrados por representantes electos mediante sufragio universal directo y secreto en elecciones libres y plurales, al haber la Sala Constitucional del Tribunal Supremo impuesto e implementado e implementado en el país, desde 2013, la existencia de gobiernos sin legitimidad democrática.

Ello ocurrió, primero, a partir de los primeros meses de 2013, cuando luego de la reelección del Presidente de la República, Hugo Chávez, ocurrida en octubre de 2012, éste, desde principios de diciembre, luego de designar como su Vicepresidente Ejecutivo a quien era Ministro de Relaciones Exteriores, Nicolas Maduro, ingresó en un Hospital de la Habana, y nunca más fue visto con vida, razón por la cual por enfermedad y luego quizás por su fallecimiento[132], no pudo tomar posesión del cargo el 10 de enero de 2013, como

132 Debe precisarse que si bien el fallecimiento del Presidente Hugo Chávez fue "anunciado" oficialmente en Caracas el 5 de marzo de 2013, la fecha de su ocurrencia efectiva siempre estuvo

constitucionalmente correspondía, lo que llevó a la Sala Constitucional a imponerle a los venezolanos a partir de enero un falso gobierno[133] que además, no estuvo conducido por un funcionario electo por el pueblo.

Ello ocurrió con la emisión de dos sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N.º 2 de 9 de enero de 2013 y N. º 141 de 8 de marzo de 2013, dictadas al decidir sendos recursos de interpretación abstracta de la Constitución "oportunamente" e interesadamente interpuestos.

En efecto, luego de que el Vicepresidente Ejecutivo Nicolás Maduro informó a la Asamblea Nacional el 8 de enero de 2013 que el Presidente de la República, dado su estado de salud, no iba a poder comparecer ante la Asamblea el día 10 de enero de 2013 para juramentarse en su cargo, agregando que permanecía en La Habana; al día siguiente la Sala Constitucional dictó la primera de las sentencias mencionadas, N.º 2, dictada el 9 de enero de 2013[134], destinada a resolver la situación jurídica derivada de la anunciada falta de comparecencia del Presidente Hugo Chávez. Sin actividad probatoria alguna sobre la condición del Presidente hospitalizado en el exterior, y sin saber con certeza si el Presidente estaba o no vivo; la Sala procedió a declarar que había una supuesta "continuidad administrativa" entre la gestión de un Presidente

oculta, después de haber sido operado en La Habana, Cuba, el 10 de diciembre de 2012, a partir de lo cual nunca más se lo vio en público. En julio de 2018, sin embargo, quien para esos tiempos era la Fiscal General de la República (Luisa Ortega Díaz), confirmó lo que siempre se había sospechado, y era que el presidente Hugo Chávez habría fallecido efectivamente en La Habana, en diciembre de 2012, y no cuando se anunció tal hecho, en marzo de 2013. Véase Ludmila Vinogradoff, "La exfiscal Ortega confirma que Chávez murió dos meses antes de la fecha anunciada", en ABC International, 16 de julio de 2018, en https://www.abc.es/internacional/abci-confirman-chavez-murio-meses-antes-fecha-anunciada-201807132021_noticia.html

133 Véase sobre ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, *Crónica constitucional de un falso gobierno 2011-2013. supuestamente comandado desde una cama de hospital en La Habana***,** Colección de Crónicas constitucionales para la Memoria Histórica, No 5, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2024

134 Véase el texto de la sentencia en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/02-9113-2013-12-1358.html. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "El Juez Constitucional y la demolición del principio democrático de gobierno. O de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela impuso arbitrariamente a los ciudadanos, al inicio del período constitucional 2013-2019, un gobierno sin legitimidad democrática, sin siquiera ejercer actividad probatoria alguna, violentando abiertamente la Constitución", en *Revista de Derecho Público*, Nº 133 (enero-marzo 2013), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 179-212.

enfermo y ausente que terminaba su período el 10 de enero de 2013, y la que comenzaba el mismo día, con la ausencia del Presidente y sabiendo que obviamente no estaba en ejercicio de su cargo, extendiéndole la dicha "continuidad administrativa", al Vice Presidente Ejecutivo, Nicolás Maduro, instalándolo a la cabeza del Poder Ejecutivo, y a todo el Gabinete ejecutivo, afirmando, contra la realidad, que a pesar de que Chávez estaba ausente del país, sin embargo, supuestamente estaba "en ejercicio efectivo de su cargo", lo que obviamente era falso pues, si acaso estaba vivo, lo que se había informado era que estaba recluido en un Hospital en La Habana[135]. Así, un Vicepresidente no electo y que había sido designado como Vicepresidente por el Presidente Chávez, cuyo mandato terminaba, fue instalado en el Poder Ejecutivo sin legitimidad democrática alguna, pues no era un funcionario electo popularmente.

Luego vino la segunda sentencia, dictada dos meses después, luego de que ya no era posible seguir sosteniendo que Chávez seguía "gobernando" el país, la N.º 141, dictada el 8 de marzo de 2013,[136] y emitida tres días después de que el Vicepresidente Ejecutivo Nicolás Maduro "anunciara" el fallecimiento del Presidente Chávez, pero sin constatar tal circunstancia ni siquiera diciendo cuándo ese hecho habría ocurrido. Mediante esta decisión, la Sala Constitucional, pasó a asegurar que el Vicepresidente Ejecutivo que ya había sido impuesto como gobernante (sin haber sido electo) por la misma Sala, continuaría como Presidente Encargado y, además, habilitándolo, contra lo dispuesto en el propio *text* de la Constitución, para poder presentarse como candidato presidencial sin separarse de su cargo, para la elección que era necesaria luego del fallecimiento del Presidente reelecto que nunca tomó posesión de su nuevo mandato.

Ambas sentencias, hechas a la medida del régimen autoritario, fueron abierta y absolutamente inconstitucionales y dictadas, además, en ausencia de

135 Véase el texto de la sentencia en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/02-9113-2013-12-1358.html

136 Véase el texto de la sentencia en http://www.tsj.gov.ve.decisio-nes/scon/Marzo/141-9313-2013-13-0196.html. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "El Juez Constitucional y la ilegítima declaración, mediante una "nota de prensa", de la "legitimidad" de la elección presidencial del 14 de abril de 2013", en *Revista de Derecho Público*, Nº 135, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 207 y ss.

toda base probatoria: en enero, la Sala nunca tuvo a su vista informe médico alguno que indicara el estado de salud del Presidente Chávez, ni había fe de vida alguna del mismo; y en marzo nunca tuvo a su vista la partida de defunción del Presidente Chávez para determinar la fecha de su fallecimiento, basándose para resolver solamente en el hecho de que el Vicepresidente había "anunciado" su deceso.

Ambas sentencias violentaron el derecho ciudadano a la democracia y a ser gobernados por gobiernos de origen democrático; es decir, el derecho a la representación política, lo que implica que los gobernantes sean electos como resultado del ejercicio del derecho al sufragio, y el derecho a que el acceso al poder en cualquier caso se haga con arreglo a la Constitución y a las leyes, es decir, a los principios del Estado de derecho.

Esos derechos, en un Estado de derecho, deben ser garantizados por el Juez Constitucional, quien es el llamado a asegurar no solo que el ejercicio del poder por los gobernantes se realice de acuerdo con el texto de la Constitución y las leyes, sino que el acceso al poder se realice conforme a las previsiones establecidas en las mismas. Por tanto, resultaría totalmente inconcebible que, en un Estado democrático de derecho, sea el propio Juez Constitucional el que viole el principio democrático, y sea dicho Juez el que designe para ocupar un cargo de elección popular, a quien no ha sido electo por el pueblo. Ello sería un contrasentido y un atentado al Estado de derecho, particularmente porque el Juez Constitucional no es controlable por ningún otro órgano.

Ese absurdo constitucional fue precisamente el que se produjo en Venezuela, entre enero y marzo de 2013, tiempo durante el cual, contrariando el principio democrático, el Juez Constitucional en Venezuela, a cargo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, fue precisamente el que violó abiertamente el principio democrático, sin que nadie pudiera controlarlo, dictando las dos sentencias mencionadas.[137]

137 Véase en general sobre esta actuación del Juez Constitucional: Allan R. Brewer-Carías, "El Juez Constitucional y la demolición del principio democrático de gobierno. O de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela impuso arbitrariamente a los ciudadanos, al inicio del período constitucional 2013-2019, un gobierno sin legitimidad democrática, sin siquiera ejercer actividad probatoria alguna, violentando abiertamente la Constitución; y posteriormente se negó a juzgar sobre

La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N.º 2 del día 9 de enero de 2013, se dictó, con ocasión de resolver un recurso de interpretación abstracta de la Constitución, que había sido intentado por una abogado el 21 de diciembre de 2012 para determinar el contenido y alcance de su artículo 231, en particular, "en cuanto a si la formalidad de la Juramentación prevista para el 10 de enero de 2013 constituye o no una formalidad *sine qua non* para que un Presidente Reelecto continúe ejerciendo sus funciones y si tal formalidad puede ser suspendida y/o fijada para una fecha posterior."[138]

La solicitud de interpretación constitucional estaba sin duda motivada por una única razón, que era que, para esa fecha, si acaso Chávez seguía vivo, estaría postrado en una cama de hospital fuera del país, y por tanto no iba a poder acudir a dicho acto de toma de posesión de su cargo. En ese caso, la única posibilidad de que el juramento se tomase en otra fecha, independientemente del inicio del período constitucional, era cuando por cualquier motivo sobrevenido –que debía probarse– el Presidente electo (o reelecto) no pudiera tomar posesión ante la Asamblea Nacional, en cuyo caso lo debía hacer posteriormente ante el Tribunal Supremo de Justicia. Nada, por tanto, había que interpretar en la norma.

Sin embargo, la solicitud de interpretación constitucional evidente-mente no era una interpretación abstracta de la norma, sino que estaba motivada por una razón estrictamente de hecho: el Presidente de la República, H. Chávez Frías, que había sido elegido para el período constitucional 2007-2013, no iba a poder tomar el juramento previsto en la norma pues desde el 9 de diciembre de 2012 se encontraba en La Habana, Cuba, según se había informado oficial y públicamente, supuestamente postrado en una cama de hospital.

la legitimidad de la elección presidencial de abril de 2013" en *Estudios sobre el Estado de derecho*, Colección Louza, 2013; y en el libro de Asdrúbal Aguiar (Compilador), *El Golpe de Enero en Venezuela (Documentos y testimonios para la historia)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 85-90, 97-106, 133-148 y 297-314. Igualmente, ese trabajo se recogió en mi libro El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional, Editorial Jurídica Venezolana, segunda edición, Caracas, 2015, pp. 55-132.

138 Véase el texto de la sentencia en http://www.tsj.gov.ve/decisio-nes/scon/Enero/02-9113-2013-12-1358.html

La Sala Constitucional, ignorando el derecho de todos los ciudadanos a estar gobernados por un gobernante elegido popularmente, solo pasó a considerar en su sentencia "el derecho humano a la salud" del Presidente enfermo, mezclándolo con la necesidad de la "preservación de la voluntad popular –representada en el proceso comicial del 7 de octubre de 2012– y de continuidad de los Poderes Públicos," y sin verificar cuál era el real estado de la salud del Presidente, ni determinar si estaba o no en condiciones de gobernar, pasó al referirse al "Principio de Continuidad Administrativa, propio del derecho administrativo, como técnica que impide la paralización en la prestación del servicio público", pero que no se puede aplicar a la terminación de un período constitucional de gobierno de un Estado y al inicio del otro respecto de funcionarios electos.[139]

Y menos aún afirmando, como lo hizo la Sala Constitucional, en la situación que estaba Chávez supuestamente recluido en una cama de hospital en la Habana, si estaba con vida, era "un Jefe de Estado y de Gobierno que no ha dejado de desempeñar sus funciones", y que así debía "seguir "en el ejercicio de las mismas hasta tanto proceda a juramentarse ante el Máximo Tribunal, en el supuesto de que no pudiese acudir al acto pautado para el 10 de enero de 2013 en la sede del Poder Legislativo.".

La Sala Constitucional consideró adicionalmente que, en todo caso, a pesar de que en esa fecha se iniciaba un nuevo período constitucional de gobierno, "no es necesaria una nueva toma de posesión en relación al Presidente Hugo Rafael Chávez Frías, en su condición de Presidente reelecto, en virtud de no existir interrupción en el ejercicio del cargo;" y que, en todo caso, si no podía tomar posesión del cargo con su juramentación ante la Asamblea Nacional el día fijado constitucionalmente:

139 Como lo expresó el profesor Ricardo Combellas en declaraciones a BBC Mundo: "Ese es un principio muy sano del derecho administrativo: que independientemente de los cambios en la dirección administrativa de los asuntos del Estado, las funciones del Gobierno continúan. Lo que está planteado es que ha terminado un período constitucional y que eso no es un supuesto de continuidad administrativa sino es un supuesto de renovación de los poderes públicos que tienen un plazo limitado en la Constitución". En Carlos Chirinos, "El limbo de consecuencias impredecibles", *BBC Mundo,* 11 de enero de 2013. En: http://www.bbc.co.uk/mundo/movil/noticias/ 2013/01/130110 venezuela_constityente_combellas_opi-nion_cch.shtml.

> "(vi) En atención al principio de continuidad de los Poderes Públicos y al de preservación de la voluntad popular, no es admisible que ante la existencia de un desfase cronológico entre el inicio del período constitucional y la juramentación de un Presidente reelecto, se considere (sin que el texto fundamental así lo paute) que el gobierno queda *ipso facto* inexistente. En consecuencia, el Poder Ejecutivo (constituido por el Presidente, el Vicepresidente, los Ministros y demás órganos y funcionarios de la Administración) seguirá ejerciendo cabalmente sus funciones con fundamento en el principio de la continuidad administrativa".

Esto fue, en definitiva, la parte resolutiva de la sentencia mediante la cual la Sala pretendió legitimar una usurpación de autoridad, pues al estar el "Presidente" de hecho impedido de ejercer cabalmente sus funciones, lo que en realidad significó la decisión del Juez Constitucional fue poner el Gobierno de Venezuela en el inicio del período constitucional 2013-2019, en manos de funcionarios que no habían sido elegidos popularmente ("el Vicepresidente, los Ministros y demás órganos y funcionarios de la Administración"), contrariando el principio democrático, indicando que seguirían "ejerciendo cabalmente sus funciones con fundamento en el principio de la continuidad administrativa", a pesar de que habían sido nombrados en el período constitucional anterior, y sin término alguno, es decir, *sine die*, y hasta cuando el propio Tribunal Supremo fijase la oportunidad de que el Presidente electo enfermo, si aparecía, se juramentase ante el mismo.

Lo que dio la Sala Constitucional con esta decisión no fue sino un golpe contra la Constitución[140], vulnerando el derecho de los ciudadanos a ser gobernados por funcionarios electos, con el resultado de que a partir del 10 de enero de 2013, por voluntad la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Venezuela comenzó a gobernar un funcionario que según la propia sentencia no estaba supliendo la ausencia del Presidente de la República electo y enfermo; funcionario que entonces solo podía ejercer sus atribuciones

140 También puede calificarse la situación como golpe de Estado, pues, en definitiva, todo golpe contra la Constitución es un golpe de Estado. Véase Claudio J. Sandoval, ¿Golpe de Estado en Venezuela?, en *El Universal*, Caracas 10 de enero de 2013, en http://www.eluniversal.com/opinion/130110/oea-golpe-de-estado-en-venezuela.

establecidas en la Constitución (art. 239) y las enumeradas en el decreto de delegación de diciembre de 2013[141], y quien no podía ejercer las atribuciones que solo un Presidente en ejercicio podría ejercer.

La secuela posterior, en todo caso, fue que el Presidente Chávez, como era de preverse o se sospechaba, efectivamente no compareció ante la Asamblea Nacional a tomar posesión del cargo para el período constitucional 2013-2019, anunciándose un mes después, e18 de febrero de 2013,[142] que había sido trasladado de una cama de hospital en La Habana a una cama de hospital en Caracas, informándose de la gravedad de su salud, al punto de que estaba impedido de poder hablar[143]. Incluso, parece que eso no les impidió al Vicepresidente Ejecutivo y otros ministros, según lo anunciaron al país, que hubieran estado con el Presidente Hugo Chávez Frías en una supuesta "reunión de gabinete" de nada menos que de cinco horas durante la noche el día 23 de febrero de 2013.[144]

141 Ello no impidió por ejemplo que el Vicepresidente, en virtud de la "continuidad administrativa" decretada por la Sala Constitucional, procediera a designar mediante Decreto Nº 9350 de 11 de enero de 2013, "por delegación del Presidente", a un "Vicepresidente Encargado" para suplir su ausencia del territorio nacional para viajar a Cuba. Véase Decreto Nº 9.350, de fecha 11 de enero de 2013 en Gaceta Oficial Nº 40.088, de fecha 11 de enero de 2013.

142 Véase la reseña en *El Universal,* Caracas 18 de febrero de 2013, "Chávez vuelve a Venezuela. El presidente de Venezuela, Hugo Chávez, regresó a Caracas procedente de La Habana, más de dos meses después de que viajara a Cuba para someterse a la cuarta operación de un cáncer que le fue diagnosticado en junio de 2011, y se encuentra en el hospital militar de Caracas", en http://www.eluniversal.com/na-cional-y-politica/salud-presidencial/130218/chavez-vuelve-a-venezuela. A través de la cuenta Twitter @chavezcandanga, el Presidente supuestamente habría mandado un mensaje a las 2.30 de la madrigada con el siguiente texto: "Hemos llegado de nuevo a la Patria venezolana. ¡¡Gracias Dios mío!! Gracias ¡¡Pueblo amado!! Aquí continuaremos el tratamiento".

143 Véase la reseña de María Lilibeth da Corte, "Chávez respira por cánula traqueal que le dificulta hablar. Arreaza: Él comunica perfectamente sus decisiones, cuando no las escribe", en *El Universal,* Caracas, 16-2-2013, en http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/130216/chavez-respira-por-canula-traqueal-que-le-dificulta-hablar Véase igualmente en http://globovi-sion.com/articulo/ministro-villegas-en-breve-comunicado-y-fotografias-del-presi dente-chavez

144 Véase "Maduro asegura que se reunió con Chávez por más de cinco horas", en El Universal, 23 de febrero de 2013, en http://www.eluniver-sal.com/nacional-y-politica/salud-presidencial/130223/ma-duro-asegura-que-se-reunio-con-chavez-por-mas-de-cinco-horas; y En "Maduro: 'Chávez continúa con cánula traqueal y usa distintas vías de entendimiento", Publicado por Caracas en Febrero 23, 2013, en http://venezuelaaldia.com/2013/02/ma-duro-chavez-continua-con-la-canula-traqueal-y-usa-distintas-vias-de-entendimiento/.

Unos días después, el 4 de marzo de 2013, sin embargo, el ministro de Comunicaciones anunció al país que el estado de salud de Chávez era "muy delicado"[145], lo que presagiaba un anuncio final, "luego de que se informara oficialmente de un deterioro en la salud del presidente Hugo Chávez"[146], informándose de inmediato el mismo día 5 de marzo de 2013, por el Vicepresidente Ejecutivo, que se había producido su fallecimiento. En esa forma, el juramento y la toma de posesión del cargo para el cual Chávez fue reelecto, nunca tuvo lugar.

El anuncio del fallecimiento del presidente electo Chávez planteó de nuevo una serie de cuestiones jurídicas que requerían solución urgente, las cuales giraban en torno a determinar jurídica y constitucionalmente –en medio del pastel de la falsa "continuidad administrativa–, quién, a partir del 5 de marzo de 2013, debía encargarse de la Presidencia de la República en ese supuesto de efectiva falta absoluta de un Presidente electo, no juramentado, mientras se procedía a una nueva elección presidencial. En virtud de que ya era evidente que el Presidente Chávez no tomaría posesión de su cargo, por haberse anunciado su *falta absoluta*, el absurdo e ilegítimo régimen de la "continuidad administrativa" impuesto por el Tribunal Supremo sin duda había cesado.

Constitucionalmente correspondía, *ex constitucione*, al Presidente de la Asamblea encargarse de la Presidencia para convocar en un mes nuevas elecciones.[147] Sin embargo, ello no ocurrió, la continuidad administrativa se convirtió en una continuidad en el gobierno, y el mismo día del anuncio del

145 Villegas, "El estado general sigue siendo delicado", en Kikiriki, 4 de marzo de 2023, en http://www.kiki-riki.org.ve/villegas-el-estado-general-sigue-siendo-delicado/

146 Véase "Venezuela transmitirá reunión entre Maduro, Gabinete y militares: oficial", en Reuters, 5-3-2013, en http://ar.reuters.com/article/topNews/idARL1N0BX9B22 0130305

147 El artículo 233 dispone en la materia lo siguiente: "Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional. // Si la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva".

fallecimiento de Chávez, quien se encargó del gobierno fue el Vicepresidente Nicolás Maduro, firmando el Decreto de declaración de duelo nacional, como "Presidente Encargado de la República."[148]

Luego de todo este desaguisado constitucional, le correspondió a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la ya indicada sentencia N.º 141 dictada el 8 de marzo de 2013,[149] consolidar todo este fraude constitucional al decidir un nuevo recurso de interpretación interpuesto por un ciudadano solo dos días antes, el día 6 de marzo de 2013, en relación con la aplicación del artículo 233 de la Constitución a la situación concreta derivada de la anunciada falta absoluta del Presidente Chávez, que era la de un Presidente electo que no había tomado posesión de su cargo. La Sala, sin embargo, desconociendo la realidad, concluyó que la falta absoluta no se había producido antes de que Chávez tomara posesión de su cargo, como en efecto ocurrió, sino después de la supuesta "continuidad administrativa" que inventó la propia Sala en la sentencia anterior, y que aseguraba que supuestamente había continuado en ejercicio del cargo, no siendo necesaria una nueva toma de posesión del Presidente electo.

Por ello, la Sala concluyó que entonces debía convocarse a una elección universal, directa y secreta para elegir al presidente, pero quedando encargado de la Presidencia Nicolás Maduro Moros, "quien para ese entonces ejercía el cargo de Vicepresidente Ejecutivo".

Con ello, la Sala resolvió otro "escollo" jurídico, y dispuso que al "Presidente encargado" no se le aplicaba el "supuesto de incompatibilidad" para ser candidato previsto en el artículo 229 de la Constitución, permitiendo que Maduro pudiera postularse para participar en el proceso electoral para Presidente de la República sin separarse de su cargo.[150]

148 *Gaceta Oficial 40*.123 de 5 de marzo de 2013.

149 Véase el texto de la sentencia en http://www.tsj.gov.ve.decisio-nes/scon/Marzo/141-9313-2013-13-0196.html. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, y "El Juez Constitucional y la ilegítima declaración, mediante una "nota de prensa", de la "legitimidad" de la elección presidencial del 14 de abril de 2013", en *Revista de Derecho Público*, Nº 135, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 207 y ss.

150 La Sala Constitucional ratificó esta doctrina en sentencia N.º 1116 de 7 de agosto de 2013. Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1116-7813-2013-13-0566.html.

Quedaron así muy convenientemente resueltas por el Poder Judicial todas las dudas e incertidumbres pasadas, que ya habían sido resueltas políticamente entre los órganos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. La Sala Constitucional, una vez más, interpretó la Constitución a la medida del régimen autoritario, mutándola y distorsionándola.

12. LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS POLÍTICOS Y ELECTORALES CIUDADANOS COMETIDAS POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Lo que siguió a toda la ilegitimidad democrática del gobierno impuesto a los venezolanos entre enero y marzo de 2013, y del anuncio del fallecimiento de Hugo Chávez Frías sin que hubiera llegado a juramentarse para el período constitucional 2013-2018, fue la realización de una elección presidencial el 14 de abril de 2013, que estuvo signada por todo tipo de irregularidades y fraude electoral, pues se efectuó en una situación de ilegitimidad democrática total, en la cual en Consejo Nacional Electoral anunció un resultado estrecho entre los dos candidatos que se habían presentado, así: Henrique Capriles: 7.270.403 con 49,20%; Nicolás Maduro: 7.505.338 con 50,80%.

Las elecciones fueron impugnadas mediante múltiples recursos contencioso-electorales ejercidos ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, no pudiendo dicho tribunal competente decidir los casos, porque la Sala Constitucional, con fecha 20 de junio de 2013, resolvió mediante sentencia N.º 795[151], de oficio y solo por "notoriedad judicial", avocarse al conocimiento de siete procesos contencioso-electorales que se encontraban en sustanciación ante la dicha Sala Electoral. Procedió, así, el Juez Constitucional a arrebatarle al juez competente el conocimiento de los recursos, a pesar de que avocamiento es, como lo dijo en otra sentencia la propia Sala "una figura de superlativo carácter extraordinario, toda vez que afecta las garantías del juez natural" para ser ejercida "solo en aquellos casos en los que pueda verse comprometido el orden público constitucional (*vid*. sentencias números 845/2005 y 1350/2006)".[152,]

151 Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/795-20613-2013-13-0538.html. Véanse los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "El Juez Constitucional y la ilegítima declaración, mediante una 'nota de prensa', de la 'legitimidad' de la elección presidencial del 14 de abril de 2013", en *Revista de Derecho Público*, Nº 135 (julio-septiembre 2013), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 205-216.

En el caso, sin embargo, nada de ello se alegó para esta actuación de oficio, sino solo "aclarar las dudas y agenciar los procesos previstos para darles respuesta a los planteamientos de los ciudadanos y garantizar el ejercicio de sus derechos", lo que constitucionalmente correspondía precisamente a la Sala Electoral del mismo Tribunal Supremo.

Al asumir la Sala Constitucional el conocimiento de los recursos, los apoderados del Sr. Capriles recusaron a los Magistrados del a Sala Constitucional, por considerar que tenían "comprometida su imparcialidad y su capacidad subjetiva de resolver el asunto conforme a derecho" pues ya habían "manifestado su opinión al suscribir y publicar" las sentencias N.º 2 de enero de 2013 y N.º 141 de marzo de 2013, mediante las cuales la Sala Constitucional había establecido ilegítimamente el régimen constitucional de transición ante la falta del Presidente Electo Hugo Chávez.

Pero como era previsible, nada de ello ocurrió: los recursos de nulidad ni siquiera fueron admitidos, no hubo inhibición alguna, y las recusaciones que se habían formulado contra los magistrados fueron declaradas "inadmisibles" por la Presidenta de la Sala Constitucional,[153] de manera que desde que se decidió el avocamiento ya se sabía cómo se decidirían las causas[154].

Por ello, en realidad, la sentencia de avocamiento de la Sala Constitucional no fue sino una muestra más de la actuación de un órgano del Estado, no sujeto a control alguno, que se ha colocado por encima de la Constitución y la ley, que muta y reforma la Constitución a su antojo y

152 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Sobre el avocamiento de procesos judiciales por parte la Sala Constitucional (Una excepcional institución procesal concebida para la protección de "orden público constitucional", y que ha resultado en un instrumento político violatorio del derecho al juez natural, a la doble instancia y al orden procesal),* Cuaderno de la Cátedra Fundacional León Henrique Cottin sobre Teoría de la Prueba, Universidad Católica Andrés Bello No. 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, 208 pp.

153 Véase sentencia Nº 1000 de 17 de julio de 2013. Véase en http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1000-17713-2013-13-0565.html.

154 Como también lo dijo la profesora Cecilia Sosa G., expresidenta de la antigua Corte Suprema de Justicia: "Estos expedientes ya están sentenciados, y no hay nada que esperar de la Sala Constitucional", en "La auto implosión de un Tribunal", publicado en Panorama.com.ve, 28 de junio de 2013, en http://m.panora-ma.com.ve/not. php?id=72067.

libremente; que reforma las leyes sin límite; que las interpreta *contra legem*; que se inventa poderes por encima de la propia Constitución, como el de controlar ilimitadamente a las otras Salas del Tribunal Supremo; que confisca bienes; que impone Presidentes sin legitimidad democrática; y que hasta controla la actuación de los tribunales internacionales declarando sus sentencias inejecutables y hasta "inconstitucionales"[155]. Con esta sentencia de avocamiento, se podía decir, abiertamente, que todo en Venezuela dependía de la Sala Constitucional, y que ella lo controla todo, y además, dirige.

Por ello, las sentencias No. 1.111 a 1.200 2dictadas por la Sala Constitucional en 7 de agosto de 2012, todas, lo que hicieron pura y simplemente fue declarar inadmisibles los recursos contencioso-electorales respecto de los cuales se había avocado; y además, con la "decisión" contenida en la "Nota de prensa" difundida por el Tribunal Supremo el mismo día, que fue realmente la "decisión de fondo" en todos los casos, proclamando la "legitimidad" de la elección del Sr. Maduro[156].

En una de las sentencias del recurso intentado por el Sr. Capriles, la Sala Constitucional fundamentó la declaración de inadmisibilidad de la demanda en el hecho de que esta contenía "conceptos ofensivos e irrespetuosos en contra de esta Sala y otros órganos del Poder Público"; es decir, como se afirmó en la sentencia, porque la Sala consideró que los representantes del actor en el libelo de la demanda incurrieron en supuesta "falta a la majestad del Poder Judicial (...) en diversas oportunidades" y que "a través de distintos medios ha acusado expresa y radicalmente a la judicatura y, en particular, a esta Sala Constitucional, como un órgano completamente parcializado y llegó incluso a afirmar que este Máximo Juzgado obedecía la línea del partido de Gobierno".

Con esta decisión, la Sala, evidentemente, decidió en causa propia, pues la inadmisibilidad fue motivada por los conceptos que había emitido el

155 Véase Allan R Brewer-Carías, *Golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; La patología de la justicia constitucional, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

156 Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "El Juez Constitucional y la ilegítima declaración, mediante una "nota de prensa", de la "legitimidad" de la elección presidencial del 14 de abril de 2013", en *Revista de Derecho Público*, N.º 135 (julio-septiembre 2013), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 205-216

accionante o sus representantes contra ella misma, motivo por el cual, precisamente, en el proceso se había recusado a todos sus magistrados por haber firmado las mencionadas sentencias N.º 2 y N.º 141 de enero y marzo de 2013. Pero en lugar de inhibirse los magistrados, como correspondía, o de haber declarado con lugar la recusación como era obligado, la Presidenta de la Sala lo que hizo fue declararla sin lugar mediante la sentencia N.º 1000 de 17 de julio de 2013, para proceder luego todos los magistrados "ofendidos" a decidir la inadmisibilidad de la acción, no por razones sustanciales del proceso, sino por los conceptos críticos emitidos contra la Sala, que esta consideró ofensivos e irrespetuosos, a tal punto que multó al accionante y remitió al Ministerio Público copia del fallo y del escrito del libelo "con el objeto de que realice un análisis detallado de dichos documentos e inicie las investigaciones que estime necesarias a fin de determinar la responsabilidad penal a que haya lugar"; iniciándose así una nueva línea de persecución en contra de Henrique Capriles[157.]

Este caso de la elección presidencial de Venezuela de 14 de abril de 2013 llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una década después, el 28 de abril de 2022, por demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como consecuencia de denuncias del Sr. Henrique Capriles Radonski de violaciones a sus derechos políticos, la libertad de expresión, el principio de legalidad y las garantías judiciales y la protección judicial en perjuicio, en el marco de su participación política como candidato presidencial en dichas elecciones del 14 de abril de 2013." La Corte Interamericana decidió el proceso (*Caso Capriles vs. Venezuel*a), mediante sentencia el 1 de octubre de 2024,[158]en la cual precisamente se refirió a lo que sucedió en la elección presidencial del 14 de abril de 2024, donde no solo se violaron derechos individuales de un denunciante, sino los derechos colectivos políticos de los venezolanos electores, condenándose al Estado por las violaciones a los derechos contenidos en los artículos 8.1 (Garantías judiciales, derecho a ser oído) 9 (Principio de Legalidad). 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión), 23.1 (Derechos Políticos) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, particularmente por las acciones y omisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.[159]

157 Véase, por ejemplo, José de Córdova and Ezequiel Minaya, "Venezuelan Opposition Comes Under Siege", *The Wall Street Journal*, New York, Sunday, August 10-11, 2013, p. A6.

158 Disponible en CIDH: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_ 541_esp.pdf

En esta importante sentencia, además de lo expresado por la Corte Interamericana sobre el *derecho a la democracia*, como hemos destacado al inicio, y luego de constatar como "las acciones y omisiones del Estado, tomadas en su conjunto, derivaron en la *afectación de la integridad del proceso electora*l y afectaron los derechos políticos, la libertad de expresión y la igualdad del señor Capriles," la Corte en particular analizó las antes comentadas sentencias de la Sala Constitucional de 8 de marzo de 2013 permitiendo la participación de Nicolás Maduro a pesar de ser Vicepresidente en el proceso electoral; la sentencia de 14 de abril de 2013 abocándose al conocimiento de los recurso de impugnación de las elecciones presidenciales; y la sentencia que declaró inadmisible las impugnaciones del proceso electoral.

En cuanto a la primera sentencia del Juez Constitucional venezolano Constitucional No. 141 del 8 de marzo de 2013, que admitió que Nicolás Maduro, a pesar de ser Vicepresidente Ejecutivo podía ser candidato a la Presidencia a pesar de estar ello prohibido en la Constitución (art. 229), la Corte Interamericana, consideró que:

> "existen suficientes elementos para concluir que la motivación real de la actuación de la Sala Constitucional era permitir la permanencia de Nicolás Maduro al mando del Poder Ejecutivo, al tiempo que permitía su postulación como candidato a la Presidencia. En efecto, la decisión de la Sala Constitucional resultaba en contradicción con el tenor literal de las disposiciones constitucionales que prohibían la participación del Vicepresidente en el proceso electoral, y en ese sentido es posible afirmar que buscaba precisamente legitimar la postulación de Nicolás Maduro aún contra la prohibición existente. Por esta razón, la Corte concluye que la actuación de dicha Sala resultó en un uso abusivo del aparato estatal para favorecer al candidato oficial" (par. 116).

Por todo ello, la Corte Interamericana al juzgar la conducta de la Sala Constitucional concluyó afirmando que en "el contexto de progresivo deterioro

159 Véase un estudio detallado de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Derecho a la democracia. A la luz de la doctrina de la Corte Interamericana se Derechos Humanos sobre Venezuela (Caso: Capriles vs. Venezuela de 10 de Octubre de 2024 y Caso: Chirinos Salamanca vs. Venezuela (de 21 de agosto de 2025,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial JurÍdica Venezolana International, 2025, pp. 191 ss.

de la separación de poderes en Venezuela y de la independencia e imparcialidad del CNE y el TSJ (supra, párr. 33)," consideró que había quedado acreditado que:

> "la *Sala Constitucional favoreció a Nicolás Maduro mediante su decisión de 8 de marzo de 2013*, pues le permitió postularse como candidato y mantenerse en el cargo a pesar de las disposiciones constitucionales y legales en contrario (supra, párr. 114 y 115)" (párr. 141).

En cuanto a la segunda sentencia del Juez Constitucional venezolano No. 141 del 8 de marzo de 2013 mediante la cual la Sala Constitucional se avocó al conocimiento de las impugnaciones de las elecciones de 14 de abril de 2013, sustrayéndolos del conocimiento de la Sala Electoral, la Corte Interamericana de Derechos Humanos constató que en esa forma, los recursos "quedaron radicados ante la Sala Constitucional del mismo Tribunal, el cual ya había conocido de otros asuntos directamente relacionados con este proceso, en particular la habilitación de Nicolás Maduro para participar como candidato en la elección mientras ejercía el rol de Presidente Encargado," razón por la cual "el señor Capriles presentó un escrito de recusación en el que cuestionó la imparcialidad de todos los magistrados y magistradas de la Sala Constitucional y requirió la conformación de una nueva Sala para la resolución del recurso planteado."

Las recusaciones fueron declaradas sin lugar por la Presidenta de la Sala Constitucional, respecto de lo cual la Corte Interamericana consideró que la misma "haya decidido sobre las recusaciones, aún cuando ella se encontraba recusada, constituyó un acto abiertamente contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica que *afectó la imparcialidad* del Tribunal," (par. 170)agregando la Corte Interamericana que: "existían sospechas legítimas sobre la cercanía entre algunos de los miembros de la Sala Constitucional y el partido de gobierno, y sobre declaraciones públicas que adelantaban criterios sobre hechos en controversia; y que existían antecedentes denunciados por el denunciante "que permitían sostener un temor legítimo respecto del interés de los magistrados del TSJ de beneficiar a Nicolás Maduro, lo que ponía en duda la imparcialidad de las autoridades a cargo del procedimiento judicial." (par. 172). De todo ello concluyó la Corte Interamericana que:

> "encuentra que la Presidenta de la Sala declaró inadmisibles todas las recusaciones planteadas sin cumplir el procedimiento legal y sin dar

> trámite a su sustanciación y resolución, aun cuando existían fuertes *indicios sobre la ausencia de imparcialidad* de la Sala Constitucional. Este hecho devino en que el recurso intentado por el señor Capriles para cuestionar la elección *fue resuelto por un Tribunal en violación a la garantía de imparcialidad, y por lo tanto impidió al señor Capriles acceder a un recurso judicial efectivo*." (Parr. 173)

En cuanto a la tercera sentencia del Juez Constitucional venezolano que declaró la inadmisibilidad de la demanda de impugnación intentado por el Sr. Capriles, imponiéndole además una multa, basado en el "hecho de que la misma contenía "conceptos ofensivos e irrespetuosos en contra de esta Sala y otros órganos del Poder Público;" y de que consideraba a la Sala Constitucional, "como un órgano completamente parcializado y llegó incluso a afirmar que este Máximo Juzgado obedecía la línea del partido de gobierno;" la Corte Interamericana observó la falta de motivación de la sentencia que "no identificó las razones por las cuales dichas expresiones eran ofensivas o irrespetuosas y, por tanto, fundamentaban el rechazo in limine del recurso contencioso electoral,: concluyendo que en el caso, "el señor Capriles no contó, en la práctica, y en términos del artículo 8.1 y 25 de la Convención, con un recurso judicial efectivo para la protección de sus derechos políticos" (párr. 177).

En definitiva, la Corte Interamericana, en su sentencia condenatoria al Estado, fue particularmente condenatoria de la Sala Electoral, respecto de la cual, dijo en su sentencia de 2024 que existían:

> "elementos que permiten afirmar que las decisiones de la Sala Constitucional, en el marco del recurso contencioso electoral interpuesto por el señor Capriles, tuvieron la intensión de favorecer la permanencia del PSUV a la cabeza del poder ejecutivo en Venezuela y silenciar un cuestionamiento legítimo a la autoridad. Lo anterior se demuestra por:
>
> a) el ejercicio de la facultad de avocamiento por un Tribunal con fuertes indicios de parcialidad,
>
> b) la manera en que se resolvieron las recusaciones, incumpliendo el procedimiento establecido en la ley,

c) la falta de motivación y la arbitrariedad de la decisión que inadmitió el recurso contencioso electoral en una materia de evidente interés público para la ciudadanía y de la decisión que impuso la multa al señor Capriles, y

d) la remisión del expediente al Ministerio Público (párr. 187).

Además, la Corte consideró que la actuación de la Sala Constitucional en la resolución del recurso contencioso electoral:

"constituyó un acto de desviación de poder, pues la aplicación de las causales previstas en los artículos 133 y 121 de la Ley Orgánica del TSJ tuvo la motivación real de evitar la posibilidad de cuestionar los resultados de la elección" (párr. 187).

Además, respecto al avocamiento de las causas de impugnación de la elección presidencial del 14 de abril de 2013, por parte de la Sala Constitucional, afirmó la Corte Interamericana,

"el ejercicio de la facultad de avocamiento permitió que *una Sala con abierta cercanía al oficialismo* conociera de todas las causas relacionadas con la elección presidencial del año 2013. Asimismo, hizo posible que esta Sala ejerciera múltiples facultades que le permitieron emitir *decisiones arbitrarias con el objetivo de favorecer la permanencia en el poder de Nicolás Maduro*." (párr. 188).

Esta sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin duda, tiene una gran importancia pues la condena que decretó contra el Estado por violación a los derechos políticos y electorales del Sr. Capriles, fueron fundamentalmente producidas por decisiones del Juez Constitucional, que al contrario debía haber sido el garante de dichos derechos.

REFLEXIÓN FINAL

Como hemos dicho desde el inicio, un sistema de justicia constitucional cuando se establece en una Constitución de un Estado en el mundo contemporáneo, sin duda, puede considerarse como la culminación de la estructuración del Estado de derecho, para preservar todos sus principios, al preverse la

existencia de un guardián independiente y autónomo, no solo de la Constitución sino incluso del poder constituyente del pueblo en relación con las acciones de los órganos del Estado.

Pero para que ese guardián sea garantía de la Constitución, por sobre todo, debe estar fuera del alcance del control por parte de los órganos del Poder que están sujetos a su control, pues de lo contrario, si está sometido al control político de los mismos, de guardián de la Constitución pasa a ser el verdugo de la misma.[160]

Y eso es precisamente lo que resulta de todo el cuadro antes hemos expuesto sobre cómo el Juez Constitucional en Venezuela, desde que se sancionó la Constitución de 1999, al comenzar a ser controlado por quienes habían asaltado el Poder unos meses antes con una Asamblea Constituyente convocada al margen de lo establecido en la Constitución anterior de 1961,[161] destruyó sistemáticamente durante los últimos veinticinco años, todos los cimientos del Estado de derecho y de la democracia. Esas ejecutorias, por supuesto, sin la menor duda, que para cualquier estudioso del derecho constitucional y de la justicia constitucional, tiene que resultar totalmente incomprensible y difícil de creer.

160 Véase lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Los Jueces Constitucionales. Controlando el Poder o controlados por el Poder. Algunos casos notorios y recientes (Estados Unidos, Nicaragua, Bolivia, Paraguay, Reino Unido, Suráfrica, Venezuela, Honduras, República Dominicana, El Salvador, Colombia, Perú, Costa Rica, Chile, Brasil),* Segunda edición coregida y aumentada, (con Prólogo de Carlos Ayala Corao), Colección Biblioteca de Derecho, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2018, 509 pp; y en *Constitución, Democracia y Control dPoder***,** Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales (CIEPROL), Consejo de Publicaciones/Universidad de Los Andes/Editorial Jurídica Venezolana. Mérida, octubre 2004 383 pp. Prólogo de Fortunato González Cruz.

161 Véase lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela,* Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, 405 pp.

Pero lamentablemente así fue,[162] y allí están los resultados de tanta destrucción, aún cuando entendamos que quizás ni siquiera aplicando ciencia ficción racionalmente, se podía llegar a inventar todos los hechos narrados, y menos, entender cómo todos ellos, fueron concebidos por el guardián de la Constitución, que asumió el rol de violarla abiertamente, de mutarla, a la carta, a requerimiento de quienes han controlado el poder en el país, o de avalar o encubrir con sentencias o con su abstención de juzgar, todas las violaciones cometidas por quienes han ejercido el poder en Venezuela desde 1999.[163]

162 Véase sobre ese proceso de destrucción como lo denunciamos desde tempranos tiempos en: Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment***,** Cambridge University Press, New York 2010, 418 pp.; *Authoritarian Government v. The Rule Of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution,* Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, 986 pp.; *Estado Totalitario y desprecio a la Ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela,* Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 532 pp.; segunda edición, (Con prólogo de José Ignacio Hernández), Caracas 2015, 542 pp.**;** *La Ruina de la Democracia. Algunas consecuencias. Venezuela 2015,* (Prólogo de Asdrúbal Aguiar)**,** Colección Estudios Políticos, No. 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, 694 pp.; *The Collapse of the Rule of Law and the Struggle for Democracy in Venezuela. Lectures and Essays (2015-2020),* Foreword: Asdrúbal Aguiar, Colección Anales, Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Miami Dade College, 2020, 618 pp.**;** *Kakistocracia Depredadora y Populismo Constitucional. El falso Estado de derecho, basado en mentiras, las inhabilitaciones políticas, el secuestro de elecciones y reformas constitucionales contra la democracia* (Estudio Preliminar de Jaime Orlando Santofimio), Tirant lo blank, Bogotá 2025, 418 pp.

163 Véase entre otros, lo que hemos expuesto sobre las ejecutorias del Juez Constitucional en Venezuela, en los siguientes libros: Allan R. Brewer-Carías, *La Sala Constitucional versus el Estado Democrático de Derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política,* Los Libros de El Nacional, Colección Ares, Caracas 2004, 172 pp.; *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, No. 2, Caracas 2007, 702 pp.; *Reforma constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009),* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, 278 pp.; *Práctica y distorsión de la justicia constitucional en Venezuela (2008-2012***),** Colección Justicia No. 3, Acceso a la Justicia, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, 520 pp.; *El Golpe a la Democracia dado por la Sala Constitucional (De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución),* Colección Estudios Políticos No. 8, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2014, 354 pp**.;** segunda edición, (Con prólogo de Francisco Fernández Segado), 2015, 426 pp.; *La Dictadura Judicial y la Perversión del Estado de Derecho. El Juez Constitucional y la Destrucción de la Democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz

La conclusión es que lamentablemente en Venezuela llegamos a una situación similar a la que observó Piero Calamandrei en una obra póstuma (2014),[164] al analizar los efectos devastadores del régimen fascista, explicando que lo que quedó fue una "obscura ilegalidad," una situación general de "simulación de la ilegalidad," y de "estafa a la legalidad organizada legalmente," dando origen a un falso Estados de derecho y a una falsa democracia, donde lo que rige es más bien, un "gobierno de la indisciplina autoritaria, de la legalidad falsificada, de la ilegitimidad legalizada, del fraude constitucional."[165]

Cambiar todo esto, es la tarea que tenemos por delante en Venezuela y, particularmente, la que tienen las nuevas generaciones, que continúen en la misma senda que hemos tenido el privilegio de haber contribuido a trazar durante tanto tiempo pasado.

Nueva York, marzo 2026

Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017, 608 pp.; *Consolidación de la Tiranía Judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el Poder Absoluto***,** Colección Estudios Políticos, No. 15, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas / New York, 2017, 238 pp.; *La Justicia Constitucional, la Demolición del Estado Democrático en Venezuela en nombre de un "Nuevo Constitucionalismo", y una Tesis "Secreta" de Doctorado en la Universidad de Zaragoza,"* Ponencia preparada para las *Jornadas sobre* "*El papel de la Justicia Constitucional en los procesos de asentamiento del Estado democrático en Iberoamérica*," Universidad Carlos III de Madrid, octubre de 2018, Editorial Jurídica venezolana International, 2018, 282 pp.; "*El "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano" y la Destrucción del Estado Democrático por el Juez Constitucional. El Caso de Venezuela,* Colección Biblioteca de Derecho Constitucional, Ediciones Olejnik, Madrid, Buenos Aires, 2018, 294 pp.; *La Constitución de Plastilina y Vandalismo Constitucional. La ilegítima mutación de la Constitución por el Juez Constitucional al servicio del autoritarismo*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello, No. 13, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2022, 642 pp.; *El Juez Constitucional y la Aniquilación del Estado Democrático. Algunas claves "explicativas" encontradas en una Tesis "secreta" hallada en Zaragoza,* Colección de Crónicas constitucionales para la Memoria Histórica, No 4, Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2024, 546 pp.

164 Véase Piero Calamandrei, *Il fascismo come regime de la menzogna,* Roma, Bari GLF Editori Leterza, 2012, p. 38. Publicado en castellano como Piero Calamandrei, *El fascismo como régimen de la mentira* (traducción Rachele Facchi), Editorial tirant humanidades, Valencia 2019.

165 *Idem*. p. 40.

EL REFRENDO O SU AUSENCIA EN LOS NOMBRAMIENTOS DE LOS MIEMBROS DE LA CASA DEL REY: ¿HA MUTADO LA MUTACIÓN?

THE COUNTERSIGNATURE OR ITS ABSENCE IN THE APPOINTMENT OF MEMBERS OF THE ROYAL HOUSEHOLD: HAS THE MUTATION ITSELF MUTATED?

Joan Oliver Araujo
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de las Islas Baleares

Vicente J. Calafell Ferrá
Profesor Asociado de Derecho Constitucional. Doctor en Derecho
Universidad de las Islas Baleares

Cómo citar/Citation
OLIVER ARAUJO, Joan y CALAFELL FERRÁ, Vicente J. "El refrendo o su ausencia en los nombramientos de los miembros de la Casa del Rey: ¿ha mutado la mutación?", en Parlamento y Constitución. Anuario. Cortes de Castilla-La Mancha-UCLM, Nº27, 2026.

https://doi.org/10.71206/rapc.425

Enviado: 27-05-2026
Aceptado: 30-07-2026

Resumen: La práctica constitucional consistente en que el presidente del Gobierno refrendara los principales nombramientos de la Casa del Rey (aunque la Constitución no lo exigía) se consolidó firmemente desde el primer instante de su entrada en vigor. De este modo, tras varias décadas siguiéndose de forma inalterada esta práctica, una parte de la doctrina entendió que se había producido una mutación constitucional, por la cual el monarca había perdido la plena libertad de elección y cese los miembros de su Casa y, simultáneamente, había traslado la responsabilidad política y jurídica de dichos actos al jefe del Ejecutivo. Tal era la situación fáctica, y así lo recogían destacados manuales de la asignatura y relevantes monografías, hasta el 30 de agosto de 2025. Fecha en la cual el Boletín Oficial del Estado nos sorprendió con los nombramientos y ceses, sin refrendo, de dos altos cargos vinculados con la Casa del Rey. Siguiendo un proceso mental lógico, de forma intuitiva, hemos intentado explicar las posibles causas de este cambio de criterio (lo que hemos venido en denominar la mutación de la mutación).

Palabras clave: Casa del Rey, refrendo, nombramiento y relevo de los miembros de la Casa del Rey, monarquía parlamentaria.

Abstract: The constitutional practice of the President of the Government countersigning the main appointments to the Royal Household (even though the Constitution did not require it) was firmly established from the moment it came into force. Thus, after several decades of this practice remaining unchanged, some legal scholars understood that a constitutional mutation had occurred, whereby the king had lost full freedom to appoint and dismiss members of the Royal Household and, simultaneously, had transferred the political and legal responsibility for these actions to the head of the Executive. This was the de facto situation, as reflected in leading textbooks and important monographs on the subject, until August 30, 2025. On that date, the Official State Gazette surprised us with the appointments and dismissals, without countersignature, of two high-ranking officials linked to the Royal Household. Following a logical thought process, and intuitively, we have attempted to explain the possible causes of this change in criteria (what we have termed the mutation of the mutation).

Keywords: Royal Household, countersignature, appointment and dismissal of members of the Royal Household, parliamentary monarchy.

SUMARIO

1. EL REFRENDO DE LOS ACTOS DEL REY COMO REQUISITO PARA LA VALIDEZ DE LOS MISMOS

2. LOS ACTOS DEL REY DISPENSADOS DE REFRENDO (ART. 65 CE). ESPECIAL REFERENCIA AL NOMBRAMIENTO Y RELEVO DE LOS MIEMBROS CIVILES Y MILITARES DE SU CASA

3. UN EXAMEN DE LA REGULACIÓN DEL NOMBRAMIENTO Y RELEVO DE LOS MIEMBROS DE LA CASA DEL REY Y DE SU APLICACIÓN

4. UNA PRÁCTICA *EXTRA CONSTITUTIONEM* SEGUIDA DESDE EL INICIO: NOMBRAMIENTO Y RELEVO DE LOS MIEMBROS DE LA CASA DEL REY *CON REFRENDO*

5. UNA SORPRENDENTE VUELTA ATRÁS (2025): LA DESAPARICIÓN DEL REFRENDO EN EL NOMBRAMIENTO Y RELEVO DE LOS MIEMBROS DE LA CASA DEL REY. POSIBLES EXPLICACIONES

1. EL REFRENDO DE LOS ACTOS DEL REY COMO REQUISITO PARA LA VALIDEZ DE LOS MISMOS

El artículo 56.3 CE, después de afirmar que "la persona del rey es inviolable", añade que "no está sujeta a responsabilidad", precisando que sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo[1] (salvo lo dispuesto en el artículo 65.2). Dicho con otras palabras, el rey nunca responde de los actos que realiza como jefe del Estado y siempre hay alguien (que es quien refrenda: el refrendante) que responde por ellos. Se produce, de hecho, una traslación de la responsabilidad, ya que "de los actos del rey serán responsables las personas que los refrenden" (art. 64.2 CE). En efecto, como se ha subrayado (Alzaga Villaamil, 1998: 318), "la firma de la persona refrendante será en la Monarquía parlamentaria la del auténtico autor del acto y, por tanto, responsable del mismo. De esta forma, el refrendo es hoy el mecanismo por el que se limita con sutil elegancia el poder del monarca, cuyos actos precisan que una persona los refrende voluntariamente, con lo cual la misma asume toda responsabilidad sobre la legalidad y la oportunidad" de dicho acto. Con el refrendo, otro órgano hace suyo el acto del rey y, si la hubiere, la responsabilidad consiguiente. El profesor López Guerra (1982: 18), buscando algún tipo de fundamento a este privilegio exorbitante, afirma que la irresponsabilidad política del rey se justifica por su carácter de símbolo de la unidad y permanencia del Estado y, más concretamente, "por la exigencia de refrendo de los actos del rey, que supone un traspaso de responsabilidad".

El instituto del refrendo, tal y como lo concibe la Constitución de 1978, puede ser definido como "la necesidad de que todos los actos del Estado en que interviene el rey deban ser contrafirmados, aparte de la propia firma del monarca, por otra persona" (De Esteban y González-Trevijano, 1994: 80), que asume las consecuencias que de tales actos se puedan derivar. El refrendo, que garantiza la irresponsabilidad del monarca, es también el fundamento de su carencia de poder efectivo. Con exageración, pero con valor gráfico, el belga

1 Sobre la institución del refrendo, vid., por todos, López Guerra, L. (1995 y 2001), González-Trevijano, P. J. (1998), Vera Santos, J. M. (1998), Porras Ramírez, J. M. (2000), Torres Muro, I. (2009), Fernández-Fontecha Torres, M. y Pérez de Armiñán y de la Serna, A. (1987) y Herrero y Rodríguez de Miñón, M. (1997). Para el estudio del origen y la evolución histórica de esta institución, vid. Cáceres Crosa, G. (1934).

Charles Woeste afirmó que el refrendo sitúa al rey "en una posición inferior a la del último de sus ciudadanos". Ciertamente, como el rey no responde tampoco decide, como el rey no decide tampoco se le puede pedir que responda. En esta misma línea de pensamiento, se ha señalado (Fernández Segado, 1992: 550) que el refrendo es "fundamentalmente una limitación material del poder regio, en cuanto quien refrenda asume íntegramente la responsabilidad de la legalidad y de la oportunidad del acto".

El Tribunal Constitucional —en las Sentencias 5/1987, de 27 de enero, y 8/1987, de 29 de enero— delimitó el concepto de refrendo de la siguiente manera: a) los actos del rey deben ser siempre refrendados, con las excepciones indicadas en los artículos 56.3 y 65 CE (esto es, la distribución de la cantidad global que recibe de los Presupuestos Generales del Estado y el nombramiento y relevo de los miembros civiles y militares de su Casa); b) en ausencia de refrendo, los actos del monarca no tienen ninguna validez; c) el refrendo debe realizarse en la forma fijada en el art. 64 CE; y d) la autoridad refrendante asume, en cada caso, la responsabilidad del acto del rey. Por todo ello, en nuestro sistema constitucional, serían radicalmente inconstitucionales decisiones como las del rey Balduino I de los belgas (1990) y del gran duque Enrique I de Luxemburgo (2008), que se negaron a sancionar leyes aprobadas por sus respectivos Parlamentos invocando motivos de conciencia. Lo que obligó, en el primer caso, a una verdadera acrobacia política —la incapacitación por un día del monarca— y, en el segundo, a una sustancial rebaja de los poderes del jefe del Estado —que, en adelante, pasaría únicamente a promulgar, pero no sancionar, las leyes— (Oliver Araujo, 2022: 55-56). Curiosamente, la Conferencia Episcopal Española entendió muy bien cuál es la posición constitucional de nuestro monarca ante la sanción de las leyes, pues tras amenazar (en 2010) con excomulgar a los parlamentarios católicos que votaran a favor del aborto libre, añadió que esta pena eclesiástica no afectaría al rey Juan Carlos, pues este al sancionar una ley no expresaba su voluntad, sino que se limitaba a llevar a cabo una función constitucional obligatoria, esto es, lo que los juristas denominamos un "acto debido". Con ello, el rey llega a la "cota más baja de poder" (Alzaga Villaamil, 2016: 299), convirtiéndose en lo que Benjamin Constant denominó "el poder neutro", incapaz de imponer sus criterios o puntos de vista a los poderes políticos[2].

2 Vid. Constant, B. (2013: *passim*). Una interesante y reciente aportación a la teoría "del poder

Los actos del rey deben ser refrendados por el presidente del Gobierno y, en su caso, por los ministros competentes, con tres excepciones en las que el refrendo corresponde al presidente del Congreso de los Diputados: la propuesta de candidato a presidente del Gobierno, el nombramiento de presidente del Gobierno y la disolución de las Cortes por falta de acuerdo para elegir un presidente del Gobierno (art. 64.1 CE). Esta enumeración de sujetos legitimados para refrendar que hace la Constitución es, según el Tribunal Constitucional, un *numerus clausus*; y, en coherencia con ello, en la ya citada Sentencia 5/1987 estimó inconstitucional la pretensión de que el nombramiento de lehendakari fuera refrendado por el presidente del Parlamento vasco. Crítico con esta interpretación restrictiva del Tribunal Constitucional se muestra el profesor Ruiz Robledo (2023: 179), al considerar que "quizás sea hora de abandonar esa interpretación literal y considerar que el artículo 64 CE no establece un *numerus clausus* de personas que pueden refrendar los actos del rey, sino que solo regula los refrendos de actos del Gobierno y las Cortes, pero no el de otros poderes que en la Constitución tienen su propio título, como el Poder Judicial y las comunidades autónomas"[3].

La forma del refrendo[4] suele concretarse en una firma que sigue a la del monarca en los documentos oficiales (*refrendo expreso* o *contrafirma*). Sin

neutro" de Constant es la del profesor Tajadura Tejada, J. (2023: 189-209), especialmente el epígrafe titulado: "La Jefatura del Estado como poder neutral y preservador (Benjamin Constant)", 193-199.

3 Esta interpretación ya fue defendida, sin éxito, por el profesor Jiménez Asensio, abogado del Gobierno Vasco en el conflicto de competencias que originó la STC 5/1987.

4 Los profesores Jorge de Esteban y Pedro González-Trevijano (1994: 86-88) realizan una valiosa taxonomía de las clases de refrendo: el expreso, el tácito y el presunto. El *refrendo expreso*, que es el más común, "se realiza por escrito", concretándose en una firma junto a la del monarca, que se publica en el *Boletín Oficial del Estado*. A su vez, "según sea la voluntad unilateral que da lugar al acto que exige la firma del Rey y la contrafirma del sujeto refrendante", estos autores distinguen tres tipos de refrendo expreso: el refrendo derivado (la voluntad unilateral es solamente la del refrendante -v.g., la aprobación de un real decreto-), el refrendo traslaticio (en la elaboración del acto que se firma no han intervenido ni el refrendante ni el refrendado -v.g., en el nombramiento de un magistrado del Tribunal Constitucional-) y el refrendo originario (la única voluntad relevante es la del rey, fórmula propia del origen de la Monarquía constitucional, hoy residual y solo en casos muy tasados). El *refrendo tácito* se utiliza para actuaciones del monarca que no se plasman en un documento (v.g., un viaje oficial); por tanto, en esencia, consiste en la presencia del presidente del Gobierno o de un ministro en sus actos oficiales. El *refrendo presunto*, por último, se utiliza para aquellos actos que, debiendo tener refrendo, no pueden cobijarse ni bajo el referendo expreso ni bajo el refrendo tácito, entendiéndose que "son amparados también, de forma presunta, por el Gobierno". Los profesores Jorge de Esteban y Pedro González-Trevijano ponen como ejemplos, de esta tercera clase de refrendos, "los mensajes de Navidad, las entrevistas, las declaraciones" y los discursos del monarca.

embargo, también cabe el refrendo de presencia (o *refrendo tácito*), que se expresa en el acompañamiento del presidente del Gobierno o de un ministro en las visitas oficiales del rey —dentro o fuera de España—, así como en los actos en los que debe pronunciar discursos o mensajes. Los miembros del Gobierno, con su presencia física junto al rey, asumen la responsabilidad de lo que este dice y hace (por ello, el monarca no puede hacer ningún viaje oficial ni pronunciar discursos sin contar con el asentimiento previo y expreso del Gobierno). La forma normal del refrendo "es la firma en el documento que incorpora el acto del rey, a veces mencionada como contrafirma. Los casos de refrendo tácito o presunto son la excepción a esa regla, producto de una especie de espiritualización del propio refrendo, que llega a su extremo en el caso de la presencia en los actos del jefe del Estado de un ministro, aunque no haya por medio un acto jurídico formal, sino un acto social, relacional o comunicativo y su virtualidad principal es descargar de la responsabilidad al refrendado y atribuírsela" a quien refrenda (Fernández-Fontecha Torres, 2018: 1654).

2. LOS ACTOS DEL REY DISPENSADOS DE REFRENDO (ART. 65 CE). ESPECIAL REFERENCIA AL NOMBRAMIENTO Y RELEVO DE LOS MIEMBROS CIVILES Y MILITARES DE SU CASA

Como hemos indicado, todos los actos que realiza el rey como jefe del Estado precisan refrendo para tener validez jurídica, con dos excepciones: distribuir "libremente" la cantidad global que recibe de los Presupuestos Generales del Estado para el sostenimiento de su Familia y Casa (art. 65.1); y nombrar y relevar "libremente" a los miembros civiles y militares de su Casa (art. 65.2). Facultad regia, esta segunda, que es reiterada en el art. 10.1 del Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, sobre reestructuración de la Casa de Su Majestad el Rey, al afirmar que "todos los miembros civiles y militares de la Casa son nombrados y relevados libremente por S.M. el Rey, a tenor de lo dispuesto en el artículo 65.2 de la Constitución".

Esta excepción a la necesidad de refrendo para el nombramiento y relevo de los miembros de la Casa del Rey —que constituye el punto nuclear de nuestra reflexión— se justifica, a juicio de algunos autores, en que es "un supuesto que casi linda con la intimidad, y que, desde luego, entra de lleno en el terreno del ámbito de confianza personal" del monarca (Alzaga Villaamil, 2016: 299). Mucho más críticos con esta excepción constitucional del refrendo

han sido los profesores De Esteban y González-Trevijano (1994: 85), al afirmar —tal vez, de forma algo categórica— que estamos "en uno de esos casos que la doctrina alemana denomina «normas constitucionales *inconstitucionales*», es decir, preceptos que están incluidos en la Constitución, pero que son inconstitucionales porque contradicen tanto el espíritu y el sentido de la Norma Fundamental como alguno de sus artículos". En efecto —continúan estos autores—, "si todos los actos del rey, en su función de jefe del Estado, deben ser refrendados, ya que se establece la irresponsabilidad del monarca, el nombramiento de los miembros civiles y militares de su Casa debe estar cubierto igualmente" por el refrendo. La justificación que invocan los profesores De Esteban y González-Trevijano es, a su entender, "muy simple: si el rey nombra una persona que no posee las condiciones necesarias para ese puesto, incumpliendo las normas vigentes, en razón de su irresponsabilidad debe responder alguien por esa eventual irregularidad y, por consiguiente, a pesar de lo que dice el art. 56.3 CE y la práctica totalidad de la doctrina, esos nombramientos deben ser refrendados, también, por otra persona".

Antes de proseguir y como cuestión previa, debemos preguntarnos qué es la Casa del Rey[5] y qué personal forma parte de ella. Para responder a estas cuestiones, hay que acudir —amén de a la jurisprudencia constitucional— al ya citado Real Decreto 434/1988, que desarrolla el art. 65 CE (y que ha sido reformado en diversas ocasiones). Esta norma define la Casa del Rey como "el organismo que, bajo la dependencia directa de Su Majestad, tiene como misión servirle de apoyo en cuantas actividades se deriven del ejercicio de sus funciones como jefe de Estado". En el desempeño de esta misión, la Casa del Rey lleva a cabo los cometidos de carácter administrativo y económico que correspondan, atiende a las relaciones del rey con organismos oficiales, entidades y particulares, se cuida de la seguridad del monarca y la Familia Real, así como de la rendición de los honores reglamentarios y de la prestación del servicio de escoltas cuando proceda, y se encarga de la organización y funcionamiento del régimen interior de la residencia regia. La Casa de Su Majestad el Rey —que "es una organización estatal, pero que no se inserta en ninguna de las Administraciones Públicas" (STC 112/1984, de 28 de noviembre)— está constituida por la Jefatura, la Secretaría General, y el Cuarto Militar y la Guardia Real.

5 Sobre esta institución *in extenso*, vid. Cremades García, J. (1998) y Díez-Picazo Giménez, L. M. (1982).

La Jefatura es el órgano principal de la Casa de Su Majestad el Rey. Le corresponden todas aquellas atribuciones y responsabilidades que aseguren el normal funcionamiento de la Casa, así como el cumplimiento de las misiones asignadas a esta. El Real Decreto 434/1988 enumera las funciones que incumben especialmente a la Jefatura de la Casa, tales como mantener relaciones con la Administración del Estado y las instituciones, formular la propuesta de presupuestos de la Casa, disponer los gastos, firmar los contratos, aprobar las cuentas anuales y dictar normas de funcionamiento interno. Del jefe de la Casa del Rey dependen la Secretaría General, el Cuarto Militar y la Guardia Real, y le compete la asignación de funciones al personal integrado en estos órganos y la prestación de apoyos funcionales entre ellos, así como la dirección e inspección de todos los servicios de la Casa. También dependen directamente del jefe de la Casa la Oficina de Intervención y el consejero diplomático.

La Secretaría General (cuyo titular es, además, el segundo jefe de la Casa) tiene a su cargo la tramitación de los asuntos que conciernen a la actividad y funciones de la Casa del Rey, así como su resolución o propuesta y el despacho de los temas que requieran superior decisión. A tal efecto, son cometidos de la Secretaría General —entre otros— coordinar todos los servicios de la Casa, ejercer la jefatura de su personal, inspeccionar las dependencias, establecer el régimen interno de las oficinas, ordenar los pagos y elaborar proyectos de planes y programas. Con arreglo a la organización vigente de la Casa del Rey, la Secretaría General se estructura en las siguientes unidades: Gabinete de Planificación y Coordinación, Secretaría de Su Majestad la Reina, Servicio de Seguridad, Comunicación, Protocolo, y Administración, Infraestructura y Servicios.

El Cuarto Militar constituye la representación de honor de la institución militar, al servicio inmediato de Su Majestad, dentro de la Casa del Rey. Está formado por el jefe del Cuarto Militar (un oficial general en situación administrativa de servicio activo, nombrado siguiendo un turno de rotación —iniciado con el Real Decreto 44/1983, de 12 de enero— entre los tres ejércitos, que será primer ayudante de Su Majestad y del que dependerá a todos los efectos la Guardia Real, por delegación del jefe de la Casa), los ayudantes de campo del rey, los ayudantes de campo que se designen a la princesa de Asturias y un gabinete. Por su parte, la Guardia Real —que está constituida por una jefatura y por las unidades y servicios correspondientes— tiene como

cometidos esenciales proporcionar el servicio de guardia militar, rendir honores y dar escoltas solemnes al rey y a los miembros de la Familia Real que se determinen, así como a los jefes de Estado extranjeros cuando así se ordene; también le corresponde prestar atención sanitaria permanente a los miembros de la Familia Real en su residencia oficial y en las actividades que se determinen por la Jefatura de la Casa.

De acuerdo con el Real Decreto 434/1988, el personal de la Casa del Rey puede ser de las siguientes clases: de alta dirección, de dirección, funcionarios de carrera (del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales), funcionarios eventuales y personal laboral.

El personal de alta dirección y de dirección, junto con aquel otro que en lo sucesivo se considere como tal, será nombrado por real decreto. Tienen la consideración de personal de alta dirección el jefe de la Casa, el secretario general y el jefe del Cuarto Militar. Estos cargos están asimilados, respectivamente, a los ministros, secretarios de Estado y subsecretarios. Por su parte, tienen la consideración de personal de dirección el consejero diplomático, el interventor y los jefes titulares de las siguientes unidades de la Secretaría General: Gabinete de Planificación y Coordinación, Secretaría de Su Majestad la Reina, Servicio de Seguridad, Comunicación, Protocolo, y Administración, Infraestructura y Servicios. El personal de dirección, en sus relaciones con los órganos de la Administración del Estado e instituciones, se equipara a los directores generales. El personal de alta dirección y de dirección debe presentar una declaración de bienes y derechos patrimoniales al ser nombrado y al cesar. El régimen de conflictos de intereses y de incompatibilidades del personal de alta dirección y de dirección es el vigente para los altos cargos de la Administración General del Estado.

El Real Decreto 434/1988 contiene, asimismo, diversas previsiones sobre el régimen del personal funcionario y laboral de la Casa del Rey. En concreto, se establece que, en la relación de puestos de trabajo del Ministerio de la Presidencia, figurará (como apéndice) una relación de puestos de trabajo de carácter no militar dependientes de la Casa del Rey, que se confeccionará con los mismos criterios que se siguen en la Administración del Estado. Cuando un funcionario —civil o militar— pase a prestar servicio en la Casa del Rey en uno de los puestos de trabajo de dicha relación, causará baja en el puesto donde esté destinado y alta en el Ministerio de la Presidencia. También se dispone que el personal militar en activo destinado en la Casa del Rey cumplirá, a todos los efectos, las mismas condiciones que los destinados en el

cuartel general de su respectivo ejército. Por su parte, a los funcionarios eventuales les será de aplicación el régimen jurídico previsto para el personal eventual en la Administración del Estado, mientras que el personal laboral se regirá por la legislación laboral correspondiente. Finalmente, se precisa que el personal civil y militar de la Casa del Rey está sometido a la normativa de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

El personal de alta dirección, el personal de dirección y el personal laboral percibirán sus retribuciones con cargo a la dotación que, para el mantenimiento de la Casa del Rey, figure en los Presupuestos Generales del Estado conforme al art. 65.1 CE. Los funcionarios de carrera (del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales) y el personal eventual percibirán sus retribuciones por el Ministerio de la Presidencia.

La distinción entre un personal directivo —de alta dirección, en un principio, pero también de dirección, tras el Real Decreto 434/1988— y el resto del personal (funcionario o laboral) ya aparecía, como se verá a continuación, en los orígenes de la normativa reguladora de la Casa del Rey y ha sido una constante desde entonces. De hecho, puede decirse que la problemática constitucional del refrendo en el nombramiento y relevo de los miembros de la Casa del Rey se ha planteado, sobre todo, respecto al personal directivo. Las sucesivas normas que han regulado la organización de la Casa del Rey han establecido que el personal de alta dirección y de dirección debe nombrarse por real decreto y le han otorgado la consideración o asimilación de alto cargo; es decir, sus titulares son designados discrecionalmente —"en el terreno del ámbito de confianza personal", por emplear de nuevo las palabras del profesor Alzaga Villaamil— para puestos del máximo nivel orgánico y funcional, bajo cuya dirección se sitúa jerárquicamente el resto del personal de la Casa del Rey. Por ello, el nombramiento de los titulares de los cargos de alta dirección y de dirección implica una auténtica responsabilidad (*in eligendo*) para quien los elige "libremente", que el refrendo vendría a cubrir. En cambio, el refrendo tiene, tal vez, una menor significación en el nombramiento del personal funcionario y laboral, porque esta designación —que, en teoría, también es libre (art. 65.2 CE)— está condicionada por la necesidad de observar importantes aspectos reglados del puesto de que se trate (cuerpo, escala, grado o empleo, exigencia de determinada cualificación o especialización…) y, además, en dicho proceso hay una cierta intervención ministerial (como puede ser la inclusión del personal civil en la relación de

puestos de trabajo del Ministerio de la Presidencia o la publicación de los destinos del personal militar en el boletín oficial del Ministerio de Defensa).

3. UN EXAMEN DE LA REGULACIÓN DEL NOMBRAMIENTO Y RELEVO DE LOS MIEMBROS DE LA CASA DEL REY Y DE SU APLICACIÓN

La Casa de Su Majestad el Rey —que actualmente está regulada en el Real Decreto 434/1988, como ya se ha dicho— fue creada por el Real Decreto 2942/1975, de 25 de noviembre, dictado pocos días después de la proclamación de Juan Carlos I. Como justificación de esta breve norma, se exponía en su preámbulo que "el Gobierno considera necesario crear la Casa de Su Majestad el Rey y dotarla de los instrumentos que resulten convenientes para su adecuado funcionamiento". De acuerdo con el Real Decreto 2942/1975, la Casa del Rey estaba integrada por las Jefaturas de Protocolo, Cuarto Militar, Secretaría de Su Majestad e Intendencia de la Casa del Rey y Patrimonio, y a su frente habría un jefe de la Casa, del que dependerían directamente los jefes de las distintas unidades que la formaban (artículo 1). Con la creación de este organismo, desaparecían (tal como decía el artículo 2) las Casas Civil y Militar del Jefe del Estado —instituidas por Franco en 1939 mediante sendos decretos de 10 de octubre, que era expresamente derogado, y de 5 de septiembre— y la Casa del Príncipe, cuyos miembros se integrarían en el nuevo organismo, en cuanto fuera posible.

El Real Decreto 2942/1975 reguló, asimismo, la forma en que debían ser nombrados los cargos superiores de la Casa del Rey. Según disponía el artículo 1.2, el jefe de la Casa y los jefes de las distintas unidades que la formaban serían nombrados por decreto del rey con refrendo del presidente del Gobierno. Conforme a esta previsión, durante el siguiente mes de diciembre de 1975, fueron designados —mediante los correspondientes decretos, todos ellos refrendados por el presidente del Gobierno (Carlos Arias Navarro)— el jefe de la Casa (Real Decreto 3177/1975, de 2 de diciembre), el jefe del Cuarto Militar (Real Decreto 3178/1975, de 2 de diciembre), el jefe del Protocolo (Real Decreto 3360/1975, de 17 de diciembre) y el intendente general (Real Decreto 3361/1975, de 17 de diciembre)[6].

6 Las diversas personas nombradas para ocupar los cargos directivos de la recién creada Casa del

Medio año después de aprobarse el Real Decreto 2942/1975, se promulgó el Real Decreto-ley 6/1976, de 16 de junio, por el que se regulaba el régimen jurídico del personal al servicio de la Casa de Su Majestad el Rey. Su artículo 1 estableció que el personal —que calificó "de alta dirección"— al que se refería el artículo 1.2 del Real Decreto 2942/1975, así como aquel otro que en lo sucesivo se considerara como tal, sería nombrado por real decreto (sin hacer alusión al refrendo). No obstante, cuando se completó el organigrama superior de la Casa del Rey, con la designación del secretario general (Real Decreto 2904/1976, de 15 de diciembre) y con el destino de un diplomático a la Secretaría de la Casa (Real Decreto 1103/1977, de 20 de mayo), ambos nombramientos fueron refrendados —igual que los anteriores— por el presidente del Gobierno (Adolfo Suárez).

Debe observarse, asimismo, que no solo contaron con el refrendo presidencial los decretos de nombramiento, sino también los decretos de cese —no mencionados en el Real Decreto 2942/1975 ni en el Real Decreto-ley 6/1976— del personal de alta dirección de la Casa del Rey que se expidieron en este período, por haber pasado sus titulares a una situación administrativa distinta o a ocupar otro destino. Tales decretos fueron los relativos al jefe del Cuarto Militar (Real Decreto 31/1977, de 12 de enero) y al secretario general (Real Decreto 2697/1977, de 29 de octubre), así como al diplomático que había sido destinado meses antes a la Secretaría de la Casa (Real Decreto 2698/1977, de 29 de octubre). Los nombramientos posteriores del jefe del Cuarto Militar (Real Decreto 32/1977, de 12 de enero) y del secretario general (Real Decreto 2699/1977, de 31 de octubre) fueron hechos, igualmente, con el refrendo del presidente del Gobierno.

El Real Decreto-ley 6/1976 también estableció que, además del citado personal de alta dirección, el personal de la Casa del Rey podía ser de las siguientes clases: funcionarios de carrera de la Administración Civil, de Justicia y Militar del Estado o de sus organismos autónomos; funcionarios eventuales de características especiales; y personal laboral. El nombramiento y separación de los funcionarios de carrera de la Administración Civil, de Justicia y Militar del Estado o de sus organismos autónomos que pasaran a prestar servicios en la Casa del Rey se efectuaría por la Presidencia de

Rey procedían de las antiguas Casas Civil y Militar del Jefe del Estado y de la Casa del Príncipe.

Gobierno, a propuesta del jefe de la Casa, formulada a través del departamento correspondiente. Todo el personal militar que pasara a prestar servicios en la Casa del Rey permanecería en la situación de plantilla en el departamento de procedencia. Los funcionarios eventuales, por su parte, serían nombrados y separados libremente por el jefe de la Casa. Finalmente, se disponía que al personal laboral le sería de aplicación la legislación laboral correspondiente, y su nombramiento se haría con cargo a los créditos globales autorizados a tal efecto. Por lo tanto, parece que, ya desde los orígenes de la regulación de la Casa del Rey, se estaba distinguiendo entre el nombramiento de un personal de carácter directivo —que debía hacerse por real decreto— y el del resto del personal (funcionario y laboral).

La Constitución de 1978, en su artículo 65, reconoció expresamente la institución de la Casa del Rey y estableció algunas normas fundamentales sobre su gobierno, con una referencia especial al régimen de nombramiento de su personal (Díez-Picazo Giménez, 1982: 117-118). Poco después de promulgarse la Constitución, se aprobó el Real Decreto 310/1979, de 13 de febrero, por el que se reorganizaba la Casa de Su Majestad el Rey. La motivación de esta norma se exponía así en su preámbulo: "Creada la Casa de Su Majestad el Rey por Real Decreto 2942/1975, de 25 de noviembre, en términos muy sucintos por la necesidad de dotar con gran urgencia al monarca, entonces recientemente proclamado, de un instrumento administrativo que le permitiese disponer del imprescindible apoyo para el ejercicio de sus funciones de jefe del Estado, parece llegado el momento de regular con algún mayor pormenor tal institución, una vez que el artículo sesenta y cinco del texto constitucional se refiere a ella de una manera explícita, configurándola como lo que podría denominarse Gabinete Real, y excluyendo por ello de la norma general de refrendo las designaciones de su personal civil y militar"[7].

El artículo 2 del Real Decreto 310/1979 determinó la estructura de la Casa del Rey, que estaba constituida por la Jefatura, el Cuarto Militar, la

7 A modo de justificación, el preámbulo también destacaba que "se recurre a la vía del real decreto para efectuar esta reorganización por ser este tipo de norma la que articulaba la estructura de la Casa de Su Majestad hasta este momento, y en cuanto que en alguna medida queden afectadas otras instituciones, dejando sin embargo muy claro que en lo sucesivo, y por el propio imperativo constitucional, las ulteriores reorganizaciones serán plenamente libres para el rey, siempre que no afecte a la administración pública".

Secretaría General, la Guardia Real y el Servicio de Seguridad. El mismo precepto —tras reiterar la previsión constitucional de que todos los miembros, civiles y militares, de la Casa de Su Majestad son nombrados y relevados libremente por el rey— dispuso que la consideración de personal de alta dirección, a los efectos procedentes en derecho, se referiría solo a quienes ostentaran los cargos de jefe de la Casa, jefe del Cuarto Militar y secretario general. En relación con el jefe de la Casa, se establecía que dependerían directamente de él los jefes del Cuarto Militar, de la Secretaría General, de la Guardia Real y del Servicio de Seguridad (artículo 3.2). También debe señalarse la disposición transitoria segunda, que autorizó al jefe de la Casa para proponer o realizar el oportuno escalonamiento de los ceses y nombramientos de personal que se dedujeran de la nueva organización establecida en el real decreto, en la medida gradual que lo fuera exigiendo el servicio de Su Majestad.

El Real Decreto 310/1979, a diferencia del Real Decreto 2942/1975, no estableció que el personal de alta dirección debiera ser nombrado por real decreto —como también prescribía el Real Decreto-ley 6/1976— ni que tal designación tuviera que contar con el refrendo del presidente del Gobierno. Antes bien, cabe recordar que su preámbulo decía que el art. 65 CE se refiere a la Casa del Rey "de una manera explícita, configurándola como lo que podría denominarse Gabinete Real, y excluyendo por ello de la norma general de refrendo las designaciones de su personal civil y militar". Sin embargo, los nombramientos y ceses del personal de alta dirección de la Casa del Rey llevados a cabo durante la vigencia del Real Decreto 310/1979 —que afectaron únicamente a la Jefatura del Cuarto Militar, puesto que el relevo de la Jefatura de la Casa y de la Secretaría General no se produjeron hasta el año 1990, cuando ya se había aprobado el Real Decreto 434/1988— tuvieron lugar mediante reales decretos que fueron refrendados por el presidente del Gobierno[8].

La reorganización llevada a cabo por el Real Decreto 310/1979 tuvo una especial incidencia en la estructura de la Secretaría General, que resultó

8 Reales Decretos 43/1983 y 44/1983, de 12 de enero; 3127/1983, de 20 de diciembre; 272/1985 y 273/1985, de 8 de marzo; 2297/1986, de 31 de octubre; 2375/1986. de 12 de noviembre; 1690/1987 y 1691/1987, de 30 de diciembre.

fortalecida en comparación con el régimen anterior de la Casa del Rey. De la Secretaría General pasaban a depender ahora, expresamente, el protocolo, la intendencia y las relaciones con los medios de comunicación, así como los servicios que tramitaban el derecho de petición (artículo 5.3). De este modo, las jefaturas de Protocolo y de Intendencia, que el Real Decreto 2942/1975 había configurado como unidades integrantes de la Casa del Rey, quedaban encuadradas en la Secretaría General. Fruto de esta reestructuración, y en virtud de la autorización al jefe de la Casa —prevista en la disposición transitoria segunda del Real Decreto 310/1979— "para proponer o realizar el oportuno escalonamiento de los ceses y nombramientos de personal que se dedujeran de la nueva organización establecida", se aprobaron los Reales Decretos 224/1980 y 225/1980, de 30 de enero, por los que se disponía el cese respectivo del intendente general y del jefe de Protocolo de la Casa del Rey. Ambos decretos se dictaron a propuesta del jefe de la Casa y —lo que es verdaderamente relevante— fueron firmados únicamente por el rey, sin que en ellos figurara ningún refrendo.

Con la reestructuración operada por el Real Decreto 310/1979, los citados cargos de intendente general y de jefe de Protocolo dejaron, pues, de tener la consideración de alta dirección. Este cambio tenía una importante consecuencia en el modo de designarlos, porque ya no quedaban comprendidos en el ámbito de aplicación de las disposiciones preexistentes —en particular, del Real Decreto-ley 6/1976— que exigían nombrar por real decreto al personal de alta dirección, como tampoco lo estaban los demás cargos previstos en el Real Decreto 310/1979 que no tuvieran ese carácter (en concreto, los jefes del Servicio de Seguridad y de Relaciones con los Medios de Comunicación). A su vez, la forma que revistiera el nombramiento de estos cargos podía repercutir en el importante aspecto de la publicidad del acto, ya que parece claro que una designación adoptada por real decreto implicaba su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, mientras que esta no resultaba garantizada si el nombramiento se llevaba a cabo de otro modo.

De hecho, las designaciones de los titulares de órganos y unidades de la Casa del Rey que no tenían la consideración de alta dirección según el Real Decreto 310/1979 no se publicaron en el *Boletín Oficial del Estado* (con la excepción del nombramiento de un nuevo jefe del Servicio de Seguridad en 1987). Así, no aparecen publicadas las designaciones de los jefes de Intendencia y de Protocolo aprobadas en 1980 en sustitución de los que

acababan de cesar a consecuencia de la reorganización de la Casa del Rey, ni el nombramiento de un nuevo jefe de Protocolo en 1983 tras el fallecimiento del que había sido investido tres años antes. Tampoco constan publicados, después de aprobarse el Real Decreto 310/1979, los nombramientos de los jefes del Servicio de Seguridad y de Relaciones con los Medios de Comunicación, que eran dos unidades formalmente de nueva planta, pero que ya estaban dotadas de titular en la práctica. También carecían de publicación los nombramientos de los miembros de las unidades de la Secretaría General que se fueron creando o formalizando al amparo de los artículos 5.3 y 10 del Real Decreto 310/1979 (como la Jefatura de Actividades y Programas o la Jefatura del Centro de Comunicaciones e Informática). La única excepción hallada en el *Boletín Oficial del Estado* es —como se ha dicho— la referencia al nombramiento del jefe del Servicio de Seguridad en 1987. Ahora bien, no se trata de un real decreto, sino de una Orden del Ministerio del Interior de 21 de octubre de ese año, por la que el ministro ponía en conocimiento de los órganos directivos del departamento el nombramiento —efectuado por "Su Majestad el Rey, en virtud de lo dispuesto en el artículo 65.2 de la Constitución Española", y comunicado al ministro por el jefe de la Casa del Rey— de un teniente coronel de la Guardia Civil como jefe del Servicio de Seguridad[9].

La estructura potenciada que había ido adquiriendo la Secretaría General a partir del Real Decreto 310/1979 quedó plasmada normativamente mediante el Real Decreto 1677/1987, de 30 de diciembre, de reorganización de la Casa de Su Majestad el Rey (Díaz-González, 1998-1999: 225-226). Según decía el preámbulo del Real Decreto 1677/1987, esta norma se dictó con la finalidad de actualizar la organización de la Casa del Rey para conseguir una mayor eficacia funcional, aprovechando la experiencia obtenida desde la vigencia del Real Decreto 310/1979, por lo que era "conveniente llevar a cabo una revisión del mismo, como primer paso para realizar una próxima reestructuración más amplia y detallada". Entre otros cambios operados por el Real Decreto 1677/1987, el secretario general pasó a ser el segundo jefe de la Casa del Rey —el Real Decreto 310/1979 había establecido que, en ausencia del jefe de la Casa, su sustituto sería el jefe del Cuarto Militar— y le correspondía la coordinación de todos los servicios de la Casa, incluido el de Seguridad. Asimismo, la Secretaría General quedaba estructurada en las unidades de

9 *BOE* núm. 263, de 3 de noviembre de 1987.

Secretaría de Despacho, Actividades y Programas, Relaciones con los Medios de Comunicación, Protocolo, Intendencia y Centro de Comunicaciones, y también se integraban en ella el Archivo General de la Casa y la Secretaría de Su Majestad la Reina. Esta composición de la Secretaría General sería reproducida, poco después, en el Real Decreto 434/1988.

La "próxima reestructuración más amplia y detallada" de la Casa del Rey que anunciaba el preámbulo del Real Decreto 1677/1987 tendría lugar, en efecto, con el Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo. A continuación, se exponen los contenidos más destacables de esta norma —que derogó expresamente el Real Decreto 310/1979— a los fines del presente estudio.

El artículo 2 del Real Decreto 434/1988 estableció que la Casa del Rey estaría constituida por Jefatura, Secretaría General, Cuarto Militar y Guardia Real, y Servicio de Seguridad. El artículo 4.3 dispuso —como ya había hecho el Real Decreto 1677/1987—que la Secretaria General se estructuraba en las unidades de Secretaría de Despacho, Actividades y Programas, Relaciones con los Medios de Comunicación, Protocolo, Intendencia y Centro de Comunicaciones e Informática, y que se integraban en ella el Registro y Archivo General de la Casa y la Secretaría de Su Majestad la Reina; asimismo, previó que pudieran agruparse dos o más unidades bajo una misma jefatura de nivel superior, cuando las circunstancias lo aconsejaran. El artículo 8 determinó que el personal de la Casa del Rey podría ser de las siguientes clases: de alta dirección, de dirección, funcionarios (de diverso orden) o personal laboral. El artículo 9 señaló los cargos que tenían la consideración de personal de alta dirección (condición que solo se reconocía a quienes ocuparan la Jefatura de la Casa, la Secretaría General y la Jefatura del Cuarto Militar) y de dirección (los titulares de las unidades de Secretaría de Despacho, Actividades y Programas, Relaciones con los Medios de Comunicación, Protocolo, Intendencia y Centro de Comunicaciones e Informática —pertenecientes a la Secretaría General— y de la Jefatura de Seguridad). También estableció que el personal de alta dirección y de dirección, así como aquel otro que pasara a recibir tal consideración, sería nombrado por real decreto. El artículo 10.1 indicó que todos los miembros civiles y militares de la Casa del Rey serían nombrados y relevados libremente por Su Majestad, a tenor de lo dispuesto en el art. 65.2 CE. Por último, el artículo 14 estableció que, en lo sucesivo, cualquier modificación de la Casa del Rey que no afectara a la administración pública sería resuelta libremente

por Su Majestad (ya directamente, ya en su nombre por el jefe de la Casa), en virtud de lo previsto en el art. 65 CE.

El Real Decreto 434/1988 ha sido objeto de sucesivas reformas. Por lo que aquí interesa, estas modificaciones han incidido en la estructura básica inicial de la Casa del Rey y, en concreto, han añadido, suprimido o reasignado órganos de dirección en la Jefatura de la Casa o en la Secretaría General. Los cambios orgánicos más significativos son los siguientes. En primer lugar, el Servicio de Seguridad —que tanto el Real Decreto 310/1979 como el Real Decreto 434/1988 original habían configurado como uno de los órganos constitutivos de la Casa del Rey— pasó a estar encuadrado en la Secretaría General en virtud del Real Decreto 999/2010, de 5 de agosto (si bien ya había sido integrado en ella por una resolución del jefe de la Casa de abril de 1996). En segundo lugar, se crearon nuevos órganos de dirección en la Jefatura de la Casa: la Oficina, añadida por el Real Decreto 657/1990, de 25 de mayo (que luego sería eliminada por el Real Decreto 999/2010); la Intervención, incorporada normativamente mediante el Real Decreto 999/2010, aunque creada tres años antes por resolución del jefe de la Casa de mayo de 2007; y la Consejería Diplomática, adicionada por el Real Decreto 547/2014, de 27 de junio (posteriormente, el Real Decreto 297/2022, de 26 de abril, estableció que tanto el interventor como el consejero diplomático deben ser funcionarios del cuerpo respectivo de la Administración General del Estado). En tercer lugar, la estructura de la Secretaría General creció con varios órganos de dirección nuevos que el Real Decreto 999/2010 integró en el Decreto 434/1988, pero que ya habían sido instituidos años antes por diversas resoluciones del jefe de la Casa: la Secretaría del Príncipe de Asturias, creada en noviembre de 1995 (y después suprimida por el Real Decreto 547/2014); el Gabinete de Planificación y Coordinación, creado en abril de 1996, en el cual se agruparon las unidades de Secretaría de Despacho y de Actividades y Programas; y la Jefatura de Administración, Infraestructura y Servicios, creada en diciembre de 2006, que integró la Intendencia y el Centro de Comunicaciones e Informática. El Real Decreto 999/2010 también incluyó la Secretaría de la Reina entre los órganos de dirección de la Secretaría General, si bien ya antes se le había dado esta relevancia dentro de la estructura de la Casa (como se expuso en el Real Decreto 653/1996, de 18 de abril, por el que se nombró su jefe). Asimismo, la Secretaría General contó, temporalmente, con la Secretaría del Rey don Juan Carlos (creada por el Real Decreto 547/2014 y suprimida por el Real Decreto 372/2019, de 7 de junio). Finalmente, la unidad de

Relaciones con los Medios de Comunicación pasó a denominarse unidad de Comunicación por resolución del jefe de la Casa de febrero de 2012, cambio que sería recogido después en el Real Decreto 547/2014.

Conforme al Real Decreto 434/1988, los titulares de los órganos y unidades superiores de la Casa del Rey tienen, pues, la consideración de personal de alta dirección o de dirección y deben ser nombrados por real decreto. No dice el Real Decreto 434/1988 si estas designaciones han de ser refrendadas, aunque sí precisa que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 65.2 CE, todos los miembros civiles y militares de la Casa del Rey son nombrados y relevados libremente por Su Majestad. No obstante, como ya se hizo durante la vigencia del Real Decreto 310/1979 con el personal de alta dirección (en concreto, con los jefes del Cuarto Militar), la práctica seguida tras la aprobación del Real Decreto 434/1988 ha sido la de someter al refrendo del presidente del Gobierno los reales decretos de nombramiento —y de cese— de los puestos de alta dirección y de dirección de la Casa del Rey enumerados en dicha norma, así como los que posteriormente han recibido tal consideración.

De este modo, por lo que se refiere al personal de alta dirección nombrado tras entrar en vigor el Real Decreto 434/1988, mediante los Reales Decretos 67/1990 y 68/1990, de 19 de enero, se dispuso el cese del jefe de la Casa y del secretario general (que llevaban en el puesto desde 1975 y 1977, respectivamente), y por los Reales Decretos 69/1990 y 70/1990, de la misma fecha, se designaron los nuevos titulares de dichos cargos. Por su parte, el cese y el nombramiento del jefe del Cuarto Militar se llevaron a cabo con los Reales Decretos 1491/1990 y 1492/1990, de 16 de noviembre. Estos reales decretos de nombramiento y cese del personal de alta dirección fueron refrendados por el presidente del Gobierno, como también lo han sido todos los dictados posteriormente hasta la fecha.

Respecto al personal de dirección (categoría introducida por el Real Decreto 434/1988), los reales decretos de nombramiento y cese expedidos tras la aprobación de esta norma también han contado siempre —salvo las excepciones de 2025, a las que nos referiremos en el último epígrafe— con el refrendo del presidente del Gobierno. De hecho, incluso se nombró mediante real decreto refrendado por el presidente del Gobierno el personal de dirección previsto en el Real Decreto 434/1988 que, al entrar este en vigor, ya venía

desempeñando —en algunos casos, desde los mismos inicios de la Casa del Rey— las funciones correspondientes (Real Decreto 1441/1988, de 2 de diciembre). De igual modo, se han nombrado por real decreto con refrendo del presidente del Gobierno los diversos cargos directivos creados por resoluciones del jefe de la Casa del Rey (en uso de las facultades de organización reconocidas en el artículo 14 del Real Decreto 434/1988), pero no incluidos en esta norma hasta que ha sido reformada años después. Así, como se ha visto, el Real Decreto 999/2010 añadió diversos cargos de dirección en la Jefatura de la Casa y en la Secretaría General, pero estos puestos habían sido instituidos tiempo atrás por resoluciones internas de la Casa del Rey y sus titulares ya habían sido nombrados entonces por real decreto refrendado por el presidente del Gobierno (por ejemplo, el jefe de la Secretaría del Príncipe de Asturias fue nombrado por el Real Decreto 1946/1995, de 1 de diciembre; el jefe de la Secretaría de la Reina fue designado por el Real Decreto 653/1996, de 18 de abril —aunque ya venía desempeñando dicha función desde 1991, cuando fue nombrado jefe de la Secretaría de Despacho por el Real Decreto 253/1991, de 27 de febrero—; y el interventor fue designado por el Real Decreto 1106/2007, de 24 de agosto).

4. UNA PRÁCTICA *EXTRA CONSTITUTIONEM* SEGUIDA DESDE EL INICIO: NOMBRAMIENTO Y RELEVO DE LOS MIEMBROS DE LA CASA DEL REY *CON REFRENDO*

Si la primera de las dos excepciones a la necesidad de refrendo previstas en el art. 65 CE (esto es, el acto íntimo y doméstico de distribuir "libremente" la cantidad global que el monarca recibe de los Presupuestos Generales del Estado para el sostenimiento de su Familia y Casa) no ha planteado ningún problema jurídico de enjundia, al ser un acto con efectos exclusivamente *ad intra* (siendo tan obvio que no precisa refrendo que la Constitución ni siquiera lo subraya expresamente), distinto ha sido el caso de la segunda excepción (nombrar y relevar "libremente" a los miembros civiles y militares de su Casa).

En efecto, a pesar de la expresa previsión de dicha excepción en la Norma Fundamental, se acaba de ver que el rey —posiblemente para evitarse la responsabilidad de elecciones equivocadas— decidió, desde los comienzos del régimen constitucional, que los reales decretos de nombramiento y relevo de los puestos directivos establecidos en la normativa reguladora de la estructura de su Casa fueran refrendados por el presidente del Gobierno (con

la excepción de los ceses del intendente general y del jefe de Protocolo en 1980, que eran consecuencia de la reforma llevada a cabo por el Real Decreto 310/1979 en la organización de la Casa del Rey aprobada antes de la Constitución). Decisión que, por cierto, ni el monarca, ni la Casa Real, ni el presidente del Gobierno nunca llegaron a anunciar ni mucho menos explicar o justificar. En 2018, Fernández-Fontecha Torres (2018: 1657) escribía que, las últimas décadas, "han formalizado una práctica constitucional en la que el rey ejerce su competencia de firma sometido al refrendo, incluso en aquellos casos en que la regulación de su propia Casa le permite en principio hacerlo solo". Los profesores De Esteban y González-Trevijano (1994: 85), en coherencia con su opinión de que la excepción que introduce el art. 65.2 CE es inconstitucional, celebran que la "lógica" se haya "acabado imponiendo en la práctica", de modo que la decisión del rey en lo que se refiere a los nombramientos de miembros de su Casa ha sido refrendada por el presidente del Gobierno. El profesor Torres del Moral (1998: 534), califica esta práctica de "afortunada". Con análogo criterio, el profesor Torres Muro (2009: 58-59) afirma que se trata de una extensión del refrendo que parece oportuna, deseable y prudente, dada la relevancia constitucional de esos actos. Comparte también esta opinión el profesor Belda Pérez-Pedrero (2015: 167), para quien los nombramientos de los miembros de la Casa del Rey revisten una notoriedad pública de primer orden, entre otras razones porque se encargan de "gestionar la concreción de las competencias constitucionales que, sin excepción, demandan de un refrendo, por lo cual, a la ya evidente naturaleza jurídico-pública de su actuación, ha de sumarse la finalidad práctica de encontrar, al frente de las decisiones, a personas aceptables, en términos de gestión, para el Gobierno". En un sentido análogo, el profesor Teruel Lozano (2024: 139 y 143) entiende que, aunque el refrendo no sea constitucionalmente necesario para estos actos, su exigencia es coherente con una adecuada comprensión y con la lógica de la monarquía parlamentaria —como así viene ocurriendo en la práctica—, para poder exigir responsabilidad a algún poder sobre las decisiones adoptadas. La profesora Gómez Sánchez (2024: 1048) afirma que "el rey Juan Carlos introdujo la práctica de someter a refrendo sus propuestas de nombramiento de jefe de su Casa, manifestando que dicha Jefatura tenía relevancia suficiente para que el Ejecutivo participara en la designación de su titular". Además, el fallido golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 puso de manifiesto, negro sobre blanco, lo acertado de dicha decisión, pues en dicha intentona estuvo directamente implicado el general Alfonso Armada, que había sido —por voluntad expresa del monarca, en contra del parecer del presidente

Adolfo Suárez— secretario general de la Casa de Su Majestad el Rey durante los años 1976 y 1977 (Oliver Araujo, 2010: 55). Refiriéndose, sin duda, al mismo suceso, el profesor Torres del Moral (1998: 534) afirma que "parece fuera de duda, y desgraciados acontecimientos lo pusieron a la luz, que no es políticamente irrelevante la composición civil y militar de la Casa del Rey".

Buscando un fundamento jurídico a los refrendos de los nombramientos y ceses de los miembros civiles y militares de la Casa del Rey, y contestando a los autores que consideraban inconstitucional esta práctica no prevista en la Constitución, la profesora Gómez Sánchez (2024: 1048) señaló que "el ámbito de discrecionalidad que la Constitución reconoce al rey no representa una obligación para el monarca, como erróneamente se ha señalado, ni supone ningún vicio de inconstitucionalidad formal el que dichos nombramientos sean formalizados por real decreto y refrendados por el presidente del Gobierno". Y añadió: "Lo establecido en el artículo 65 CE representa, sin duda, una excepción a la necesidad de que todos los actos del rey o reina sean refrendados para su validez (art. 64, en relación con el art. 56.3 CE), pero no implican la invalidez de dichos actos por incorporar a ellos el refrendo". De forma lacónica, el profesor Torres del Moral (1998: 533) subrayó que estos actos no están necesitados de la contrafirma, pero su "refrendo tampoco está vedado constitucionalmente".

Esta práctica constitucional, consistente en que el presidente del Gobierno refrendara los principales nombramientos de la Casa del Rey (aunque la Constitución no lo exigía), se consolidó firmemente. De este modo, tras casi cinco décadas siguiéndose de forma inalterada esta práctica, una parte de la doctrina entendió que se había producido una *mutación constitucional*[10], por

10 Los textos constitucionales son redactados en un concreto momento histórico y, a lo sumo, pueden regular la realidad socio-política existente al tiempo de su aparición. Las causas que pueden convertir una Constitución en un texto anacrónico e insatisfactorio pueden ser de dos tipos: razones socio-políticas, es decir, transformaciones en las condiciones imperantes en un Estado (cambio en las concepciones ideológicas, en el reparto de la riqueza, en la estratificación social, etc.); y razones de orden técnico, que se concretan básicamente en la aparición de lagunas e imperfecciones no detectadas por el legislador constituyente y que el dinamismo constitucional se encargó de poner de relieve. Este ajuste de la Constitución a la nueva realidad socio-política o técnica puede operarse por dos vías distintas: mediante la reforma constitucional que implica un cambio en el texto escrito; o mediante la mutación constitucional que supone una reforma tácita (López Guerra, 1979-1980: 19-25). La *reforma constitucional*, como es sabido, consiste en añadir, suprimir o modificar uno o

la cual el monarca, en la práctica, había perdido la plena libertad de elección y cese de los miembros de su Casa y, simultáneamente, había trasladado la responsabilidad política y jurídica de dichos actos al jefe del Ejecutivo. Con palabras que no dejaban margen a la duda, la profesora Gómez Sánchez (2024: 1048-1049) se refería a la "*práctica ya irreversible* del nombramiento con refrendo de los cargos más relevantes dentro de la Casa". Incluso dicha autora dio un paso más. En concreto, la catedrática emérita de la UNED y antigua directora del CEPC defendió la conveniencia de elevar a rango constitucional esta práctica en una futura reforma de la Carta Magna, para lo cual proponía la siguiente redacción del futuro art. 65.2: "El rey o reina nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa, salvo el nombramiento del jefe de la Casa de S.M. el Rey o Reina y del resto del personal de alta dirección y dirección, que será nombrado por real decreto, con el refrendo previsto en el artículo 64 de la Constitución".

5. UNA SORPRENDENTE VUELTA ATRÁS (2025): LA DESAPARICIÓN DEL REFRENDO EN EL NOMBRAMIENTO Y RELEVO DE LOS MIEMBROS DE LA CASA DEL REY. POSIBLES EXPLICACIONES

Tal era la situación fáctica, y así lo recogían destacados manuales de la asignatura y relevantes monografías, hasta el 30 de agosto de 2025. Fecha en la cual el *Boletín Oficial del Estado* (núm. 209) nos sorprendió con los nombramientos y ceses*, sin refrendo*, de los siguientes altos cargos vinculados con la Casa del Rey: nombramientos de directora de Comunicación de la Secretaría General de la Casa de Su Majestad el Rey a doña Rosa Lerchundi Ariceta (Real Decreto 747/2025, de 29 de agosto), y de jefa de la Secretaría de Su Majestad la Reina a doña Marta Carazo Sebastián (Real Decreto

varios preceptos en la Constitución. La reforma constitucional ofrece un cierto parecido con una intervención quirúrgica en un organismo vivo, lo que aconseja acudir a ella solo cuando es imprescindible y siempre con gran prudencia (Loewenstein, 1976: 199). Por su parte, la *mutación constitucional* supone un cambio en la configuración del poder político, en los derechos reconocidos o en los mecanismos institucionales permaneciendo inalterado el texto escrito de la Constitución. El sistema constitucional puede alterarse radicalmente, sin tocar la letra de la Norma Fundamental, por obra de las leyes ordinarias, de las convenciones, de la interpretación jurisprudencial, de los usos constitucionales, de las reglas de la cortesía constitucional, etc. La mutación constitucional, en mayor o menor medida, se da en todos los Estados y, a través de un proceso lento, a veces insensible, puede transformar sustancialmente la fisonomía política de un Estado.

746/2025, de 29 de agosto); y ceses de don Jordi Gutiérrez Roldán como director de Comunicación de la Secretaría General de la Casa de Su Majestad el Rey (Real Decreto 745/2025, de 29 de agosto), y de doña María Dolores Ocaña Madrid como jefa de la Secretaría de Su Majestad la Reina (Real Decreto 744/2025, de 29 de agosto). Como decimos, dichos nombramientos y ceses se publicaron *sin refrendo*, lo que sorprendía aún más si se tenía presente que las dos personas ahora cesadas de sus altos cargos habían sido nombradas en su día con el correspondiente refrendo regio[11].

La falta de refrendo de dichos nombramientos de personal directivo de la Casa del Rey, que rompe una práctica que se había mantenido inalterada desde el inicio del vigente régimen constitucional hasta finales del año 2024[12], fue para nosotros una sorpresa mayúscula, que nos ha llevado a intentar desentrañar —evidentemente, solo de forma intuitiva— los motivos de dicho cambio, ciertamente no menor, en los nombramientos de los cargos principales de la Casa del Rey. Para alterar una praxis política de más de cuarenta y cinco años, convertida ya para muchos autores (entre ellos, nosotros) en una verdadera mutación constitucional[13], debieron darse poderosos motivos, que

11 En concreto, el nombramiento de don Jordi Gutiérrez Roldán como director de Comunicación de la Secretaría General de la Casa de Su Majestad el Rey se había producido por el Real Decreto 546/2014, de 25 de junio, refrendado por doña Soraya Sáenz de Santamaría Antón, como presidenta del Gobierno en funciones (*BOE* núm. 155, de 26 de junio de 2014); y el nombramiento de doña María Dolores Ocaña Madrid como jefa de la Secretaría de Su Majestad la Reina se había formalizado en el Real Decreto 433/2024, de 29 de abril, refrendado por don Pedro Sánchez Pérez-Castejón, como presidente del Gobierno (*BOE* núm. 105, de 30 de abril de 2024).

12 Vid., en este sentido, como ejemplos más próximos, los Reales Decretos 1215/2024 y 1216/2024, de 29 de noviembre, por los que se nombraron, respectivamente, la secretaria general y la consejera diplomática de la Casa de Su Majestad, ambos con el refrendo del presidente Pedro Sánchez.

13 El profesor Antonio Torres del Moral (2015: 165-168), en su teoría del Estado constitucional, distingue entre conceptos próximos, aunque claramente diferenciables: reforma, supresión, suspensión, quebrantamiento, destrucción y mutación de la constitución. Utiliza el término *reforma* para los cambios en el texto constitucional que se han llevado a cabo siguiendo el procedimiento previsto en el mismo. Habla de *supresión* cuando el cambio de la Constitución es total y también se ha seguido el procedimiento establecido para ello (la CE de 1978, con dudoso acierto, se refiere a estos supuestos con la palabra "revisión"). La *suspensión* constitucional se produce cuando uno o varios preceptos de la Carta Magna temporalmente dejan de aplicarse (por ejemplo, durante la vigencia de los estados excepcionales). Se refiere al *quebrantamiento* para el supuesto de "violación ocasional de la Constitución", sin alterar su eficacia para el futuro. La *destrucción* de la Constitución se produce cuando estamos ante una alteración total de la misma y "un cambio del propio poder constituyente". Por último, el catedrático emérito de la UNED enseña que la *mutación* se produce

lamentablemente no han sido explicados. En efecto, los cuatro Reales Decretos sin refrendo del 30 de agosto de 2025 (dos de nombramiento y dos de cese) se limitan, literalmente, a reiterar que: "En virtud de lo prevenido en el artículo 65, apartado 2, de la Constitución, y conforme a lo dispuesto en los artículos 10.1 y 9.3 del Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, vengo *[en nombrar o en disponer el cese]*…". Por tanto, ahora, el rey Felipe VI ha asumido, en primera persona y sin la salvaguarda refrendaria, las consecuencias de los nombramientos y ceses que efectúa sin refrendo. Una senda que se nos antoja harto peligrosa, sobre todo para el propio monarca.

Siguiendo un proceso mental lógico, podemos pensar en una de las siguientes causas de este cambio de criterio (lo que hemos venido en denominar *la mutación de la mutación*):

– *Primera*: Es posible que el rey, ante la crispación política que actualmente emponzoña terriblemente nuestra democracia (que trae su causa última en la situación de extrema debilidad parlamentaria que aqueja al Gobierno durante toda esta legislatura y en las causas judiciales que, de uno u otro modo, afectan al entorno personal y político de su presidente), considerase conveniente, para salvaguardar el prestigio de la Corona, hacer una lectura literal de los artículos 56.3 y 65.2 CE, que le facultan indubitadamente a nombrar y relevar "libremente a los miembros civiles y militares de su Casa" (para ello, sin embargo, reiteramos que tuvo que abandonar una práctica constitucional de casi cinco décadas).

– *Segunda*: También es posible que, ante la petición del rey al presidente del Gobierno para que, *como siempre*, le refrendase los nombramientos de los

cuando "el ordenamiento constitucional sufre alguna modificación en su vigencia y aplicación práctica sin que el texto escrito haya experimentado alteración alguna". Explica que estas mutaciones constitucionales pueden producirse de diversos modos: por una práctica política que se produce desviándose del texto escrito (v.g., el mandato imperativo de los partidos políticos a sus parlamentarios), por el desuso (v.g., el veto regio en las monarquías nórdicas europeas), la evolución de la jurisprudencia constitucional (v.g., el fabuloso poder del Tribunal Supremo norteamericano a través de la "*judicial review*"). Como concluye el profesor Torres del Moral, siguiendo a Konrad Hesse, "la reforma constitucional es realmente subsidiaria de la mutación: solo es necesaria cuando no hay posibilidad de adaptar el texto constitucional a la nueva situación mediante la mutación". Entre la bibliografía sobre esta última, entre otros, vid. Jellinek (1991), Calzada Conde (1988), Rollnert Liern (2014), Dau-Lin (1998) y Sánchez Urrutia (2000).

miembros directivos que deseaba incorporar a su Casa, este, con unos u otros argumentos, la rechazara. Motivos para esta negativa del jefe del Ejecutivo podrían ser varios, desde su voluntad de aparecer ante sus socios de investidura, ante los votantes de Sumar (que, tal vez, volverán a la "casa común de la izquierda" en un número significativo) y ante los actores internacionales progresistas con una posición cada vez más radical y republicana. Aparecer como antimonárquico, siempre tiene premio en un sector irredento de la izquierda socialista. También podría explicar esta negativa del presidente del Gobierno, además de evidentes diferencias personales con el rey, la creencia de que la inmensa mayoría de los monárquicos votan a la derecha y a la extrema derecha; por lo que debe mimar a su caladero de votos, que son los ciudadanos favorables a la república.

– *Tercera*: También cabe que coincidieran los intereses de ambos, es decir, que ninguno de los dos —el rey y el presidente del Gobierno— quisiera, por los motivos que acabamos de apuntar, aparecer cercano al otro, aunque fuera en algo tan formal como era la firma y el refrendo de unos reales decretos de nombramiento y cese de miembros al servicio de la Casa del Rey.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alzaga Villaamil, Ó. (1998). Las funciones del Rey. En Alzaga Villaamil, Ó., Gutiérrez Gutiérrez, I. y Rodríguez Zapata, J, *Derecho Político español según la Constitución de 1978* (vol. II, 293-321). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Alzaga Villaamil, Ó. (2016). *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Marcial Pons (segunda edición, idéntica a la primera publicada en 1978).

Belda Pérez-Pedrero, E. (2015). La evaluación y el control de los actos del rey, como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la Corona. *Revista Catalana de Dret Públic*, 51, 155-173.

Cáceres Crosa, G. (1934). *El refrendo ministerial*. Madrid: Universidad Central (Instituto Adolfo Posada).

Calzada Conde, R. (1988). Poder constituyente y mutación constitucional: especial referencia a la interpretación judicial. En *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución* (vol. II, 1095-1111). Madrid: Ministerio de Justicia.

Constant, B. (2013). *Una Constitución para la República de los Modernos. Fragmentos de una obra abandonada sobre la posibilidad de una Constitución Republicana en un gran país*. Madrid: Tecnos.

Cremades García, J. (1998). *La Casa de S.M. el Rey*. Madrid: Civitas.

Dau-Lin, H. (1998). *Mutación de la Constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.

De Esteban, J. y González-Trevijano, P. J. (1994). *Curso de Derecho Constitucional Español* (tomo III). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Díaz González, F. J. (1998-1999). El régimen jurídico de la Casa de Su Majestad el Rey don Juan Carlos I. *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá de Henares)*, 8, 213-234.

Díez-Picazo Giménez, L. M. (1982). El régimen jurídico de la Casa del Rey: un comentario al artículo 65 de la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 6, 115-140.

Fernández Segado, F. (1992). *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson.

Fernández-Fontecha Torres, M. (2018). Artículo 64. En Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española* (tomo I, 1653-1664). Madrid: Boletín Oficial del Estado - Ministerio de Justicia - Fundación Wolters Kluwer.

Fernández-Fontecha Torres, M. y Pérez de Armiñán y de la Serna, A. (1987). *La Monarquía y la Constitución*. Madrid: Fundación Agrupación Independiente del Senado 1977 - Editorial Civitas.

Gómez Sánchez, Y. (2024). Artículo 65. En Saiz Arnaiz. A. y Bustos Gisbert, R. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. En memoria de Pablo Pérez Tremps* (tomo I, 1040-1049). Valencia: Tirant lo Blanch.

González-Trevijano, P. J. (1998). *El refrendo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Herrero y Rodríguez de Miñón, M. (1997). Artículo 64: Refrendo de los actos reales. En Alzaga Villaamil. Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978* (tomo V, 279-308). Madrid: Edersa.

Jellinek, G. (1991). *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.

López Guerra, L. (1979-1980). *Apuntes de Derecho Político 1* (vol. II, 19-25). Cáceres: Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura.

López Guerra. L. (1982). La Corona. En De Esteban, J. y López Guerra, L. (dirs.), *El régimen constitucional español* (vol. II, 13-41). Barcelona: Labor.

López Guerra, L. (1995). Las funciones del Rey y la institución del refrendo. En Torres del Moral, A. y Gómez Sánchez. Y. (coords.), *Estudios sobre la Monarquía* (61-76). Madrid: UNED.

López Guerra, L. (2001). Las funciones del rey y la institución del refrendo. En Torres del Moral, A. (dir.), *Monarquía y Constitución* (vol. I, 389-402). Madrid: Colex.

Oliver Araujo, J. (2010). La reforma constitucional de la Corona (una propuesta radical y diez moderadas). *Revista de Derecho Político*, 77, 15-69.

Oliver Araujo, J. (2022). *Cuarenta años de monarquía en España, 1975-2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Porras Ramírez, J. M. (2000). El principio de irresponsabilidad regia y el instituto del refrendo. Apuntes para un estudio en clave histórica y jurídico positiva. En Torres del Moral, A. (dir.), *Monarquía y Constitución* (vol. I, 373-388). Madrid: Colex.

Rollnert Liern, G. (2014). La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, 125-155.

Ruiz Robledo. A. (2023). Mientras llega la extinción de la monarquía. *Teoría y Derecho*, 35, 166-187.

Sánchez Urrutia, A. V. (2000). Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58, 105-135.

Tajadura Tejada, J. (2023). La legitimidad funcional de la Corona como magistratura de *auctoritas* basada en la neutralidad y la ejemplaridad. *Teoría y Derecho*, 35, 189-209.

Teruel Lozano, G. (2024). La autonomía del rey en la Constitución del 78: alcance de sus funciones y el necesario equilibrio entre las voluntades regia y refrendante. *Revista de Derecho Político*, 120, 117-146.

Torres del Moral, A. (1998). *Principios de Derecho Constitucional español*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Torres del Moral, A. (2015). *Estado de Derecho y Democracia de Partidos. Una teoría del Estado constitucional contemporáneo*. Madrid: Universitats.

Torres Muro, I. (2009). Refrendo y monarquía. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 87, 43-70.

Vera Santos, J. M. (1998). El refrendo en la Constitución Española de 1978. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 89, 309-345

LAS FUNCIONES GENÉRICAS DEL MONARCA PARLAMENTARIO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

THE GENERIC FUNCTIONS OF THE PARLIAMENTARY MONARCH IN THE 1978 CONSTITUTION

Aitor Perlines Sánchez
Doctorando de la Escuela Internacional de Doctorado.
Universidad Rey Juan Carlos

Cómo citar/Citation
PERLINES SÁNCHEZ, Aitor. "Las funciones genéricas del monarca parlamentario en la Constitución de 1978", en Parlamento y Constitución. Anuario. Cortes de Castilla-La Mancha-UCLM, nº27, 2026.

https://doi.org/10.71206/rapc.421

Recibido: 20-02-2026
Aceptado: 30-07-2026

Resumen: El presente artículo se adentra en el análisis del elenco de funciones genéricas que tiene atribuidas el Rey en el artículo 56 de la Constitución de 1978 en su condición de monarca parlamentario. Se ha estructurado en tres partes claramente diferenciadas. Se inicia con el estudio de la definición de la forma política de monarquía parlamentaria del Estado español prevista en nuestra Norma Fundamental para, a continuación, examinar cada una de las cuatro funciones genéricas, simbólica, representativa, moderadora y arbitral y la forma en cómo son estas desempeñadas por el Jefe del Estado. Finalmente, se concluye este trabajo tratando de elucidar la manera en que dichas atribuciones definen la Corona como una institución que encarna la Jefatura del Estado dentro un sistema de democracia parlamentaria.

Palabras clave: monarca, parlamentario, constitución, funciones, simbólica, representativa, moderadora, arbitral.

Abstract: This article delves into the analysis of the set of generic functions assigned to the King in Article 56 of the 1978 Constitution in his capacity as a parliamentary monarch. It is structured into three clearly distinct parts. It begins with the study of the definition of the political form of parliamentary monarchy of the Spanish state as outlined in our Fundamental Law, and then examines each of the four generic functions symbolic, representative, moderating, and arbitrating and the way in which these are carried out by the Head

of State. Finally, this work concludes by attempting to elucidate how these powers define the Crown as an institution that embodies the Headship of State within a parliamentary democracy system.

Keywords: monarch, parliamentary, constitution, functions, symbolic, representative, moderating, arbitral.

SUMARIO

1. LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA COMO FORMA POLÍTICA DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

2. LAS FUNCIONES GENÉRICAS ATRIBUIDAS EN LA CONSTITUCIÓN AL MONARCA PARLAMENTARIO

3. CONCLUSIÓN

1. LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA COMO FORMA POLÍTICA DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Antes de adentrarnos en el análisis del desempeño de las funciones genéricas reconocidas constitucionalmente al Jefe del Estado, no resulta ocioso detenernos someramente en la definición que nuestra Norma Fundamental concede a la institución monárquica.

El artículo 1.3 de la Constitución de 1978 establece que la forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria. Debe reseñarse previamente que este tipo de monarquía es el resultado de un proceso evolutivo y racionalizador de las funciones regias que ha transitado de los plenos poderes del Rey en las monarquías absolutas a la progresiva limitación de estos en las monarquías limitadas y constitucionales, estas últimas también denominadas por ARAGÓN REYES como duales[1], hasta derivar en la monarquía parlamentaria, en la que queda superada la tensión entre el principio monárquico y el principio democrático[2]. En el siglo XIX el jurista e historiador COLMEIRO escribió sobre la evolución de la monarquía: "la historia de los pueblos antiguos y modernos nos enseña que la monarquía recorre tres períodos y muda de faz según el espíritu que en cada unos de ellos domina, pues nace religiosa, crece militar y llega a su término siendo civil, cuyos caracteres corresponden a las tres edades del mundo que Vico llama de los dioses, de los héroes y de los hombres[3]". Posteriormente, SÁNCHEZ AGESTA puntualiza que la expresión "civil" empleada por COLMEIRO se refiere al momento en el que la monarquía pasaba a "consolidarse como una institución o un órgano constitucional, regulado de una forma más precisa en un cuadro de normas constitucionales, en su relación con otros poderes históricos, para el ejercicio de un poder político[4]". La evolución de las atribuciones regias en la España decimonónica está, según SÁN-

1 ARAGÓN REYES, M. *El papel del rey en la monarquía parlamentaria.* En Jornadas sobre Monarquía Parlamentaria y Constitución. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2004. p. 2.

2 FREIXES SANJUAN, T. *La Jefatura del Estado monárquica*. Revista de estudios políticos, 1991, nº 73, p. 88.

3 COLMEIRO, M. *Curso de derecho político: según la historia de León y Castilla*. F. Martinez García, 1873, p. 163.

4 SÁNCHEZ AGESTA, L. *Los perfiles históricos de la monarquía constitucional en España.* Revista de Estudios políticos, 1987, nº. 55, p. 10.

CHEZ AGESTA "condicionada por el mismo establecimiento de lo que se denomina un "régimen parlamentario" en Europa y su establecimiento paulatino en la monarquía constitucional"[5].

A continuación, nos detendremos brevemente en el análisis somero de las notas características de estos tres tipos de monarquía (limitada, constitucional y parlamentaria) siguiendo a la profesora FREIXES SANJUAN[6] que de modo clarificador los sintetiza partiendo de los siguientes fundamentos jurídico-constitucionales:

a) Monarquía limitada

Se apoya fundamentalmente en el principio monárquico. Según la citada autora los principios más cualificados que definen al Rey en esta monarquía son los siguientes:

– Representa la unidad política del Estado.

– Ostenta la titularidad del poder constituyente.

– Adquiere personalidad jurídica propia diferenciada de la del Estado.

– Se erige en el órgano supremo del Estado, y se consolida como poder neutro (siguiendo la teoría del poder neutro de CONSTANT recogida en su célebre obra *Principios de política aplicables a todos los gobiernos,* publicada en 1815*).*

5 SÁNCHEZ AGESTA, L. *Ibidem,* p. 11.

Sobre este proceso evolutivo de las funciones del monarca en España, este autor añade que: "Ese régimen parlamentario significa en términos muy generales la transferencia de la potestad a*bsoluta,* que una tradición jurídico-política atribuía a los monarcas, a otros órganos que en cierta manera representan la soberanía o la voluntad popular. La presunción de esta transferencia de potestad es la única forma clara de comprender un proceso en que los monarcas conservan ciertas facultades residuales cada vez más reducidas, pero que en cierta manera revelan a veces un poder expansivo, en beneficio de la institución y de sus funciones en un orden constitucional".

6 FREIXES SANJUAN, T. *La Jefatura del Estado monárquica*. *op. cit. p. 86-90.*

Esta monarquía estuvo vigente en Francia desde 1814 a 1830, en Alemania desde 1815 a 1918 y en España en el Estatuto Real de 1834. Asimismo, cabe reseñar que según ARAGÓN REYES existe un modelo previo de monarquía republicana vigente durante un breve espacio temporal en la Constitución francesa de 1791 y en la de Cádiz de 1812, en la que prevalecería fugazmente el principio democrático sobre el monárquico[7].

b) Monarquía constitucional

También denominada dual: en la que la soberanía es compartida entre el Rey y el Parlamento. Se rige por los siguientes principios:

– La doble confianza del Rey y del Parlamento a la que se encuentra sometida el Gobierno.

– Cotitularidad de la soberanía entre el Rey y el Poder Legislativo.

– El Rey es el órgano supremo del Estado.

– El Rey representa la nación y el Estado.

– El Rey está sometido a la Constitución de la que emanan sus poderes.

Esta monarquía estuvo vigente en España en las Constituciones españolas de 1837, 1845 y 1876, en la francesa de 1830 y en la belga de 1831, siendo esta última su máximo exponente. A mayor abundamiento, ARAGÓN REYES señala que bajo el modelo de monarquía constitucional: "se intentará compatibilizar la monarquía con el liberalismo buscando un equilibrio entre tradición y razón, entre legitimidad monárquica y legitimidad democrática, es decir, entre principio monárquico y principio democrático. La base intelectual de esta construcción la ofrecerá el liberalismo doctrinario, empeñado en buscar el equilibrio, el "punto medio", entre el conservadurismo y el liberalismo radical. La nación no se identificaría exclusivamente con el pueblo, sino que integraría a la historia y al presente y, por ello, la soberanía nacional estaría representada, de manera compartida, por el rey y el parlamento. Ambos pode-

7 ARAGÓN REYES, M. *El papel del rey en la monarquía parlamentaria. op. cit. p. 2.*

res compartirían también la potestad legislativa y la formación y sostenimiento del gobierno[8]".

c) Monarquía parlamentaria

Como señala FREIXES SANJUÁN[9] se salva la tensión entre el principio democrático y el principio monárquico. En este tipo de monarquía se mantienen algunas de las notas características de las monarquías limitada y constitucional, así por ejemplo el Rey representa la unidad política del Estado y está sometido a la Constitución de la que emanan todas sus funciones. No obstante, la monarquía parlamentaria como expresión del modelo monárquico más evolucionado presenta algunas cualidades singulares, que como señala SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA se caracteriza por "la atribución de la soberanía al pueblo, de la que es depositario ordinario el Parlamento, en el que el Rey no interviene en la determinación de la dirección política del Estado, así como la necesidad del refrendo para todos los actos de éste y la utilización en el discurso de su legitimación de argumentos, por utilizar la terminología de Loewnestein, más utilitarios que emocionales[10]". Asimismo, el profesor ARAGÓN REYES destaca otros rasgos particulares que denomina principios generales de la monarquía parlamentaria que consisten en "que el rey no es soberano, no legisla ni gobierna". Estos principios, añade este autor en algunos ordenamientos dependen más de la política que de los textos constitucionales, pero en otros ordenamientos se encuentran más asegurados en cuanto ha producido, en el propio texto constitucional la regulación de la monarquía parlamentaria. Como es exactamente, el caso de España[11]".

Apenas dos años después de entrar en vigor la vigente Constitución española, el profesor FERRANDO BADÍA, identificaba la monarquía parlamentaria como monarquía arbitral, llegando a afirmar que: "si no es parlamentaria no se puede calificar de arbitral[12]". Este autor sostiene este argumento apo-

8 ARAGÓN REYES, M. *El papel del rey en la monarquía parlamentaria. op. cit.* p. 2.

9 FREIXES SANJUAN, T. *La Jefatura del Estado monárquica. op. cit. p. 88.*

10 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. *Sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria.* Revista de estudios políticos, 1987, nº. 55, p. 370.

11 ARAGÓN REYES, M. *El papel del rey en la monarquía parlamentaria. op. cit.* p. 6-7.

12 FERRANDO BADÍA, J. *La monarquía parlamentaria actual española*. Revista de Estudios Políticos, 1980, nº. 13, p. 33.

yándose en la doctrina del poder de neutro de CONSTANT, "que constituye el supuesto base del régimen parlamentario, sea en su forma monárquica, sea en la republicana[13]", y que tal como advierte VARELA SUANZES "formuló por primera vez esta doctrina durante el Consulado y, por tanto, bajo una forma republicana de gobierno. Su adaptación a la Monarquía la llevó a cabo en un opúsculo que salió a la luz pocos días antes de entrar en vigor la Carta de 1814, titulado *Les Réflexións sur les Constitutions, ¡a distribution des pouvoirs et les garandes dans une Monarchie constitutionelle[14]".*

Más recientemente DE MIGUEL BÁRCENA advierte que la "Monarquía parlamentaria no supone una separación de la Monarquía constitucional decimonónica, porque esta también era parlamentaria y, como señala Torres del Moral, aquella no puede nunca dejar de ser constitucional, por más que se omita la alusión[15]". Se produce en este caso el binomio de monarquía constitucionalmente parlamentaria, toda vez que sus funciones emanan del articulado de la Constitución de 1978, y por tanto está sujeta a ella, encontrándose además insertada en un régimen parlamentario.

En la regulación constitucional de la Jefatura del Estado monárquica española, TORRES DEL MORAL incide en el desplazamiento del principio monárquico por parte del principio democrático, todo ello pese a que confluyen nominalmente en el texto del artículo 1.3 de la Constitución. Concretamente

13 FERRANDO BADÍA, J. *ibidem, p. 34.*
"El Rey viene a ser como un cuarto poder -el poder neutral- que, según su formulador B. Constant, tiene la misión de hacer correcto el funcionamiento del poder ejecutivo, legislativo y judicial, división de poderes de la que ya nos hablaron Locke y Montesquieu, como condición para la salvaguardia de las libertades del individuo. Este poder neutral ha de evitar que los otros poderes se crucen entre sí, conservando cada cual su lugar.
El Rey ha de estar al margen de cualesquiera de estos tres poderes -ser neutral-para que la acción pueda ser reparadora sin ser hostil. Con arreglo a este principio, resulta el siguiente esquema: El poder legislativo reside en las asambleas representativas, con la sanción del Rey; el poder ejecutivo, en los ministros; el poder judicial, en los tribunales. El primero hace las leyes, el segundo prevé a su ejecución general, el tercero las aplica a los casos particulares. El Rey -autoridad neutral o intermediaria- está en medio de estos tres poderes, sin ningún interés, por supuesto, en transformar el equilibrio y teniendo, en contrario, todo interés en mantenerlo".

14 VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. *La Monarquía en el pensamiento de Benjamín Constant (Inglaterra como modelo).* Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1991, nº 10, p. 121.

15 DE MIGUEL BÁRCENA, J. *La corona en España.* En La jefatura del Estado parlamentario en el siglo XXI. Athenaica Ediciones, 2022. p. 89.

señala este autor: "El núcleo de la regulación constitucional de la monarquía reside en los artículos 1.3 y 56.1. El primero dice: «La forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria». Precepto en el que se dan cita dos principios secularmente antagónicos (monárquico y democrático), pero finalmente convergentes precisamente en esta forma última y racionalizada de la monarquía: la parlamentaria. Con la particularidad de que, conforme a un somero análisis del articulado, avalado por cuarenta años de práctica constitucional, el principio monárquico no tiene otro reflejo en la Constitución que este precepto pues en todos los demás en que aparece el Rey siempre lo es, conforme al artículo 56.3, con el refrendo de otro órgano (normalmente el Presidente del Gobierno o un ministro) que hace suyo el acto y la responsabilidad consiguiente, si la hubiere. El *principio monárquico*, que tan útil fue en la transición del franquismo a la democracia, quedó desplazado por el principio democrático[16]".

Volviendo a la fórmula utilizada en el artículo 1.3 de la Normal Fundamental española, apreciamos que este precepto utiliza una expresión original, inexistente en el constitucionalismo histórico español y comparado. Debe señalarse que en los países europeos en los que existen Jefaturas de Estado monárquicas no aparece la definición de la monarquía como parlamentaria. Aunque algunas de ellas se definen como constitucionales, ello no impide que en la práctica dichos Estados sean verdaderas monarquías parlamentarias a pesar del silencio constitucional. Esta identificación de las actuales monarquías europeas como monarquías parlamentarias es compartida entre otros por FERRANDO BADÍA que a principios de 1980 sostuvo que: "La Monarquía, hoy vigente en Europa -según ya expusimos- es la parlamentaria. Las diversas modalidades que revistieron en el pasado las Monarquías -la absoluta y la constitucional- han desembocado en la forma monárquica-parlamentaria, en la que el Rey «reina, pero no gobierna», como dijera Thiers. Y así sucede en Gran Bretaña, en los países escandinavos (Suecia, Noruega y Dinamarca) y en el Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo)[17]".

16 TORRES DEL MORAL, A. Cuarenta años de Monarquía parlamentaria (Balance). *Revista de Derecho Político*, 2018, nº. 101, p. 45-46.

17 FERRANDO BADÍA, J. *La monarquía parlamentaria actual española, op. cit.* p. 34.

Haciendo un repaso de los textos constitucionales comparados, encontramos el ejemplo del Principado de Liechtenstein donde la Constitución de 1921 establece que el Principado es una monarquía constitucional y hereditaria basada en un sistema democrático y parlamentario (artículo 2). En este caso, se impone una relación inequívoca entre monarquía y democracia parlamentaria, de modo que a pesar del *nomen iuris* la monarquía de este Principado es sin duda de corte parlamentario.

A diferencia del ejemplo anterior, en Dinamarca la Constitución de 1953 establece que la forma de gobierno es una monarquía constitucional (artículo 2), otorgándose el poder ejecutivo al Rey y el legislativo será compartido entre éste y el Folketing (artículo 3). A pesar de esta redacción, el Estado danés no deja de ser actualmente una Monarquía parlamentaria, o si se prefiere constitucionalmente parlamentaria. En el caso del Principado de Mónaco, la Constitución de 1962 prevé que el principio de gobierno es la monarquía hereditaria y constitucional (artículo 2). Por otra parte, citamos el caso de Luxemburgo, cuya Constitución de 1868 cohonesta la Corona del Gran Ducado (artículo 3) con la democracia parlamentaria (artículo 51). Esta vinculación entre monarquía y democracia parlamentaria también la encontramos en la Constitución de Suecia de 1974, que establece la forma representativa y parlamentaria de gobierno (artículo 1) y el que el Rey o la Reina será el Jefe del Estado (artículo 5). De estos cinco países, cuatro se definen expresamente como monarquías constitucionales, aunque imbricadas dentro de sistemas parlamentarios. Si bien en el resto de las constituciones europeas (Bélgica, Noruega y Países Bajos) se mantiene una regulación silente respecto a la definición de su forma de gobierno, han mutado hacia formas monárquicas parlamentarias. Fuera del continente, desde el siglo XVII el Reino Unido ha ido evolucionado hacia la parlamentarización de la Corona, colocándose como ejemplo típico de monarquía parlamentaria.

Por otra parte, regresando al ámbito español, esta novedosa denominación constitucional ha sido objeto de un vivo debate doctrinal entre quienes defienden que la forma política del Estado monárquica está reservada a las Monarquías absolutas, y que, por tanto, la Monarquía parlamentaria sólo puede ser definida como una forma de gobierno[18]. Para esta corriente la forma de go-

18 DÍAZ REVORIO, F. J. *Los retos de la Monarquía parlamentaria en España: adaptarse a los*

bierno pretende separar la Monarquía del gobierno, destacando la posición del Rey como Jefe de Estado.

Entre quienes han defendido la Monarquía como forma de Estado encontramos a OLLERO, quien, inclinado primeramente por esta fórmula, señalaba: "al margen de rigorismos técnicos- que debía entendérselas como forma de Estado más que como forma de gobierno".

A pesar de la diferencia original entre los modelos de monarquía constitucional y parlamentaria, no cabe duda en identificar las actuales monarquías constitucionales en parlamentarias. Sin embargo, existe un sector doctrinal que sugiere acotar aún más la definición de estas monarquías identificándolas con el sistema democrático, asociando monarquía parlamentaria con democracia. Es lo que autores como STEPAN, LINZ y MINOVES han venido a denominar monarquía parlamentaria democrática[19]. En línea similar, aunque algo más ma-

tiempos sin renunciar a su sentido histórico simbólico ya su esencia legitimadora constitucional. Parlamento Constitución. Anuario, 2014, nº. 16, p. 147.
Este autor defiende que es preferible el uso del término forma de gobierno para referirse a la Monarquía parlamentaria.
"Desde luego, es importante destacar que la preferencia que aquí se tiene por la utilización "forma de gobierno" no cuestiona en absoluto el hecho de que, en su fase parlamentaria, el rey queda fuera del poder ejecutivo y de todos los poderes del Estado, manteniendo como veremos funciones simbólicas, representativas, y en cierto modo arbitrales y moderadoras. Por lo demás, como se verá más adelante, con su calificación como "parlamentaria", la Constitución de 1978 no ha utilizado ni la categoría de "forma de Estado" ni "forma de gobierno", sino la de forma política, acaso un intento poco fundamentado de sintetizar forma de gobierno (o forma de Estado, si se prefiere) y sistema de gobierno. En todo caso, creo que esta cuestión es ya hoy fundamentalmente terminológica en la medida en que se dejen claros los perfiles que tiene la monarquía en sus distintas fases y la posición del rey en cada una de ellas en relación con los poderes del Estado.
Pero esta misma ambigüedad y anfibología de los términos en los distintos autores, así como la economía del lenguaje son precisamente las que permiten, en mi opinión y a efectos meramente terminológicos, volver a la clasificación quizá más habitual que engloba la dicotomía monarquía /república entre las formas de gobierno, aun sabiendo que en puridad, la monarquía fue primero forma de Estado, luego forma de gobierno, pero en su fase de monarquía parlamentaria sería técnicamente, como he dicho, "forma de la jefatura del Estado", dentro de un sistema de gobierno parlamentario".

19 STEPAN, Alfred; LINZ, Juan J.; MINOVES, Juli F. *Democratic parliamentary monarchies. Journal of democracy,* 2014, vol. 25, nº. 2, p. 36.
"Por lo tanto, proponemos una tipología ideal de tres partes que distingue entre: monarquía gobernante, «monarquía constitucional» y lo que denominaremos "monarquía parlamentaria democrática". Para nosotros, la característica definitoria de una MPD es que solo el parlamento elegido libremente

tizada, OLLERO[20] apunta que "la Monarquía en sí misma no debe cualificarse como "parlamentaria", pero que la Monarquía democrática supone necesariamente el parlamentarismo".

Por otra parte, encontramos en el campo doctrinal dos posturas, restrictiva y expansiva, sobre el papel de la Jefatura del Estado monárquica en el vigente texto constitucional español. El profesor CIDONCHA MARTÍN sintetiza ambas teorías en un reciente trabajo de investigación[21]. Por un lado, se encuentra la teoría restrictiva cuyo principal exponente es ARAGÓN REYES[22]. Señala CIDONCHA MARTÍN resumiendo este corriente doctrinal que "la defectuosa redacción del art. 1.3 CE ("La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria"), a la que quiere dotar de sentido, extrae una doble naturaleza (jurídica y política) de la Monarquía y un doble significado (jurídico y político) de la Corona". Incide este autor que, para la teoría restrictiva, la Monarquía jurídicamente "es sólo la forma de la Jefatura del Estado en una forma de gobierno parlamentaria y la Corona, un órgano constitucional (exactamente, la Jefatura del Estado)". Asimismo, las únicas funciones jurídicas del Jefe del Estado vienen tasadas expresamente en los artículos 62 y 63 de la Constitución, se tratan de actos debidos, emanados por otros poderes públicos y sujetos en todo caso a refrendo, con la excepción del artículo 65 de la Norma Fundamental. No obstante, desde el punto de vista político, "la Monarquía es forma de Estado en sentido simbólico y la Corona, símbolo. En su condición de símbolo político, el titular de la Corona puede ejercer influencia[23]".

forma y disuelve el gobierno. En una monarquía constitucional, en cambio, existe un fuerte elemento de doble legitimidad, ya que el parlamento y el monarca necesitan el apoyo mutuo para formar o disolver un gobierno. En contraste aún mayor, en las monarquías gobernantes, el monarca a menudo puede formar o disolver el gobierno unilateralmente".

20 OLLERO, C. *Cambio político, monarquía parlamentaria y consolidación de la democracia*. Cuenta y Razón, 1984, vol. 17, nº May–June, p. 12.

21 CIDONCHA MARTÍN, A. *Neutralidad y jefatura del Estado*. JM Bosch, 2023.

22 ARAGÓN REYES, M. *Estudios de derecho constitucional*. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2013.

23 CIDONCHA MARTÍN, A, *ibidem,* p. 140-142.
A continuación, este autor añade que el Jefe del Estado, "Tiene derecho a animar, a advertir y a ser informado, que ejerce a través de sus competencias jurídicas. No tiene *potestas,* pero sí *auctoritas*. Así las cosas, el Rey arbitra y modera únicamente mediante la influencia política que puede desplegar en el ejercicio de esas competencias jurídicas".

También encontramos dentro de esta corriente doctrinal a autores como DE MIGUEL BÁRCENA, quien sostiene en una reciente publicación que "la clave de bóveda de las funciones que la Constitución española atribuye al rey está en el art. 56.1. De este modo, todo lo que no está previsto en la enumeración de los arts. 62 y 63 CE, exceda lo representativo y encierre algún poder ejecutivo real, corresponde, como se desprende de un análisis sistemático de la Constitución, o al Gobierno o a las Cortes, y el rey solamente culmina la dignidad de los actos de su intervención[24]".

Frente a la teoría restrictiva, se sitúa la expansiva defendida por HERRERO DE MIÑÓN[25], para la cual el precepto clave también es el 56.1 de la Constitución, que contendría una suerte de "cláusula dotada de eficacia normativa que, además no se agota en el listado de competencias específicas del art. 62 CE". Asimismo, la mencionada cláusula del 56.1 "apodera al Rey para ejercer una función de control y garantía del funcionamiento regular de los poderes públicos. El Rey *no gobierna*, no interviene en la política ordinaria más que mediante el consejo, pero *sí reina:* preserva los equilibrios constitucionales de funcionamiento en supuestos excepcionales de funcionamiento irregular o crisis del sistema[26]".

Merece reseñar que en el campo doctrinal también se ha suscitado el debate acerca de la relevancia e irrelevancia de la Jefatura de Estado. Entre los

24 DE MIGUEL BÁRCENA, J. *La corona en España. op. cit.*p. 112.
El autor llega a plantear en esta publicación la hipótesis según la cual las limitaciones funcionales del monarca parlamentario se deberían a la ausencia de un referéndum sobre la cuestión monarquía - república. previo al proceso constituyente. Concretamente señala: "las limitadas funciones del rey en la Constitución de 1978 se deben, en gran medida, a la ausencia de un referéndum previo al proceso constituyente que dirimiera la cuestión República-Monarquía, tal y como ocurrió en Italia tras la II Guerra Mundial. De haberse celebrado, es probable que un resultado favorable a la Corona hubiera terminado reforzando la posición constitucional de esta última porque los partidos partidarios de establecer un rey con más competencias habrían visto legitimadas sus exigencias".

25 HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. *"Comentario al artículo 56",* en Comentarios a la Constitución española de 1978*,* director Ó. Alzaga Villaamil, Edesa, Madrid, 1983, p. 3-36.

26 CIDONCHA MARTÍN, A, *ibidem,* p.142-143.
Advierte asimismo este autor de la prevalencia doctrinal y constitucional de la teoría restrictiva, "en la doctrina y en la praxis constitucional se ha impuesto la tesis restrictiva. También en la doctrina del Tribunal Constitucional. Para este, el Rey no está investido de "potestades propias de supremacía para dictar decisiones vinculantes que se impongan a los poderes del Estado", esto es, ostenta "una posición de *auctoritas,* pero no de *potestas,* con las salvedades que la Constitución le atribuye (arts. 65 y 99 CE)" [STC 98/2019, FJ 3.a]".

defensores de la insignificancia de aquella encontramos a los autores alemanes KIMMINICH[27] y EHMKE[28] y en España al profesor PÉREZ ROYO[29], quienes cuestionan la pervivencia de razones políticas y constitucionales que justifiquen la existencia de las Jefaturas del Estado. Para esta corriente, minoritaria entre la doctrina, las Jefatura del Estado en los regímenes parlamentarios son prescindibles toda vez que se encuentran desprovistas de contenido y sus funciones tienen un carácter estrictamente simbólico y por tanto carecen de eficacia. En el supuesto de las Jefaturas monárquico-parlamentarias nos encontraríamos, ante la figura del "rey perezoso" (*le roi fainèant*) acuñada por THIERS[30], que poco o nada tiene que hacer, de ahí su irrelevancia jurídico constitucional. Sin embargo, debe reseñarse que en la actualidad solamente Suiza carece de la Jefatura del Estado.

Por su parte, el profesor ELOY GARCÍA, destaca el binomio legitimidad y credibilidad de la monarquía parlamentaria en el actual sistema democrático español, como argumento ineludible para defender la utilidad de nuestra Jefatura del Estado Monárquica. Expresamente señala este autor: "Pero también, quien aspire a defender la vigencia de la Monarquía en una sociedad del siglo XXI tendrá que efectuar un esfuerzo argumental adicional que, asuma la carga de la prueba de su mejor funcionalidad comparativa práctica y la articule desde la utilidad operativa de una magistratura que se encuentra en condiciones de insuflar tanta o más credibilidad al conjunto del sistema institucional que una jefatura republicana[31]".

Llegados a este punto, advertimos que la Constitución establece la monarquía parlamentaria "democrática" como forma de Estado, o *monarquía parlamentaria cualificada,* en la definición dada por SOLÓZABAL

27 KIMMINICH, O. Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, (1967), nº 25, p. 2-256.

28 EHMKE, H. *Grenzen der Verfassungsänderung.* Berlin: Duncker und Humblot. 1953.

29 PÉREZ ROYO, J. Jefatura del Estado y democracia parlamentaria. *Revista de Estudios Políticos*, 1984, nº. 39, p. 7-27.

30 THIERS, A. *Histoire du consulat et de l'empire: faisant suite à l'Histoire de la révolution française*. Paulin Libraire-Editeur, 1845, p.66.
"Votre Grnad- Electuer, dit-il a M. Sieyès, est un roi fainénat, et le temps de rois fainèants est passé".

31 GARCÍA, E. *El rey en la Constitución de 1978: el cometido de la Monarquía en una democracia con pretensión de veracidad.* Revista de Derecho Político, 2019, nº. 105, p. 28.

ECHAVARRÍA, la cual "admite el principio de actuación del Rey según competencias jurídicamente determinadas, pero que posibilitase el ejercicio de una influencia derivada de su propia *auctoritas*[32]". Anteriormente, hemos aludido a la reticencia de una parte de la doctrina en identificar la monarquía española actual con forma política del Estado, al considerarla inapropiada desde un punto de vista jurídico-constitucional, siendo por el contrario más acertada la definición como forma de gobierno. Sin entrar en entresijos técnico-jurídicos, la inclusión en el artículo 1.3 de la Constitución de la monarquía parlamentaria como forma de Estado, encuentra una explicación de orden político, toda vez que persigue dar visibilidad al papel determinante desempeñado por el Rey Juan Carlos I, y por ende por la Corona, en el proceso democrático español tras la dictadura franquista como "motor del cambio " en expresión utilizada tempranamente por OLLERO[33]**.** Es decir, hay una voluntad del constituyente en identificar democracia con Constitución, y a su vez ésta con la monarquía. De modo que podría resumirme en el siguiente aforismo: "Hay Constitución y por tanto democracia, porque hay monarquía, del mismo modo que hay monarquía porque hay Constitución". Se establece una íntima vinculación entre monarquía y Norma Fundamental de tal suerte que el devenir de ambas se encuentra indefectiblemente unido, tal como queda reflejado en el artículo 168 de la Constitución, estableciéndose un sistema agravado de reforma del Título II (De la Corona), con una especial protección, similar a la prevista para la revisión total de la *Lex Superior.*

2. LAS FUNCIONES GENÉRICAS ATRIBUIDAS EN LA CONSTITUCIÓN AL MONARCA PARLAMENTARIO

En primer lugar, cabe advertir que la posición jurídico constitucional reconocida al monarca parlamentario conlleva, siguiendo a SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA[34], la asignación de la siguiente triada de funciones regias: integrativo simbólicas, relacionales y declarativas. Las primeras transcurren en el ámbito preferentemente político y de representación, pero con importantes

32 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. *Sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria.* op. cit. p. 371.

33 OLLERO, C. *Cambio político, monarquía parlamentaria y consolidación de la democracia, op. cit.* p. 3.

34 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. *Sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria. op. cit.* p. 369.

implicaciones institucionales como la intervención del Jefe del Estado en la constitución de todos los órganos de éste; las funciones relacionales, referidas a las actuaciones del Rey en relación con el Gobierno, Parlamento y cuerpo electoral, extensible también al resto de poderes públicos. Finalmente, las funciones declarativas, en las que el Jefe del Estado interviene para dotar de firmeza, solemnidad y generalidad a la manifestación de voluntad del Estado, que puede ser *ad intra,* con la sanción y promulgación de las leyes y *ad extra* con la ratificación de tratados internacionales.

La vigente Constitución española, una vez definida la monarquía parlamentaria como forma política del Estado en el artículo 1.3, es decir dentro de su parte dogmática, regula en el Título II (de la Corona) las funciones genéricas concretamente en los artículos 56 y 63, en lo que supone un ejemplo evidente de racionalización de las atribuciones regias. El artículo 56 establece expresamente:

> 1. "El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.
>
> 2. Su título es el de Rey de España y podrá utilizar los demás que correspondan a la Corona.
>
> 3. La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2".

Una primera lectura del apartado primero de este precepto constitucional nos revela cuáles son las funciones genéricas: la función simbólica, la función representativa, la función moderadora y la función arbitral. A mayor abundamiento, en palabras de CIDONCHA MARTÍN para quien el artículo 56.1 constitucional "contine reglas definitorias de titular de la Corona. Una regla nos dice, en puridad lo que es: Jefe del Estado. Otras nos dicen en qué consiste ser Jefe del Estado (lo que es y lo que hace nuestro Jefe del Estado); es símbolo y

simboliza la unidad y permanencia del Estado; es árbitro y moderador y arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones; es el más alto representante del Estado en las relaciones internacionales y asume la más alta representación del Estado en las relaciones internacionales. El art. 56.1 no contiene reglas atributivas de "funciones" esto es, competencias jurídicas. Estas se encuentran en otros lugares de la Constitución, fundamentalmente en sus artículos 62 y 63[35]". Seguidamente pasamos a analizar cada una de estas funciones genéricas.

2.1. La función simbólica

De la dicción literal del citado artículo 56 se deduce en primer lugar la función simbólica del Rey parlamentario. En la primera mitad del siglo pasado, KELSEN nos recordaba el carácter simbólico de la jefatura del Estado, y más específicamente la jefatura del Estado monárquica: "La gran masa de hombres, instintivamente enemiga del pensamiento abstracto, aparece necesitada de un símbolo de la autoridad perceptible y sensible. En esta función simbólica, más que en otra alguna, radica la importancia de la institución del jefe del Estado, el cual puede cumplir esa función con mayor eficacia como monarca, ya que este vive de las formas exteriores que son tradicionales de la Monarquía: la Corona, el cetro, el trono, el ceremonial, etc. son auxiliares de esa función[36]".

Más recientemente ROLLNERT[37], siguiendo la estela de autores como GARCÍA PELAYO, descompone la estructura del símbolo en cuatro elementos:

1. "Símbolo stricto sensu: es un objeto sensible, una realidad material o una imagen. Lo que GARCÍA PELAYO[38] denomina configuración simbólica.

35 CIDONCHA MARTÍN, A. *Neutralidad y jefatura del Estado, op. cit.* p. 151-152.

36 KELSEN, H. *Teoría general del Estado*, trad. Luis LEGAZ LACAMBRA, Editorial Labor, SA, Madrid, 1934, p. 392.

37 ROLLNERT LIERN, G. *El Rey, símbolo de la unidad y permanencia del Estado. A. Villanueva (dir.)*, 2019, vol. 40, p. 11-36.

38 GARCÍA PELAYO, M. *Mitos y símbolos políticos.* Taurus, Madrid, 1964, incluido en GARCÍA PELAYO, M.: Obras Completas, vol. I, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 1028.

2. Una significación o un conjunto de significaciones: es la realidad a la que remite el símbolo y que suele ser una realidad no sensible o inmaterial y difícil de captar por otros medios. Lo que PITTKIN[39] denomina el referente simbólico.

3. Una relación entre dos elementos: es una conexión simbólica basada en una asociación convencional entre el símbolo y su significado.

4. La Audiencia: es imprescindible para que la relación simbólica sea efectiva y funcione. Son los destinatarios de aquella"[40].

Lo simbolizado es esencialmente la unidad del Estado, esto es, una realidad inmaterial no sensible. El alcance de esta función simbólica va más allá de ello y comprende los siguientes elementos:

a) "El Jefe del Estado simboliza la unidad última y fundamental del poder estatal, que está en la base de la división de poderes y distribución de funciones entre los diversos órganos estatales.

b) Simboliza la unidad de la nación o del pueblo que en cuanto titular del poder constituyente es el *prius* lógico del Estado.

c) Simboliza la unidad del Estado como sujeto de derecho internacional.

d) Simboliza el orden material de valores que expresa la Constitución.

e) Simboliza la permanencia del Estado"[41].

Parece innegable la capacidad de la Monarquía para simbolizar la continuidad y permanencia del Estado. En términos similares, ARAGÓN en un capítulo dedicado a la Corona, publicado en 1984 en el "Diccionario del sis-

39 PITKIN, H.F. *«El concepto de representación»,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 106 y 109.

40 ROLLNERT LIERN, G. *El Rey, símbolo de la unidad y permanencia del Estado*. *op. cit.* p. 13.

41 ROLLNERT, LIERN G. *Ibidem,* p. 18-19.

tema político español", afirmaba que: "Precisamente porque la monarquía puede haber más personalización en la Jefatura del Estado, hay también como contrapartida, más objetivación que en la República en el modo de acceso a ese cargo, hasta el punto de presentarse la Corona no sólo como institución, sino específicamente como institución histórica, cuyo carácter permanente se suele sustentar en el propio derecho sucesorio. La Corona es un símbolo capaz de representar la permanencia del Estado con mayor capacidad que otro órgano cualquiera[42]". En términos similares se pronuncia SÁNCHEZ AGESTA, al señalar que: "el Rey como representante de la Corona es también símbolo de la *permanencia* del Estado, en cuanto la Monarquía es hereditaria y se asegura la sucesión en la continuidad misma de la naturaleza[43]". A continuación, este autor incide en la naturaleza carnal del representante de la Corona en los siguientes términos: "El Rey queda así definido como la personificación de la Corona y símbolo de la unidad y permanencia del Estado. Es sin duda la Corona una abstracción, pero el Rey es una persona de carne y hueso que ejerce esa función simbólica con una prioridad de dignidad en el orden ceremonial y con la ostentación de títulos[44]".

Esta continuidad y permanencia del Estado se manifiesta también, según TAJADURA, en "el carácter vitalicio de su magistratura, unido al automatismo del mecanismo sucesorio para la posición del órgano, garantiza la no interrupción de la personificación de la idea de Estado. Tal era el sentido del grito ritual del heraldo francés en la muerte de sus monarcas cuando exclamaba "El Rey ha muerto viva el Rey[45]".

Otros autores, entre los que destaca fundamentalmente GARCÍA PELAYO[46], aluden a la doble eficacia de los símbolos políticos:

42 ARAGÓN REYES, M. en *"Corona"* en González Encinar, J. J. (1984). Diccionario del sistema político español. *Ed. Akal.* Madrid. 1984. p.165.

43 SÁNCHEZ AGESTA, L. *Sistema político de la Constitución Española de 1978. Ensayo de un sistema. Diez lecciones sobre la Constitución de 1978). Tercera Edición.* Editora Nacional. Madrid, 1983, p. 230.

44 SÁNCHEZ AGESTA, L. *ibidem*, p. 231.

45 TAJADURA TEJADA, J. *Ensayo de una teoría de la jefatura del Estado parlamentario. En La jefatura del Estado parlamentario en el siglo XXI*. Athenaica Ediciones Universitarias, 2022. p. 37.

46 GARCÍA PELAYO, M. *Mitos y símbolos políticos. op. cit.* p. 1028.

a) Eficacia pedagógica.
b) Eficacia movilizadora.

Para ROLLNERT, la esencia de la Jefatura del Estado consiste en simbolizar la unidad y permanencia del Estado que se halla implícita en la propia institución: "La simbolización de la unidad y permanencia del Estado es consustancial a la institución de la Jefatura del Estado y ese sentido bien puede decirse que forma parte del propio ser, de su propia naturaleza, del propio existir del Jefe del Estado, de su definición constitucional, hasta el punto de que habría de entenderla implícita en la institución, aunque no se mencionase en una constitución concreta[47]".

Nos hemos referido hasta aquí a la construcción por parte de la doctrina jurídica del símbolo político. No obstante, interesa también detenerse un momento en la praxis constitucional, y más concretamente en la doctrina del máximo intérprete de nuestra Ley Fundamental. En ese sentido, cabe afirmar que la jurisprudencia constitucional española no ha sido ajena a la categorización de los símbolos del Estado, destacando la definición dada en la temprana STC 94/1985, de 29 de julio (Fundamento Jurídico séptimo) con motivo del escudo de la Comunidad Foral de Navarra. "No puede desconocerse que la materia sensible del símbolo politico -en este caso, las seculares cadenas del escudo de armas navarro- trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, el símbolo político acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa Comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada; de aquí la protección dispensada a los símbolos políticos por los ordenamientos jurídicos. Al símbolo político corresponde, pues, al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles".

47 ROLLNERT, LIERN G. *El Rey, símbolo de la unidad y permanencia del Estado. op. cit.*p.21.

2.2. La función representativa

Siguiendo con la clasificación de los profesores DE ESTEBAN Y GONZÁLEZ-TREVIJANO, otra de las funciones genéricas asignadas por la Constitución a la Corona, en el apartado primero del artículo 56 en relación con el artículo 63, es la función representativa, constreñida en este caso al ámbito de las relaciones internacionales. En la función representativa cabe distinguir cuatro aspectos, según los citados autores:

1. El Rey asume la más alta representación del Estado, especialmente con las naciones de su comunidad histórica.

Prevista en el apartado primero del artículo 56 de la Constitución. En el ámbito del Derecho Internacional existe la presunción de que los jefes de Estado ostentan la representación de su Estado. Presunción que viene recogida textualmente en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, en cuyo artículo 7.2.a) se establece: "En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado: los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado (...)".

Esta previsión ha tenido acogida en el ámbito interno en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, cuyo artículo 10.2.a) establece textualmente: "No necesitarán plenipotencia para representar a España: a) El Rey, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación".

Asimismo, el artículo 22 de esta norma jurídica añade que: "El Rey, con el refrendo del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, firmará los instrumentos de ratificación y de adhesión que manifiesten el consentimiento de España en obligarse por un tratado internacional". Esta facultad entronca con el *ius ad tractatum* o capacidad que poseen los Estados para celebrar tratados internacionales.

Como hemos apuntado esta función regia tiene un carácter genérico, correspondiendo exclusivamente al Gobierno la dirección de la política exterior (artículo 97 de la Constitución) y, en consecuencia, la capacidad

para obligarse internacionalmente. No obstante, cobra especial interés la mención constitucional a la función representativa del monarca parlamentario respecto de las naciones de su comunidad histórica. Confluyen la función simbólica y representativa en la figura del Rey en torno a las relaciones internacionales con aquellos países con los que nos unen vínculos históricos, lingüísticos y culturales, en una reminiscencia constitucional de la Commonwealth británica, que, sin llegar a tener la arquitectura jurídica de aquella, pretende estrechar lazos con esos países. Las Cumbres Iberoamericanas (se han celebrado veintinueve hasta el año 2024) con la presencia del Rey son un ejemplo palmario del papel regio en pro de una comunidad hispana histórica.

2. El Rey acredita a los embajadores y otros representantes diplomáticos, y los representantes extranjeros en España están acreditados ante él.

Esta función regia, que viene reconocida en el apartado primero del artículo 63 de la Constitución, se relaciona íntimamente con el derecho que ostentan los Jefes de Estado para establecer legaciones diplomáticas en el extranjero y para recibir a las misiones diplomáticas de otras naciones (es el *ius legationis* previsto en el Derecho Internacional Público). Se debe matizar que la facultad regia se limita a la acreditación, no al nombramiento de los representantes diplomáticos españoles, que es prerrogativa gubernamental, así como que tampoco interfiere el Rey en el visto bueno o plácet de las delegaciones extranjeras, que también le corresponde al Gobierno, derivada de su competencia de la dirección de la política exterior reconocida del artículo 97 de la Constitución.

3. Al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de los tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes.

Esta atribución real viene recogida en el apartado segundo del artículo 63 de la Constitución. Nuestra Norma Fundamental distingue entre aquellos tratados por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, es el caso de la Unión Europea, requiriéndose la preceptiva autorización mediante Ley Orgánica (artículo 94 de la Constitución). Y

los tratados que afectan a materias de carácter político, militar, territorial, derechos fundamentales, tributarias y que supongan la modificación de alguna ley interna (artículo 94 de la Constitución). En este supuesto se requerirá la autorización de las Cortes generales mediante una ley ordinaria. En estos casos la intervención regia se lleva a cabo mediante la sanción de las leyes autorizantes y la firma de los respectivos instrumentos de ratificación.

4. Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz.

El apartado tercero del artículo 63 de la Constitución no menciona al Gobierno al reconocer solamente al Rey esta facultad, que como hemos apuntado anteriormente es el que ostenta la dirección de la política internacional. De modo que cabe esperar que quien tome la decisión de declarar la guerra a un tercer Estado sea el Gobierno, sometiendo a la aprobación de las Cortes Generales esta decisión. Por consiguiente, la intervención regia será meramente formal, estando refrendada en todo caso, según lo previsto en el apartado tercero del artículo 56 de la Constitución.

Finalmente, para DÍAZ REVORIO, la función representativa: "supone, desde luego, que le corresponde el máximo rango protocolario en todas las actuaciones de representación del Estado, siendo a estos efectos la primera figura del Estado. Pero, además, se ha invocado esta función para justificar su papel de comunicación o mediación con otros jefes de Estado y altos dignatarios, aprovechando su *auctoritas* para defender los intereses de España, facilitando en su caso una comunicación más fluida o influyendo en lo posible para conseguir las posturas más favorables a nuestro país. Desde luego, esta idea es constitucionalmente admisible siempre que cualquier papel que desempeñe en este ámbito lo haga con pleno conocimiento y estrecha comunicación con el Gobierno[48]".

48 DÍAZ REVORIO, F. J. *Los retos de la Monarquía parlamentaria en España: adaptarse a los tiempos sin renunciar a su sentido histórico simbólico ya su esencia legitimadora constitucional*. Parlamento y Constitución. *op. cit.* p. 162.

2.3. La función moderadora

El apartado primero del artículo 56 de la Constitución, atribuye al Rey parlamentario la función moderadora, a continuación de la función simbólica y a la par de la arbitral.

Si bien es cierto que para una corriente doctrinal no existen las funciones arbitrales y moderadoras del monarca parlamentario, ciñendo las atribuciones regias exclusivamente a los artículos 62 y 63 de la Constitución (PÉREZ ROYO Y CARRASCO DURÁN)[49], en este trabajo de investigación coincidimos con la corriente mayoritaria, que admite la existencia autónoma de las funciones moderadora y arbitral. En consecuencia, vamos a abordar ambas funciones por separado.

Como señalan DE ESTEBAN Y GONZÁLEZ-TREVIJANO[50]: "La propia naturaleza de esta forma de Monarquía comporta ineludiblemente no solo que el Rey ya no forma parte del poder ejecutivo, el cual se halla en manos del Gobierno, sino que aparece también, en el esquema del Estado español, como un poder diferenciado de los otros poderes del estado que denominamos poder moderador. La característica de semejante poder la expuso, aunque en otro contexto histórico, sociológico y político, el autor francés Benjamin Constant en su obra *Principios de Política*, de la forma siguiente: El poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial, son tres resortes que deben cooperar, cada uno en su esfera, al movimiento general; pero cuando descompuestos, se entrecruzan, chocan y se traban, se necesita una fuerza que los ponga de nuevo en su sitio. Tal fuerza no puede residir en uno de los resortes en particular, porque se serviría de ella para destruir a los demás. Es preciso que esté situada fuera y que sea, en alguna medida, neutral, a fin de que su acción se aplique en cuantos puntos se requiera y lo haga con un criterio preservador, no hostil. La Monarquía constitucional tiene ese poder neutral en la persona del Jefe del Estado (..). Pues bien, matizando esta argumentación, es evidente que puede servir para perfilar el poder moderador que la Constitución atribuye al Rey".

49 PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M. *Curso de Derecho Constitucional.* Marcial Pons, Madrid, 2018, pp 598 y ss.

50 DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. *Curso de Derecho Constitucional español.* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1994, tomo III, p.45.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN[51] nos anticipa una definición de la función moderadora: "Moderar significa templar, ajustar y arreglar una cosa evitando su exceso. Y en la tradición constitucional en la que se inserta el texto español de 1978, significa que el monarca no ejerce competencias gubernamentales que, cualquiera que sea su titular, corresponden al Gobierno, de la misma manera que no ejerce el poder legislativo, aunque sancione las leyes; pero, según la famosa trilogía de Bagheot, tiene el derecho y el deber de ser consultado, de estimular y de advertir".

La función moderadora, lo mismo que la arbitral son funciones expresamente conferidas por nuestra Constitución al Rey parlamentario en su condición de Jefe del Estado, teniendo un carácter vinculante e irrenunciable, con entidad propia respecto de la función simbólica. En un texto constitucional racional-normativo como el español de 1978, sus enunciados se identifican con la normatividad y no con meras declaraciones testimoniales.

A este respecto GARCÍA DE ENTERRÍA, al año escaso de la entrada en vigor de la Constitución, destacaba el carácter normativo e inmediato de la *Lex Superior* y su supremacía sobre el ordenamiento jurídico. "Lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo, como impone deducir el art. 9.1: 'Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico'. Esta sujeción o vinculación es una consecuencia de su carácter normativo. Además, la Constitución, precisa este texto, es parte del ordenamiento jurídico, justamente la que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico enunciados en el art. 1 de la propia Constitución y desarrollados en su articulado. Finalmente, la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no sólo al Poder legislativo como mandatos o instrucciones que a éste sólo cumpliese desarrollar – tesis tradicional del carácter programático de la Constitución -; y entre los poderes públicos, a todos los Jueces y Tribunales – y no sólo al Tribunal Constitucional. Pero hay más: el texto del art. 9.1 no se deduce sólo el carácter vinculante general de la Constitución, sino algo más, el carácter de esta vinculación como vinculación más fuerte, en la tradi-

51 HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. *"La posición constitucional de la Corona"*. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Civitas, Madrid, 1991, tomo III, p. 1933.

cional expresión del constitucionalismo norteamericano (higher obligation) hoy retomada por los alemanes (stärkere Bindung, gesteigerte Verpflictungskraft). En efecto, al declarar el precepto la vinculación directa de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, da una primacía manifiesta a la vinculación constitucional, expresión de la supremacía Constitución en el ordenamiento[52]".

El valor normativo de la Constitución también lo defiende HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN[53]: "A mi modesto entender, parece más coherente, lógica y políticamente, primero, tomar e interpretar como normas de derecho los enunciados de una Constitución que se autocalifica y es calificada desde todas las instancias jurisprudenciales y doctrinales como normativa. Y después, construir dogmáticamente la magistratura regia, según la Constitución, mediante la interpretación de tales normas. De esta manera, la Corona será, con mayor o menor relieve, lo que la Constitución ha querido, pero siempre con perfiles nítidos de la normatividad dentro de los cuales, pero nunca a su margen, puede caber el contenido político que es propio de toda construcción constitucional".

Por otra parte, CAZORLA PRIETO Y FERNÁNDEZ-FONTECHA afirman[54]: "Arbitrar y moderar no entraña el ejercicio de esta función a través de actos jurídicos si entendemos por tales los que tienen una trascendencia decisoria o resolutiva. Esto constituye un límite de tal función, dado que la moderación o el arbitraje no puede concretarse en norma, orden, instrucción, mandato o propuesta, todos ellos actos jurídicos reconocidos al Rey. La ausencia de contenido jurídico, en el sentido de modificación directa y prevalencia de la realidad jurídica es específica del ejercicio de las tareas moderadora y arbitral, mas esto no quiere decir que esta competencia no exista, sino simplemente que es de otra naturaleza".

52 GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. *La Constitución como norma jurídica*. Anuario de derecho civil, 1979, p. 308-309.

53 HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. *"Comentario al artículo 56", op. cit,* p. 3-36.

54 CAZORLA PRIETO, L.M.; FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M. *¿Una ley de la Corona?,* Pamplona, Aranzadi (2021), p 35.

Para DE ESTEBAN Y GONZÁLEZ TREVIJANO, la función moderadora hay que contemplarla desde una doble perspectiva: informal e institucionalizada, concebidas ambas con su sentido integrador. Por una parte, se trata de una moderación informal que el Rey debe ejercer desde su magistratura moral debido a la apoliticidad de su persona, de su permanencia en el cargo, de la irresponsabilidad de su función. Esta función se llevaría a cabo mediante la *auctoritas*, entendida como la capacidad de influencia en razón del prestigio que se tenga. Para ello, el Rey dispone de los tres derechos anteriormente citados, que BAGEHOT[55] atribuyó al Monarca inglés: a ser consultado, a animar o estimular y a advertir. El ejercicio de esta atribución requiere que el Monarca parlamentario esté previa y debidamente informado. La Constitución se hace eco de esta necesidad, al incluir dentro de las funciones regias la de ser informado de los asuntos de Estado, en el apartado g) del artículo 62.

Por otra parte, estaría, según estos dos últimos autores, la moderación *institucionalizada,* que desempañaría el Rey con motivo del ejercicio de las competencias atribuidas constitucionalmente. Se trataría de la expresión de su opinión o consejos sobre los actos debidos a los que está sujeto por nuestra Ley Fundamental, sin que tengan ninguna eficacia vinculante y que se producirían en un entorno absolutamente discreto o confidencial.

2.4. La función arbitral

Reconocida al Rey en el apartado primero del artículo 56 de la Constitución. Guarda cierta similitud con la función moderadora; sin embargo, no debe confundirse con aquella, ya que tiene unas notas caracterizadoras que la

55 BAGEHOT, Walter. *La Constitución inglesa* (edición 2010, trad. Adolfo Posada). Madrid: Centro, 1867, p. 105. “En resumen: el soberano, bajo una monarquía constitucional como la nuestra, goza del triple derecho de ser llamado á dar su opinión, á animar, y por último, á hacer sus advertencias. Un rey prudente y cuerdo no debería desear otros derechos. Reconocería que la privación misma de los demás derechos le colocará en situación de ejercer éstos de una manera singularmente eficaz. Diría á sus ministros: «Sobre vosotros recae la responsabilidad de esas medidas. Es preciso hacer todo lo que juzguéis bueno, y todo lo que juzguéis bueno de hacer tendrá mi pleno y completo apoyo. Pero debéis advertir que por esta ó aquella razón ese proyecto es malo; por este ó aquel motivo sería mejor lo que no proponéis; no me opongo al cumplimiento de esa medida, pues es mi deber no oponerme á ella; pero notad que os llamo la. atención acerca del caso.» Supongamos que el rey tenga razón, y que posee el don que los reyes tienen á menudo, el don de persuadir; sus palabras no dejarán de hacer efecto en el ministro. Sin duda, no siempre lograrán cambiar su determinación, pero casi siempre producirán en su ánimo una cierta turbación”.

diferencian claramente. En primer lugar, destacamos las siguientes acepciones que la Real Academia de la Lengua ofrece del verbo arbitrar:

– "Actuar o intervenir como árbitro, especialmente en un conflicto entre partes o en una competición deportiva.

– Proceder libremente, según la propia facultad y arbitrio".

Para ROLLNERT[56], la función arbitral y moderadora descansa sobre dos pilares: la *auctoritas* institucional de la Jefatura del Estado y la atribución al Rey de la titularidad formal de determinadas potestades jurídico-públicas en la Constitución que se asientan en un elemento común al derivar de su condición de símbolo de unidad y permanencia del Estado.

Según DE ESTEBAN Y GONZÁLEZ-TREVIJANO, la función arbitral se basa en tres condiciones necesarias:

a) "La actuación del Rey es pública y no confidencial.

b) Comporta un margen de discrecionalidad del Rey, que no se ejerce fuera de la Constitución, sino en razón de una competencia genérica reconocida en la misma.

c) Únicamente cabe utilizarla en situaciones excepcionales en que se ponga realmente en peligro el funcionamiento regular de las instituciones."

La función arbitral presenta tres manifestaciones diferenciadas:

a) La primera nos la proporciona el artículo 99 apartado primero de nuestra Norma Fundamental, a través de la propuesta del candidato a Presidencia del Gobierno que llevará a cabo el Rey con ocasión de cada renovación del Congreso de los Diputados. Esta propuesta irá precedida

56 ROLLNERT LIERN, G. *La monarquía parlamentaria española en perspectiva comparada*. En *Reinventando la tradición: las monarquías parlamentarias en el siglo XXI*. Thomson Reuters Aranzadi, 2022. p. 42.

de la preceptiva ronda de consultas con los representantes de los grupos parlamentarios. La designación se hará a través de la Presidencia del Congreso, que será la que refrende la propuesta regia, pero en ningún caso se prevé su participación en la ronda de contactos que queda reservada constitucionalmente al Rey. Esta función reviste especial relevancia sobre todo a partir de 2015, donde las sucesivas elecciones a Cortes Generales han supuesto una composición heterogénea del Congreso de los Diputados que han acabado con mayorías gubernamentales claras propias del bipartidismo, incrementándose en consecuencia el margen de discreción regia a la hora de proponer un candidato a Presidente del Gobierno. Si el candidato propuesto por el Rey no obtiene la mayoría suficiente para la investidura de aquél en el plazo de dos meses a partir de la primera votación de investidura, el Monarca disolverá ambas Cámaras y convocará elecciones, con el refrendo del Presidente del Congreso. Esta disolución y convocatoria electoral prevista en el apartado quinto del artículo 99 de la Constitución, se inserta también dentro de la función arbitral, aunque sea obligada para el Jefe del Estado, sin que pueda dilatar los plazos ni constreñir la disolución a una sola de las Cámaras.

Para autores como FREIXES SANJUÁN, la propuesta de candidato a la Presidencia del Gobierno supone una de las funciones regias más importantes en aquellas situaciones en las que el Parlamento carece de una mayoría clara y es preciso negociar los apoyos necesarios para conseguir la mayoría para la investidura, en este supuesto "el Rey ejercita la función política más relevante que le reserva la costumbre o el texto constitucional: arbitrar la consecución de esa mayoría necesaria[57]".

b) La segunda se materializa a través de los mensajes y discursos regios que no tienen un reflejo literal en la Constitución. Estamos ante lo que algunos autores han denominado el "derecho de mensaje, consolidado en España por vía consuetudinaria, dada su falta de regulación constitucional"[58]. Según HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN y VENTERO

57 FREIXES SANJUAN, T. *La Jefatura del Estado monárquica*. Revista de estudios políticos, 1991, nº 73, p. 101-102.

58 VENTERO VELASCO, M. *Los mensajes de Navidad del Rey*. Madrid: La ley. 2010, p. 25.

VELASCO[59] los mensajes regios serían de dos tipos: a) mensajes o discursos de cortesía, y b) los mensajes o discursos propiamente políticos.

Otros autores también incluyen dentro de la función arbitral del Rey la de pronunciar discursos. Para SÁNCHEZ AGESTA[60]: "El Rey, por su función simbólica de integración y en cuanto arbitra y modera el funcionamiento regular de los poderes públicos, tiene facultades implícitas que no están previstas taxativamente en la Constitución, como por ejemplo conceder audiencias a líderes políticos que no estén en el Gobierno, o pronunciar discursos dirigidos a la nación (por radio o televisión) o a las Cortes que no supongan ejercicio del poder ejecutivo". Algunos autores los califican como actos o poderes *interconstitucionales* del Jefe del Estado, en expresión acuñada por HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN[61] siguiendo la doctrina de VEDEL. No obstante, en este trabajo de investigación mantenemos la tesis de que las funciones regias tienen un reconocimiento constitucional por lo que discrepamos sobre la existencia de atribuciones *interconstitucionales* del Monarca parlamentario.

59 HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. (1984). *Los Mensajes Regios.* En Libro homenaje a Jaime Guasp (p. 315–325). Granada: Comares. Y VENTERO VELASCO, M. *Los mensajes de Navidad del Rey*. Madrid: La ley, 2010, p. 100-103.

60 SÁNCHEZ AGESTA, L. *La monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*. Revista Española de Derecho Constitucional, 1986, nº. 18, p. 9-20.
En esta monografía el profesor AGESTA nos aporta este interesante pasaje del debate parlamentario en la legislatura constituyente sobre esta función arbitral del Jefe del Estado: Diario de Sesiones, Senado, 31 de agosto de 1977. El profesor JULIÁN MARÍAS trató de definir esta facultad de pronunciar discursos como un derecho de «mensaje», que, aunque fue, como tal derecho, formalmente rechazado en una votación, ha quedado como una práctica consistente. El senador MARÍAS, en su rectificación, hizo precisiones que no fueron contestadas ni refutadas y que probablemente han quedado como indicadores de esta práctica: «Es menester a veces dirigirse al país para hablar no de asuntos políticos concretos, sino del país. Hablar del horizonte general de la nación. Se trata de que no se limite la vida de la nación a su detalle concreto político..., hay una serie de temas que no pueden ser objeto de un discurso político del presidente del Gobierno, ni de un diputado ni de un senador, acerca de las cuales me parece importante que el Rey asuma esa moderación y arbitraje y a la marcha general histórica, y no política, del país.» Antes había afirmado que estas palabras debían estar naturalmente refrendadas, como exige el artículo 56, y que eran las palabras que podía pronunciar «una persona que está por encima de los partidos y no es un político».

61 HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. *Las funciones interconstitucionales del jefe del Estado parlamentario.* En ANALES DE LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS. Ministerio de Justicia, 2017. p. 163-186.

Desde la re-instauración de la Monarquía parlamentaria en España en 1975, ha habido dos momentos en los que se ha materializado de modo palmario la función arbitral coincidiendo con circunstancias excepcionales derivadas del funcionamiento anormal de las instituciones. En ambos supuestos el Rey dirigió sendos mensajes a la Nación con ocasión del intento del golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, y del referéndum secesionista catalán del 3 de octubre de 2017.

c) Finalmente, DE ESTEBAN Y GONZÁLEZ-TREVIJANO[62] añaden una tercera manifestación de la función arbitral, consistente en el poder de reserva que posee el Rey en cuanto Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y que puede desplegarse cuando exista una imposibilidad de actuación del Gobierno y del resto de poderes del Estado, tal como ocurrió con el intento del golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, en el que se encontraban secuestrados el poder ejecutivo y legislativo en manos de los insurrectos.

3. CONCLUSIÓN

A lo largo de este artículo nos hemos referido al Jefe del Estado como monarca parlamentario, con la intención de acotar las funciones genéricas atribuidas por la Norma Fundamental de 1978, dentro de un sistema de monarquía parlamentaria o si se prefiere de monarquía constitucionalmente parlamentaria. Esto implica que el Rey carece de poder ejecutivo efectivo, es decir está desprovisto de *potestas,* por tanto, ejerce sus funciones en relación con los demás poderes públicos mediante la *auctoritas* que le confiere su posición vitalicia, supra partes y neutral, entendida también como la capacidad de influencia debido al prestigio que se tenga. Es decir, el Rey como jefe de Estado en un sistema de democracia parlamentaria se rige por el aforismo de THIERS *el Rey reina pero no gobierna,* por lo que las funciones atribuidas están cohonestadas en su posición de poder moderador y como Magistratura de influencia.

Según el artículo 56 de la Constitución, las funciones genéricas son cuatro: simbólica, representativa, moderadora y arbitral. Dichas funciones son in-

62 DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. *Curso de Derecho Constitucional español*, *op. cit.* p. 106.

herentes a su condición de Jefe de Estado y se encuentran adheridas al cuerpo político del Monarca parlamentario. Estas atribuciones regias no requieren desarrollo normativo, y su mera enunciación en el texto de nuestra *Lex Superior* es suficiente para el ejercicio por parte del monarca dentro de los estrictos parámetros constitucionales. Es difícil proceder a la racionalización de estas funciones que se rigen para su cumplimiento por criterios extra normativos tales como la experiencia, la expectativa del largo plazo, el estar situado alejado de la refriega partidista y el prestigio de la persona que ostenta la Jefatura del Estado.

Por otra parte, merece reseñar que, de entre estas cuatro funciones genéricas, cobra especial relevancia la función simbólica. Así lo hizo constar el Tribunal Constitucional en la mencionada Sentencia 94/1985, al establecer una especial protección del ordenamiento jurídico a los símbolos políticos, añadiendo que: "Al símbolo político corresponde, pues, al lado de una función significativa integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posibles".

En el campo doctrinal, autores como TORRES DEL MORAL aluden a la concepción pansimbolista de la monarquía parlamentaria, en la que la función simbólica se encuentra siempre presente en todas las actuaciones regias: "Por consiguiente, después de veinticinco años del funcionamiento de la institución monárquica, creo más puesto en razón y más en línea con la realidad constitucional vivida adoptar una *concepción pansimbolista* de la Monarquía española, esto es afirmar que la función simbólica del Rey no es una más entre las tres nombradas, sino una función genérica que se muestra presente en todo lo que el Rey hace, desde la representación internacional hasta el Alto Patronazgo de las Reales Academias, pasando por la sanción de las leyes y la firma de la paz, la expedición de decretos y el derecho de gracia[63]".

Ciertamente la Constitución inicia la regulación de la Corona definiendo en el artículo 56 al Rey como Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia. La simbólica, será por consiguiente la principal función genérica que impregna el ejercicio de las demás atribuciones regias, siendo inescindible a

63 TORRES DEL MORAL, A. *Concepción pansimbolista de la monarquía parlamentaria.* Corts: Anuario de derecho parlamentario, 2004, nº. 15, p. 202-203.

su condición de monarca parlamentario. El Rey en el desempeño de sus atribuciones simboliza siempre el Estado, función que se conjugará con las demás dependiendo de la concreta actuación regia. Así, por ejemplo, la propuesta de candadito a la Presidencia del Gobierno, según lo previsto en el artículo 99 de la Constitución el monarca parlamentario estaría desempeñando conjuntamente las funciones arbitral y simbólica. El Rey es árbitro, moderador y alto representante del Estado, sin embargo, no desempeña en todo momento esas funciones, que quedan reservadas para determinadas actuaciones, muchas de ellas tasadas en el texto constitucional, como son la citada propuesta de candidato a Presidente del Gobierno, la sanción y promulgación de las leyes, ser informado de los asuntos de Estado, la acreditación de embajadores y representantes diplomáticos o los viajes de Estado.

Finalmente, cabe destacar que la ubicuidad de la función simbólica en el cumplimiento del oficio de Rey irá acompañada del ejercicio de otras funciones genéricas y específicas, así como en la constante promoción de la Constitución. Por tanto, si bien el monarca parlamentario es principal e indudablemente un símbolo, la praxis regia no queda reducida a un mero símbolo.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M. en *"Corona"* en González Encinar, J. J. (1984). Diccionario del sistema político español. *Ed. Akal.* Madrid. 1984.

ARAGÓN REYES, M. *El papel del rey en la monarquía parlamentaria.* En Jornadas sobre Monarquía Parlamentaria y Constitución. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2004

BAGEHOT, Walter. *La Constitución inglesa* (edición 2010, trad. Adolfo Posada). Madrid: Centro, 1867.

CAZORLA PRIETO, L.M.; FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M. *¿Una ley de la Corona?,* Pamplona, Aranzadi (2021).

CIDONCHA MARTÍN, A. *Neutralidad y jefatura del Estado*. JM Bosch, 2023.

COLMEIRO, M. *Curso de derecho político: según la historia de León y Castilla*. F. Martinez García, 1873.

DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. *Curso de Derecho Constitucional español.* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1994, tomo III, p.45.

DE MIGUEL BÁRCENA, J. *La corona en España.* En La jefatura del Estado parlamentario en el siglo XXI. Athenaica Ediciones, 2022.

DÍAZ REVORIO, F. J. *Los retos de la Monarquía parlamentaria en España: adaptarse a los tiempos sin renunciar a su sentido histórico simbólico ya su esencia legitimadora constitucional*. Parlamento Constitución. Anuario, 2014, nº. 16.

EHMKE, H. *Grenzen der Verfassungsänderung.* Berlin: Duncker und Humblot. 1953.

FERRANDO BADÍA, J. *La monarquía parlamentaria actual española*. Revista de Estudios Políticos, 1980, nº. 13.

FREIXES SANJUAN, T. *La Jefatura del Estado monárquica*. Revista de estudios políticos, 1991.

GARCÍA, E. *El rey en la Constitución de 1978: el cometido de la Monarquía en una democracia con pretensión de veracidad.* Revista de Derecho Político, 2019, nº. 105.

GARCÍA PELAYO, M. *Mitos y símbolos políticos.* Taurus, Madrid, 1964, incluido en GARCÍA PELAYO, M.: Obras Completas, vol. I, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. *La Constitución como norma jurídica*. Anuario de derecho civil, 1979.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. *"Comentario al artículo 56",* en Comentarios a la Constitución española de 1978*,* director Ó. Alzaga Villaamil, Edesa, Madrid, 1983.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. *"La posición constitucional de la Corona".* Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, tomo III, p. 1933.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. (1984). *Los Mensajes Regios.* En Libro homenaje a Jaime Guasp (p. 315–325). Granada: Comares.

KELSEN, H. *Teoría general del Estado*, trad. Luis LEGAZ LACAMBRA, Editorial Labor, SA, *Madrid*, 1934.

KIMMINICH, O. Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, (1967), nº 25.

OLLERO, C. *Cambio político, monarquía parlamentaria y consolidación de la democracia.* Cuenta y Razón, 1984, vol. 17, nº May–June.

PÉREZ ROYO, J. Jefatura del Estado y democracia parlamentaria. *Revista de Estudios Políticos*, 1984, nº. 39.º

PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M. *Curso de Derecho Constitucional.* Marcial Pons, Madrid, 2018.

PITKIN, H.F. *«El concepto de representación»,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985,

ROLLNERT LIERN, G. *El Rey, símbolo de la unidad y permanencia del Estado*. A. Villanueva (dir.), 2019, vol. 40.

ROLLNERT LIERN, G. *La monarquía parlamentaria española en perspectiva comparada*. En *Reinventando la tradición: las monarquías parlamentarias en el siglo XXI*. Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

STEPAN, Alfred; LINZ, Juan J.; MINOVES, Juli F. *Democratic parliamentary monarchies*. Journal of democracy, 2014, vol. 25, nº. 2.

TAJADURA TEJADA, J. *Ensayo de una teoría de la jefatura del Estado parlamentario. En La jefatura del Estado parlamentario en el siglo XXI*. Athenaica Ediciones Universitarias, 2022.

SÁNCHEZ AGESTA, L. *Sistema político de la Constitución Española de 1978. Ensayo de un sistema. Diez lecciones sobre la Constitución de 1978). Tercera Edición.* Editora Nacional. Madrid, 1983.

SÁNCHEZ AGESTA, L. *La monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*. Revista Española de Derecho Constitucional, 1986, nº. 18.

SÁNCHEZ AGESTA, L. *Los perfiles históricos de la monarquía constitucional en España.* Revista de Estudios políticos, 1987, nº. 55.

THIERS, A. *Histoire du consulat et de l'empire: faisant suite à l'Histoire de la révolution française*. Paulin Libraire-Editeur, 1845.

TORRES DEL MORAL, A. *Concepción pansimbolista de la monarquía parlamentaria.* Corts: Anuario de derecho parlamentario, 2004, nº. 15.

TORRES DEL MORAL, A. Cuarenta años de Monarquía parlamentaria (Balance). *Revista de Derecho Político*, 2018, nº. 101.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. *La Monarquía en el pensamiento de Benjamín Constant (Inglaterra como modelo)*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1991, nº 10.

VENTERO VELASCO, M. *Los mensajes de Navidad del Rey*. Madrid: La ley. 2010.

¿ES POSIBLE UNA TRANSICIÓN HACIA LA DEMOCRACIA EN CUBA BAJO EL ACTUAL ORDEN CONSTITUCIONAL?

IS A TRANSITION TO DEMOCRACY POSSIBLE IN CUBA UNDER THE CURRENT CONSTITUTIONAL ORDER?

Julio Antonio Fernández Estrada

Cómo citar/Citation
FERNÁNDEZ ESTRADA, Julio Antonio. "¿Es posible una transición hacia la democracia en Cuba bajo el actual orden constitucional?, en Parlamento y Constitución. Anuario. Cortes de Castilla-La Mancha-UCLM, Nº27, 2026.

https://doi.org/10.71206/rapc.426

Enviado: 20-05-2026
Aceptado: 30-07-2026

Resumen: El siguiente artículo analiza las características de las constituciones socialistas cubanas, de 1976 a 2019, haciendo énfasis en los rasgos del Estado de Derecho y las categorías políticas constitucionales socialistas que le han servido de alternativa en el contexto cubano. Nos detenemos en los rasgos principales del sistema político cubano para dilucidar si una transición democrática es posible en la mayor isla del Caribe o no. Sopesamos los elementos favorables y desfavorables de esa posibilidad.

Palabras clave: Constituciones socialistas, sistema político, estado de derecho, legalidad socialista, transición a la democracia

Abstract: This article analyzes the characteristics of Cuban socialist constitutions from 1976 to 2019, emphasizing the features of the rule of law and the socialist constitutional political categories that have served as a alternatives in the Cuban context. We examine the main features of the Cuban political system to determine whether a democratic transition is possible on the largest island in the Caribbean. We weigh the pros and cons of such a possibility.

Keyword: socialista constitutions, political system, rule of law, socialist legality, transition to democracy

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN

2. LEGALIDAD SOCIALISTA Y ESTADO DE DERECHO EN LAS CONSTITUCIONES SOCIALISTAS CUBANAS

3. RASGOS DEL SISTEMA POLÍTICO CUBANO EN LAS CONSTITUCIONES SOCIALISTAS
3.1 EL ESTADO CUBANO MÁS ALLÁ DEL ORDEN CONSTITUCIONAL DE 1976

4. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA JURÍDICO Y LÍMITES POLÍTICOS Y JURÍDICOS A LA POSIBLE TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA EN CUBA.

5. RESUMEN DE LA SITUACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

6. OPCIONES PARA EL CAMBIO

7. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La historia constitucional cubana es interesante a pesar de ser nuestro acervo político y jurídico más reducido que el de muchos países del mundo. Los antecedentes constitucionales nacionales hay que buscarlos en España, sobre todo en la Constitución liberal de Cádiz, en 1812, en los Proyectos Constitucionales de patriotas cubanos, algunos de ellos diputados ultramarinos a las Cortes, y en los documentos trascendentales de las revoluciones de independencia de los siglos XVIII y XIX, en América del Norte, Francia, Haití y América del Sur.

Las primeras constituciones cubanas son las que se dieron los revolucionarios criollos en la manigua, entre 1869 y 1897, llamadas mambisas, y fundadoras de la República en Cuba, desde el inicio de la Guerra Grande.

También fueron republicanas las constituciones de 1901 y 1940 y sobre todo esta última juega un papel decisivo en la historia política y jurídica de la última revolución cubana, de 1953 a 1959.

La Constitución de 1940, paradigma jurídico de Carta Magna social, fue una de las banderas centrales de los Moncadistas, y promesa de continuidad en el alegato de autodefensa de Fidel Castro, conocido como La Historia me absolverá.

El propio argumento constitucional, usado por Fidel en su juicio de 1953, de que los asaltos del 26 de julio no eran actos de rebelión sino de resistencia a la tiranía, que había derrocado de facto a la Constitución de 1940, desde el 10 de marzo de 1952, con un golpe de Estado, es todavía una de las constantes del constitucionalismo socialista cubano.

Por el lado político, la Constitución de 1940 era el pendón perfecto para los nuevos revolucionarios de los años 50, porque ella era el resultado de una revolución frustrada pero que había logrado algunas victorias: derrocar a Gerardo Machado en 1933, y abonar el suelo para la concertación nacional que terminó con la Ley de Leyes de 1940.

Los pendientes de la Constitución de 1940, que han hecho que se repita muchas veces, que ella no fue más que letra muerta, son preferidos a sus éxitos

programáticos y normativos, y por lo tanto el valor de esta Constitución ha quedado reservado a eruditos porque la comidilla es su carácter burgués y el pobre desarrollo de leyes complementarias que la consumaran.

2. LEGALIDAD SOCIALISTA Y ESTADO DE DERECHO EN LAS CONSTITUCIONES SOCIALISTAS CUBANAS

Las posibles formas de transición a la democracia son unos de los temas recurrentes en el pensamiento político y jurídico sobre regímenes autoritarios. El discurso político y jurídico, cubanos, producido a partir de la revolución triunfante en 1959, no ha dejado de identificar al régimen político como democrático, aun cuando las constituciones de 1976 y 2019 consagran el monopartidismo y no conciben la división de poderes, por mencionar dos elementos llamativos.

En Cuba se ha reconocido, legal y constitucionalmente, por primera vez desde 1959, la existencia de un Estado de Derecho apenas en la Constitución de 2019.

La Constitución vigente declara en el artículo 1, que «Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, …»

Ninguna ley de desarrollo o complementaria de la Constitución ha dado argumentos sobre el enunciado de la anterior declaración.

Los prejuicios teóricos, políticos e ideológicos sobre el Estado de Derecho han estado presentes en la academia cubana, sobre todo en las carreras de Derecho y en las Ciencias Políticas, desde que la influencia soviética se estableció mediante el uso, por ejemplo, de manuales de Teoría del Estado y el Derecho, provenientes de la URSS, que consideraban al Estado de Derecho como un concepto burgués que debía ser superado por la mirada socialista a los asuntos políticos y jurídicos.

En la década del 80 del siglo XX se da el primer intento de utilización del concepto de Estado de Derecho- los juristas soviéticos de la Perestroika ya hablaban de implementarla entre ellos- para el contexto político-jurídico cubano, específicamente en un artículo de la Revista Cubana de Derecho y

después, en 1996, se introduce un capítulo sobre el Estado de Derecho en el libro Filosofía del Derecho, que introducía esa disciplina en Cuba, después de 30 años de ausencia en la enseñanza jurídica.[1]

Durante la década de los años 70, 80 y 90, se prefería y se consideraba ajustado a la lógica del ordenamiento jurídico cubano, hablar de la Legalidad Socialista y no del Estado de Derecho.

La legalidad socialista ha sido un principio constitucional cubano de 1976 hasta la Constitución vigente. La Constitución de 2019 declara en su artículo 9 que: «Cumplir estrictamente la legalidad socialista es una obligación de todos.

Los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados, además, velan por su respeto en la vida de toda la sociedad y actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias.»[2]

La Legalidad Socialista debe verse en conexión con el principio de Democracia Socialista. Juntos han servido de alternativa al Estado de Derecho y la Democracia representativa, en el constitucionalismo socialista cubano.

Después de la Reforma Constitucional de 1992, la regulación constitucional sobre la democracia socialista quedó de la siguiente manera:

«Artículo 68.- Los órganos del Estado se integran y desarrollan su actividad sobre la base de los principios de la democracia socialista, que se expresan en las reglas siguientes:

a) todos los órganos representativos de poder del Estado son electivos y renovables;

1 El profesor Julio Fernández Bulté fue el autor de ambas obras. Véase FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Filosofía del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, Pág. 298-323.

2 *Constitución de la República de Cuba*, en Nueva Constitución de Cuba, ParaCelso, North Haven, United States, 2022, Pág. 12.

b) las masas populares controlan la actividad de los órganos estatales, de los diputados, de los delegados y de los funcionarios;

c) los elegidos tienen el deber de rendir cuenta de su actuación y pueden ser revocados de sus cargos en cualquier momento;

ch) cada órgano estatal desarrolla ampliamente, dentro del marco de su competencia, la iniciativa encaminada al aprovechamiento de los recursos y posibilidades locales y a la incorporación de las organizaciones de masas y sociales a su actividad,

d) las disposiciones de los órganos estatales superiores son obligatorias para los inferiores;

e) los órganos estatales inferiores responden ante los superiores y les rinden cuenta de su gestión;

f) la libertad de discusión, el ejercicio de la crítica y autocrítica y la subordinación de la minoría a la mayoría rigen en todos los órganos estatales colegiados.»[3]

Dicho esto, la Legalidad Socialista ha podido existir en Cuba sin división de poderes del estado, sin protección especial, jurídica- procesal de los derechos civiles y políticos, sin aplicación directa de la Constitución, es decir, sin recursos legales que permitan la defensa de la Constitución en los tribunales de justicia y sin independencia judicial.

La Constitución cubana de 1976 terminó con un período de 17 años de provisionalidad constitucional después de 1959. En esos años la norma constitucional fue la Ley Fundamental de 1959, que derogó, de forma quirúrgica, la base y esencia del Estado de Derecho establecido en la Constitución de 1940.

3 *Constitución de la República de Cuba*, 1992, documento digital en el sitio web de la ACNUR, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0511.pdf, páginas 26 y 27, consultado el 4 de mayo de 2026 a la 1 y 45 pm, hora peninsular de España.

La Constitución de 1976 estuvo vigente hasta 2019 pero tuvo dos importantes reformas parciales, la amplia de 1992, que dio pasos de liberalización de los sistemas político y económico, y la de 2002, solo un párrafo, pero que estableció el carácter irreversible del sistema socialista cubano, política y económicamente.

De 1976 a 2019 la Constitución estableció el principio de unidad de poder, la legalidad socialista, el Partido Comunista- PCC- como fuerza dirigente superior de la sociedad y el estado, la democracia socialista como principio de organización y funcionamiento del estado, los tribunales populares que debían obediencia solo a la ley pero que a la vez podían recibir directrices del estado y por lo tanto del partido, el Poder Popular como forma de todo el estado, las comisiones de candidatura para crear las listas oficiales de candidatos a diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular y para el resto de los cargos electivos del país.

De 1976 a 2019 no existió en Cuba un Tribunal Constitucional y la Asamblea Nacional no realizó ni una declaración de inconstitucionalidad, prerrogativa que siempre ha tenido como órgano que debe realizar el control constitucional. De 1976 a 2019 no ha existido en Cuba, tampoco, una Defensoría del Pueblo ni existió un recurso legal para la protección de los derechos fundamentales por vía judicial-hasta el actual Amparo, del que no existe ni un solo registro de sentencia favorable a un particular desde su puesta en vigor-.

De 1976 a 2019 no se mencionaron, nunca, en disposiciones normativas, los derechos humanos. La disputa política ideológica sobre los derechos humanos entre el bloque socialista, encabezado por la URSS, y el bloque capitalista, encabezado por los EEUU, tuvo, entre sus consecuencias más nocivas, el descrédito de los derechos humanos en los países del llamado socialismo real, considerados también una noción burguesa.

A la bandera política de los derechos civiles y políticos, levantada por los estados con democracias representativas o democracias formales, burguesas o liberales, se le enfrentaba la de los derechos económicos, sociales y culturales, garantizados de forma material por los sistemas de justicia social de los países socialistas.

Hasta 2019, en Cuba, los derechos humanos se asumían como un asunto de relaciones internacionales, de diplomacia, de discusiones en organismos internacionales como la antigua Comisión de Derechos Humanos y el actual

Consejo, pero en el debate público al interior de la sociedad civil no se mencionaban, sobre todo porque se les relacionaba con reivindicaciones de la oposición política, que el gobierno llamaba simplemente «la contrarrevolución».

Esta es una de las causas de la negación, sostenida en el tiempo, del gobierno cubano y de la cúpula del PCC, del reconocimiento, introducción y asunción, de instituciones políticas y jurídicas de protección de los derechos humanos.

La crisis económica conocida como Período Especial y la policrisis actual han demostrado que la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales también llegaría a ser necesaria.

En Cuba, hasta el día de hoy, se mantiene activo el temor de la burocracia por los derechos humanos, aun cuando la Constitución de 2019 es el primer documento legal que los reconoce desde el triunfo de la revolución.

3. RASGOS DEL SISTEMA POLÍTICO CUBANO EN LAS CONSTITUCIONES SOCIALISTAS

La Constitución de 1976 estableció, hasta el día de hoy, el papel preponderante del Partido Comunista de Cuba en el sistema político cubano. El PCC es considerado la «fuerza política dirigente superior de la sociedad y el estado» además de partido único, vanguardia organizada de la nación cubana.

Desde 1976 los constituyentes cubanos, (entiéndase las comisiones redactoras de los proyectos constitucionales aprobados en 1976 y 2019), han eludido declarar el tipo de sistema de gobierno instaurado por estas sendas Cartas Magnas. Tampoco se aclaró cual sería el sistema de gobierno en la reforma constitucional de 1992.

Esto significa que las constituciones socialistas cubanas han reconocido la forma de gobierno republicana, la estructura territorial unitaria y el régimen político democrático, pero no han querido regular si la república iba a ser parlamentaria o presidencialista.

Tanto en el diseño constitucional (Constitución formal) como en la práctica política e institucional, (Constitución material), el sistema de gobierno cu-

bano se ha distanciado de los rasgos más sobresalientes de las repúblicas parlamentarias y presidencialistas, lo que ha conducido a que muchos constitucionalistas de las universidades cubanas hayan identificado al sistema como asambleario o de asamblea única.

Podemos decir que la República de Cuba no es presidencialista porque de 1976 a 2019 no tuvimos el cargo de presidente de la República y el jefe de estado fue en todo momento presidente de órganos colegiados, dígase Consejo de Estado y Consejo de Ministros. Además, el órgano supremo del estado ha sido siempre la Asamblea Nacional, no el órgano que la representa ni el gobierno en sí.

En la práctica política el sistema de gobierno cubano se confundía con una república presidencialista por el poder acumulado por Fidel Castro como jefe de estado, de gobierno y del PCC, de 1976 a 2006.

Es importante recordar que las repúblicas presidencialistas no son separables del principio de tripartición de poderes, inexistente en Cuba desde 1959.

La República de Cuba tampoco es parlamentaria, porque en los sistemas parlamentarios los gobiernos provienen de las mayorías parlamentarias conseguidas en contiendas electorales por partidos políticos.

La confusión con el parlamentarismo y el caso cubano viene del carácter central en el funcionamiento del estado del órgano legislativo, pero en Cuba la Asamblea Nacional no ha sido nunca un parlamento. Un parlamento expresa un mapa político, divisiones, coaliciones, alianzas políticas, programas políticos diversos, fuerzas políticas dominantes y otras de oposición.

La Asamblea Nacional tiene más del 90 por ciento de sus diputados militantes del PCC y no hay en ella ninguna representación de grupos o partidos de oposición o de organizaciones políticas alternativas al partido único.

El PCC no ha necesitado ser un partido electoral (los candidatos a las elecciones para constituir la Asamblea Nacional no se presentan como candidatos de un partido político) pero es el partido el que controla las Comisiones de Candidaturas que confeccionan las listas de candidatos, en las que no aparece nunca una persona que no sea completamente confiable para el poder político.

El Estado cubano se organizó bajo la forma de Poder Popular, con órganos superiores y órganos locales, - la Constitución de 2019 solo considera órganos del Poder Popular a los locales- desde 1976. La Asamblea Nacional ha sido el órgano supremo de poder del Estado en los últimos 50 años y el Consejo de Estado ha sido el órgano que la ha representado entre período y período de sesiones planarias, que se han celebrado en los meses de julio y diciembre.

La Asamblea Nacional ha sido órgano legislativo, constituyente, con la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y sus diputados han sido los que han electo a los miembros del Consejo de Estado desde hace 50 años.

Desde 2019 también elige al Presidente y Vicepresidente de la República, designa al Primer Ministro, elige a los miembros del Consejo Electoral Nacional, a los jueces del Tribunal Supremo, al Fiscal General de la República y al Contralor General de la República.

La elección de los diputados a la Asamblea Nacional ha sido de forma directa por el pueblo desde 1992. El pueblo cubano no ha podido votar de forma directa por los miembros del Consejo de Estado ni por su presidente, tampoco por el Presidente de la República ni por los Gobernadores de provincias, en ningún momento desde 1976.

El Consejo de Ministros ha sido el gobierno de la República desde 1976.

De 1976 a 2019 el Consejo de Estado ha sido el órgano más importante del Estado, tanto ejecutiva como legislativamente, porque ha estado dirigido por Fidel Castro y Raúl Castro y porque la Asamblea Nacional se reúne solo dos veces al año.

Fidel Castro siempre fue, de 1976 a 2006, Presidente del Consejo de Estado y de Ministros.

El cargo de Presidente de la República no existió en Cuba de 1976 a 2019.

De 1976 a 2019 los Decretos Leyes del Consejo de Estado han triplicado las leyes de la Asamblea Nacional y ambos tienen, en la práctica, la misma fuerza normativa.

De 1976 a 2019 los órganos locales del llamado Poder Popular fueron las Asambleas Municipales del Poder Popular y las Asambleas Provinciales, en ninguno de los dos casos lograron tener autonomía política, jurídica, económica, fiscal, ni de ningún tipo. En la Reforma Constitucional de 1992 se trató de dar autonomía administrativa a los municipios y se crearon los Consejos de la Administración Municipales y los Consejos Populares para resolver problemas puntuales y concretos de la ciudadanía, pero la crisis económica del llamado Período Especial los convirtió en órganos para la supervivencia.

Fue notable siempre, en las provincias de Cuba, que las figuras políticas más importantes, reconocida por la sociedad y por el estado, fueron en todo momento los Secretarios Generales del PCC en las provincias y municipios. Esto sucedió frente a los Presidentes Provinciales y Municipales del Poder Popular y frente a los Gobernadores e Intendentes de las provincias y municipios actuales.

3.1. El Estado cubano más allá del orden constitucional de 1976. Algunas claves para entender el funcionamiento del sistema del Poder Popular hasta 2019

Sobre el origen de los poderes locales en su forma anterior[4], nos dice la municipalista cubana Lissette Pérez Hernández:

> "En Cuba el diseño del Poder Popular de forma genuina y auténtica, fue el fruto de un proceso de institucionalización que, durante década y media, sentó las bases para formalizar la Revolución en el poder, creó una estructura estatal socialista, ordenó jurídicamente la democracia socialista desde la participación política como ejercicio directo de su re-

4 "En aras de mejorar la gestión administrativa y como resultado del análisis de la necesidad de la descentralización de tareas y servicios, en 1974 se dictó la Ley de Reforma constitucional 1269, que creó una comisión para organizar, reglamentar y dirigir la instrumentación del Poder Popular en Matanzas como una experiencia que constituía un paso importante en la búsqueda de la organización definitiva del Estado cubano". JIMÉNEZ MORALES, Caridad Rosa: «La división político-administrativa: su institucionalización en la Constitución de la República de Cuba», en MATILLA CORREA, Andry (Coord) *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2016, Pág. 119.

> alización, aplicó la división político-administrativa y transformó gradualmente la estructura organizativa y funcional del Estado"[5].

El Estado socialista organizado como Poder Popular debió esperar una larga provisionalidad de 17 años[6]. La Constitución que los consagró y contuvo está todavía vigente y es ella misma una reliquia jurídica y política, de la época bipolar del mundo y de la guerra fría.

Sobre este aspecto dice el importante administrativista cubano Andry Matilla:

> "…el vigente cuerpo constitucional –el de 1976 con las tres reformas que le sobrevinieron– lleva todavía en sí importantes huellas del "constitucionalismo socialista" como movimiento del que resultó en su versión primigenia, que le marcan en su identidad; y, frente a ese hecho y por vigente aún, en lo que le puede corresponder, dicho texto puede tenerse como "sobreviviente" del mencionado "constitucionalismo socialista"[7].

El constitucionalismo socialista que se refiere en la anterior cita se caracterizaba por el reforzamiento institucional estatal de las entidades nacionales, y basaba todos los controles administrativos en la concentración y en la centralización. Los principios de la Constitución cubana, de unidad de poder,

5 PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette: «El poder popular cubano luego de cuarenta años de su constitucionalización», en *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*. Obra Citada, Pág. 74.

6 "A modo de sinopsis, durante el período de 1959-1973, las formas de Administración territorial en Cuba transitaron por cuatro modelos fundamentales, que pueden enmarcarse atendiendo a sus características generales, tiempo de duración, estructura y métodos de dirección adoptados, en períodos históricos concretos:

1. Gobiernos de Comisión Colegiados (Del 29/1/59 hasta el 27/02/59)
2. Gobiernos de Administración Unipersonal (Del 27/02/1959 a 1961)
3. Gobierno Único Colegiado (De 1961 a 1966)
4. Gobiernos de Administraciones Locales (De 1966 a 1973)".

DIÉGUEZ LA O, Tanieris: *El rescate del Municipio. La experiencia de Matanzas en la creación de los órganos de Poder Local. Un acercamiento casuístico y teórico a sus antecedentes y proceso de generalización a todo el país*. Tesis en opción del título de Licenciada en Derecho, inédita, la Habana, 2006.

7 MATILLA CORREA, Andry: «Unas líneas (preliminares para un libro) con motivo de los cuarenta años de vigencia de la Constitución cubana de 1976». Obra citada, Pág. 13.

democracia socialista, centralismo democrático y legalidad socialista, son herencia del constitucionalismo socialista real.

Bajo los postulados de la doctrina jurídica soviética la autonomía local, los municipios descentralizados y el desarrollo visto de abajo hacia arriba, no tenían mucha cabida, lo que impidió prácticas de comunicación y relación política más libre, entre los poderes centrales y locales.

La relación entre poderes centrales y locales en Cuba, desde 1976, ha reforzado la idea de un Estado fuerte y unido, que ve en la descentralización un problema a vencer, y no una variante para su mejor organización.

Algunas características de los poderes locales en estas décadas, en su relación con los poderes centrales son: las provincias y municipios no elaboran sus propios presupuestos, sino que los ejecutan con grandes limitaciones económicas, burocráticas y de controles políticos. Las provincias y municipios no crean ordenanzas por lo que la llamada gobernanza local queda restringida al cumplimiento de normativas superiores. Además, se ha remarcado el carácter macroeconómico y estratégico, de arriba hacia abajo, que tiene el desarrollo local, según las concepciones al uso durante más de 30 años.

Algunas de estas ideas y concepciones han cambiado, desde que en el VI Congreso del PCC se aprobaron algunos lineamientos relacionados con el fomento de la autonomía local, de la descentralización municipal, y sobre el desarrollo local.

La relación que se espera, según diseño legal, que se reproduzca, entre poderes centrales y locales, parte del siguiente esquema organizativo:

> "El poder local en Cuba se concibe de la comunión entre los poderes provinciales y municipales, ambos, divisiones del territorio nacional cubano para los fines político-administrativos. Conforme a la regulación constitucional, la provincia se organiza políticamente conforme a Derecho, como eslabón intermedio entre el gobierno central y el municipal, en una extensión superficial equivalente a la del conjunto de municipios comprendidos en su demarcación territorial. Conforme los postulados constitucionales vigentes, las provincias cumplen sus funciones principales a través de las atribuciones de dos órganos principales que estruc-

turalmente las conforman; las Asambleas Provinciales del Poder Popular y los Consejos de la Administración Provincial. Órganos deliberativos y administrativos, respectivamente[8]".

La crisis de identidad y fuerza de los poderes populares locales comenzó muy rápido. En fecha tan temprana como los años 80 ya se debatía en la Asamblea Nacional qué hacer para conectar a la población con sus órganos políticos administrativos municipales, que se presentaban ya como ineficientes para resolver los problemas de la gente.

El proceso de conversión en rituales de los principios e instituciones fundamentales de la democracia cubana, dígase la rendición de cuentas y la revocación de mandatos de delegados y diputados, trajo como consecuencia, que la cantidad de jóvenes interesados en la participación como líderes locales disminuya año tras año, que las Asambleas de Rendición de Cuentas sean usadas para cuestiones distintas a las previstas en la ley, que las Revocaciones de mandatos sean extrañas y mal vistas, que el poder popular haya perdido legitimidad, que la gente espere poco o nada de él y que muchos piensen que sería bueno sustituirlo por otro modelo de organización estatal.

En la práctica política cubana los órganos del Poder Popular no han tenido nunca más poder que las estructuras equivalentes del PCC, tanto a nivel nacional como local. La falta de poder de los delegados, delegadas, diputados y diputadas, ha afectado mucho la credibilidad de la institución de poder estatal cubana, que se ha parecido demasiado a otras formas de representación política, sobre todo por la ausencia de mandato imperativo del pueblo a sus elegidos, dentro de la democracia socialista.

Fidel Castro fue el que primero planteó que debía encontrarse el eslabón perdido entre el pueblo y sus órganos estatales locales y para eso ideó la estructura que después se llamaría Consejo Popular, consagrada en la Reforma Constitucional de 1992 y en Ley posterior.

Sobre este punto nos recuerda Juan Valdés Paz:

8 PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette: «El poder popular cubano luego de cuarenta años de su constitucionalización», en *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*. Obra Citada, Pág. 75.

"La experiencia acumulada en la organización y funcionamiento de Consejos Populares en las provincias de Santiago de Cuba y la Habana dio lugar a que, en diciembre de 1991, la ANPP aprobara la extensión de su experiencia a todo el país. La Ley de Reforma Constitucional de 1992 incluyó en sus artículos esta nueva instancia de gobierno.

En julio del 2000, la ANPP aprobó, acorde con el Artículo 104 de la Constitución de la República, la Ley núm. 91, De los Consejos Populares, en la que se establecen de forma provisional las "Bases para la organización y funcionamiento de los Consejos Populares". [9]

Según la idea de Fidel los Consejos Populares no debían ser una estructura estatal más sino una vía de comunicación y resolución de problemas, entre el pueblo y el Estado a nivel local. En la Constitución y en la Ley resultó un órgano de poder local con máxima autoridad en su demarcación, facultad que jamás ha logrado ejercer Consejo Popular alguno.

El nacimiento de los Consejos Populares coincidió con la crisis del Período Especial en Cuba, lo que decretó su muerte civil a manos de la lucha por la supervivencia, lo que no dejó que se desarrollaran sus potencialidades en ningún momento.

En la práctica los Consejos Populares tampoco solucionaron los problemas de ilegitimidad y falta de poder del Poder Popular en la provincia y el municipio. Sus éxitos como forma de empoderamiento popular son esporádicos, y están determinados por liderazgos personales puntuales, que no se repiten como regularidad.

4. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA JURÍDICO Y LÍMITES POLÍTICOS Y JURÍDICOS A LA POSIBLE TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA EN CUBA

El ordenamiento jurídico cubano es hoy una mezcla interesante de normas vigentes de desde los años de la existencia del campo socialista[10], normas

9 VALDÉS PAZ, Juan, *La Evolución del Poder en la Revolución Cubana*, Tomo II, Editorial Rosa Luxemburgo, Ciudad de México, 2018, Pág. 54.

10 Siguen vigentes en Cuba, por citar ejemplos importantes:
Ley 14 de 1977, «De derecho de autor».

de la época de la reforma económica y constitucional de los años 90, -precisamente para adaptar al sistema político y socioeconómico cubano a los efectos de la crisis del llamado Período Especial y a la soledad que significó para Cuba la caída del socialismo real en Europa del Este-, junto a normas propias de la segunda reforma económica y política de la época del acercamiento a la administración del presidente Obama en los Estados Unidos de América y del gobierno de Raúl Castro.[11] A la vez persisten en Cuba disposiciones jurídicas de la época de la dominación colonial española[12] y hoy se suman normas de desarrollo de la Constitución de 2019.

Las características más importantes de este ordenamiento jurídico, según nuestro criterio, son el papel preponderante del Estado en todo tipo de relación jurídica de que se trate, sea de orden público o privado y el carácter dirigente de la sociedad y el Estado que mantiene el Partido Comunista de Cuba-PCC, desde 1965, y constitucionalmente desde 1976, lo que propicia un control exhaustivo de la creación jurídica desde el Comité Central del PCC.

El anterior rasgo tiene efectos perdurables en la forma de administrarse justicia en Cuba, en la consideración de las fuentes de derecho aceptadas en el sistema jurídico, en las limitaciones a la autonomía de la voluntad dentro del derecho civil y en la administrativización en última instancia de casi todo el derecho que se produce en Cuba, desde leyes hasta actos administrativos, propiamente.

Podemos poner ejemplos que sirvan de demostración de las características que hemos esbozado en el párrafo anterior. Los Tribunales de Justicia pueden recibir directrices políticas y hasta técnicas, de carácter general, del

Ley 50 de 1984, «De las Notarías Estatales».
Ley 54 de 1985, «De Asociaciones».
Ley 59 de 1988, «Código Civil».

11 Decreto Ley 288 de 2011 Permitió compraventa de viviendas. Decreto 292 de 2011 Permitió compraventa de autos entre particulares. Decreto Ley 302 de 2012, permitió disponer de la vivienda propia por testamento (a favor de personas con las que el testador no tiene lazos de parentesco), antes de la salida definitiva del país. Y derogó la ley 989 de 1961 que regulaba la confiscación de los bienes de las personas que salieran de forma definitiva del país. Decreto Ley 302 de 2012. Reforma migratoria. Declara emigrante a la persona que no regrese a los 24 meses. En la norma anterior se establecían 11 meses. Permite la repatriación como mecanismo de recuperación de derechos.

12 Están vigentes, con derogaciones parciales, por ejemplo, el Código de Comercio y la Ley Hipotecaria de finales del siglo XIX en España.

Estado y el Partido, así lo establece la Constitución de la República, de 2019, en el artículo 122 inciso m, de la siguiente manera:

«Corresponde al Consejo de Estado:

m) impartir instrucciones de carácter general a los tribunales a través del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, …»[13]

De la misma manera, la única fuente de derecho reconocida en Cuba es el acto normativo estatal, lo que deja fuera del sistema jurídico a la costumbre y a la jurisprudencia, lo que paulatinamente ha ido petrificando al derecho civil, que cuando no cuenta con la flexibilidad de la equidad judicial, debería al menos contar con la posibilidad de rejuvenecimiento por medio de la costumbre y la jurisprudencia, lo que no ha sucedido, como acabamos de explicar.

El tipo de Estado omnipresente, paternalista, interventor y asistencialista se completa en Cuba, siguiendo el modelo del sistema jurídico socialista, con importantes limitaciones a la propiedad privada, apenas reconocida en la Constitución de 2019, con restricciones a la libertad de testar, de heredar, de vender, de comprar, de arrendar, de crear sociedades mercantiles, de adquirir la propiedad por usucapión, de usufructuar libremente la propiedad propia a manos de usufructuarios privados.

La Constitución de 1976 y todo el derecho derivado de ella durante 40 años, amparó solamente a una llamada propiedad personal, con grandes limitaciones a la facultad de disposición sobre los bienes propios, por los propietarios y solo en la reforma constitucional de 1992 se reconoció la forma de propiedad de las empresas mixtas, una especie de propiedad privada solo para extranjeros inversores en Cuba.

En general, el Estado está presente en las cotidianas transacciones del tráfico jurídico privado, porque controla estas relaciones mediante la actividad notarial dirigida por el Ministerio de Justicia, que desde su Dirección de Re-

13 *Constitución de la República de Cuba*, en Nueva Constitución de Cuba, ParaCelso, Estados Unidos de América, 2022, Pág.42.

gistro Civil y Notarías orienta técnicamente la práctica notarial de todo el país, primando en esta supervisión la intervención administrativa del Estado, muchas veces contra el derecho civil, mercantil, de familias, vigente en Cuba.

4.1 Otras características del sistema jurídico cubano

El derecho en Cuba se ha producido, desde 1959, en gran medida, fuera de los órganos legislativos tradicionales. La Ley Fundamental de 1959, puso en vigor a la Constitución de 1940 con modificaciones que la convirtieron, de hecho, en un cuerpo legal distinto. Una de las reformas raigales fue la clausura del Congreso y la conversión del Consejo de ministros, encabezado por Fidel Castro hasta 1976, en órgano legislativo, además de sus funciones de gobierno.

De 1976 a 2019, por su parte, el Consejo de Estado, órgano de la Asamblea Nacional, que la representa entre período y período de sesiones plenarias del legislativo, aprobó tres veces más Decretos Leyes que Leyes la propia Asamblea, lo que demuestra la poca importancia práctica de la Asamblea Nacional, en apariencia y según la Constitución de 1976, órgano supremo del Estado cubano. También demuestra esta relación, el poder real del Consejo de Estado, órgano dirigido desde 1976 a 2019, por Fidel Castro y Raúl Castro y que siempre fue y sigue siendo, un órgano constituido por elección indirecta de los diputados a la Asamblea Nacional, jamás por voto popular.

Una de las características del ordenamiento jurídico cubano en las últimas décadas es la no consideración del principio de supremacía constitucional, lo que ha propiciado que la jerarquía normativa en el país se haya tambaleado ante las necesidades políticas o económicas del poder. Por esta razón se hizo habitual que Decretos Leyes del Consejo de Estado y Decretos del Consejo de Ministros modificaran leyes y violaran de forma flagrante la constitución.

La Constitución socialista de 1976 fue modificada de forma parcial pero profunda, en 1992 y en 2002. La reforma constitucional de 1992 fue una necesidad del PCC, el Estado y el gobierno cubanos para sobrevivir al aislamiento político, económico, comercial y financiero que sobrevino para Cuba después de la caída del campo socialista de Europa del Este y el comienzo en nuestro país de una crisis que al día de hoy se ha hecho estructural y de la que no hemos logrado salir sino esporádica y parcialmente. Esta reforma abrió las puertas a una economía mixta y suavizó el lenguaje marxista-leninista pero

mantuvo el sistema político de partido único sin división de poderes y sin mención de los derechos humanos.[14]

Aquella reforma constitucional estuvo acompañada de un gran número de disposiciones normativas que buscaban hacer viable el ajuste económico y político que el partido y el Estado consideraban urgentes, pero el resultado no fue perdurable desde el punto de vista económico, ni visible en el campo de la política y en las posibilidades reales de transición a la democracia.[15]

Por su parte, la reforma parcial de 2002 declaró, mediante la inclusión de un solo párrafo en el artículo 3 de aquella constitución, que los sistemas político y económico socialistas, eran irrevocables. Si la reforma de 1992 se realizó por iniciativa de la Asamblea Nacional del Poder Popular, la de 2002 fue una respuesta política al intento de una parte de la oposición al gobierno de presentar un proyecto de ley mediante iniciativa legislativa popular. El llamado Proyecto Varela no fue aceptado ni discutido en el órgano legislativo cubano, porque las firmas de más de diez mil ciudadanos no estaban debidamente notarizadas, pero la decisión del PCC y el Estado cubanos fue cerrar esa brecha democrática, al establecer una cláusula de intangibilidad constitucional, que

14 Algunas características de la reforma constitucional de 1992 fueron:
Esta reforma convirtió al estado cubano en laico y reconoció la libertad religiosa.
Usó el pensamiento de José Martí como mensaje político de apertura e inclusión: la República con todos y para el bien de todos y el Partido Comunista martiano, además de marxista-leninista.
Se reconoció una nueva forma de propiedad: la de las empresas mixtas y por lo tanto, se hizo reversible la propiedad estatal socialista de todo el pueblo.
Se eliminaron de los principios de organización y funcionamiento del estado, los de unidad de poder y centralismo democrático.
Se introdujo en la constitución la situación excepcional de estado de emergencia.
Nacieron los Consejos Populares y los Consejos de la Administración.

15 Algunas de estas normas fueron:
Ley 72 de 1992, Electoral
Ley 73 de 1992, Sistema Tributario
Ley 75 de 1994, Defensa Nacional
Ley 77 de 1995, de Inversión Extranjera
Ley 81 de 1997, Medio Ambiente
DL 140 de 1993, Despenalización de tenencia de divisas
DL 141 de 1993, Trabajo por cuenta propia
DL 142 de 1993, Unidades Básicas de Producción Cooperativa
DL 165 de 1996, Zonas Francas y Parques Industriales
DL 187 de 1998, Perfeccionamiento Empresarial

se mantuvo en el texto de 2019, consistente, en la mencionada prohibición de revocación del modelo socialista.

La reforma constitucional de 2019 fue una modificación total de la Constitución. Se aprobó un nuevo texto que tampoco ha significado una vía para comenzar a avanzar en una transición democrática, aunque algunos de sus contenidos eran esperanzadores, como la declaración de que existe un estado de derecho, que se respetará la supremacía constitucional, que se reconocerán los derechos humanos, que se dará relieve constitucional al habeas corpus y que se aceptará la existencia de la propiedad privada.[16]

Después de aprobada, mediante referendo popular, con voto favorable de más del 70 por ciento del electorado cubano, la Constitución de 2019 ha sido complementada con una profusa labor legislativa, tanto de la Asamblea Nacional como del Consejo de Estado, a partir de varios cronogramas legisla-

16 Podríamos preguntarnos, qué hay de nuevo en la Constitución de 2019. Esta sería una respuesta resumida:

Reconoce por primera vez desde 1959 los derechos humanos y esboza una garantía judicial para su amparo. Art 41 y 99.
Reconoce el principio de supremacía constitucional. Art 7.
Reconoce el estado socialista de derecho. Art 1.
Llama al Partido Comunista, único, fidelista y democrático. Art 5.
Reconoce el derecho de las mujeres a decidir sobre su cuerpo. Art 43.
Reconoce el derecho a la vida. Art 46.
Reconoce el habeas corpus y una especie de habeas data. Art 96 y 97.
Regula garantías del debido proceso. Art 94 y 95.

Se reconoce la doble ciudadanía, pero los cubanos y cubanas tendrán una ciudadanía efectiva, es decir, que en Cuba siempre serán cubanos.
Se crean los nuevos cargos de Presidente de la República, Primer Ministro, Gobernadores de provincias, Intendentes municipales.
No son electos por el pueblo ninguno de los anteriores.
Se crea el Consejo Electoral Nacional.
Se da carácter constitucional a la Contraloría General de la República.
Se dispone que la Autonomía Municipal será un objetivo del estado.
Se introduce en el derecho en Cuba la categoría política de seguridad nacional.
La Constitución de 2019 introduce por primera vez desde 1959, la propiedad privada.
Se reconoce al derecho de propiedad como un derecho humano.
Se declara que el estado representa al pueblo como sujeto de la propiedad socialista.
Se considera a la empresa estatal socialista el sujeto principal de la economía.
Se reconocen formas de propiedad mixtas.
Se reconoce la importancia para la economía de la inversión extranjera.

tivos aprobados por la Asamblea, pero que han sido ampliados o contraídos a necesidad del poder político, en detrimento, casi siempre, de las normas que se espera deban proteger derechos humanos de distinto talante.[17]

La Constitución de 2019 deja pocas oportunidades a un proceso político y jurídico de transición democrática en Cuba operado desde la institucionalidad imperante en el país. Los obstáculos que llaman más la atención son la inexistencia de un mecanismo independiente de control constitucional judicial, quedando la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones normativas del ordenamiento jurídico, así como de los actos administrativos, como prerrogativa de la Asamblea Nacional del Poder Popular, órgano legislativo y constituyente que tiene esa facultad constitucional desde 1976 y que desde esa fecha no ha registrado ni una declaración de inconstitucionalidad.

Junto a la ausencia de un tribunal constitucional destaca la de una defensoría del pueblo, aun cuando esta institución ha sido solicitada y exigida por académicos y activistas políticos desde hace al menos veinte años.

Destaca sobremanera en este panorama desfavorable para la transición democrática la mínima independencia judicial existente, lo que es fácil de probar por la cantidad de evidencias acumuladas en décadas de trabajo de los tribunales de justicia, llamados populares. Dentro de esas evidencias, además de las instrucciones de carácter general que recibe el Tribunal Supremo de parte del Estado y el PCC, está la práctica de considerar un grupo de «delitos priorizados», o lo que es lo mismo, delitos que deben ser sancionados con severi-

17 Algunas de las normas jurídicas más importantes que se han aprobado han sido:
Ley 127 de 2019, Ley Electoral.
Ley 131 de 2020, De organización y funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba.
Ley 132 de 2020, De organización y funcionamiento de las Asambleas Municipales del Poder Popular y de los Consejos Populares.
Ley 134 de 2020, De organización y funcionamiento del Consejo de Ministros.
Ley 140 de 2021, De los Tribunales de Justicia.
Ley 141 de 2021, Código de Procesos.
Ley 143 de 2021, Del Proceso Penal.
Ley 151 de 2022, Código Penal.
Ley 153 de 2022, Del Proceso de Amparo de los Derechos Constitucionales.
Ley 156 de 2022, Código de las Familias.

dad por los jueces, en dependencia de la coyuntura política, económica y social que se viva en cada momento.[18]

Están vigentes en Cuba, en el momento en que se redacta este artículo, normas de diversa jerarquía, desde leyes hasta resoluciones de ministerios, que limitan el ejercicio de derechos humanos considerados como tales por la Constitución de 2019. Los derechos que más barreras políticas y jurídicas reciben o que directamente es reprimido su ejercicio, son la libertad de expresión, la libertad de prensa, de asociación, de reunión, de manifestación, de libre sindicalización, sin mencionar los derechos humanos que no están protegidos por el derecho positivo en Cuba, como el derecho a la huelga, a tener una ideología política distinta a la oficial o a crear organizaciones políticas como partidos, por mencionar algunos derechos notorios cuando pensamos en una posible transición a la democracia en Cuba.

5. RESUMEN DE LA SITUACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

En cualquier caso, la crisis del Estado de Derecho en Cuba no está relacionada solo con un marco legal que impide su desarrollo, sino que ha existido un desmontaje político, institucional, administrativo, jurídico, de cultura y educación política, de todo lo que lo pudiera preservar.

La alternativa de la Legalidad Socialista hubiera sido aceptable si hubiera garantizado, de 1976 hasta el presente, la participación política de la ciudadanía, el disenso como derecho, la libertada de expresión, el derecho de

18 El Presidente del Tribunal Supremo ha dicho en varias oportunidades que ellos, los jueces, son los jueces de la Revolución y del Partido, que no son los jueces del enemigo y se han filtrado recientemente reuniones de trabajo del Tribunal Supremo con altos representantes de la Fiscalía General de la República y de las Fiscalías Provinciales, además de representantes de órganos de instrucción policial del Ministerio del Interior, en las que el Presidente del máximo órgano de justicia del país, explica a los participantes la mejor manera de lograr una sentencia condenatoria, para lo que suplica que los fiscales e instructores entiendan que los jueces devuelven, a veces, expedientes, a la parte acusadora, precisamente para que rectifiquen errores que impedirían a los magistrados dictar sentencias con altas condenas. En esta misma sesión de trabajo, el Presidente del Tribunal Supremo llama a los abogados, representantes de las partes acusadas, «perros en el tabaco», frase campesina de la vida en las vegas de tabaco, que alude al desorden y la destrucción de que los perros y los abogados crean en el tabaco y las causas penales, respectivamente. https://eltoque.com/sistema-de-justicia-cubano-al-descubierto.

asociación, el derecho de manifestación, la soberanía popular en forma de un Poder Popular con verdadero poder y respeto por los mandatos de la ciudadanía, además de la soberanía alimentaria y energética.

El panorama del Estado de Derecho en Cuba es pobre mirado desde la óptica que sea que escojamos. Si usamos como parámetros los principios, instituciones, valores políticos, de las tradiciones ilustrada, liberal y socialdemócrata y del constitucionalismo moderno, tanto liberal como social, vemos que no existe entre nosotros la división de poderes, la independencia judicial, la defensa de la constitución realizada por un órgano político independiente o por un órgano judicial, la defensoría del pueblo, el pluralismo político y el pluripartidismo, un sistema electoral que permita la elección popular de los principales representantes políticos del estado, y una cultura de defensa de los derechos humanos en el funcionamiento del estado y el gobierno.

Si usamos como parámetros los valores del constitucionalismo socialista cubano, de las seis últimas décadas, resulta que la representación política ha sido más importante que la democracia directa, el pueblo cubano no tiene una percepción de que el Poder Popular le haya garantizado la soberanía, el PCC ha sido cada vez más soberano desde 1965 y su alcance llega a controlar y trazar directrices a la prensa, las universidades, las organizaciones de la sociedad civil, las empresas, los organismos de la administración central del estado, las instituciones culturales, las iglesias y organizaciones religiosas y los tribunales, entre otras muchas. La unidad de poder, supuestamente en el pueblo, ha impedido la división de poderes, los controles de pesos y contrapesos entre las funciones estatales, pero también ha sido incapaz de brindarle a la ciudadanía cubana formas de control y veto de las decisiones impopulares tomadas por el gobierno.

Las instituciones políticas y jurídicas que se podían presentar como alternativas socialistas al Estado de Derecho no funcionaron en la práctica. Las asambleas de rendición de cuentas forman parte del choteo cubano, no de la democracia socialista, la revocación de mandatos se ejercía contra personas que ya habían sido depuestas de sus cargos por el democrático «truene»[19] o eran procesos tan largos y engorrosos que coincidían con el fin del mandato de los representantes en proceso de revocación.

19 Tronados son llamados en Cuba los funcionarios o burócratas de cualquier nivel que son defenestrados de sus cargos solo por decisión del poder superior, sin necesidad de cumplimentar procesos administrativos, ni de otro tipo.

El sistema electoral cubano no permitió la elección directa de los diputados a la Asamblea Nacional de 1976 a 1992 y no permite todavía las elecciones populares directas para los principales cargos políticos. Las Comisiones de Candidatura han sido el órgano fundamental para interponerse entre el pueblo y su supuesta soberanía y estas Comisiones están dirigidas por el PCC, no por el pueblo.

El actual Consejo Electoral Nacional, creado por la Constitución de 2019, debe emitir un certificado de elector, que la nueva ley de organización y funcionamiento de la Asamblea Nacional obliga a presentar a cada ciudadano cubano que intente presentar una iniciativa legislativa popular o de reforma constitucional. En la práctica este mecanismo se ha convertido en una de las últimas formas de control y freno de la participación política del pueblo cubano. El certificado de elector se les entrega solamente a personas con residencia efectiva en Cuba, lo que cierra, de un plumazo, el derecho a votar y a presentar iniciativas legislativas a los cubanos emigrados. La burocratización del procedimiento de entrega del certificado impide la participación real también a los que ciudadanos que viven en la isla.

El Estado de Derecho, entendido como una forma de organización del estado donde primen principios que garanticen el imperio de la ley, la transparencia, la participación ciudadana para garantizar su propia soberanía, los límites a la arbitrariedad, a la tiranía y a la violación de derechos, no goza de buena salud en Cuba, analicemos su situación con un prisma liberal o con un prisma socialista.

6. OPCIONES PARA EL CAMBIO

Como se ha explicado anteriormente el modelo de Estado existente en Cuba es, en esencia, una copia de los modelos estatales del extinto campo socialista. Estos modelos se caracterizan por una alta concentración del poder; la existencia de una burocracia estatal y partidista que responde solo a sus intereses como clase; la negación de la existencia de otros partidos o movimientos políticos; el uso de mecanismos de control social y la represión para impedir el nacimiento y desarrollo de cualquier alternativa; la necesidad de contar con un enemigo, que puede ser real, pero al que se le achacan la responsabilidad de todos los males.

Estas características se expresan en el derecho positivo vigente en Cuba de una forma clara y precisa al no existir mecanismos efectivos de control a los que ejercen el poder en Cuba, la no existencia de disposiciones normativas que garanticen la trasparencia y la rendición de cuenta efectiva del gobierno, la ausencia de normas que regulen las relaciones entre el partido y el estado, la imposibilidad del ejercicio de derechos consagrados a nivel constitucional pero que en la práctica no se pueden realizar, la criminalización, difamación, asesinatos de reputación de todos aquellos que critiquen o se opongan a la triada Estado/Gobierno/Partido.

Estos sistemas se caracterizan también por una elevada incapacidad e ineficiencia para incluso cumplir sus propias metas y decisiones, pero a la misma vez, son altamente efectivos para mantenerse en el poder.

La crisis cubana agudizada por la pandemia de Covid 19, y las reformas económicas, iniciadas el 1ro de enero de 2021, en un proceso llamado "Reordenamiento"[20], ha puesto de relieve las grandes deficiencias estructurales del modelo cubano, ante el agravamiento de las condiciones de vida y la incapacidad del Estado de ofrecer una alternativa viable y la ausencia de liderazgos que generen confianza y consenso, sectores de la sociedad civil cubana se han convertido en los motores de un cambio político en Cuba. Esto se ha expresado en hechos concretos como los del Movimiento San Isidro, el 27 de noviembre, el 27 de enero, las protestas masivas del 11 de julio de 2021, la plataforma Archipiélago y el origen de la plataforma de concertación democrática D Frente.

Las condiciones objetivas que motivaron el estallido social del 11J y las protestas posteriores no van a cambiar en un plazo corto de tiempo, el gobierno va a continuar siendo ineficiente e incapaz de implementar sus propias políticas, esto continuará agravando la crisis estructural del modelo cubano y las posibilidades reales de otro estallido social de gran magnitud. Cada vez que

20 El "Reordenamiento" es un conjunto de medidas económicas financieras, dirigidas a unificar la moneda y el sistema cambiario, unido a la eliminación de los subsidios y gratuidades. Los resultados de este ajuste económico han sido desastrosos para la sociedad cubana. La tasa de cambio del dólar que por muchos años se mantuvo a 24 pesos cubanos por dólar para las personas naturales, es en estos momentos de 330 pesos por dólar en el mercado informal, para un aumento del 1275%. El salario mínimo en Cuba es de 2100 pesos mensuales lo que equivale a 6.3 dólares. El precio de 30 huevos es 2600 pesos, una libra de carne de puerco cuesta 650 pesos.

un nuevo estallido social ocurra, aunque este no sea de las proporciones del 11J, y el Estado vuelva a utilizar la represión de la forma que lo hizo o incluso peor, se va a hacer más complicado mantener la gobernabilidad en el país y se potenciarán los escenarios de violencia y caos. En el escenario más terrible Cuba va hacia un proceso de "haitianización" en el que el gobierno pierda el control social y la violencia se generalice por todo el país.

Como era de esperarse ha continuado la tendencia al aumento de las protestas sociales, como ocurrió el 17 de marzo de 2024, en varias provincias del país, donde miles de cubanos se manifestaron pidiendo comida, electricidad y también libertad. En Cuba hay muchas regiones que por periodos largos de tiempo solo tienen energía eléctrica por 2 o 4 horas al día. Desde enero de 2026 ha comenzado un bloqueo petrolero a Cuba decretado por el presidente de los Estados Unidos, inmediatamente después de la captura en Venezuela del presidente Nicolás Maduro.

La medida anterior se suma a la larga lista de decisiones administrativas y leyes del Congreso de los Estados Unidos, que desde inicios de los años 60 del siglo XX se han dado a conocer como el «embargo» a Cuba pero que el gobierno cubano siempre ha identificado como el «bloqueo», pero en este caso se trata de una decisión de guerra que ha dejado a la mayor isla del Caribe sin acceso a petróleo en los cinco primeros meses del 2026.

La crisis cubana es de magnitudes humanitarias. Millones de personas sobreviven apenas sin comida, con apagones de hasta cien horas consecutivas, sin acceso a agua potable, sin transporte y dentro de un marco legal, constitucional y político de criminalización de la protesta y politización de cualquier conducta que el estado necesite reprimir.[21]

El Estado/Gobierno/Partido ha dejado claro que no dialogará, ni negociará con ningún grupo o movimiento que proponga cambios en el sistema político del país, en el sentido de reconocer la oposición política, garantizar el

21 En el último año-2026- se han sancionado a ciudadanos cubanos por delitos de sabotaje, delito de relieve político reservado comúnmente para sancionar actividades llamadas contrarrevolucionarias, por vender piezas y partes robadas del sistema eléctrico nacional, o acciones de contrabando semejantes, claramente realizadas con objetivos económicos, pero que los tribunales de justicia, bajo orientación política, han considerado elevar a rango de «delito priorizado».

goce de los derechos civiles y políticos sin los limites ilegítimos establecidos por los burócratas en el poder o manejar las relaciones con los Estados Unidos, incluido el bloqueo/embargo, de una forma diferente.

El gobierno cubano no ha reconocido que la sociedad cubana se ha diversificado políticamente y que los mecanismos que hasta ahora le han garantizado mantener el estatus quo ya no van a funcionar. A la vez, el gobierno es el único sujeto político con el poder y la capacidad para enrumbar el país por el camino del dialogo y el reconocimiento de la diversidad política. Pero, lamentablemente, la propia naturaleza y estructuras del tipo especifico de socialismo de estado existente en Cuba le impiden adaptarse a este momento histórico. A no ser, y esto no es descartable, que, dentro de la misma burocracia estatal, surjan voces disidentes, que, por diversos motivos, puedan romper la aparente unanimidad existente dentro de las estructuras de ejercicio del poder y moverse hacia el cambio y la apertura.

Las visiones maniqueas de la realidad fomentadas por el gobierno cubano y por un sector importante de la emigración cubana, en la que solo caben la eliminación de uno u otro[22], que han servido como justificación del gobierno

22 Un ejemplo evidente como ambas posiciones extremas coinciden en determinados objetivos es el tema de las medianas y pequeñas empresas privadas en Cuba. Desde el año 2011, en los Lineamientos del PCC se reconoció la necesidad de tener formas no estatales como actores en el sistema económico del país, y en la modificación de estos lineamientos en el 2017 se reconoció la propiedad privada. La Constitución de 2019 también reconoció esta forma de propiedad (artículo 22, inciso d), con un "papel complementario en la economía". No fue hasta el 6 de agosto de 2021, a menos de un mes de las protestas del 11 de julio, que el gobierno autoriza mediante el Decreto Ley 46/2021 la creación de pequeñas y medianas empresas (Mipymes). A pesar de las limitaciones burocráticas que esta norma establece, creando un complejo proceso de autorización se han creado más de 8000 Mipymes. A pesar del importante crecimiento de estas empresas y lo que ha significado para garantizar productos y servicios a la población, el estado cubano intenta frenar su desarrollo, mediante reformas fiscales y bancarias. La principal razón es que todo el dinero que mueven estas compañías, que son cientos de millones de dólares, no entran al sistema bancario nacional, se mueven en una red privada ilegal de transferencias y cambio de divisas.
En el otro espectro del sector político, los grupos del exilio cubano que no admiten ningún acercamiento o negociación con el gobierno cubano lograron que el congresista Mario Diaz-Balart incorporara en la ley del presupuesto de los Estados Unidos, una provisión que impide la utilización de ningún fondo público en la promoción de las Mipymes en Cuba, argumentando, de forma incorrecta, que todas estas compañías son controladas por testaferros del gobierno cubano.
En los últimos dos años el gobierno ha permitido la inversión directa de cubano americanos en la economía nacional y la importación privada de hidrocarburos, en intentos desesperados de descentralización económica pero la crisis cubana ya no puede ser solucionada con medidas puntuales, de la naturaleza que sean.

para reprimir todo tipo de opinión disidente y para esos sectores de la emigración para acusar de "comunistas" o "castristas" a todos aquellos que no comulguen con su línea dura de enfrentamiento al régimen, se han extremado en el último año en el escenario de amenazas directas del gobierno de los Estados Unidos de usar la vía de la invasión militar o el ataque directo a Cuba.

A pesar de todos los límites que el sistema cubano impone a la participación popular en los procesos políticos, existen dos vías que pueden ser utilizadas para presionar hacia una apertura democrática, pero estas solo se lograran si una parte importante del pueblo se identifica y comienza a actuar como sujetos del cambio.

Estas dos vías son la electoral y la del uso de la iniciativa legislativa popular.

Respecto a la vía electoral, la Ley No.127/2019 "Ley Electoral", mantiene las Comisiones de Candidaturas de la ley electoral anterior, esto significa que todos los candidatos a diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular tienen que ser aprobados por estas Comisiones de Candidaturas. Las Comisiones de Candidaturas están integradas por representantes de la Central de Trabajadores de Cuba (única central sindical legal en Cuba), los Comités de Defensa de la Revolución, la Federación de Mujeres Cubanas, la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños, la Federación Estudiantil Universitaria y de la Federación de Estudiantes de la Enseñanza Media, todas ellas bajo control absoluto del PCC, lo que hace imposible que algún candidato que no responda a sus intereses sea nominado. La única posibilidad de nominación directa que permite la ley electoral es la de Delegado de Circunscripción. Estos delegados conforman las Asambleas Municipales del Poder Popular, las que tienen facultades por limitadas, ya que a pesar de que la constitución reconoce formalmente la autonomía municipal esta nunca se ha implementado.

Varias organizaciones de la oposición cubana han intentado presentar candidatos a estos puestos, pero solo uno logró ser nominado[23]. La presenta-

23 https://www.swissinfo.ch/spa/independiente-con-apoyo-opositor-nominado-para-elecciones-locales-cubanas/48075592#:~:text=La%20Habana%2C%2021%20nov%20(EFE).%2D%20El%20grupo,todo%20el%20pa%C3%ADs%20el%2027%20de%20noviembre, consultado el 19 de mayo de 2026 a las 11 y 15 am, hora peninsular de España.

ción de estos candidatos independientes está sometida al control de la policía política, la que impide a estos asistir a las reuniones de nominación, y en el caso del único candidato que alcanzó la nominación la autoridad electoral no incluyó su nombre en la boleta electoral. Esta vía no es descartable de seguir siendo utilizada principalmente si se logra crear un movimiento de masas que haga muy difícil utilizar la represión y otros procesos ilegales para impedir la nominación. Si esto se alcanzara y alguna Asamblea Municipal del Poder Popular tuviera más del 50 por ciento de los delegados que no respondan al PCC no sería posible nominar a los diputados por ese municipio y obligaría a la Comisión de Candidaturas a buscar propuestas alternativas.

La vía del uso de la iniciativa popular es la que más oportunidades da, desde el punto de vista del activismo legal. La Constitución prevé la iniciativa legislativa popular en el artículo 164, inciso k, estableciendo un mínimo diez mil electores para poder presentar una iniciativa de ley y remitiendo a una ley complementaria la regulación del procedimiento para poder ejercer este derecho. De la misma manera el artículo 227, inciso f, dispone que se necesitan como mínimo cincuenta mil electores para presentar una propuesta de modificación de la Constitución.

La ley complementaria que regula estos procedimientos es la Ley No. 131/2019 "Ley de Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba". Esta ley crea el requisito de la "certificación de su condición de electores validada por el Consejo Electoral Nacional". Es decir, para poder ejercer este derecho se necesita contar con una certificación que acredite que se tienen los requisitos de elector. Es evidente como este requerimiento está dirigido a dificultar el ejercicio de este derecho si tenemos en cuenta que en Cuba la inscripción en el registro electoral es automática y solo se requiere la presentación del documento nacional de identidad para poder ejercer el derecho al voto. Unido a eso no está regulado como es el procedimiento para obtener esa certificación.

Desde el año 2022 el abogado independiente Julio Ferrer Tamayo[24], comenzó el proceso para obtener su certificación, después de intentarlo en los

24 https://eltoque.com/la-ciudadania-frente-al-estado-totalitario-iniciativas-para-el-cambio-cuba, consultado el 19 de mayo de 2026 a las 11 y 20 am, hora peninsular de España.

niveles municipales y provinciales de la autoridad electoral, la logró obtener presentando su solicitud en la Comisión Electoral Nacional. A pesar de que la Comisión Electoral Nacional es un órgano estructurado verticalmente con representación en los municipios y las provincias, la única vía para obtener la citada certificación es presentado la solicitud[25] personalmente en la sede nacional de la Comisión que está en La Habana, lo que es un impedimento muy importante para los ciudadanos que residen en otras provincias.

En la siguiente tabla se puede ver cuáles son las acciones que se pueden utilizar partiendo de la iniciativa popular, según la Ley No. 131/2019.

Facultad de la Asamblea Nacional del Poder Popular		
Acciones	Artículos	Cantidad de electores requeridos
Control de legalidad de acuerdos y disposiciones de las Asambleas Municipales del Poder Popular	Artículo 169.1, inciso i	50
Declaración de inconstitucionalidad	Artículo 156. 1 , inciso h	500
Interpretación de las leyes	Artículo 174.1, inciso k	500
Interpretación de la constitución	Artículo 173.1, inciso i	1000
Iniciativa de las leyes	Artículo 117, inciso k	10 000
Reforma de la constitución	Artículo 244, inciso f,	50 000

25 https://cubaproxima.org/por-una-ciudadania-con-sus-propias-propuestas-desde-y-a-traves-de-la-ley/, consultado el 19 de mayo de 2026 a las 11 y 25 am, hora peninsular de España.

Facultad del Consejo de Estado		
Suspensión de acuerdos y disposiciones de las Asambleas Municipales del Poder Popular	Artículo 292.1, inciso i	50
Revocación o modificación de los acuerdos y demás disposiciones de los gobernadores y consejos provinciales	Artículo 294.1, inciso i	50
Suspensión de decretos presidenciales, decretos acuerdos, y demás disposiciones	Se regula de acuerdo al Artículo 156.	500

Como se puede ver hay posibilidades de solicitar la inconstitucionalidad de disposiciones normativas con solo la presentación de 500 electores y en el caso cubano abundan leyes y otras disposiciones normativas que son claramente inconstitucionales, por citar solo 2 ejemplos: la pena de muerte en el Código Penal, cuando la Constitución reconoce el derecho a la vida en el artículo 46 sin ninguna limitación, ni referencia a ley complementaria para su desarrollo; el Decreto 217/1997, que limita la posibilidad de los cubanos de otras provincias para residir en La Habana, lo que ampara la facultad de la policía de expulsarlos de la capital, esto es contrario a los artículos 41 y 42 de la Constitución.

En el terreno de la iniciativa legislativa popular, grupos importantes de la oposición y la sociedad civil han presentado proyectos de leyes, como la ley de amnistía para los presos políticos y la ley integral para la protección de la mujer, que fueron rechazadas por la secretaría de la Asamblea argumentado que no cumplían los requisitos legales establecidos. Además, cuenta con proyectos de leyes para regular los derechos de manifestación y reunión y de ley electoral que eliminaría las Comisiones de Candidatura y permitiría la posibilidad de presentar candidatos no afines al PCC.

Aunque todas estas acciones requieren de la posterior aprobación de la Asamblea Nacional, si se cumpliera el requisito formal de contar con la certificación de elector, esto presionaría mucho más a las autoridades cubanas a tomar estos proyectos en consideración.

7. CONCLUSIONES

El escenario político cubano actual está caracterizado por una crisis económica sin precedentes en el país, que supera todos los indicadores del Período Especial y que está acompañada ahora, como en los 90, por una oleada migratoria que se ha convertido en un problema humanitario al que el gobierno cubano no considera, al menos públicamente, con esa gravedad.

Si la emigración cubana ha sido constante en las últimas décadas, desde el fin de la pandemia del nuevo coronavirus hacia el presente, el número de personas que han salido de Cuba es alarmante. Cientos de miles de cubanos, de todas las edades y grupos sociales, pero sobre todo jóvenes y profesionales, familias enteras, han realizado una travesía desde Centro América hasta la frontera sur de los Estados Unidos en busca de los beneficios que ofrece la Ley de Ajuste Cubano, que permite solicitar la residencia en los Estados Unidos a los ciudadanos cubanos que hayan entrado legalmente en el país norteño.

En estos viajes, organizados fuera de la protección legal, por sujetos que mueven a miles de seres humanos día tras día, mediante un tráfico inhumano, sin garantías para los derechos humanos de los que emigran, han muerto cientos de cubanos y cubanas en los últimos años, también en el estrecho de la Florida, intentando llegar en embarcaciones rústicas a las costas de los Estados Unidos, aun a sabiendas de que serán devueltos por las autoridades migratorias de este país, pues la entrada irregular por mar ya no es considerada una alternativa para pedir la protección de la Ley de Ajuste Cubano, esto desde el fin del gobierno del presidente Obama.

Este panorama desolador, que es una respuesta a la inoperancia del gobierno cubano para resolver los problemas que aquejan a la población, no encuentra salidas políticas internas porque la oposición es reprimida sin miramientos. Al menos mil personas se encuentran en prisión en estos momentos en Cuba por razones políticas, muchos de ellos desde las manifesta-

ciones populares de los días 11 y 12 de julio de 2021, que ocurrieron al unísono en decenas de ciudades y poblados del país.

Los tribunales cubanos han impuesto sanciones hasta de 25 años de privación de libertad por el delito de sedición y existen activistas políticos y artistas en prisión por el delito de ultraje a los símbolos patrios, sin que puedan aspirar ni a los beneficios penales que el Código Penal y la Ley de Procesos Penales reconocen.

En los últimos cuatro años una gran parte de los líderes políticos, activistas, intelectuales, profesores, periodistas independientes, artistas, han sido forzados a abandonar el país, en muchas ocasiones como alternativa les ha quedado la cárcel o el acoso sin fin de la Seguridad del Estado.

Un mecanismo político jurídico de represión, utilizado en Cuba, debe ser tomado en consideración cuando estudiamos las posibilidades reales de un proceso de transición a la democracia. La llamada «regulación», es una prohibición de hecho que sufren muchos ciudadanos cubanos, a los que se les priva del derecho a solicitar la confección de un pasaporte ordinario y del derecho a viajar, sin mediar ninguna justificación legal que no sea la de que estas personas son un peligro para la seguridad nacional o el orden político imperante, utilizándose la «regulación» como castigo o amenaza por el Ministerio del Interior y específicamente por la Seguridad del Estado.

Sin ningún tipo de asidero jurídico o legitimidad política es utilizada también la prohibición de hecho a entrar al país a ciudadanos cubanos que el gobierno considera peligrosos, aun cuando estas personas no tengan antecedentes penales, ni estén circuladas por ningún órgano de instrucción o policial, ni estén investigadas por ser posibles participantes en comisión de delitos.

En este escenario, la sociedad civil cubana ha optado por la resistencia del exilio, medio más práctico, aunque doloroso, traumático y en el caso cubano sin una base económica que garantice a las familias o individuos que migran un mínimo de seguridad si llegasen a de lograr su objetivo de establecerse en otro país.

Los medios de difusión masiva cubanos, dirigidos por el PCC y administrados y coordinados por el gobierno, además de asesorados y en muchos

casos intervenidos por la Seguridad del Estado, consideran, junto al discurso oficial del propio gobierno, que se encuentran en una batalla cultural contra el imperialismo y que la causa principal de la crisis económica cubana, -porque las demás no son reconocidas- son las medidas punitivas del Bloqueo o Embargo, económico y financiero, que el Congreso de los Estados Unidos mantiene sobre Cuba.

En la vida cotidiana de las familias cubanas, sin embargo, las sanciones económicas de los Estados Unidos a Cuba, -que nosotros consideramos injustas, inhumanas, antidemocráticas y amparadoras de las políticas extremistas de los dos gobiernos involucrados en este diferendo histórico- son utilizadas por el poder político cubano como consignas que, antes, alimentaban a un pueblo que se creía inmerso en un proyecto social, económico, político y ético, alternativo al capitalismo. El pueblo cree que esa época ha pasado, y que hoy el capitalismo igualmente está vigente en Cuba, con pobreza, desigualdad, escasez de todo lo humano y lo divino, más el desgaste de las ideologías de izquierda, la entronización de la corrupción, de la violencia social, de las ideas antidemocráticas, del conservadurismo político, religioso, social y económico.

Nuestra opinión es que la utilización de las pocas vías legales que permite el sistema cubano puede contribuir a iniciar el proceso de movilización y concientización ciudadana para bregar por una transición democrática. La herramienta de la Certificación de elector es la más efectiva con la que cuenta la ciudadanía desde el punto de vista jurídico.

A mitad del año 2026 el escenario constitucional cubano es desolador, casi tanto como el panorama social, económico, financiero, energético. La Constitución de 2019 no resultó ser, lógicamente, cabe decir, la de la apertura democrática que se vislumbraba por algunos por sus menciones de los derechos humanos, la igualdad de género, la propiedad privada y la autonomía municipal.

La vigente Carta Magna ha sido la Constitución usada para cumplimentar la represión política más aguda en la historia del sistema socialista cubano y ha sido la que ha tenido que soportar la misión jurídica de legitimar el inmovilismo político de la burocracia cubana.

El peligro de pérdida real de la soberanía del pueblo cubano sobre nuestros destinos políticos, más allá del estado nación que también se tambalea, es

inminente y las élites políticas que negocian en estos momentos el futuro inmediato de nuestras vidas, no cuentan entre ellos con ningún cubano que haya sufrido los desmanes del totalitarismo ni del diferendo político y económico entre los gobiernos de Estados Unidos y Cuba.

En este contexto, un proceso de transición a la democracia encuentra muchas trabas y parecería que solo podemos esperar, pero debemos recordar que los totalitarismos tienen tiempos distintos a los de los seres humanos que los vivimos y que la lucha por la democracia debe darse en todos los escenarios posibles, también en la fecundidad de la paciencia política. Pero para que la paciencia de muchos tenga sentido tiene que haber a la misma vez ebullición intelectual y denuncia activa de las consecuencias del autoritarismo en Cuba. Esperemos que solo el pueblo cubano tenga la última palabra en la solución de este problema.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República de Cuba, 1992, documento digital en el sitio web de la ACNUR
https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0511.pdf

Constitución de la República de Cuba, en Nueva Constitución de Cuba, Para-Celso, North Haven, United States, 2022.

FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Filosofía del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.

https://eltoque.com/la-ciudadania-frente-al-estado-totalitario-iniciativas-para-el-cambio-cuba

https://cubaproxima.org/por-una-ciudadania-con-sus-propias-propuestas-desde-y-a-traves-de-la-ley/

DIÉGUEZ LA O, Tanieris: *El rescate del Municipio. La experiencia de Matanzas en la creación de los órganos de Poder Local. Un acercamiento casuístico y teórico a sus antecedentes y proceso de generalización a todo el país*. Tesis en opción del título de Licenciada en Derecho, inédita, la Habana, 2006.

JIMÉNEZ MORALES, Caridad Rosa: «La división político-administrativa: su institucionalización en la Constitución de la República de Cuba», en MATILLA CORREA, Andry (Coord) *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2016.

MATILLA CORREA, Andry: «Unas líneas (preliminares para un libro) con motivo de los cuarenta años de vigencia de la Constitución cubana de 1976» en MATILLA CORREA, Andry (Coord) *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2016.

PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette: «El poder popular cubano luego de cuarenta años de su constitucionalización», en MATILLA CORREA, Andry (Coord) *La Constitución cubana de 1976: cuarenta años de vigencia*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2016.

VALDÉS PAZ, Juan, *La Evolución del Poder en la Revolución Cubana*, Tomo II, Editorial Rosa Luxemburgo, Ciudad de México, 2018.

LA DESCONEXIÓN DE ESTADOS UNIDOS DEL SISTEMA MULTINIVEL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS RESPECTO A LA TUTELA DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

THE DISCONNECTION OF THE UNITED STATES FROM THE MULTI-LEVEL SYSTEM OF HUMAN RIGHTS PROTECTION REGARDING THE PROTECTION OF UNDOCUMENTED MIGRANTS

Manuel Palomares Herrera[1]
Profesor Contratado Doctor de la Universidad Internacional de la Rioja

Correo: manuel.palomares@unir.net
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1520-5036.

Cómo citar/Citation

PALOMARES HERRERA, Manuel. "La desconexión de Estados Unidos del sistema multinivel de protección de los derechos humanos respecto a la tutela de las personas migrantes en situación irregular", en Parlamento y Constitución. Anuario. Cortes de Castilla-La Mancha-UCLM, nº27, 2026.

https://doi.org/10.71206/rapc.420

Enviado: 09-02-2026
Aceptado: 30-07-2026

Resumen: El artículo examina la posición de Estados Unidos frente al sistema multinivel de protección de los derechos humanos, con especial atención a la tutela de las personas migrantes en situación irregular. A partir de una

1 Doctor en Derecho Público por la Universidad de Jaén (España). Actualmente es Profesor Doctor de la Universidad internacional de la Rioja (UNIR). Exmagistrado suplente de la Audiencia Provincial de Granada y exfiscal sustituto de la Fiscalía Provincial de Granada. Vicepresidente del Instituto Internacional de Derechos Humanos. Subdirector de la Revista Hispanoamericana de Derechos Humanos. Investigador del Grupo VULDER UNIR "Derechos Humanos y Vulnerabilidades" y del Proyecto de Innovación Docente Aplicada de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR). Referencia: PIDA 2526_050. "La aplicación de la Inteligencia Artificial a las asignaturas de la Facultad de Derecho de UNIR. Acrónimo: EDUCAIA- Educación en Derecho e Inteligencia Artificial ". 2025-26 y del Proyecto Precompetitivo de Investigación Referencia: PPI26_25. "El "*Compliance*" de la Inteligencia Artificial. La implementación de la Inteligencia artificial en Derecho a la luz de la Agenda 2030". Acrónimo. CIAD: *Compliance*, Inteligencia Artificial, Derecho, Objetivos de Desarrollo Sostenible, Agenda 2030", 2025-2027.

metodología cualitativa basada en el derecho comparado, revisión doctrinal y análisis de la actualidad jurídica, se sostiene la hipótesis de una desconexión estructural entre el ordenamiento estadounidense y los principales mecanismos internacionales y regionales de garantía, en particular el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los tratados universales relativos a derechos de segunda generación. Esta desvinculación, manifestada en la no ratificación de instrumentos clave y en la resistencia a la jurisdicción internacional, debilita los límites externos al poder estatal. En consecuencia, la protección efectiva de los derechos humanos se desplaza al ámbito interno, donde el control judicial, la oposición política y las garantías constitucionales actúan como principales contrapesos frente a los excesos del poder ejecutivo en materia migratoria.

Palabras clave: Derechos humanos, Inmigración, Sistema Internacional, ICE, EEUU.

Abstract: This article examines the United States' position regarding the multilevel system of human rights protection, with particular attention to the protection of undocumented migrants. Using a qualitative methodology based on comparative law, doctrinal review, and analysis of current legal issues, it argues for a structural disconnect between the U.S. legal system and the main international and regional guarantee mechanisms, particularly the Inter-American Human Rights System and universal treaties related to second-generation rights. This disconnect, manifested in the non-ratification of key instruments and resistance to international jurisdiction, weakens the external limits on state power. Consequently, the effective protection of human rights shifts to the domestic sphere, where judicial review, political opposition, and constitutional guarantees act as the main counterweights against executive abuses of power in immigration matters..

Key Words: Keywords: Human rights, Immigration, International System, ICE, United States.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MARCO METODOLÓGICO

2. LA ARQUITECTURA DEL SISTEMA INTERNACIONAL, REGIONAL Y FEDERAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS APLICADO A EEUU

3. PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO COMPARADO

4. PROPUESTAS

5. CONCLUSIONES

6. REFERENCIAS

"Como ustedes saben, yo soy un inmigrante.
Yo vine aquí como inmigrante, y lo que me dio
las oportunidades, lo que me hizo estar aquí hoy,
son los brazos abiertos de los estadounidenses.
Me han recibido. He sido adoptado por los EEUU".

A. A. Schwarzenegger,
38º Gobernador del Estado de California (2003-2011).

1. INTRODUCCIÓN

En los años más recientes, hemos venido observando como EEUU se enfrenta a un orden mundial irreconocible en el que a su vez participa a desconfigurar, dibujando alianzas desconocidas, protagonizando intereses energéticos que promocionan ocupaciones o transgresión de fronteras externas y ahora también con el endurecimiento de las políticas de corregir las negligencias del Estado en materia de control de extranjería: Hablamos de la política de control de la inmigración del 119.º Congreso de los EEUU, los métodos de la llamada "autodeportación"[2], movimientos que promueven la "remigración"[3] y la implementación del Servicio de Inmigración y Control de Aduanas de EEUU (ICE, por sus siglas en inglés)[4].

En concreto hemos de señalar que se estima un total de 14 millones de inmigrantes indocumentados[5] en el país por distintas razones[6] a causa de la

2 "El Departamento de Seguridad Nacional ha anunciado una oportunidad histórica para que los extranjeros que están ilegalmente en EEUU reciban viaje libre de costo, condonación de cualquier multa pendiente por presencia ilegal y un bono de salida de $2,600 para facilitar su viaje de regreso a su país de origen u otro país en el que tengan estatus legal a través de la aplicación móvil CBP Home". Disponible en: https://www.dhs.gov/cbp-home-en-espanol (consultado el 28 de enero de 2026).

3 Disponible en: https://remigracion.org/ (consultado el 3 de febrero de 2026).

4 Que a pesar de existir desde que la articuló el gobierno de George W. Bush en 2006, ha tomado un especial protagonismo entre 2024-26. Sitio oficial del cuerpo: https://www.ice.gov/es/sobre-ice (consultado el 1 de febrero de 2026).

5 CHOI, Anette. "¿Cuántos inmigrantes indocumentados hay en EE.UU.? Nueva estimación cambia la cifra de referencia". *CNN*. 21 de agosto de 2025. Disponible en: https://cnnespanol.cnn.com/2025/08/21/eeuu/inmigrantes-indocumentados-ee-uu-record-2023-trax (consultado el 1 de febrero de 2026).

6 Desde 2001, millones de personas han huido de conflictos bélicos internos e internacionales, principalmente de la guerra contra el terrorismo –campaña militar de EEUU, apoyada por miembros de la OTAN y otros aliados–, la guerra de Afganistán, la insurgencia en el Magreb (desde 2002), la insurgencia islamista en Nigeria (desde 2002), la invasión de Irak (2003), la guerra de Irak (2003-2011), la acción de la guerrilla iraquí (2003-2011), la insurgencia iraquí posterior al retiro de las tropas de EE.UU. (desde 2011), la insurgencia de Al-Qaeda en Yemen (desde 2003), la guerra en el noroeste de Pakistán (desde 2004), la guerra civil de Somalia y otros conflictos en el Cuerno de África, la guerra civil sudanesa, la Primavera Árabe (2010-2013),29 la guerra, intervención militar e insurgencia miliciana en Libia (desde 2011), la guerra civil de Siria (desde 2011),30 la guerra civil sursudanesa (desde 2013) y más recientemente la segunda guerra civil de Libia y la guerra contra Estado Islámico (desde 2014). Vid, entre otros documentos: «Declaración del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados sobre la crisis de refu-

falta de control en frontera así como de gestión de asilos y refugios, en un contexto en el que, como advierte la doctrina, el tratamiento del refugio tiende a obedecer más a criterios de oportunidad política o administrativa que a un enfoque genuinamente humanitario[7] en donde el último gobierno ha implementado la deportación masiva con la reforzada y efervescente actividad del ICE; donde se han experimentado determinadas controversias con sucesos como detención de niños, homicidios[8] y detenciones ilegales[9] que ya han levantado una resistencia ciudadana pro-derechos humanos en determinadas zonas del país vía manifestaciones[10] y desde la oposición demócrata.[11] Al respecto, señalaba el profesor Jiménez-Vargas que:

> *"Desde la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, las naciones del mundo han recorrido un largo camino para reconocer y garantizar la dignidad humana a través de diversas normas y principios. Sin embargo, este proceso no ha sido*

giados en Europa», ACNUR. 4 de septiembre de 2015; «Mediterranean Update-Missing Migrants Project»,Organización Internacional para las Migraciones. 7 de septiembre de 2015; «Immigration in the EU», Comisión Europea. 10 de junio de 2015; «Asylum quarterly report». Eurostat. 16 de junio de 2015; «La crisis en el Norte de África y su impacto en la inmigración irregular a la Unión Europea (ARI)», Real Instituto Elcano. 9 de mayo de 2011.

7 MIRANDA GONÇALVES, Rubén. "The legal institute of refuge: a study on contemporary forced migration flows and the international responsibility of the state in the protection of refugees", *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 05, n. 72, p. 24. Señala el autor que: "However, the reality presented in the face of all the events that involve the theme today revolves around convenience, and not because of a humanitarian context, whereas if it is opportune for the State to receive refugees in its territory, it will do so. Otherwise, it will close its doors, all at its own discretion, leaving it clear that economic issues will always prevail over others".

8 QUEEN, Jack y HALS, Tom. "¿Puede ser procesado el agente de ICE que disparó a una mujer de Minneapolis?", *Reuters,* 8 de enero de 2026. Disponible en: https://www.reuters.com/world/us/can-ice-agent-who-shot-minneapolis-woman-be-prosecuted-2026-01-08/. Reuters. (Consultado el 2 de febrero de 2026).

9 Reconocida por el propio cuerpo en: https://www.ice.gov/detain/detainee-death-reporting U.S. Immigration and Customs Enforcement (ed.). (Consultado el 2 de febrero de 2026).

10 CASTRO UCEDA, Miguel Ángel. "Las manifestaciones contra el ICE se multiplican por todo EEUU", *RTVE*, 31 de enero de 2026. Disponible en: https://www.rtve.es/noticias/20260131/se-multiplican-protestas-manifestaciones-contra-ice-servicio-inmigracion-control-aduanas-estados-unidos/16918117.shtml (Consultado el 2 de febrero de 2026).

11 SUANZES, Pablo R. "La indignación por las muertes en Mineápolis fuerza a Trump a retocar su plan anti inmigración" *El Mundo*. 27 enero 2026. Disponible en: https://www.elmundo.es/internacional/2026/01/26/6977bceee4d4d8e54d8b45a8.html (Consultado el 2 de febrero de 2026).

estático ni uniforme. Ha estado sujeto a las transformaciones sociales, políticas, tecnológicas y ambientales que han moldeado las estructuras de la sociedad global"[12].

Lo cierto es que la Declaración no pudo hacerse vinculante en un solo convenio dado que los derechos colectivos, bautizados como de segunda generación,[13] fueron desgajados de los civiles y políticos (de primera generación) durante la Guerra Fría (1947-91) por ser asociados a los teóricos progresistas – defensores de los derechos derivados de la igualdad − en contra de los que defendían los derechos derivados de la libertad, lo que dio lugar a los Pactos de Nueva York de 1966 en dos documentos distintos que ahora comentaremos − Ahí podríamos decir que nace una política jurídica *turboliberal* estadounidense, proteccionista, que impera el individualismo contra los derechos colectivos en donde encontramos a los inmigrantes.

A modo de delimitación del objeto de estudio, el estudio se centrará en analizar el andamiaje constitucional estadounidense frente a las políticas pro-derechos humanos en general y las anti inmigratorias en concreto, analizar su resistencia frente al sistema universal de protección de los derechos humanos (en adelante, SUDH) y regional de la Organización de Estados Americanos[14] (en adelante, SIDH), así como realizar una comparativa con contextos internacionales asimilables.

La presente investigación se articula a partir de una metodología jurídica cualitativa, basada en la revisión bibliográfico-jurisprudencial así como de actualidad y de derecho comparado sustentada en tres ejes complementarios. Así, en primer lugar −tras la introducción y un epígrafe de delimitación conceptual del anclaje de sistemas en torno a EEUU se emplea el método de derecho

12 JIMÉNEZ VARGAS, Pedro Jesús "Perspectivas futuras: hacia una constitución de los derechos humanos". En RÍO SANTOS, Fruela & PALOMARES HERRERA, Manuel (Coords.), *Tributación, derechos humanos, clima e inteligencia artificial: hacia un nuevo pacto constitucional*; 2025. (pp. 295-324). Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 979-13-7010-758-1.

13 LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. "Las generaciones de derechos humanos". *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global REDESG*, 2013, vol. 2, no 1, p. 163-196. Disponible en: https://faculdadeslondrina.com.br/wp-content/uploads/2020/05/LAS-GENERACIONES-DEL-DERECHO-SHUMANOS.pdf

14 (En adelante, OEA), de la que Estados Unidos es Estado miembro - y fundador - desde la Carta de la OEA de 1948 y miembro actual del Consejo Permanente como establece su Estatuto de 1970 (Resolución OEA/Ser.G/corr.1 CP/doc112/71).

comparado, con el objeto de analizar la posición estatal frente a los sistemas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos, en particular el SIDH, así como para establecer paralelismos históricos y estructurales con otros contextos jurídicos relevantes, destacando el caso europeo por convenientes cuestiones de diálogo comparado entre sistemas hermanos de protección que dirían los profesores Arnáiz, López Guerra o Camarillo,[15] o su proyección en el actual nuevo orden mundial[16].

En segundo lugar, se lleva a cabo una revisión bibliográfica sistemática, centrada en doctrina especializada en derecho internacional de los derechos humanos, derecho constitucional estadounidense y estudios críticos sobre políticas migratorias para, finalmente, incorporar un análisis de actualidad, atendiendo a la evolución reciente de las políticas migratorias estadounidenses, la actuación del poder ejecutivo —en particular del presidente de los EEUU— y la respuesta de los mecanismos federales de control, así como a la praxis reciente del SIDH y su limitada capacidad de incidencia sobre el ordenamiento estadounidense, lo que nos dará el contenido suficiente como para poder proponer medidas y finalmente ofrecer unas conclusiones.

La hipótesis central que guía este artículo sostiene que existe en la actualidad una desconexión progresiva y estructural de los EEUU respecto del SIDH y de los estándares internacionales de protección de los derechos de las personas migrantes[17], especialmente en situación de irregularidad. Dicha des-

15 ARNAIZ, Alejandro Saiz; GUERRA, Luis López (ed.). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Palestra Editores, 2017. Disponible en: https://books.google.com/books?hl=es&lr=&id=a6HNDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA3&dq=dialogo+tribunales+internacionales+sistemas+proteccion+derechos+humanos&ots=oDicenwNXL&sig=mgqPvKKtEkiW6-08CKx78eSwn0Y y CAMARILLO GOVEA, Laura Alicia. Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos. *Prolegómenos*, 2016, vol. 19, no 37, p. 67-84. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-182X2016000100005&script=sci_arttext

16 KAGAN, Robert; TRAPERO, Moisés Ramírez. *Poder y debilidad: EEUU y Europa en el nuevo orden mundial*. Bogotá: Taurus, 2003. Disponible en: https://revistas.uchile.cl/index.php/REI/article/download/14560/14878/38982

17 Aunque no hay un tratado de Naciones Unidas (en adelante, ONU) especializado en migrantes en general -sí existe para mujeres, niños, detenidos, indígenas, etc – tenemos la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CIPTMF) (1990), que no nos sirve dado que solo se centra en los que tienen en el trabajo el motivo de su movilidad.

conexión no se manifiesta únicamente en términos formales —como la falta de ratificación de determinados instrumentos o la resistencia a la jurisdicción internacional—, sino también en términos materiales y prácticos, a través de políticas migratorias restrictivas, prácticas administrativas lesivas de derechos fundamentales y una creciente impermeabilidad del ordenamiento estadounidense frente a los mecanismos internacionales de control y garantía.[18]

Desde una perspectiva científica, el trabajo contribuye a actualizar el debate doctrinal sobre la eficacia real de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos frente a potencias hegemónicas, abordando un caso paradigmático como el de los EEUU, escasamente tratado desde una óptica crítica reciente en la literatura jurídica en lengua española.

Asimismo, el estudio resulta relevante por su enfoque interdisciplinar y comparado, al vincular el análisis del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho constitucional estadounidense y con lecciones históricas, ofreciendo claves interpretativas útiles para comprender los riesgos contemporáneos de erosión de las garantías jurídicas. En definitiva, el artículo pretende contribuir a un debate jurídico necesario sobre los límites del sistema internacional de protección de los derechos humanos y la centralidad —pero también la insuficiencia— de las garantías internas en contextos de tensión entre soberanía, seguridad y derechos fundamentales.

A modo de estado de la cuestión destacamos la inexistencia de un abordaje actualizado del asunto, si bien el referente bibliográfico más cercano más inmediato sería el de la profesora Montserrat Huguet[19] si bien también los pro-

18 Frente a esta debilidad del SUDH, la hipótesis sostiene igualmente que la protección efectiva de los derechos humanos en el contexto estadounidense depende, de manera predominante, de las garantías internas federales y centrales, las cuales actúan como contrapeso frente a los excesos o agravios del poder presidencial, aunque de forma desigual y con importantes limitaciones.

19 "En estos años de presidencia Trump ha hecho expresa dejación de las políticas nacionales vinculadas a los Derechos Humanos, a excepción de las situaciones que afectan a los Derechos Humanos que la Administración estima son vulnerados en los llamados países hostiles a los EEUU, véanse: Cuba, Corea del Norte, Irán o Venezuela. En el Discurso del Estado de la Unión (2019), Trump ha omitido mencionar la situación de los Derechos Humanos en países como Rusia, Afganistán, Siria, Corea del Norte, China, Irán… Además, Trump gusta de enfrentarse con sus propios aliados, y poner en solfa las políticas de protección de los Derechos Humanos largamente pactadas. El ejemplo más claro es su hostilidad hacia la OTAN o hacia la EU, también en sus políticas internacionales. Con estos mensajes EEUU se pone en la situación de quien desprecia las normas internacionales en lo que se refiere a los Derechos Humanos, con una merma estimable de su credibilidad en el esquema

fesores Winer y Gallegos,[20] que abordaron también el mandato de Trump en clave iusfundamentalista aunque no centrado en la inmigración, aunque con lineamientos parecidos a los planteados. Quizás el más cercano al caso propuesto, cuyas conclusiones compartimos, es el de Tokatlian[21] que sostiene que "se ha generado un gran descalabro en el sistema interamericano en materia de defensa, derechos humanos" por la política internacional, financiera y migratoria de los últimos 7 años.

Estudios sobre deportados, retorno y derechos humanos se van sumando muchos, pero centrados en la nacionalidad de los inmigrantes irregulares como el de Guillen López[22] sobre inmigrantes mexicanos, el de Menéndez sobre ecuatorianos[23] o el de Rivera-Farfán sobre salvadoreños[24], por citar algunos,

del liderazgo global". HUGUET, Montserrat. "EEUU y los derechos humanos en la presidencia de Trump". *REIB*, 2019, vol. 1988, p. 12. Disponible en: https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/REIB_13_01_19_Completo2(Anexos).pdf#page=12 p. 13.

20 WINER, Sonia; GALLEGOS, Claudio. *EEUU y los derechos humanos durante el trumpismo (2017-2021). El legado de Trump en un mundo en crisis*, CLACSO, 2021, p. 281. Disponible en: https://www.torrossa.com/gs/resourceProxy?an=5466626&publisher=FZP877#page=282

21 TOKATLIAN, Juan Gabriel. El descalabro del sistema interamericano. *Nueva Sociedad*, 2020. Disponible en: https://www.nuso.org/articulo/bid-sistema-interamericano-trump/

22 Que en su análisis sobre el perfil del deportado y los derechos afectados nos indica que esta práctica no es coyuntural ni de Trump dado que en el estudio 2007-11 ya se atisbaba la dinámica pues "A partir de 2007, con toda claridad se ha generado una nueva etapa de la política migratoria de ese país, de creciente costo humano en el perfil de las deportaciones". GUILLÉN-LÓPEZ, Tonatiuh. Entre la convergencia y la exclusión. La deportación de mexicanos desde Estados Unidos de América. *Relidad, Datos y Espacio. Revista Internacional de Estadistica y Geografia*, 2012, vol. 3, no 3, p. 19. Disponible en: https://www.colef.mx/deap/wp-content/uploads/2013/09/Tonatiuh-Guillen-Entre-la-convergencia-y-la-exclusi%C3%B3n.-La-deportaci%C3%B3n-de-mexicanos-desde-Estados-Unidos-de-Am%C3%A9rica.pdf

23 Que estudió las barreras estructurales que enfrentan los irregulares ecuatorianos para lograr la reintegración social, laboral y emocional en EEUU. El estudio documenta que aproximadamente 16.000 ecuatorianos fueron deportados en 2023, mientras que en los primeros siete meses de 2024 la cifra alcanzó los 7.737, lo que refleja una tendencia creciente que podría empeorar con la aplicación de nuevas políticas migratorias en Estados Unidos. MENÉNDEZ, Fabricio. El retorno digno de migrantes ecuatorianos tras su deportación de los Estados Unidos desde un enfoque basado en Derechos Humanos. *Frónesis*, 2025, vol. 32, no 1. P. 2. Disponible en: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&profile=ehost&scope=site&authtype=crawler&jrnl=13156268&AN=186977652&h=AHJD7yF2ZrS3WQ9HiX1j5tqo6g6nYuI%2FHFAnS5rqSJvSZ%2B4YZ0U0fzJTaGe7JZemlhy4D1flicxyb292YhsEWg%3D%3D&crl=c

24 Que concluye en la urgencia de actuación, especialmente con los niños y en que "Los acuerdos existentes, así como los programas relativos a la migración en la región, están lejos de constituir una respuesta adecuada. Los tratados vigentes carecen de un sistema vinculante basado en derechos

pero a nivel genérico solo tenemos el de Guillen López. Finalmente, destacamos el estudio de Engstrom, quien toca el asunto, pero cuyas conclusiones no compartimos pues señala que el SUDH funciona a la perfección en el país *in crescendo* y a la vista de la actualidad, parece no haber atinado con solidez: "el acceso de individuos y organizaciones regionales de derechos humanos al régimen de derechos humanos se ha fortalecido con el tiempo. Aunque persisten diferencias claras entre los países de la región, la evolución normativa e institucional del SIDH ha llevado a una creciente interacción entre los procesos internos políticos, los órdenes legales nacionales y las instituciones regionales de derechos humanos".[25]

2. LA ARQUITECTURA DEL SISTEMA INTERNACIONAL, REGIONAL Y FEDERAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS APLICADO A EEUU

El SUDH se configura a partir de un entramado normativo e institucional de carácter universal y regional cuyo objetivo es establecer límites jurídicos a la actuación de los Estados y garantizar la tutela efectiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, la eficacia real de este sistema depende, en última instancia, del grado de compromiso asumido por los Estados[26] a través de la ratificación de tratados y la aceptación de mecanismos internacionales de supervisión. En este contexto, la posición de los EEUU se caracteriza por una

y de mecanismos de control para garantizar su cumplimiento". RIVERA-FARFÁN, Carolina. "Del tránsito interrumpido a la deportación. Niñas, niños y adolescentes centroamericanos viajando solos hacia Estados Unidos". *Entre Diversidades. Revista de ciencias sociales y humanidades*, 2018, no 11, p. 22. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6744492

25 ENGSTROM, Par. "El sistema interamericano de derechos humanos y las relaciones EEUU-América Latina". *Foro internacional*, 2015, vol. 55, no 2, p. 454-502. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0185-013X2015000200454&script=sci_arttext

26 "Los mecanismos coercitivos hacia el cumplimiento de las resoluciones de los Comités ONU parecen ser tan ineficaces que hoy podemos considerarlos como un trámite complementario, ad hoc o bonustrack del sistema internacional de derechos humanos y también como extrajudicial del mismo, si bien se aprecia por los últimos protocolos facultativos una mayor legislación en materia de seguimiento de los cumplimientos". PALOMARES-HERRERA, Manuel. "Progresos en la eficacia de la jurisprudencia de los comités de los tratados internacionales de las Naciones Unidas y el cumplimiento de sus resoluciones. Cuestiones Constitucionales". *Revista Mexicana De Derecho Constitucional,* 27(54), e19920, 2025. P. 22.

adhesión selectiva y restrictiva, que explica en buena medida la hipótesis de una desconexión estructural respecto de los sistemas internacionales de protección, particularmente visible en materia de inmigración irregular.

En el ámbito universal[27], el núcleo normativo del sistema de protección de los derechos humanos se articula en torno a los principales tratados adoptados en el seno de la ONU. Entre ellos destacan, *verbi gratia*, los Pactos de Nueva York, que incluyen la exigibilidad internacional de derechos de segunda generación (salud, vivienda, trabajo, seguridad social), clave para la protección de personas migrantes y que no ha ratificado EEUU.

Y es que han mantenido históricamente una posición ambivalente frente a estos instrumentos pues si bien ratificaron el PIDCP en 1992, lo hicieron acompañando dicha ratificación de un amplio conjunto de reservas, declaraciones y entendimientos− RUDs desarrolladas en el Convenio de Viena de 1969 −que limitan de forma significativa su eficacia interna, negando en particular su carácter *self-executing* y subordinando su aplicación a la Constitución federal "United States Senate" de 1789[28] lo que ha sido ampliamente criticada por la doctrina por vaciar de contenido las obligaciones internacionales asumidas.[29]

Más significativa resulta la negativa de los EEUU a ratificar el PIDESC, lo que implica una incidencia directa en la protección de las personas migrantes, cuyos derechos sociales —salud, vivienda, condiciones dignas de detención— quedan relegados al ámbito de la discrecionalidad estatal.[30] A ello se

27 Como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966) firmado en 1977, no ratificado; Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989) firmada en 1995, no ratificada; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) ni firmada ni ratificada; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, 2006) firmada en 2009, no ratificada; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006) no firmada ni ratificada; Protocolo Facultativo del PIDCP (1966) no ratificado; Protocolo Facultativo del PIDESC (2008) no firmado ni ratificado.

28 S.PUB.103-21 (1994). Disponible en: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm (consultado el 1 de febrero de 2026).

29 PINTO, Mónica. "Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano". *Revista IIDH*, 2004, vol. 40, p. 25-86.

30 ESTÉVEZ LÓPEZ, Ariadna. "Asilo y derechos humanos en EEUU y Canadá: cuestionamientos

suma la no ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, pese a tratarse del tratado de derechos humanos con mayor grado de ratificación a nivel mundial. Esta ausencia resulta particularmente relevante en el contexto de las políticas migratorias estadounidenses, caracterizadas por la detención de menores y la separación familiar − objeto de severas críticas por el Comité de Derechos del Niño en sus Observaciones Generales.[31]

Desde la perspectiva de los mecanismos de garantía, los EEUU han rechazado sistemáticamente la competencia de los Comités de los Tratados ONU para conocer de comunicaciones individuales, lo que impide cualquier forma de tutela internacional directa. En el plano regional[32], el SIDH constituye uno de los mecanismos más desarrollados de protección supranacional y, sin embargo, el Estado de estudio, como Canadá, no ha firmado ni ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (en adelante, CADH) *ergo*, no ha aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH); y aunque en el pasado sí firmó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 − cuyo carácter jurídico vinculante ha sido afirmado por la CADH −su eficacia operativa es limitada al carecer de un mecanismo jurisdiccional obligatorio.[33]

a Giorgio Agamben". *Norteamérica*, 2012, vol. 7, no 1, p. 183-206. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/pdf/namerica/v7n1/v7n1a7.pdf

31 Observación general conjunta nº 4 del CMW / nº 23 del CRC y Observación general conjunta nº 3 del CMW / nº 22 del CRC. Disponibles en: https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/general-comments (consultado el 3 de febrero de 2026).

32 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Pacto de San José, 1969) no firmada ni ratificada; Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) no firmado ni ratificado; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985) firmada en 1986, no ratificada; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994) no firmada ni ratificada; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belém do Pará (1994) no ratificada; Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013) no firmada ni ratificada; por ello, no está jurídicamente obligado como Estado por la Convención ni está sujeto al sistema contencioso de la Corte IDH, por lo que podemos decir que posee una participación parcial en el SIDH.

33 Por tanto, la CIDH puede solicitar información a Estados Unidos, que suele responder en ciertos casos y participar en audiencias pues es miembro de la OEA. ENGSTROM, Par. "El sistema interamericano de derechos humanos y las relaciones EEUU-América Latina". *Foro internacional*, 2015, vol. 55, no 2, p. 454-502. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0185-013X2015000200454&script=sci_arttext

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha conocido de numerosos casos relativos a EEUU – del que se ha pronunciado expresamente hasta en comunicados de prensa en materia de deportaciones[34] –, especialmente en materia de inmigración y detención administrativa. Entre ellos destacan *Wayne Smith y otros vs. EEUU (CIDH, Informe n.º 81/10)*[35] donde se trata una deportación ilegal de dos familias mexicanas y de Trinidad y Tobago y que quedó en una nebulosa como ocurrió con el *caso Jessica Lenahan (Gonzales) vs. EEUU (CIDH, Informe n.º 80/11)*.[36]

La doctrina de Huguet o Winer y Gallegos[37] ha señalado que esta situación configura un modelo de sujeción sin sometimiento, en el que EEUU participa en el sistema interamericano pero rechaza sus mecanismos más exigentes de control, posición que refuerza la hipótesis central del presente trabajo: la protección internacional de los derechos humanos de las personas migrantes en EEUU es externamente débil y depende casi exclusivamente de las garantías internas.

Igualmente podemos decir de la jurisdicción penal internacional el Estatuto de Roma (1998), pacto que ha firmado en 2000, que retiró en 2002, y que no solo no ha ratificado, sino que ha sancionado a la CPI, incluyendo la adopción de legislación interna como el *American Service-Members' Protec-*

34 Cuestión que preocupa en la región. CIDH, "CIDH expresa preocupación por las recientes políticas y medidas migratorias y de asilo en los Estados Unidos", *CIDH (No. 037/25),* 12 de febrero de 2025. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=%2Fes%2Fcidh%2Fprensa%2Fcomunicados%2F2025%2F037.asp&utm_content=country-usa&utm_term=class-mon&utm_

35 "70. En la comunicación arriba mencionada, los peticionarios destacan que han pasado más de seis meses desde que Estados Unidos fue notificado de la decisión sobre el fondo, pero que no había respondido. En opinión de los peticionarios, "mientras tanto los señores Smith y Armendariz y sus familias siguen sufriendo las consecuencias de una política injusta de deportación obligatoria de la que fueron víctimas" y que "Estados Unidos ha renunciado a su oportunidad de informar sobre las medidas adoptadas […] Permita a Wayne Smith y Hugo Armendariz regresar a los Estados Unidos a expensas del Estado". P. 17. Disponible en:https://www.refworld.org/themes/custom/unhcr_rw/pdfjs/viewer.html?file=https%3A%2F%2Fwww.refworld.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fattachments%2F502ccce42.pdf (consultado el 28 de diciembre de 2025).

36 Informe No. 80/11, Caso 12.626, de 21 de julio de 2011. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/uspu12626es.doc (consultado el 28 de diciembre de 2025).

37 Op. Cit.

tion Act (S.1610 — 107.º Congreso (2001-2002).[38] −Esta negativa ha sido interpretada por la doctrina como una expresión de excepcionalismo jurídico estadounidense, basado en la primacía absoluta del orden constitucional interno frente a cualquier forma de control internacional.[39]

Decía el profesor García-Chico que "[…] se hace más urgente que nunca reivindicar el principio fundamental de la soberanía popular y el respeto a las minorías"[40] en clave española, lo que viene al dedillo para el caso que nos ocupa pero con otros lineamientos iusfundamentales como los de Hugues.[41] Y es que ante la limitada exigibilidad de SUDH y SIDH frente a los EEUU, la tutela efectiva de los derechos fundamentales —y, en particular, de los derechos de las personas migrantes— se desplaza de forma casi exclusiva al ámbito interno.[42]

38 Disponible en: https://www.congress.gov/bill/107th-congress/senate-bill/1610/text (consultado el 20 de enero de 2026).

39 MARÍN, Daniela Salazar. "La denuncia de tratados internacionales de derechos humanos". *Iuris dictio*, 2016, vol. 15, no 17. Disponible en:
https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/739

40 GARCÍA-CHICO, Luís, Abstención electoral. "Una garantía constitucional del razonamiento democrático", *Anuario Parlamento y Constitución*, nº. 26, 2025. Disponible en: https://parlamentoyconstitucion.cortesclm.es/rapc p. 119.

41 "En primer término, cabe distinguir lo que los propios estadounidenses denominan como Derechos Humanos at home y abroad, los propios y los ajenos, una distinción curiosa al menos. En segundo término, la doctrina dominante observa que la desigualdad en el sistema no siempre tiene que ver con una correcta política de Derechos Humanos. En tercero, para la Administración Trump el modelo teórico internacional carece del mandato que lo haga verificable en el plano práctico o real. Y ello porque, a su juicio, las instituciones internacionales que promueven los Derechos Humanos actúan de una forma muy alejada de la realidad o son reservas de élites internacionalizadas cuyo principal objeto es mantenerse a sí mismas. En cuarto lugar, la política estadounidense se mueve en la idea de que los esquemas regionales (con herramientas más precisas y eficientes) de protección de los Derechos Humanos funcionan mejor que los internacionales. En quinto, la Administración se atiene a la verificación de la fragilidad del sistema normativo internacional en lo relativo a la protección de las personas sin ciudadanía o que son víctimas de los estados fallidos. Finalmente, se considera que atender a los asuntos de los Derechos Humanos en el plano internacional no resuelve los problemas internos y de Seguridad Nacional, siempre en primer plano" HUGUET, Montserrat. "EEUU y los derechos humanos en la presidencia de Trump". *REIB*, 2019, vol. 1988, Disponible en:
https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/REIB_13_01_19_Completo2(Anexos).pdf#page=12 p. 14.

42 En este contexto, el ordenamiento constitucional estadounidense articula un complejo entramado de garantías federales y centrales que, si bien no están concebidas originariamente como mecanismos

Pasando al ámbito de la protección interna o federal, en un sistema presidencialista con fuerte separación de poderes, el control político del ejecutivo se ejerce mediante instrumentos como la supervisión parlamentaria, la aprobación presupuestaria, las investigaciones legislativas y, en última instancia, los procedimientos de *impeachment* donde, en materia migratoria, la oposición política ha desempeñado un papel clave en la denuncia de prácticas del ICE.[43]

Más allá del control político, el poder judicial federal constituye el principal mecanismo de contención jurídica frente a los agravios del poder presidencial donde a través del *judicial review*, resulta especialmente relevante la sentencia dictada del Juez Fred Biery, de la Corte Federal del Distrito Oeste de Texas, que emitió el sábado 31 de enero de 2026 una orden judicial mediante la cual concede un *habeas corpus* y manda que L. Conejo Ramos, de 5 años, y su padre, A. Conejo Arias, sean puestos en libertad de la custodia del ICE no más tarde del martes siguiente,[44] lo que concuerda con la postura del juez de Minneapolis, Patrick J. Schiltz[45] contra las prácticas del ICE, si bien

de protección internacional de los derechos humanos, operan en la práctica como contrapesos frente a los excesos del poder ejecutivo, especialmente cuando estos se materializan a través de políticas presidenciales en materia migratoria.

43 Esta resistencia institucional ha sido particularmente visible en determinados Estados y ciudades santuario, que han intentado limitar la cooperación con las autoridades federales de inmigración, generando una tensión estructural entre el poder federal y los entes subestatales. MASSEY, Douglas S.; PREN, Karen A. "La guerra de los EEUU contra la inmigración. Efectos paradójicos". *Documents d'analisi geografica*, 2013, vol. 59, no 2, p. 0209-237. Disponible en: https://ddd.uab.cat/record/107095

44 *Conejo Ramos v. U.S. Department of Homeland Security et al., Order Granting Petition for Release (U.S. District Court for the Western District of Texas, Jan. 31, 2026) (Biery, J.). Caso 183/101 U.S. District Court (Texas) Fred Biery de 31 de enero de 2026.* El juez ordena la liberación del menor y su padre, critica que la actuación gubernamental vulnera principios constitucionales (Fourth Amendment, causa probable) y describe la política como "ill-conceived and incompetently-implemented". Además, subrayó que la detención vulneraba principios constitucionales esenciales y que el interés superior del menor debía prevalecer frente a la lógica securitaria de la política migratoria. Este caso, que conmocionó tanto a la opinión pública nacional como internacional, se convirtió en un símbolo de las tensiones entre la actuación del poder ejecutivo y la protección judicial de los derechos humanos. Disponible en: https://www.jurist.org/news/2026/02/federal-judge-orders-release-of-5-year-old-detained-by-ice/? (consultado el 3 de febrero de 2026).

45 *In re ICE Detention Compliance / Related Immigration Detention Cases*
(Order to Show Cause and Findings on Contempt Risk),
U.S. District Court for the District of Minnesota (Jan. 28, 2026) (Schiltz, C.J.). El juez afirma que ICE violó cerca de 100 órdenes judiciales en enero de 2026 señalando que la agencia ha desobede-

también hay sentencias pro ICE como la que *ab initio* dictó la jueza federal Katherine Menendez que escribió en su fallo: "En definitiva, el tribunal considera que el balance de perjuicios no favorece de forma decisiva la concesión de una medida cautelar".[46]

En el ámbito de las políticas migratorias, si bien el *impeachment* no ha sido utilizado directamente como respuesta a violaciones de derechos humanos, su mera existencia cumple una función disuasoria y simbólica, al recordar que el poder ejecutivo no es jurídicamente ilimitado. Junto a este mecanismo, otras garantías constitucionales —como la cláusula del debido proceso (*Due Process Clause*[47]), la prohibición de castigos crueles e inusuales (*Eighth Amendment*) y la protección de la igualdad ante la ley (*Equal Protection Clause*)— han servido de base para impugnar judicialmente determinadas prácticas del ICE.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EEUU ha reconocido, en múltiples ocasiones, que las personas extranjeras, incluso en situación irregular, son titulares de determinadas garantías constitucionales, lo que refuerza el papel del derecho interno como principal vía de protección (*Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678, 2001)*. En la misma línea Grossman indica que el mismo tribunal*:*

> *"declaró que la ejecución de menores viola la constitución de los Estado Unidos y para reafirmar su posición tuvo a bien citar la Con-*

cido más órdenes que algunas agencias en toda su existencia advirtiendo con condenar por desacato *(contempt of court) y* obligar a comparecer a altos cargos de ICE. Desarrollado por SUANCES, Pablo. "Un juez de Minnesota reprocha al ICE violar más de 100 órdenes judiciales sólo en enero: Más que algunas agencias federales en toda su existencia". *El Mundo*, 29 de enero de 2026. Disponible en: https://www.elmundo.es/internacional/2026/01/29/697b4317fc6c83bf1d8b45bf.html

46 Disponible en: https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20260131-jueza-de-eeuu-rechaza-solicitud-de-minesota-de-suspender-redadas-de-inmigraci%C3%B3n (consultado el 2 de febrero de 2026).

47 Decimocuarta Enmienda, Sección 1 de la Constitución Estadounidense de 1787: "*Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado donde residen. Ningún Estado promulgará ni aplicará ley alguna que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún Estado privará a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negará a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes".*

vención Americana de Derechos Humanos, siendo que al decir de los Estados Unidos, que no son parte de la Convención Interamericana pero sujeto a le Declaración Americana, las decisiones de la Comisión son solamente recomendaciones, pero por lo visto, serias consideraciones que no condicionan sus valores constitucionales y si por el contrario les actualizan."[48]

Y es que el número de detenciones irregulares, negligencias y actuaciones con el racismo como causal no es por tanto una cuestión ya coyuntural sino estructural y más en Minnesota desde la sentencia por el caso de la muerte de George Floyd en Minneapolis en mayo de 2020[49] con lo que se comparten vínculos tanto de respuesta cívica como jurídica.[50] En el caso Floyd, profesores como Galisteo indican que:

"requieren de la protección constitucional planteada en el fallo Carolene Products. Es necesaria la aplicación de una teoría de refuerzo de la representación que cambie la legislación y los procedimientos policiales en los casos en los que se encuentren involucrados miembros de una minoría "discreta e insular […] Y es aquí, en la representación de las minorías discretas e insulares a las cuales se refiere Ackerman, donde la democracia debe poner su acento, en defender los derechos de estos ciudadanos que forman parte de minorías y ven seriamente amenazadas sus garantías constitucionales, como ha sido el caso de George Floyd".[51]

48 GROSSMAN, Claudio. "El futuro del Sistema Interamericano de derechos humanos". *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales (2003-2014)*, 2005, vol. 3, p. 12. Disponible en: https://revistas.uax.es/index.php/saberes/article/download/756/712

49 El 20 de abril de 2021, Chauvin fue declarado culpable de asesinato en segundo grado, asesinato en tercer grado y homicidio involuntario en segundo grado. El 25 de junio de 2021, el juez dictó la pena de 22 años y medio de prisión por incurrir en factores agravantes como abuso de autoridad y crueldad. *State of Minnesota vs. Derek Muchael Chauvin. Court File No. 27-CR-20-12646*. Disponible en: https://www.documentcloud.org/documents/20973199-derek-chauvin-sentencing-order-and-memorandum/? (consultado el 22 de abril de 2026).

50 Recordemos el uso de fuerza excesiva o no proporcional —su rodilla sobre el cuello de Floyd durante más de nueve minutos—, determinante para su fallecimiento y evidenció problemas estructurales en los cuerpos policiales estadounidenses. Disponible en: https://www.telemundo.com/noticias/noticias-telemundo/racismo-y-discriminacion/sentencian-al-expolicia-derek-chauvin-22-anos-de-prision-por-el-asesinato-de-george-floyd-tmna3891118? (consultado el 05 de febrero de 2026).

51 GALISTEO, Eduardo Rogelio. El Black Lives Matter. "Democracia y minorías discretas e insu-

Ese mismo patrón de violencia y falta de rendición de cuentas —aunque en contextos distintos como la inmigración— se observa en las muertes de personas bajo custodia ICE[52], *verbi gratia* los asesinatos recientes de Jeffrey Pretti o Nicole Good,[53] aún sin sentencia, y las al menos 30 personas fallecidas mientras estaban detenidas − la cifra más alta en más de dos décadas, con críticas de activistas y legisladores por condiciones de detención sobrecargadas, acceso médico insuficiente y falta de supervisión efectiva.[54]

La respuesta académica a estos problemas ha ido más allá de criticar casos individuales: varios investigadores proponen replantear o reestructurar profundamente los cuerpos policiales estadounidenses para mitigar el racismo institucional. Por ejemplo, el sociólogo Alex S. Vitale, en su libro *The End of Policing*[55], argumenta que la función tradicional de las fuerzas policiales refuerza desigualdades de clase y raza y aboga por replantear cómo se organiza

lares: Democracia y minorías discretas e insulares". *Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionales. ISSN 2735-6868*, 2022, vol. 2, no 1, p. 49-50. Disponible en: https://estudiosconstitucionales.org/ojs/index.php/ReLEC/article/view/3

52 "Más de 68.000 adultos estaban detenidos por el ICE a finales de diciembre, en comparación con aproximadamente 36.000 en diciembre de 2023, según datos de la agencia. La agencia dijo a la AFP que no han aumentado los migrantes muertos durante su custodia […] Al menos cuatro personas murieron mientras estaban detenidas por el ICE en 2026, según esta agencia. Todas las muertes ocurrieron en los primeros 10 días del año, tres de ellas anunciadas entre el 9 y el 10 de enero. Los migrantes, todos hombres, tenían entre 42 y 68 años. Dos eran nacionales de Honduras, un tercero de Cuba y otro de Camboya". THE SWISS. "Mueren más migrantes bajo custodia del ICE durante el gobierno de Trump", *Redacción The Swiss,* 14 enero 2026. Disponible en: https://www.swissinfo.ch/spa/mueren-m%C3%A1s-migrantes-bajo-custodia-del-ice-durante-el-gobierno-de-trump/90775048 (consultado el 6 de febrero de 2026).

53 Aún sin sentencias, pero donde se prevén como hechos presuntamente indubitados el que Alex Jeffrey Pretti falleció tras recibir una ráfaga de disparos propinados por un agente del ICE. Disponible en: https://www.nytimes.com/2026/02/01/us/alex-pretti-minneapolis.html (consultado el 2 de febrero de 2026) y VENTAS, Leire, "Qué se sabe de Renee Nicole Good, la mujer a la que un agente de ICE mató a disparos durante una operación contra la migración irregular en Mineápolis", *BBC*, 8 de enero de 2026. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/articles/c2lg0421n5vo (consultado el 05 de febrero de 2026).

54 JASSEM, Fadah, "Las muertes en centros de detención de inmigrantes en Estados Unidos alcanzan el nivel más alto registrado hasta la fecha". *The National, 3 de febrero de 2026*. Disponible en: https://www.thenationalnews.com/news/2026/02/03/deaths-in-us-immigration-detention-reach-highest-level-on-record/? (consultado el 05 de febrero de 2026).

55 VITALE, Alex S. *El fin de la policía*. Verso Books, 2021. Disponible en: https://books.google.com/books?hl=es&lr=&id=1sRLEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR7&dq=The+End+of+Policing+vitale&ots=STTd-BemnW&sig=e5tdtuIGePxhBwHrH_-G3qjzB1A

la seguridad pública, incluyendo enfoques que redistribuyan funciones actualmente asignadas a la policía hacia modelos comunitarios y de atención social que reduzcan las interacciones perjudiciales entre civiles y agentes del orden.

3. PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO COMPARADO

3.1. Americana

El mayor atractivo de los sistemas de protección de los derechos humanos reside en la existencia de una nutrida variedad de recursos a los que poder acudir en caso de fallar otros –a pesar de que no siempre sean eficaces[56]– y así lo demuestra la jurisprudencia comparada verbi gratia la Sentencia de la Corte IDH (Serie C No. 282 28 de agosto de 2014)[57] donde el Estado dominicano expulsó de manera sumaria a personas de origen haitiano y dominicano de ascendencia haitiana durante 1999–2000 sin análisis individualizado ni garantías procesales, incluyendo a menores de edad quedando en situación de vulnerabilidad extrema.

Como en este caso la Corte declaró que República Dominicana violó múltiples derechos de la CADH (como el derecho a la nacionalidad, la libertad personal, el debido proceso y la no discriminación) resolvió prohibiendo expulsiones colectivas sin examen individual de cada caso y ordenó medidas de reparación y adecuación del marco normativo nacional para proteger los derechos de migrantes y sus familias como las quizás en estos casos fallaría para el caso estadounidense.

Sin embargo, en el Caso CIDH 10.675 *"Haitian Boat People" — Estados Unidos*[58] de 13 de marzo de 1997, se examinó la situación de haitianos in-

56 PALOMARES-HERRERA, Manuel. "Progresos en la eficacia de la jurisprudencia de los comités de los tratados internacionales de las Naciones Unidas y el cumplimiento de sus resoluciones". Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana De Derecho Constitucional* 27(54), e19920, 2025. Disponible en: https://reunir.unir.net/handle/123456789/18794

57 O Informe No. 64/12 Caso 12.271 Benito Tilde Méndez y Otros vs República Dominicana, 29 de marzo de 2012. Disponible en:
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf?utm_ (consultado el 23 de enero de 2026).

58 Informe de Admisibilidad Nº 28/93, Caso 10.675, Personas Haitianas -Haitian Boat People-(Estados Unidos), 13 de octubre de 1993. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de

terceptados en alta mar por autoridades estadounidenses y devueltas a Haití sin acceso a procedimientos de asilo ni evaluación individual de riesgos, en el contexto de políticas migratorias restrictivas de EEUU por lo que el caso es estructural y no propio del gobierno "trumpista". En aquel entonces, la CIDH concluyó que habían violado los derechos humanos de los náufragos, especialmente el derecho a solicitar asilo y el principio de no devolución. No deja de ser curioso que en 2026 se haya intentado por EEUU retirar el estatus de protección a 350.000 haitianos a pesar de que una jueza federal acaba de impedir dicha revocación.[59]

3.2. Europea

Por cercanía con el origen de este estudio, hemos de reseñar otro caso comparado, como lo es el famoso caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ND and NT v. Spain (2017/2020)[60] donde se investigó el caso de dos migrantes procedentes de Mali y Costa de Marfil interceptados en la valla de Melilla por la Guardia Civil española y expulsados sin examen individual de su situación de protección internacional.

Aunque una cámara anterior del TEDH había considerado que las "devoluciones en caliente" eran contrarias a la Convención, la Gran Sala revocó esa conclusión en un caso específico y determinó que no hubo violación por ser un caso de violación de fronteras en zona no soberana aún, pero al menos tuvieron una tutela judicial, no como en el caso estadounidense que expulsó a un salvadoreño y cuando se resolvió por parte de sus garantías federales ya era tarde en el *Caso Kilmar Armando Ábrego García (Kilmar ARMANDO ABREGO GARCIA, ET AL., Plaintiffs-Appellees, v. Kristi Noem, et al., De-*

Fondo No. 51/96, Caso 10.675, Personas Haitianas -Haitian Boat People- (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997. Disponible en: https://cidh.oas.org/Migrantes/migrantes.jurisprudencia.htm?utm_m (consultado el 25 de enero de 2026).

59 Europapress, "Una jueza federal de EEUU bloquea la revocación de protecciones a haitianos a escasas horas de su fin", *Europapress,* 3 de febrero de 2026. Disponible en: https://www.europapress.es/internacional/noticia-jueza-federal-eeuu-bloquea-revocacion-protecciones-haitianos-escasas-horas-fin-20260203063315.html (consultado el 5 de febrero de 2026).

60 European Center fot Constitutional and Human Right, "Un importante revés para la protección de los refugiados: el TEDH desestima la denuncia contra España". *ECCHR,* 2025, Disponible en: https://www.ecchr.eu/en/case/nd-and-nt-v-spain/? (consultado el 25 de enero de 2026).

fendants-Appellants. On Appeal from the U.S. District Court for the District of Maryland Case No. 8:25-CV-00951-PX).[61]

La doctrina en la emigración ha encontrado un interesante foco de debate en el ámbito europeo pues, por ejemplo, se ha encontrado imperante, hasta ahora, un pensamiento comunitario positivo, como la del catedrático español, don Juan Manuel Goig Martínez:

> *"los flujos migratorios han sido, y continúan siendo, magnitudes importantes del cambio social, económico y cultural. Los permanentes desplazamientos de población están produciendo cambios en la UE. En la Edad Contemporánea una parte importante de la población europea se ha trasladado de región, de país e incluso de continente en varias ocasiones".*[62]

Si bien esto nos deja un previo poso para el caso estadounidense, es evidente que "la movilidad humana no puede reducirse a una única categoría ni a explicaciones simplistas".[63] Además, los motivos de la emigración en Europa y en EEUU comparten elementos como que el foco de llegada de inmigrantes ilegales se concentra en su frontera sur, solo que en el caso europeo tiene factores bélico-climáticos[64] y en el caso americano responde a cuestiones económicas y de nuevas oportunidades, principalmente.

61 Case No. 25-1345. Disponible en: chrome-extension: //efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://wearecasa.org/wp-content/uploads/2025/04/Kilmar-Abrego-Garcia-filing.pdf?. La jueza del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Maryland, Paula Xinis, el 4 de abril de 2025 emitió una Orden judicial para facilitar el regreso. Disponible en: https://www.dw.com/es/ordenan-el-regreso-del-deportado-por-error-al-cecot/a-72147038? (consultado el 6 de febrero de 2026).

62 GOIG MARTÍNEZ. Juan Manuel. "La política común de inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los Tratados de Roma (o la historia de un fracaso)". *Revista de Derecho de la Unión Europea.* Madrid ISSN 1695-1085. nº 32 - enero - junio 2017. Págs. 72. Disponible en: https://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/21535/17804

63 MIRANDA GONÇALVES, Rubén. "El cambio climático como crisis global: justicia climática y protección de los desplazados ambientales", *Tributación, derechos humanos, clima e inteligencia artificial: hacia un nuevo pacto constitucional*, (Manuel Palomares Herrera, director; Fruela Río Santos, coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 70.

64 PALOMARES-HERRERA, Manuel. "Nueva realidad migratoria de los Estados del sur de Europa: Una aproximación desde el factor climático y de los derechos humanos". En *Tributación, derechos humanos, clima e inteligencia artificial: Hacia un nuevo pacto constitucional*. Tirant lo Blanch, 2025. p. 9-40. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=10456373

Si realizamos un análisis comparado entre la antigua República de Weimar y el contexto jurídico-político contemporáneo, resulta particularmente ilustrativo atender a los riesgos derivados de la concentración del poder ejecutivo**,** la normalización de la excepción y la progresiva erosión de las garantías jurídicas, especialmente en momentos de crisis donde su experiencia constitucional[65] constituye un antecedente histórico paradigmático de cómo un sistema constitucional formalmente garantista puede ser vaciado de contenido mediante el uso expansivo de potestades excepcionales.[66]

Lo que inicialmente se concibió como un instrumento de salvaguarda constitucional frente a crisis extraordinarias se transformó progresivamente en una técnica ordinaria de gobierno, erosionando el parlamentarismo y debilitando el Estado de Derecho. Hablamos por ejemplo de la utilización sistemática de decretos presidenciales, especialmente en el contexto de crisis económica, inestabilidad social y polarización política, contribuyó decisivamente al colapso del orden constitucional y facilitó el ascenso del nacionalsocialismo[67], lo que se convirtió en un fracaso estructural como política.[68]

Salvando las distancias históricas y contextuales, el análisis comparado permite identificar tendencias preocupantes en el sistema estadounidense contemporáneo, especialmente en los últimos años, la política migratoria de EEUU ha sido articulada en gran medida mediante órdenes ejecutivas, directivas administrativas y prácticas de facto del ICE, muchas de ellas adoptadas bajo la retórica de la emergencia, la seguridad nacional o la crisis migratoria.[69]

65 Disponible en: https://ezequielsingman.blog/wp-content/uploads/2016/03/constitucion-de-weimar-alemania-19191.pdf (consultado el 4 de enero de 2025).

66 La Constitución de Weimar de 1919 incorporó un amplio catálogo de derechos fundamentales y mecanismos democráticos avanzados para su tiempo. No obstante, también reconoció al Presidente del Reich amplias facultades excepcionales a través de su art. 48, que le permitía suspender derechos fundamentales y gobernar por decreto en situaciones de emergencia.

67 SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Duncker & Humblot, 1928. Disponible en: https://www.duncker-humblot.de/_files_media/leseproben/9783428552061.pdf y DYSON, Kenneth. *The State Tradition in Western Europe*. Oxford University Press, 2000. Disponible en: https://archive.org/details/statetraditionin0000dyso

68 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Valencia: Pre-Textos, 2004. Disponible en: https://pre-textos.com/producto/estado-de-excepcion/

69 "Donald Trump emitió una avalancha de órdenes ejecutivas en muchas materias, desde inmigración, cambio climático y diversidad, tras jurar su cargo como el 47º presidente de EEUU.". HAYES, Christal y MCCAUSLAND, Phil, "Cuáles son las principales órdenes ejecutivas que firmó Trump

Y es que la jurisprudencia estadounidense ha intentado, en determinados casos, contener esta expansión del poder ejecutivo —como en Department of Homeland Security v. Regents of the University of California *(591 U.S. ___, 2020)*—[70], pero lo ha hecho de manera reactiva, confirmando que la protección de los derechos humanos depende más de contrapesos internos contingentes que de límites estructurales sólidos.

En el caso español, la reciente propuesta de regularización de personas migrantes ilegales se inscribe en una lógica de integración y reconocimiento de derechos en el otro extremo, donde se regulariza sin controlar antecedentes policiales, por la vía de decreto, contradiciendo la Ley Orgánica de Extranjería y permitiendo que, con meras declaraciones responsables de no poseer antecedentes penales en el Estado de origen, a elegir, se consiga un permiso temporal, dado que no se puede corroborar por falta de documentación, lo que supone una amnistía que hace laxa la soberanía del Estado sobre sus fronteras a no atender a razones iusfundamentales, sino meramente electoralistas.[71]

De forma similar, el Reino Unido ha impulsado una política de externalización del control migratorio mediante la deportación de solicitantes de asilo a Ruanda, medida que ha generado una intensa controversia jurídica en donde el Tribunal Supremo del Reino Unido, en AAA and others v Secretary of State for the Home Department ([2023] UKSC 42)[72], declaró ilegal el plan por considerar que Ruanda no ofrecía garantías suficientes frente al riesgo de devolución (refoulement), evidenciando los límites jurídicos de las políticas de externalización migratoria como ya ocurrió en el TEDH en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012, sobre deportaciones colectivas de personas de Somalia y Eritrea. Este tipo de decisiones que vienen moldeando la política de extranjería y fronteras en Europa no llega a EEUU por la impermeabilidad a decisiones del SUDH.

en su primer día en la Casa Blanca", *BBC* 21 enero 2025. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/articles/cp8kj0nwgy8o

70 Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-587_5ifl.pdf (consultado el 15 de diciembre de 2025).

71 Sede Ministerial. Ya en marcha. Disponible en: https://www.inclusion.gob.es/w/el-gobierno-inicia-los-tramites-de-un-proceso-de-regularizacion-extraordinaria-para-integrar-a-personas-extranjeras-que-ya-viven-en-espana (consultado el 2 de febrero de 2026).

72 UKSC/2023/0093. Disponible en: https://supremecourt.uk/cases/uksc-2023-0093 (consultado el 14 de febrero de 2026).

4. PROPUESTAS

A la luz del análisis realizado, resulta conveniente articular un conjunto de propuestas orientadas a reforzar la protección de los derechos humanos de las personas migrantes en situación irregular en EEUU, especialmente ante la constatada debilidad de SUDH y la desconexión estructural del país respecto del marchamo regional de protección y no quedarse así solo en análisis.

En primer lugar, sería pertinente que en precampaña presidencial se introduzca impulsar una mayor integración normativa de los estándares internacionales en el ordenamiento jurídico estadounidense pues la negativa a ratificar el PIDESC, ha generado un vacío significativo en la protección de derechos básicos de los irregulares como las condiciones dignas de detención, en contextos de vulnerabilidad[73], situación que actualmente, está sometida a la discrecionalidad estatal.

También se propone la adopción de un enfoque estructural basado en la especial protección de colectivos vulnerables, donde la doctrina constitucional ha destacado la necesidad de reforzar la protección de las denominadas "minorías discretas e insulares" con políticas especiales, donde Galisteo, subraya que la democracia debe centrar sus esfuerzos en garantizar los derechos de estos colectivos, especialmente cuando sus garantías constitucionales se ven comprometidas como se da con los migrantes irregulares.[74]

Por ello, resulta imprescindible reorientar las políticas migratorias pues la evidencia empírica demuestra que las políticas basadas en la contención y la criminalización generan efectos contraproducentes, incrementando la vulnerabilidad de los migrantes y favoreciendo prácticas abusivas en esa "guerra contra la inmigración"[75]. Como indica Jiménez-Vargas[76], la evolución de los

73 PINTO, Mónica. "Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano". *Revista IIDH*, 2004, vol. 40, p. 25-86. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-2.pdf

74 GALISTEO, Eduardo Rogelio. "El Black Lives Matter. Democracia y minorías discretas e insulares: Democracia y minorías discretas e insulares". *Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionales. ISSN 2735-6868*, 2022, vol. 2, no 1, p. 34-53.
Disponible en: https://estudiosconstitucionales.org/ojs/index.php/ReLEC/article/view/3

75 MASSEY, Douglas S.; PREN, Karen A. "La guerra de los EEUU contra la inmigración. Efectos

derechos humanos responde a transformaciones globales que exigen una adaptación constante de los sistemas de protección (Jiménez-Vargas, 2025) donde el sistema universal puede desempeñar un papel fundamental en la construcción de consensos internacionales que presionen a los Estados hacia una mayor protección.

La reforma más elemental y de la que ya se habló en la sentencia estadounidense anteriormente reseñada, es la de promover reformas institucionales en los cuerpos encargados del control migratorio, especialmente el ICE. Las evidencias de abusos, detenciones arbitrarias y condiciones inadecuadas de detención ponen de manifiesto la necesidad de una supervisión más estricta y de una redefinición de sus funciones para reducir las interacciones coercitivas.[77]

Finalmente, se propone fomentar una mayor cooperación regional en materia migratoria pues, como señala Engstrom, la participación parcial de EEUU en el sistema interamericano limita significativamente su eficacia.[78]

5. Conclusiones

Una vez finalizado el estudio podemos sintetizar las siguientes conclusiones:

Primera.- La experiencias comparadas son muy heterogéneas, sin embargo, podemos señalar que la protección internacional de los derechos huma-

paradójicos". *Documents d'analisi geografica*, 2013, vol. 59, no 2, p. 0209-237. Disponible en: https://ddd.uab.cat/record/107095

76 JIMÉNEZ VARGAS, Pedro Jesús. "Perspectivas futuras: hacia una constitución de los derechos humanos". En Fruela Río Santos & Manuel Palomares Herrera (Coords.), *Tributación, derechos humanos, clima e inteligencia artificial: hacia un nuevo pacto constitucional*; 2025. (pp. 295-324). Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 979-13-7010-758-1.
Disponible en: https://search.worldcat.org/es/title/1551521805?oclcNum=1551521805

77 VITALE, Alex S. *El fin de la policía* . Verso Books, 2021. Disponible en: https://books.google.com/books?hl=es&lr=&id=1sRLEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR7&dq=The+End+of+Policing+vitale&ots=STTd-BemnW&sig=e5tdtuIGePxhBwHrH_-G3qjzB1A

78 ENGSTROM, Par. "El sistema interamericano de derechos humanos y las relaciones EEUU-América Latina". *Foro internacional*, 2015, vol. 55, no 2, p. 454-502. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0185-013X2015000200454&script=sci_arttext

nos frente a los EEUU presenta límites estructurales profundos, especialmente visibles en el ámbito de la inmigración irregular. La adhesión selectiva del Estado estadounidense a los principales tratados universales de protección de los derechos humanos, su negativa a ratificar instrumentos clave de protección de derechos de segunda generación, la inobservancia de recomendaciones y sugerencias de la CIDH, las resistencias activa a la CPI y su rechazo sistemático a los mecanismos jurisdiccionales internacionales más exigentes configuran un claro escenario de impermeabilidad jurídica frente a los estándares internacionales, pues hay un patrón de aislarse de estos mecanismos. Esta situación confirma la hipótesis central del estudio: existe una desconexión material y funcional de EEUU respecto del SIDH y del SUDH, que impide que estos operen como límites externos efectivos frente a políticas migratorias lesivas de derechos fundamentales.

Segunda.- Que, ante la debilidad de los límites externos, la protección de los derechos humanos en EEUU se desplaza casi exclusivamente al plano interno, descansando en un entramado de garantías federales—control judicial, oposición política, *judicial review*, mecanismos constitucionales de responsabilidad presidencial— que actúan como contrapesos frente a los excesos del poder ejecutivo. La jurisprudencia reciente de los tribunales federales, especialmente en relación con actuaciones del ICE, demuestra que estas garantías pueden operar de manera efectiva para frenar vulneraciones concretas y visibilizar los límites constitucionales de la acción presidencial.

6. REFERENCIAS

Doctrinales

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Valencia: Pre-Textos, 2004. Disponible en: https://pre-textos.com/producto/estado-de-excepcion/

ARNAIZ, Alejandro Saiz; GUERRA, Luis López (ed.). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Palestra Editores, 2017. Disponible en: https://books.google.com/books?hl=es&lr=&id=a6HNDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA3&dq=dialogo+tribunales+internacionales+sistemas+pro-

teccion+derechos+humanos&ots=oDicenwNXL&sig=mgqPvKKtE-kiW6-08CKx78eSwn0Y

BARRIONUEVO, Cristina Victoria Pizzonia; RODRÍGUEZ, Ernesto Aguilar. *Política Migratoria y Derechos Humanos. EEUU, 2009–2025*. UAM. Disponible en: https://repositorio.xoc.uam.mx/jspui/retrieve/fbe24fe9-6864-4bde-ac56-2a5eb6242a04/51872.pdf

CAMARILLO GOVEA, Laura Alicia. "Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos". *Prolegómenos*, 2016, vol. 19, no 37, p. 67-84. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-182X2016000100005&script=sci_arttext

CAÑARTE, Luis Alfredo Ponce; MORENO, Freddy Alfonso González; ZAMBRANO, Narcisa Alejandra Bailón. "Migración y derechos humanos: La legalidad de las políticas de contención migratoria en fronteras". *RECIMUNDO*, 2025, vol. 9, no 2, p. 550-561. Disponible en: https://recimundo.com/~recimund/index.php/es/article/view/2668

DYSON, Kenneth. *The State Tradition in Western Europe*. Oxford University Press, Oxford, 2000. Disponible en: https://archive.org/details/statetraditionin0000dyso

ENGSTROM, Par. "El sistema interamericano de derechos humanos y las relaciones EEUU-América Latina". *Foro internacional*, 2015, vol. 55, no 2, p. 454-502. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0185-013X2015000200454&script=sci_arttext

ESTÉVEZ LÓPEZ, Ariadna. "Asilo y derechos humanos en EEUU y Canadá: cuestionamientos a Giorgio Agamben". *Norteamérica*, 2012, vol. 7, no 1, p. 183-206. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/pdf/namerica/v7n1/v7n1a7.pdf

GALISTEO, Eduardo Rogelio. "El Black Lives Matter. Democracia y minorías discretas e insulares: Democracia y minorías discretas e insulares". *Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionales. ISSN 2735-6868*, 2022, vol. 2, no 1, p. 34-53. Disponible en: https://estudios-constitucionales.org/ojs/index.php/ReLEC/article/view/3

GARCÍA-CHICO, Luís, "Abstención electoral. Una garantía constitucional del razonamiento democrático", *Anuario Parlamento y Constitución*, nº.

26, 2025, p.63-123. Disponible en: https://parlamentoyconstitucion.cortesclm.es/rapc

GOIG MARTÍNEZ. Juan Manuel. "La política común de inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los Tratados de Roma (o la historia de un fracaso)". *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Madrid ISSN 1695-1085. nº 32 - enero - junio 2017. Págs. 71-111. Disponible en: https://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/21535/17804

GONZÁLEZ, Gonzalo Carrasco. "La política migratoria de Donald Trump". *Revista Alegatos*, 2017, no 95, p. 171-198. Disponible en: http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/71

GROSSMAN, Claudio. "El futuro del Sistema Interamericano de derechos humanos. *Saberes". Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales (2003-2014)*, 2005, vol. 3, p. 23. Disponible en: https://revistas.uax.es/index.php/saberes/article/download/756/712

GUILLÉN-LÓPEZ, Tonatiuh. Entre la convergencia y la exclusión. La deportación de mexicanos desde Estados Unidos de América. *Relidad, Datos y Espacio. Revista Internacional de Estadistica y Geografia*, 2012, vol. 3, no 3, p. 164-79. Disponible en: https://www.colef.mx/deap/wp-content/uploads/2013/09/Tonatiuh-Guillen-Entre-la-convergencia-y-la-exclusi%C3%B3n.-La-deportaci%C3%B3n-de-mexicanos-desde-Estados-Unidos-de-Am%C3%A9rica.pdf

HUGUET, Montserrat. "EEUU y los derechos humanos en la presidencia de Trump". *REIB*, 2019, vol. 1988, p. 12. Disponible en: https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/REIB_13_01_19_Completo2(Anexos).pdf#page=12

IGUASNIA VALLEJO, Jonathan Paul; ALVARACIN GAVILANEZ, Marcos Alexander. *Análisis de la criminalización de migrantes y su vulneración de Derechos Humanos por políticas migratorias de EEUU de América*. 2025. Tesis de Licenciatura. Riobamba. Disponible en: http://dspace.unach.edu.ec/handle/51000/16130

JIMÉNEZ VARGAS, Pedro Jesús. "Perspectivas futuras: hacia una constitución de los derechos humanos". En Fruela Río Santos & Manuel Palomares Herrera (Coords.), *Tributación, derechos humanos, clima e inteligencia artificial: hacia un nuevo pacto constitucional*; 2025. (pp. 295-324). Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 979-13-7010-758-1.

Disponible en:
https://search.worldcat.org/es/title/1551521805?oclcNum=1551521805

KAGAN, Robert; TRAPERO, Moisés Ramírez. *Poder y debilidad: EEUU y Europa en el nuevo orden mundial*. Taurus, Colombia, 2003.
Disponible en:
https://revistas.uchile.cl/index.php/REI/article/download/14560/14878/38982

LÓPEZ, Tonatiuh Guillén. Entre la convergencia y la exclusión. La deportación de mexicanos desde Estados Unidos de América. *Relidad, Datos y Espacio. Revista Internacional de Estadistica y Geografia*, 2012, vol. 3, no 3, p. 164-79. Disponible en: https://www.colef.mx/deap/wp-content/uploads/2013/09/Tonatiuh-Guillen-Entre-la-convergencia-y-la-exclusi%C3%B3n.-La-deportaci%C3%B3n-de-mexicanos-desde-Estados-Unidos-de-Am%C3%A9rica.pdf

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. "Las generaciones de derechos humanos". *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global REDESG*, 2013, vol. 2, no 1, p. 163-196. Disponible en: https://faculdadeslondrina.com.br/wp-content/uploads/2020/05/LAS-GENERACIONES-DEL-DERECHO-SHUMANOS.pdf

MARÍN, Daniela Salazar. "La denuncia de tratados internacionales de derechos humanos". *Iuris dictio*, 2016, vol. 15, no 17. Disponible en: https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/739

MASSEY, Douglas S.; PREN, Karen A. "La guerra de los EEUU contra la inmigración. Efectos paradójicos". *Documents d'analisi geografica*, 2013, vol. 59, no 2, p. 0209-237. Disponible en:
https://ddd.uab.cat/record/107095

MIRANDA GONÇALVES, Rubén. "El cambio climático como crisis global: justicia climática y protección de los desplazados ambientales", *Tributación, derechos humanos, clima e inteligencia artificial: hacia un nuevo pacto constitucional*, (Manuel Palomares Herrera, director; Fruela Río Santos, coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 49-82. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=10456372

MIRANDA GONÇALVES, Rubén. "The legal institute of refuge: a study on contemporary forced migration flows and the international responsibility of the state in the protection of refugees", *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 05, n. 72, pp. 1-27. https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/6238

PALOMARES-HERRERA, Manuel. "Análisis de la sentencia del Tjue Kamberaj contra el Istituto per L'edilizia Sociale de Bolzano: una perspectiva desde las resistencias a la tutela multinivel de los derechos humanos". *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, (30), 107-122*. 2023. Disponible en: https://reunir.unir.net/handle/123456789/17460

PALOMARES-HERRERA, Manuel. "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. Anuario*, 2024, no 25, p. 237-259. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=10198045

PALOMARES-HERRERA, Manuel. "Nueva realidad migratoria de los Estados del sur de Europa: Una aproximación desde el factor climático y de los derechos humanos". En *Tributación, derechos humanos, clima e inteligencia artificial: Hacia un nuevo pacto constitucional*. Tirant lo Blanch, 2025. p. 9-40. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=10456373

PALOMARES-HERRERA, Manuel. "Progresos en la eficacia de la jurisprudencia de los comités de los tratados internacionales de las Naciones Unidas y el cumplimiento de sus resoluciones". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional* 27(54), e19920, 2025. Disponible en: https://reunir.unir.net/handle/123456789/18794

PINTO, Mónica. "Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano". *Revista IIDH*, 2004, vol. 40, p. 25-86. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-2.pdf

RIVERA-FARFÁN, Carolina. Del tránsito interrumpido a la deportación. Niñas, niños y adolescentes centroamericanos viajando solos hacia Estados Unidos. *EntreDiversidades. Revista de ciencias sociales y humanidades*, 2018, no 11, p. 9-35. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6744492

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre.* Duncker & Humblot, 1928. Disponible en: https://www.duncker-humblot.de/_files_media/leseproben/9783428552061.pdf

SUANCES, Pablo. "Un juez de Minnesota reprocha al ICE violar más de 100 órdenes judiciales sólo en enero: "Más que algunas agencias federales en toda su existencia". *El Mundo,* 29 de enero de 2026. Disponible en:

https://www.elmundo.es/internacional/2026/01/29/697b4317fc6c83bf1d8b45bf.html

TOKATLIAN, Juan Gabriel. El descalabro del sistema interamericano. *Nueva Sociedad*, 2020. Disponible en: https://www.nuso.org/articulo/bid-sistema-interamericano-trump/

VITALE, Alex S. *El fin de la policía* . Verso Books, 2021. Disponible en: https://books.google.com/books?hl=es&lr=&id=1sRLEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR7&dq=The+End+of+Policing+vitale&ots=STTd-BemnW&sig=e5tdtuIGePxhBwHrH_-G3qjzB1A

WINER, Sonia; GALLEGOS, Claudio. EEUU y los derechos humanos durante el trumpismo (2017-2021), 2021, CLACSO. Disponible en: https://www.torrossa.com/gs/resourceProxy?an=5466626&publisher=FZP877#page=282

Jurisprudenciales

CIDH 10.675 *"Haitian Boat People" — Estados Unidos* de 13 de marzo de 1997.

CIDH, *Jessica Lenahan (Gonzales) vs. Estados Unidos*. Informe nº 80/11.

CIDH, *Wayne Smith y otros vs. Estados Unidos.* Informe nº 81/10.

Corte IDH (Serie C No. 282 28 de agosto de 2014).[79]

Department of Homeland Security v. Regents of the University of California591 U.S. ___ (2020).

Orden del juez Fred Biery, Corte Federal del Distrito Oeste de Texas, 31 de enero de 2026.

Supreme Court of the United Kingdom, AAA and others v Secretary of State for the Home Department [2023] UKSC 42.

TEDH Caso ND and NT v. Spain (2017/2020)
Decisión: Gran Sala, 28 de enero de 2020.

TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, 23 de febrero de 2012.

Zadvydas v. Davis 533 U.S. 678 (2001).

79 Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf?utm_ (consultado el 23 de enero de 2026).

Jurídicas

American Service-Members' Protection Act (2002).

Carta de las Naciones Unidas (1945).

Constitución de los Estados Unidos (1787), Due Process Clause (V y XIV Enmiendas), Equal Protection Clause (XIV Enmienda), Eighth Amendment (prohibición de castigos crueles e inusuales), Procedimiento de impeachment (arts. I y II).

Constitución de Weimar (1919).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984).

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985).

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Belém do Pará (1994).

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994).

Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).

Convención Internacional para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990).

Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998).

Immigration and Nationality Act (INA).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966).

Pactos de Nueva York (1966) (PIDCP + PIDESC como bloque histórico).

Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988).

II. ARTÍCULOS Y CONFERENCIAS

SUMARIO

- **Andrés Ollero.** "Derecho, moral y jurisprudencia constitucional".

DERECHO, MORAL Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL[1]

LAW, MORALITY AND CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

Andrés Ollero
Magistrado emérito del Tribunal Constitucional de España

Cómo citar/Citation
OLLERO, Andrés. "Derecho, moral y jurisprudencia constitucional", en Parlamento y Constitución. Anuario. Cortes de Castilla-La Mancha-UCLM, Nº27, 2026.

https://doi.org/10.71206/rapc.433

Enviado: 01-09-2026
Aceptado: 18-09-2026

Resumen: El positivismo clásico se apoyaba en la tajante separación entre derecho y moral. La actual versión, "inclusiva", admite que en la tarea judicial entran en juego elementos no positivados; pero, lejos de considerarlos jurídicos, quizá por un inconfesado imperativo categórico -antes morir que parecer iusnaturalista- los califica de morales. Con ello niega la distinción entre un derecho, como mínimo ético indispensable para hacer posible una ajustada convivencia, y el maximalismo propio de cualquier planteamiento moral. En el presente trabajo se alude a dos sentencias, bien diversas, de las que fue ponente el autor: la objeción de conciencia de un farmacéutico, que se niega a expedir una píldora que considera abortiva, y la frustrada petición por una madre de su feto sometido a aborto, para despedirse de él junto a su pareja. En ambos casos, se formuló voto concurrente, por estar a favor del amparo, pero no de su fundamentación jurídica.

Palabras clave: derecho, moral, jurisprudencia constitucional, constitución, tribunal constitucional, positivismo

Abstract: Classical positivism relied on the sharp separation between law and morality. The current, "inclusive" version admits that in the judicial task non-positive elements come into play; but, far from considering them legal, perhaps by an unconfessed categorical imperative -before dying that seems iusnaturalist- he qualifies them as morals. With this he denies the dis-

1 Intervención el 13 de julio de 2026 en la sexta edición del título de especialista en "Justicia constitucional, interpretación y tutela de los derechos fundamentales", en la facultad de derecho del campus de Toledo de la Universidad de Castilla La Mancha.

tinction between a right, as an ethical minimum indispensable to make possible a proper coexistence, and the maximalism proper to any moral approach. He alludes to two, very different judgments, of which he was speaker: the conscientious objection of a pharmacist, who refuses to dispatch a pill he considers abortive, and the frustrated request by a mother of her fetus subjected to abortion, to part with him along with her partner. In both cases, a concurrent vote was cast, for being in favor of the protection, but not for its legal grounding.

Keys word: law, morality, constitutional justice, constitution, constitutional court, positivism

Debo, ante todo, agradecer la invitación recibida -un año más- para participar en este prestigiado curso y lo haré, como en ocasiones anteriores, evocando la figura del profesor de esta Facultad Luis Ortega, que me antecedió en esta encomienda y con que el coincidí en el Tribunal Constitucional, hasta el punto de ser testigo de su fallecimiento en acto de servicio, durante la pausa habitual durante una sesión del Pleno.

La relación entre derecho y moral fue pieza clave del positivismo jurídico clásico, en su polémica con el iusnaturalismo, al que acusaba de incurrir en una *falacia naturalista*, al pretender derivar de la facticidad del ser la existencia de deberes normativos. Esa tajante contraposición entre ser y deber ser, fue su bandera durante siglos. Entró sin embargo en crisis a consecuencia de hechos hirientes, que provocan -a la caída del nazismo- la incógnita sobre si normas vulneradoras de exigencias éticas elementales podrían continuar siendo consideradas como derecho, pese a convertirse en mera exhibición de fuerza sin control alguno.

A Radbruch, prestigiado jurista de los años de Weimar, le bastó una intervención radiofónica de cinco minutos para abandonar sus planteamientos relativistas sobre los contenidos del derecho, pasando a considerar que normas que llevaran a una injusticia manifiesta perderían su condición jurídica[2]. Si alguien pretendiera trivializar la situación como fruto del ambiente pasajero de

2 *Cinco minutos de filosofía del derecho*, en *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1992, pp. 71-74.

los juicios de Núremberg, bastaría recordar la presente opción por la "fórmula de Radbruch" por una figura tan actual como Robert Alexy, que basa en ella la condena a los miembros de la *Volkspolizei*, que dispararon a fugitivos que intentaban pasar a la Alemania libre[3].

Cuando fui becario en Múnich, a comienzos de los 70, no dejé de visitar el cercano campo de concentración de Dachau, cuyo pequeño museo de entrada se abre con una frase de un autor de lengua española -Santayana- de fácil traducción: "quien olvida la historia se condena a repetirla".

Personalmente, estoy convencido de que -para bien o para mal- una norma no deja de ser jurídica, aunque -por serlo de modo deficiente- merezca una negativa evaluación moral. Sin perjuicio del obligado rechazo moral a determinadas conductas, considero preferible que en la sociedad haya recursos eficaces -ciudadanía activa incluida- para neutralizar tales situaciones.

En la polémica sobre la relación entre el derecho y la moral. el positivismo jurídico lo tenía claro: solo es derecho el derecho positivo; lo no puesto sería mera moral. Lo que no acabo de entender sobre esa complicada relación entre el derecho y "la" moral, es de qué estamos hablando, porque -viviendo en una sociedad plural- no acabo de adivinar qué código moral habría que identificar con "la" moral.

El problema se complica aún más, por la arrasadora querencia anglosajona a identificar moral y razón práctica, como si no hubiera una razón práctica jurídica, cuyos modestos objetivos son bien dispares a los de los maximalistas códigos morales. Al saberme elegido como magistrado del Tribunal Constitucional quedé aterrado al recordar que mi admirado Dworkin -con el que había mantenido un interesante diálogo, con motivo de un viaje promovido por el Departamento de Estado norteamericano- proponía nada menos que una "lectura moral" de la Constitución[4]. Si algo tenía claro cuando llegué al Tribunal Constitucional, es que no se me había elegido para decidir entre dilemas mo-

3 Cfr. R. ALEXY, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg, Vandenhoeck & Ruprecht, 1993, pp. 11 ss.

4 R. DWORKIN *La lectura moral y la premisa mayoritarista*, en *Democracia deliberativa y derechos humanos,* Barcelona, Gedisa, 2004, p. 101.

rales, sino para defender una Constitución, que era la de todos, con múltiples códigos morales afectados.

Mi formación alemana de los 70 me había llevado a estudiar, junto a Arthur Kaufmann, las teorías del conocimiento dominantes en aquella Alemania y su repercusión sobre la teoría del derecho[5]. Se vio muy impregnada por la hermenéutica jurídica gadameriana, lo que me llevó a una doble exigencia: esforzarme por convertir los prejuicios en juicios[6], consciente de que lo que uno cree saber lo debe, sobre todo, a prejuicios[7]; pero, también, que hay prejuicios que ciegan y otros que aclaran[8].

Para hacer inteligible mi planteamiento, consciente de que la terminología puede ser convencional, pero siempre que permita saber qué se pretende dar a entender con cada término, baso mi propuesta terminológica en entender por *ética* lo que debo hacer; para distinguir luego entre los posibles objetivos de mi acción: bien una búsqueda maximalista de una existencia con pleno sentido, a lo que llamo *moral*, bien la búsqueda de un respeto y una igualdad de trato a los demás, que haga posible una convivencia realmente humana, que es lo que entiendo por *derecho*.

Tanto uno como otro intento remiten -conscientemente o no- a una fundamentación antropológica, basada en qué es el hombre y. en consecuencia, cómo debe comportarse; marcada siempre por la querencia maximalista de lo moral, mientras el derecho aspira solo a garantizar un mínimo ético.

El positivismo jurídico clásico lo tenía todo tan claro como Montesquieu: los jueces son la boca que pronuncia las palabras de la ley; "seres ina-

5 *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlagendiskussion in Deutschland* Ebelsbach, Rolf Gremer Verlag, 1978. Antes, acompañada por una segunda parte, que fue la primera referencia publicada en español sobre la *Systemtheorie* de Niklas Luhmann: *Derecho y sociedad. Dos reflexiones sobre la filosofía jurídica alemana actual* Madrid, Editora Nacional, 1973.

6 Lo artificioso sería no reflexionar sobre los prejuicios -H-G. GADAMER *Hermeneutik als praktische Philosophie*, en *Rehabilitierung der praktischen Philosophie* (Riedel ed.) Freiburg, Rombach, 1972, t. I, p. 340.

7 Lo que le lleva a una rehabilitación hermenéutica del prejuicio: H-G.GADAMER *Die Universalität des hermeneutischen Problems*, en *Kleine Schriften* t. I, 1967, pp. 106-107.

8 H-G. GADAMER *La problème de la conscience historique* Louvain-Paris, Nauwelaerts,1963, p. 82.

nimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes"[9]. Un mero megáfono, que no aporta ningún elemento novedoso; solo dar a conocer lo establecido por el legislador. Tuvieron que pasar muchos años para que Hart asumiera que en la actividad jurídica hay elementos no puestos en la ley. La norma muestra una "textura abierta", que da pie a una actividad judicial creativa[10]. El problema es que los positivistas *inclusivos*, como se verá, calificarán tales elementos como *morales*. Después de siglos defendiendo el insalvable dilema entre derecho y moral, ahora resulta que el derecho incluye elementos morales. Pero así salvaban la dignidad: antes morir que parecer iusnaturalista. Hemos así pasado a disponer de un positivismo jurídico *inclusivo*, que admite inevitables criterios morales y califica de *excluyente* a lo que ya considera puro paleopositivismo.

El positivista jurídico *inclusivo* admitirá una conexión entre derecho y moral pero no necesaria sino contingente. José Juan Moreso, por ejemplo, desdramatiza la situación. Mientras el positivismo *excluyente* rechazaba drásticamente una conexión necesaria entre derecho y moral, el *inclusivo* se limita a reconocer una conexión contingente, por ocasional, entre ambos campos. "No es ni necesaria, ni imposible, sino que es contingente". Como consecuencia, el positivismo "admite, de una manera limitada por la estructura institucional del derecho, la incorporación de la moral en el derecho" [11]. Por el contrario, me sigue pareciendo innecesario travestir a lo jurídico como moral.

A mi modo de ver, el asunto remite a la distinción que, tanto Dworkin como Alexy manejan entre normas y principios. Dworkin los considera morales, dentro de su noción de *integridad*: "El derecho como integridad requiere que los jueces asuman, hasta donde sea posible, que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido

9 MONTESQUIEU *Del espíritu de las leyes* Madrid, Tecnos, 1972, p. 156.

10 H. L. A. HART *El concepto del derecho* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968 (2ª), p.167.

11 J.J. MORESO *La ciudadela de la moral en la corte de los juristas* "Anuario de Filosofía del Derecho" 2012 (XXVIII), pp. 119 y 128-129. A él dediqué mi aportación de 1926 a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: *Derecho y moral. En perplejo diálogo con José Juan Moreso*, que se publicará en el número correspondientes de sus Anales. Esa contribución me ayudó a saldar una deuda pendiente, tras su colaboración en el libro de 2692 páginas, que -con motivo de mi jubilación- tuvo a bien publicar, sin conocido precedente, el Congreso de los Diputados, en recuerdo de mis más de diecisiete años de gozosa brega parlamentaria.

proceso y que los hagan cumplir en los nuevos casos que se les presenten, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas. Ese estilo de adjudicación respeta la ambición que supone la integridad, la ambición de ser una comunidad de principio"[12].

Para Alexy, "tanto reglas como principios pueden considerarse como normas. El punto de vista decisivo para distinguirlas es que los principios son preceptos optimizadores, mientras las reglas son preceptos definidos"[13].

Para mí, queda claro que sobre las normas puestas sobrevuelan hermenéuticamente principios que acaban decidiendo su interpretación. El derecho, lejos de ser un compendio de normas es el *sentido* que cobran las normas una vez interpretadas.

No en vano, la Constitución española arranca -en su artículo 1,1- de la existencia de unos valores superiores del ordenamiento jurídico, que -como es fácil advertir en su restante contenido- no siempre operan como normas sino no pocas veces como principios.

Los positivistas *inclusivos* insisten en que la presencia de determinados conceptos obliga al jurista a manejar una doble argumentación; jurídica, sobre el derecho puesto, y moral, como -por ejemplo- ocurriría cuando en la ley se habla de tratos *inhumanos* o *degradantes*. Considero, por el contrario, que se trata de términos jurídicos, impregnados -como es lógico- de la ya comentada dimensión antropológica, que es tan propia de lo jurídico como de lo moral. Lo que son distintos son los objetivos de uno y otro: mero respeto o plenitud de sentido.

No me parece realista proponer un derecho basado en conceptos neutros[14], que ahorrarían recurrir a una *moralidad*, que en realidad -a mi todo de ver- es juridicidad. No en vano, describir al derecho como es, lleva a reconocer

12 R, DWORKIN *El imperio de la justicia* Barcelona, Gedisa, 1988, pp. 175-176.

13 Robert ALEXY *Rechtssystem und praktische Vernunft* "Rechtstheorie" 1987 (18), p. 408

14 Para J.J. MORESO "cuando las fuentes del derecho están expresadas en un lenguaje valorativamente neutro, entonces la identificación del derecho no necesita recurrir a la moralidad" -*Sobre seis posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral,* en *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero* Madrid, Congreso de los Diputados, 2015, p. 75.

la entrada en juego de elementos jurídicos no positivados formalmente, que operan como valores, principios o criterios interpretativos.

Lo que al final acaba ocurriendo es que todo se resuelve a base de invocaciones retóricas a los derechos humanos, a modo de iusnaturalismo inconfesado, que permite que lo que ayer era delito se convierta en derecho fundamental, e incluso que baile de fundamento, hasta encontrarle un más cómodo encaje, driblando condicionamientos constitucionales demasiado exigentes.

Mientras, en España sobreviven unos iusnaturalistas, que afortunadamente no me consideran de los suyos por un grave pecado: soy demócrata. En efecto, tienen razón al calificarme así, lo que me lleva a aconsejarles que parafraseen al Ernest Bloch de "ninguna democracia sin socialismo, ningún socialismo sin democracia"[15]. Sin necesidad de ser socialistas, podrían progresar proponiendo: "ninguna democracia sin derecho natural y ningún derecho natural sin democracia"[16].

Kelsen lo tenía claro. al disfrazar al derecho como rey Midas. "Así como todo lo que aquel tocaba se convertía en oro, todo aquello a lo que el derecho se refiere, toma carácter jurídico"[17]. Para los *inclusivos*, sin embargo, la moral sería la reina, ya que no dudan en atribuirle una jurisdicción universal, al identificarla con la razón práctica en su conjunto.

Cuando se habla de justicia es frecuente pensar en ella como virtud moral, lo que podría inclinar a pensar en una obligada dependencia de lo jurídico respecto a lo moral. Se olvida con ello que el contenido de dicha virtud se ha venido entendiendo -al menos desde los romanos- vinculado al deber de dar a cada uno su derecho; lo que exige obviamente saber previamente cuál es el derecho de cada uno y obliga con ello a reconocer que el derecho operativamente preexiste a la moral[18].

15 E. BLOCH *Derecho natural y dignidad humana* Madrid, Aguilar, 1980, p. 207.

16 Es algo que ya escribí en *¿Cabe aún hoy ser iusnaturalista?* "Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas" 2017 (LXIX-94), p. 68. Incluído luego en *Filosofía del Derecho y Constitución* Madrid, Publicaciones Boletín Oficial del Estado. 2019, pp. 133-153.

17 H. KELSEN *Reine Rechtslehre* Wien, Deuticke, 1960 (2ª), p. 282.

18 También me he ocupado de ello: *El derecho preexiste a la justicia* "Persona y Derecho" 2022 (1, 86), pp. 203-214.

Existe pues una justicia jurídica, que es a la que alude el citado artículo 1.1 de la Constitución: libertad, justicia e igualdad, como si fuesen valores paralelos. En realidad, esa justicia es ajustamiento de libertad e igualdad. De ahí que una libertad sin límite sería siempre antijurídica y lo mismo ocurriría con una igualdad sin tasa.

Debemos pues abandonar la idea de que el derecho es un instrumento coactivo al servicio de excelsas exigencias morales, como a veces se piensa en sociedades de cultura cristiana. Esto suele dar paso a lo que cabría caracterizar como el síndrome del Sinaí, que -al identificar el decálogo con lo moral- sitúa al derecho a su servicio. Es obvio que amar a Dios sobre todas cosas es un precepto que rebosa maximalismo moral, bien lejano de los mínimos éticos propios del derecho; y no digamos nada amar al prójimo como a uno mismo, que es ya para nota. Pero, por el contrario, no matar, no robar, no mentir defraudando o dar la lata a la mujer que no lo desea, son obviamente mínimas exigencias jurídicas y -por su carácter indispensable- son ellas las que acaban generando responsabilidades morales y no al contrario. Al fin a al cabo, no parece sorprendente que lo mínimo acabe condicionando a lo máximo. El hecho de que elementos jurídicos hayan sido también objeto de revelación no convierte en morales a estos preceptos, indispensables por la existencia del pecado original, que convierte en costoso el respeto al prójimo y a todo lo que le concierne.

Este planteamiento laico me parece decisivo, no solo para no desnaturalizar la relación entre derecho y moral[19], sino también para evitar que la bienintencionada fundamentación sobrenatural de unas exigencias jurídicas, captables -debilidades aparte- por la razón, acabe desnaturalizando al propio derecho natural. Esto explica que, en no pocas sociedades, durante siglos, la existencia de un deber moral robusteciera la solidez de deberes jurídicos; mientras ahora tiende a ocurrir lo contrario, cuando el solidario principio de beneficencia se ve destronado -en clave individualista- por el de autonomía.

19 Al respecto, *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada*, en diálogo con Juan Antonio García Amado y Cristina Hermida del Llano, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012, pp. 11-51, 117-131, 133-162 y 265-311.

Esa laicidad explica, a mi modo de ver, el reconocimiento por el Tribunal Constitucional español de la objeción de conciencia como derecho fundamental; de modo elocuente en la sentencia 35/1985. Tuve ocasión de ocuparme de ello como ponente de la 145/2015, que amparó a un farmacéutico, que -habiéndose declarado formalmente objetor, en su colegio profesional- acabó siendo sancionado administrativamente por no disponer en su oficina de la llamada píldora del día después, ni de preservativos; lo que le supuso una multa de tres mil euros. En el sustancioso debate de esta sentencia se constató la existencia de farmacias cercanas a la suya, en pleno centro de la ciudad, así como la venta habitual de preservativos en públicas máquinas tragaperras. Al final -con no poca sorpresa por mi parte- se lo amparó en lo relativo a la píldora; pero no respecto a los preservativos. El argumento utilizado por uno de los magistrados fue particularmente elocuente: "no estoy dispuesto a salir en la portada de El Jueves"; semanario satírico semanal por entonces, hoy mensual.

Me sentí obligado a formular un voto[20] concurrente, al compartir el amparo, pero no su fundamentación ni el consiguiente alcance. Expresé que "las exigencias del artículo 16 de la Constitución giran en torno a la neutralidad de los poderes públicos y su no injerencia en la conciencia -jurídica o moral- del ciudadano. No parece compatible con ello que los magistrados del Tribunal puedan considerarse llamados a erigirse en directores espirituales de los ciudadanos, aleccionándolos sobre qué exigencias de su conciencia gozan de la protección de un derecho fundamental y cuáles han de verse descartadas por tratarse de retorcidos escrúpulos". Igualmente hube de recordar que "la conciencia relevante a la hora de reconocer el derecho a la objeción es la del objetor; no la de quien emite el veredicto. Su contrapeso en la ponderación no ha de ser nunca la conciencia de éste, sino la posible repercusión sobre derechos de terceros".

Hoy día, la ya aludida capacidad del derecho para generar exigencias morales está alimentando lo que ha dado en llamarse *ingeniería social*, cumpliendo una función similar, con nuevo formato, a la del decaído *uso alternativo del derecho*, disfrazado ahora de *interpretación evolutiva*.

20 Recogido en mis recopilados *Votos particulares* Valencia, tirant lo blanch, 2022, pp. 50-58.

Quizá haya llegado el momento de intercalar una anécdota, que me hará retroceder varios años, para situarme ante la Comisión de Nombramientos del Congreso de los Diputados, en el obligado trámite como candidato a magistrado del Tribunal Constitucional. No sé si movido por la filosofía de la sospecha, el prestigioso portavoz socialista Ramón Jáuregui me planteó -con aire metafórico- mi posible actitud ante su propuesta de que firmase un papel en el que solicitara que el artículo 32 de la Constitución, en vez de afirmar: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica", se sustituyeran las cinco primeras palabras por una: "Todos".

En mi respuesta, me alegré de que ambos estuviéramos de acuerdo en que, para que ello fuera posible, sería necesario cambiar la Constitución, ya que "lo que va a dictaminar el Tribunal Constitucional, cuando le toque, no sé si antes o después de que lleguen los candidatos actuales es si, para que haya una ley de matrimonio homosexual hay que cambiar o no la Constitución, como muy bien ha planteado su señoría"[21]. Ciertamente lo que estaba en juego no era el matrimonio sino la Constitución.

Años después, lo que yo acabaría firmando fue un voto particular[22], porque se habían introducido de contrabando opciones morales "evolutivas", que triunfalmente eludían las exigencias que la propia Constitución prevé de modo vinculante para su reforma. Yo tenía claro que el Tribunal Constitucional no está para fallar debates morales sino para hacer respetar lo que la Constitución exige. Demostraba así que no comparto la idea de algunos *inclusivos*, de que exista una competencia del juez para, en determinadas circunstancias, cambiar el derecho en atención a razones morales.

La sentencia 11/2016, de la que también fui ponente, era de otro tenor. Una ciudadana que convive con su pareja queda gozosamente embarazada. En los habituales controles del embarazo se diagnostica una alteración cromosomática del feto y se le aconseja programar un aborto. Dada su ideología, lo acepta. Al día siguiente solicita en el hospital que le entreguen el feto, del que quiere despedirse con su pareja, que estaba de viaje.

21 Congreso de los Diputados. X Legislatura. Comisión de Nombramientos. Núm. 144. Sesión núm. 4. Lunes 9 de julio de 2012, pp. 14 y 16.

22 En *Votos particulares* Valencia, tirant lo blanch, 2022, pp. 121-133.

Se le niega, por un motivo erróneo: dado su escaso peso -menos de 500 gramos- se lo considera un residuo biológico a eliminar. Mujer luchadora lleva el asunto al juzgado, donde se encontrará con otra mujer. La jueza suscribe la versión del hospital, malinterpretando la ley de Registro Civil, que se ocupa de los fetos que pesan más de 500 gramos, estableciendo que se proceda a hacer un legajo, que dé fe de su existencia a los efectos que puedan resultar oportunos. Por otra parte, sin que nada le obligue a ello, manifiesta que en anterior situación sí entregó el feto, pero considera que era un caso distinto, al tratarse de una ciudadana islámica, obligada por su religión a *enterrar* el feto, lo que exigía su entrega.

El caso quedaba perfilado. A mi juicio, la desigualdad de trato era obvia, así como la postergación de su libertad ideológica respecto a la religiosa de su antecedente. El artículo 16.1 de la Constitución equipara la garantía de la libertad ideológica y de la religiosa, sin admitir que la primera predomine sobre la segunda (laicismo), ni viceversa (anticipándose al rechazo de la confesionalidad del epígrafe tercero). Buscando quizá alejar el tema religioso, se acabó buscando apoyo en la garantía del derecho a la intimidad en el Convenio de Roma, que fundamenta la labor del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo. Lo que no me pareció oportuno, porque la doctrina española ha venido entendiendo que el ámbito de garantía de la intimidad en el Convenio de Roma es más amplio que el del artículo 18 de nuestra Constitución. Por esa vía se acabó concediendo el amparo.

Apoyé el amparo de la ciudadana, dejando al margen su obvia responsabilidad moral en los hechos producidos. Tenía claro que había visto vulnerados más de un derecho fundamental, por pretender tratar al feto como lo que era: su hijo. Formulé, una vez, más un voto concurrente[23] (lo hice en siete casos en los que había sido ponente) por haberse descartado fundamentos más sólidos que el suscrito por la mayoría. La supremacía de lo religioso en la decisión de la jueza había sido expresa. La jueza resaltaba que la española, a diferencia de la musulmana, no "invoca religión católica alguna, ni solicitarlo por motivos religiosos"; lo que me llevaba a constatar que no se respetaban "de igual modo los valores y creencias (religiosas o no)" que las movían, generando una desigualdad de trato carente de fundamento objetivo y razonable, con resultado discriminatorio".

23 En *Votos particulares* Valencia, tirant lo blanch, 2022, pp. 64-67.

Nunca abandoné la universidad, En mis diecisiete años de diputado mantuve seminarios de jurisprudencia constitucional, en los que salieron a relucir temas similares. Valga recordar la sentencia 177/1996. Se celebraba una parada militar en Paterna (Valencia), con motivo del centenario de la patrona, la Virgen de los Desamparados. Un grupo de militares se negó a rendirle honores y abandonaron en ese momento la formación. Fueron sancionados. La sentencia dejó claros dos extremos: la cooperación de los poderes públicos con las confesiones religiosas (artículo 16.3) permitía al ejército celebrar actos religiosos; pero respetando siempre la libertad de los participantes, que en este caso habían visto vulnerada su libertad religiosa.

También en esos años me ocupé, entre otras, de la sentencia 101/2004, que amparó a un policía nacional sevillano, al que obligó a desplazarse -¡en plena semana santa!- a Málaga, con la excusa de que había que atender al orden público; cuando, en realidad, iría a acaballo y con una lanza. Se mantuvo doctrina similar.

Mi ascendencia sevillana me llevó a dialogar sobre la sentencia 34/2011. El Colegio de Abogados de Sevilla se declaraba no confesional en sus estatutos, lo que no impedía que, en ellos, recogiera como patrona de la institución a la Inmaculada Concepción. Un colegiado consideró vulnerada su libertad religiosa. El Tribunal, aparte de constatar que no hubo acto alguno en que se hubiera visto obligado a participar, resolvió que -habiendo decidido los colegiados democráticamente, de acuerdo con sus estatutos, dicho patronazgo- la libertad religiosa había quedado respetada.

Aparte de las ya señaladas, no faltaron otras sentencias en los nueve años de tarea en el Tribunal, relativas al tema que nos ocupa. Recientemente ha cobrado actualidad la 151/2014 sobre la obligatoriedad de crear un registro de sanitarios objetores al aborto, al haberse negado la Comunidad Autónoma e Madrid a llevar a cabo algo similar. El problema se planteaba ante la necesidad de atender en centros públicos a las ciudadanas que lo solicitasen. La cuestión era si lo lógico sería crear un registro de médicos disponibles para ello, o más bien de los que se negaran, con el riesgo en este caso de que acabaran soportando secuelas negativas. En aquella ocasión me quedé solo votando en contra de la solución afirmativa[24], al detectar un límite innecesario al

24 En *Votos particulares* Valencia, tirant lo blanch, 2022, pp. 43-50.

derecho a la objeción de conciencia y recordando la doctrina del Tribunal sobre la necesidad de interpretar los casos de la manera más favorable a los derechos fundamentales, evitando un "efecto desalentador" o "disuasorio" de su ejercicio, sin que se hubiera respetado el juicio de proporcionalidad exigible en estas circunstancias.

De cualquiera de ellas podríamos también hablar ahora…
Mil gracias por su atención.

III. RECENSIONES

SUMARIO

● **Alfonso J. García Figueroa**, al libro: Ollero Tassara, Andrés. *¿Qué es el derecho?*, Senderos, Sevilla, 2025.

● **Silvia Bagni,** al libro: Díaz Revorio, Francisco Javier, Rebato Peño, María Elena (dir.), Travé Valls, Adriana (coord.), *Derechos de la naturaleza e interculturalidad. Una visión desde el río Tajo*, Aranzadi, Madrid, 2025.

RECENSIÓN DEL LIBRO: OLLERO TASSARA, ANDRÉS. *¿QUÉ ES EL DERECHO?*, SENDEROS, SEVILLA, 2025, PRÓLOGO DE JUAN ARANA, 162 PP.

BOOK REVIEW: OLLERO TASSARA, ANDRÉS. *¿QUÉ ES EL DERECHO?*, SENDEROS, SEVILLA, 2025, PRÓLOGO DE JUAN ARANA, 162 PP.

Alfonso García Figueroa
Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha

Cómo citar/Citation
GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J., recensión al libro: Ollero Tassara, Andrés. *¿Qué es el derecho?*, Senderos, Sevilla, 2025, prólogo de Juan Arana, 162 pp.

https://doi.org/10.71206/rapc.432

Enviado: 30-07-2026
Aceptado: 18-09-2026

El prologuista de este libro, Juan Arana, nos invita a leerlo destacando el interés y la amenidad que presenta para cualquier persona intelectualmente inquieta (pp. 11 ss.). Arana aporta como fundamento de su recomendación (que aquí hemos seguido gustosos y que ahora compartimos) lo provechoso de la lectura para alguien que, como él mismo, no es jurista. Y ciertamente, el libro no oculta su propósito divulgador desde un primer capítulo que da razón de su ligereza. Por ejemplo, "en su esfuerzo divulgativo" (p. 19), el autor ha privado a su texto de las acostumbradas notas de erudición al pie, si bien ha cedido a la tentación academicista de remitirse al final a un conjunto de obras suyas para quien quiera "saber más" (pp. 159 ss.).

Con ese mismo ánimo de restar gravedad al Derecho, el autor nos advierte de que lo escribirá con minúscula: "derecho". El profesor Ollero considera que el ordenamiento "no necesita de mayúsculas" (p. 19), ni siquiera para darle el realce necesario frente a "Estado", cuya mayúscula lo distingue del común "estado" (sólido líquido o gaseoso, por ejemplo). Sé que no son disputas que merezcan debates grandilocuentes; pero por proporcionar elementos de juicio para ese mismo lector (culto y no necesariamente experto en Derecho, pero que ya se figurará la importancia del rigor en estos asuntos), permítame contarle que, por mi parte, comienzo con mayúscula "Derecho" (en su sentido

objetivo de sistema jurídico), por distinguirlo de los "derechos" (en el sentido subjetivo de facultades amparadas por un sistema normativo). Por tanto, esa mayúscula en "Derecho" cumple, a mi modo de ver, una función puramente diacrítica que (como dicen los *wikipédicos*) "desambigua" el término sin comprometernos necesariamente con sublimaciones innecesarias del fenómeno jurídico; pues en esto último coincido con nuestro autor: no conviene sacralizar en exceso el Derecho a los ojos de nuestros conciudadanos (siempre que no lleguemos al extremo de despreciarlo como hace hoy buena parte de la clase política). Sea como fuere, me parece útil distinguir ortográficamente entre Derecho y derechos, precisamente ahora cuando Andrés Ollero nos habla con envidiable agilidad de ambos en su libro, respaldado por un *cursus honorum* excepcional que reúne en su historial al filósofo del Derecho, que piensa sobre ellos; al parlamentario, que ha representado a sus conciudadanos para desarrollarlos; y al magistrado de nuestro Tribunal Constitucional, máximo intérprete del Derecho y custodio de nuestros derechos (se supone).

Ciertamente, Andrés Ollero se ocupa de muchos asuntos aquí: el futuro de la Universidad (al que dedica su epílogo), la actualidad política y parlamentaria (caps. 11 ss.), los retos de la actividad jurisdiccional (caps. 12 ss.) y ciertas cuestiones de bioética (e.g. cap. 9). Sin embargo, la cuestión central del libro quizá sea la que le da coherente título: *¿Qué es Derecho?* Se trata de una pregunta que Ollero se apresura a apostillar a renglón seguido: "Menuda preguntita". Procede aquí a propósito un apunte de estilo sobre las maneras de Ollero que no cabe obviar. En este libro he descubierto que, originariamente, Andrés Ollero fue un andalucista del partido fundado por Manuel Clavero a su salida de UCD: Unidad andaluza (p. 125). El andalucismo de Ollero, un hombre esencialmente del Sur, le es tan consustancial, que se trasluce en una llamativa ligereza argumentativa, fruto de una agilidad de pensamiento, que no excluye la profundidad, sino todo lo contrario. En el libro de Ollero es imposible no reírse con análisis de problemas muy serios como, por ejemplo, el de la fenomenología que desplegó nuestra magistratura en tiempos en un estrellado "firmamento judicial" (cap. 12). Allí desarrolla Ollero una taxonomía que distingue entre "jueces estrella" y "jueces estrellados"; pero que también nos habla de "jueces cometa" (así llamados por recorrer los más variopintos espectros y ámbitos jurídicos) y aun "jueces lucero" que ilustran, nos dice Ollero, nada menos que una letrilla rociera: "quisiera ser la estrella de tu corona, pa' estar cerquita siempre de tu persona", donde, claro está, el líder político ocupa la posición de la Virgen del Rocío y el juez estrella el lucero de su nimbo. No siendo el autor muy explí-

cito en cuanto a los nombres que tales descripciones definidas puedan representar, algún que otro juez estrella asoma raudo por nuestra memoria como una revelación. La sabia ironía de Ollero se disfruta lo mismo en su compañía, que en sus trabajos académicos, que en el voto particular a una Sentencia del Tribunal Constitucional. Ello es muy de agradecer y no ha restado firmeza a sus planteamientos en torno a cuestiones centrales estudiadas aquí como el aborto, la eutanasia (cap. 9) o el Derecho de (o "contra la") familia (cap. 10). En este punto, conviene recordar que nunca ha ocultado Ollero su condición de católico, ni de miembro del Opus Dei; pero al mismo tiempo su discurso siempre se ha mostrado extremadamente respetuoso e incluso amistoso con sus adversarios políticos. Hay en esta actitud general, que se trasluce en varios capítulos de este libro (caps. 19 ss.), algo muy valioso que encarna la mejor tradición del consenso constitucional. Se trata de un espíritu que hoy se ha perdido por veredas schmittianas pero que es perentorio recuperar condensado en un antiguo lema que, a mi modo de ver, Ollero lleva bien a la práctica: *Fortiter in re, suaviter in modo*.

Pero vayamos a la "preguntita" por el Derecho. La posición de Andrés Ollero aquí, su "iusnaturalismo inclusivo" (p. 40), resulta levemente excéntrica. Frente a los jusnaturalistas "ortodoxos españoles" nostálgicos de cierto nacionalcatolicismo (cap. 6), Ollero siempre ha marcado diferencias, basando su defensa del jusnaturalismo en su arraigo a nuestra propia tradición constitucional. Y no le falta razón. En la medida en que asuma conceptos irrenunciables como los "derechos humanos", no hay ningún jurista que pueda prescindir de la tradición jusnaturalista con la que nuestra Constitución se hallaría comprometida genética y conceptualmente. De ahí que, concluye Ollero, en tal medida seamos ya todos jusnaturalistas; lo que no impide que podamos distinguir entonces entre los que lo son conscientemente y los que lo sean inconscientemente (cap. 5). Naturalmente, ello supone aceptar que tal Derecho natural "no tiene dueño", de nuevo como la Virgen del Rocío, nos dice Ollero, ahora por sevillanas.

Naturalmente, si el Derecho natural "no tiene dueño", surge de inmediato el problema de su fundamentación, que en el caso de Ollero no puede no ser metafísica y debe aherrojarse a alguna "verdad jurídica" (p. 35). El planteamiento, fuertemente dicotómico de Ollero, se plantea así: "Sólo hay una manera rigurosa de renunciar de verdad a la metafísica: aferrarse a la física; y —en el terreno del derecho— sólo hay una realidad física: la fuerza" (p. 34). Creo que, llegados a este punto, la perspectiva de un ateo consciente de su jus-

naturalismo, como el que escribe estas líneas, puede ser atendible para tratar de romper esa, me parece, falsa disyuntiva entre un jusnaturalismo metafísico y un positivismo no ya sólo legalista, sino también imperativista.

Comencemos con aquello en que coincidimos. En numerosas ocasiones, Ollero sostiene que la argumentación jurídica es, ante todo, una actividad práctica y yo estoy muy de acuerdo. Ante todo, tomar decisiones es razonar prácticamente acerca de qué debo hacer yo (moralmente), qué debamos hacer nosotros (políticamente) o qué debamos hacer en el plano institucional de lo jurídico (según el Derecho). En suma, creo que el profesor Ollero y yo compartimos la idea de que la argumentación jurídica es un caso especial de razonamiento práctico general (por decirlo a la manera alexiana) y él ha reflejado esta idea no sólo en este libro (p. 106), sino también en algunos de sus votos particulares a las Sentencias del TC. Creo, en fin, que lo que Ollero refiere genéricamente como "ética" es el dominio de la razón práctica general.

Por otra parte, también estamos de acuerdo en que nadie puede imponer sus ideas al prójimo (como hacen los populistas actuales que reducen la política a religión de Estado); pero nadie puede tampoco ir por libre en una sociedad democrática regida por el Derecho. En éstas, Ollero encuentra en la dignidad humana el común fundamento de ambas conclusiones en tensión. La democracia supone reconocer igual dignidad a todos sus miembros que, por las mismas, tienen derecho a discrepar entre sí (p. 36). Sin embargo, a la hora de establecer límites a la voluntad democrática, el desnudo consenso es insuficiente para Ollero y ello también resulta pacífico en un Estado constitucional, donde la democracia debe respetar los derechos de las minorías y los individuos. Aquí todo parece dar la razón a Ollero, pues ¿cómo cabe fijar entonces "cotos vedados" al juego democrático, si no es mediante el recurso a esa metafísica más allá de la fuerza y de meros acuerdos fácticos? Personalmente, me parece que, sin embargo, la salida no debe ser religiosa (en el mismo sentido en que Ollero rechaza tal salida nacionalcatólica por considerarla hasta "una carga" en p. 37); pero tampoco debe ser metafísica, en el sentido en que indica Ollero (y también, quizá sorprendentemente, Robert Alexy en algunos escritos de los últimos años). Naturalmente, esta afirmación requiere ser matizada.

En efecto, a mí me parece que el único Derecho natural posible hoy en día es un Derecho natural "coloreado lingüísticamente" como lo ha descrito

algún autor. Con ello quiero decir que el fundamento último de nuestro Derecho natural se halla arraigado a nuestro lenguaje o, más precisamente, a nuestras prácticas comunicativas. Por tanto, cuando desarrollamos actos de habla regulativos, mediante los cuales tratamos de guiar la acción, entonces no podemos renunciar a elevar una pretensión de corrección. Este conocido planteamiento de Robert Alexy, en línea con la filosofía de Jürgen Habermas, requiere entonces algún soporte sustantivo que nos diga qué sea "corrección" en dos sentidos. Por un lado, necesitamos una teoría de ética normativa, que nos señale qué hacer, que nos indique el camino correcto. Por otro lado, necesitamos una teoría metaética, que nos indique cómo buscar y encontrar tal corrección objetiva implícita en las prácticas comunicativas "más generales de todos los seres humanos" (como diría el propio Alexy). Para el Derecho se trata de una cuestión muy relevante si somos "jusnaturalistas conscientes".

Pero en este punto y a la hora de llenar de contenido al concepto de "razonamiento práctico general" ("ética" en la terminología de Ollero), creo que la filosofía del Rawls, "metafísicamente superficial", como él mismo quería, me resulta más atractiva que la sustantiva o sustancialista metafísica de Ollero (a quien nadie puede exigir que no sea católico) o de Alexy, quien creo renuncia en parte al proyecto constructivista en la medida en que se manifiesta defensor de una fundamentación metafísica de los derechos humanos[1]. A mi modo de ver, el punto de partida necesario de toda metaética constructivista que se precie es el compromiso con una forma de "justicia procedimental pura". Por su virtud, el constructivismo renuncia a un fundamento metafísico y entonces la justicia es concebida esencialmente como un procedimiento, cuyo resultado es justo en la medida en que se haya seguido tal procedimiento y sin que exista, por tanto, un criterio último exterior a él mismo (e.g. metafísica, verdad jurídica) para evaluarlo. Es decir, desde la perspectiva de una justicia procedimental pura, algo se define como (racionalmente) correcto por ser producto de un procedimiento (racional) de discurso. A su vez, el carácter último de tal procedimiento discursivo se basa en el equilibrio entre un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo. El elemento objetivo lo ofrecen las reglas del procedimiento, que rige el discurso práctico para garantizar una "situación

1 De lo que doy algunos detalles en García Figueroa, A., "Law, Metaphysics and Nature. Alexy´s journey into the realm of the eternal verities", en *Revue intedisciplinaire d'études juridiques*, Nº 66 (2011), Facultés universitaires Saint-Louis, pp. 109-129.

ideal de diálogo" (pensemos, por ejemplo, en la codificación del discurso práctico que imaginó Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica*). El elemento subjetivo lo proporcionan, en cambio, los propios sujetos que participan en el discurso y que incorporan su propia visión del mundo. De tal manera, los sujetos vierten sus propias visiones del mundo (sus "cadaunadas", diría quizá Ollero) en una "situación ideal de diálogo" que, en cuanto ideal, sirve para filtrar el discurso puramente empírico y depurarlo de irracionalidades. Pues bien, tal justicia procedimental y "sin metafísica" (o al menos sin la metafísica de toda la vida) creo que es la que se halla tras la idea de "corrección" implícita en todo razonamiento práctico ("ético"), el jurídico inclusive. En suma, estoy de acuerdo en que argumentar jurídicamente consiste en un caso especial de argumentación práctica general (del dominio de la "ética", que diría Ollero). También estoy de acuerdo en defender la posibilidad de una argumentación con aspiración de objetividad y racionalidad; pero discrepo en que necesitemos alguna forma de metafísica para sostenerlo. En suma, podemos ser "metafísicamente superficiales", como diría Rawls, sin renunciar a una teoría racional de la justicia.

La cuestión es entonces qué relación exista entre el Derecho positivo y este nuevo Derecho natural. La respuesta de Ollero consiste en que el Derecho positivo expresa necesariamente un Derecho natural de mínimos, mientras que la moral es un discurso de máximos. Con esta estrategia, Ollero puede articular en su concepción jusnaturalista una reserva de intenso positivismo jurídico que lo preserve frente a las exigencias excesivas de quienes entiendan el Derecho natural como Derecho ideal. En el planteamiento de Ollero es muy importante preservar el Derecho positivo frente a maximalismos morales. Entre otras cosas, el riesgo de confusión del Derecho con la moral de máximos (la moralización del Derecho del iusmoralismo que con ahínco critica hoy García Amado) puede llevar a devaluar la moral, algo que ha preocupado especialmente entre nosotros a Luis Prieto. En esta tesitura, Ollero busca mantener un equilibrio entre las exigencias razonables del juspositivismo y las del jusnaturalismo, sin confundir sus ámbitos y lo hace dividiendo la ética entre un Derecho (natural o positivo) de mínimos y una moral de máximos que se mantiene al margen de éste. En las propias palabras de Ollero: "el derecho no pretende hacer al ciudadano feliz, rico, ni santo. Pretende crear un marco normativo mínimo que le posibilite aspirar a esos o cualesquiera otros objetivos. Las exigencias jurídicas son, sin embargo, tan mínimas como indispensables; lo que las convierte en obligada condición previa para cualquier logro de maximalis-

mos morales" (p. 47). Sin embargo, creo que este planteamiento presenta algún problema cuando atendemos al Derecho constitucional, al menos al Derecho constitucional actual. Considerar que el Derecho ha renunciado a la dimensión ideal o aspiracional (de máximos) para limitarse a vincularse a un Derecho natural de mínimos, no funciona hoy del todo. Veámoslo.

Ollero reconoce en su libro la importancia actual de los principios en el Derecho. No sólo de los principios generales del Derecho concebidos en clave positivista como "leyes en espray" (e.g. pp. 22, 106), como él los suele describir con gracia. Me refiero más bien a los principios jusfundamentales que positivizan en buena medida los derechos humanos en la forma de derechos fundamentales. La estructura de los principios jusfundamentales no se limita a establecer mínimos. Más bien, los derechos fundamentales han sido caracterizados con éxito por Robert Alexy como "mandatos de optimización" y eso supone que se expanden tanto cuanto *idealmente* sea posible con el único límite de otros derechos que colisionen con ellos en el caso particular. Los derechos fundamentales expresan así una moral de máximos, si bien de máximos ponderables con otros derechos. Por tanto, en la medida en que el Derecho se halle vinculado a principios suprapositivos (y los positivizados jusfundamentales), no parece posible que el Derecho quede totalmente dispensado de una dimensión ideal o aspiracional que vaya más allá de los mínimos. Por tanto, es cierto que el Derecho no pretende hacernos virtuosos, pues no es ésa su función; pero no parece cierto que no se proyecte necesariamente (y en alguna medida) hacia ciertos ideales que van más allá de un mínimo. La gran novedad del Derecho en los Estados constitucionales quizá radique precisamente en acentuar este aspecto: el Derecho de la modernidad se ha convertido en un orden axiológicamente cargado (tiene, e.g., "valores superiores"), pero tales valores tienen su traducción en un plano deontológico sobre cómo deban cumplirse y, por su propia naturaleza, los principios jurídicos se orientan hacia un ideal (de máximos) y no sólo hacia un mínimo. Por todo ello, creo que el blindaje olleriano del Derecho (de mínimos) frente a una moral (de máximos) no funciona especialmente cuando atendemos al funcionamiento de los actuales Estados constitucionales, que presentan una dimensión ideal ineludible (la misma cuyo reconocimiento nos convierte en jusnaturalistas conscientes). Desde luego, eso no implica que exista una identificación plena del Derecho con una moral de máximos. Más bien, creo, el Derecho presenta una vinculación, siquiera mínima pero irrenunciable, a una dimensión ideal, lo cual creo que sea distinto.

RECENSIÓN DEL LIBRO:
DERECHOS DE LA NATURALEZA E INTERCULTURALIDAD. UNA VISIÓN DESDE EL RÍO TAJO. FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO, MARÍA ELENA REBATO PEÑO (DIR), ADRIANA TRAVÉ VALLS (COORD.), ARANZADI, MADRID, 2025, 317 PP.

BOOK REVIEW:
DERECHOS DE LA NATURALEZA E INTERCULTURALIDAD. UNA VISIÓN DESDE EL RÍO TAJO. FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO, MARÍA ELENA REBATO PEÑO (DIR), ADRIANA TRAVÉ VALLS (COORD.), ARANZADI, MADRID, 2025, 317 PP.

Silvia Bagni
Universidad de Bolonia (Italia)
silvia.bagni@unibo.it
ORCID: 0000-0003-3560-0914

Cómo citar/Citation
BAGNI, Silvia, recensión al libro: Díaz Revorio, Francisco Javier y Rebato Peño, María Elena (dir.), Travé Valls, Adriana (coord.). *Derechos de la naturaleza e interculturalidad. Una visión desde el río Tajo*, Aranzadi, Madrid, 2025, 317 pp.

https://doi.org/10.71206/rapc.431

Enviado: 30-07-2026
Aceptado: 18-09-2026

La obra colectiva que se quiere reseñar, *Derechos de la naturaleza e interculturalidad. Una visión desde el río Tajo*, dirigida por Francisco Javier Diaz Revorio y María Elena Rebato Peño y coordinado por Adriana Travé Valls, representa la segunda etapa de un largo camino de investigación conducido por el grupo de Derecho constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, liderado por los directores del libro, e investigadores que colaboran activamente con ese grupo. En su presentación al libro, los directores y la coordinadora recuerdan que la obra es el resultado de un proyecto de investigación financiado con fondos europeos por la Universidad de Castilla-La Mancha, que, desde casi diez años, participa y, en el último proyecto todavía activo lidera, actividades de cooperación en el ámbito de *Erasmus+ Capacity Building in Higher Education*, vinculados con temas de medio ambiente, sostenibilidad, derechos de la naturaleza e interculturalidad. El primer resultado de este gran

trabajo de investigación fue publicado en 2020 por la editorial Tirant Lo Blanch, *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo*, dirigido por el mismo Francisco Javier Díaz Revorio y por la colega Magdalena González Jiménez, dentro del proyecto OPT-IN, como recordado en la primera nota de pie del volumen que estamos reseñando.

Entonces, cuando en la presentación se afirma que la investigación es novedosa en el ámbito jurídico español y europeo se ostenta humildad en no remarcar como el grupo ya está trabajando el tema desde mucho tiempo y representa sin duda un punto de referencia doctrinal en España y en el continente. Hay que señalar que la literatura sobre derechos de la naturaleza ha venido ampliándose muchísimo a lo larga de la última década, contando ahora, a nivel global, con miles de obras (libros, artículos, obras colectivas, base de datos, audiovisuales…)[1]. Sin embargo, los elementos de novedad que la obra aporta, aún en este creciente panorama académico, son al menos dos. En primer lugar, el tema de los derechos de la naturaleza viene analizado desde la perspectiva intercultural, denotando un esfuerzo consistente en salir de cualquier postura etnocéntrica, de la soberbia del Norte del mundo, para en cambio valorar los conocimientos ancestrales, otros modos de pensar en, y conocer al, mundo, preguntándose en qué manera nosotros Europeos, dentro de nuestra firme convicción de primacía cultural, podemos traer, de Abya Yala y de otros continentes, lecciones, recibir modelos, adaptar conceptos, repensar a nuestras categorías jurídicas. En segundo lugar, y de manera estrictamente conectada al primer punto, el libro ajusta sus análisis teóricos a una perspectiva de aplicación práctica, presentando propuestas normativas para el caso del río Tajo, el más largo de la península ibérica, que nace en la Sierra de Albarracín en España y desemboca cerca de Lisboa en Portugal (otra manifestación concreta de interculturalidad y cuestión transfronteriza).

La obra está dividida en una presentación y tres bloques temáticos: naturaleza y derechos; la naturaleza desde el río Tajo; derechos e interculturalidad.

1 Me limito a señalar la base de datos *Eco Jurisprudence Monitor*, que recoge legislación y casos sobre derechos de la naturaleza y, en sentido amplio, derecho eco-céntrico: https://ecojurisprudence.org/?map-style=political. En literatura, recién: PELIZZON, Alessandro, *Ecological Jurisprudence. The Law of Nature and the Nature of Law*, Springer, Singapore, 2025, https://link.springer.com/book/10.1007/978-981-96-0173-8.

No hay conclusiones. Quiero remarcar positivamente este último punto. Muy a menudo, la falta de un capítulo conclusivo viene criticado como si fuese una señal de un límite en la visión de la obra o en los resultados de la investigación. Todo el contrario. Creo que esta elección corresponda a una correcta y necesaria postura metodológica e investigativa. Antes que nada, se trata de una obra colectiva, en la cual, como lo declaran los directores mismos, no siempre hay consonancia de visiones entre los autores de los varios capítulos. La dirección de la obra no ha querido imponer alguna postura científica unitaria entre los colaboradores, señal de una grande libertad académica, entendida come fuente de dialogo e intercambio científico. La pluralidad de visiones es sin duda un plus de esta obra colectiva, en la cual el lector, no necesariamente experto en la temática, puede encontrar opiniones distintas, expresión de igualmente distintas sensibilidades frente al tema medioambiental y frente a la relación entre Estado y pluralismo jurídico. Además, la falta de conclusiones señala que el camino de investigación sobre el tema sigue siendo abierto, que todavía no se ha llegado a crear dogmas, ni tampoco a proponer fáciles soluciones de naturaleza declamatoria. Es un llamado a continuar el esfuerzo creativo de estudio para entender aún mejor los problemas ecológicos que estamos viviendo e imaginar, desde la perspectiva del derecho, soluciones innovadoras todavía no intentadas, quizás porque se alejan mucho de la visión tradicional de los institutos jurídicos que hemos aprendido en nuestras carreras universitarias.

El primer bloque del volumen se enfoca en la relación jurídica entre naturaleza y seres humanos y, en particular, en la nueva propuesta del movimiento para los derechos de la naturaleza, que pretende extender la personalidad jurídica a los seres no humanos y hasta a los ecosistemas. La propuesta ha encontrado su primera aplicación en Europa justamente en España, con el caso de la ley 19/2022 que reconoce la personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca. Es quizás el bloque del libro en el cual se enfrentan más las distintas visiones del derecho de que venimos de hablar antes.

El primer capítulo, por Enrique Belda Pérez-Pedrero, pone las bases filosófico-jurídicas de la protección de la naturaleza a partir del ser humano, en particular en el principio supremo de la dignidad, que es fundamento de la Constitución española de 1978 y que, como tal, permea de sí mismo en vía transversal cualquier otro derecho constitucional. Por eso, la protección del medio ambiente para asegurar una vida digna es un derecho humano y como tal debe ser garantizado.

El siguiente capitulo por Luis García-Chico aborda el tema de la difícil convivencia del paradigma propietario dentro del nuevo marco jurídico de reconocimiento de los derechos de la naturaleza. Compartiendo la visión de la tragedia de los comunes de Hardin, el autor propone una solución que no renuncia a la visión neoliberal sobre la propiedad y al modelo económico neoliberista. De hecho, según el autor sólo la monetización de la naturaleza, y así su transformación en un valor económico medible, puede rechazar la tragedia de los comunes. Él propone entonces de otorgar un valor económico a la naturaleza y a sus componentes y de atribuir su titularidad exclusiva a los pueblos indígenas y a las comunidades locales, que de esta manera encontrarían una ventaja económica inmediata en cuidar el bien natural. En mi opinión, la tesis, aun deteniendo su fascino, no considera lo suficiente que en ausencia de una comunidad o de un pueblo enraizado en el contexto geográfico pertinente, el bien no tendría ningún valor.

Alejo Martínez Quiñones desarrolla una reflexión sobre la oportunidad de otorgar derechos a la naturaleza a la luz de la devastadora inundación que Valencia vivió en 2024. Ese contexto arroja una luz muy crítica sobre el tema, y también sobre la falta de argumentación jurídica que el autor detecta en la sentencia del TCE sobre la ley del Mar Menor.

Finalmente, el bloque se cierra con un comentario super crítico a la sentencia constitucional 142/2024, escrito por Tomás Vidal Marín. El catedrático no sólo considera la sentencia del TCE carente de una adecuada fundamentación jurídica, sino considera no fundamentada tampoco la misma ley, que se aprueba en un marco jurídico, tanto español como europeo, que ya ofrecía amplia tutela al medioambiente. El autor denuncia la interpretación creativa que el TCE ofrece del art. 45 Constitución sobre protección del medioambiente, cuando reconoce la compatibilidad del paradigma eco-céntrico con su formulación. El enuncia una serie de dificultades técnicas en el proceso de adaptación del derecho español a esta nueva visión, como la no simetría entre derechos y deberes, la dificultad en la representación procesal de los intereses de la naturaleza, la incompatibilidad con el derecho de la Unión europea sobre medio ambiente y desarrollo sostenible. Sin embargo, en mi opinión, esta postura no tiene en cuenta que un cambio de paradigma tan contundente como lo que requiere el reconocimiento de la personalidad jurídica a la naturaleza, necesariamente encuentra en su camino una incompatibilidad de fundo con el paradigma anterior, todo centrado en la visión antropocéntrica del derecho.

Este cambio requiere un esfuerzo conceptual al jurista, que debe ser capaz de imaginar nuevos instrumentos y nuevos principios interpretativos.

El bloque II del volumen es sin duda el más original y, contemporáneamente, el más atento a lado practico de la implementación del nuevo paradigma de los derechos de la naturaleza, desde la perspectiva geofísica del río Tajo.

El capítulo por Francisco Javier Díaz Revorio se enmarca en la rama de estudios conocida en los Estados Unidos como *Law and Literature*. El catedrático, pues, realiza un análisis sobre la representación de la naturaleza en la cultura clásica europea e hispánica, para enfocarse especialmente en la obra de Garcilaso de la Vega, el gran poeta toledano que muy a menudo en su obra se dejó inspirar por el río Tajo. La perspectiva metodológica que guía el autor es la interseccionalidad entre derechos de la naturaleza y pluralismo jurídico, en cuanto el concepto de naturaleza, como recordado también en el informe del IPBES de 2019[2], es un concepto cultural, una creación semántica distinta según la cultura que intenta explicarla.

El siguiente capitulo es fruto de una investigación de grupo por Beatriz Larraz Iribas, Enrique San Martín González, Raúl Urquiaga Cela y Antonio de Lucas Sepúlveda, que han analizado en detalle la situación de deterioro biogeofísico del río Tajo y de su cuenca y han estudiado el sistema normativo multinivel que ha sido aplicado hasta la fecha para intentar solucionar los problemas ecológicos pertinentes, frente a una falta de cumplimiento de la legislación. Por eso, los autores simpatizan por el reconocimiento de derechos al río, apostando sobre el hecho que una nueva perspectiva jurídica podría revitalizar la atención sobre los problemas del río y empujar hacia un activismo de las públicas administraciones involucradas en el proceso de su tutela.

El tercer bloque viene introducido por una densa reflexión teórica sobre el fundamento filosófico-jurídico de las políticas interculturales en el constitucionalismo moderno, escrito por María Elena Rebato Peña. Su enfoque parte del cuestionamiento de la pretendida "universalidad" de los derechos humanos,

2 IPBES, *Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*. IPBES secretariat, Bonn, 2019: "Nature embodies different concepts for different people, including biodiversity, ecosystems, Mother Earth, systems of life and other analogous concepts" (p. XIV).

reconocida en los tratados internacionales desde el siglo pasado, a través de un análisis de las distintas posturas teóricas del universalismo y del particularismo. El estudio se ocupa de analizar los efectos de un enfoque intercultural, tanto en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, como en el aspecto institucional de las políticas públicas, implementadas a nivel internacional, nacional y autonómico, con particular referencia a la Comunidad de Castilla-La Mancha. En relación con las políticas autonómicas sobre inclusión, quiero avanzar una reflexión crítica sobre el tema del contrato de integración, incorporado en la ley valenciana 15/2008 y en la ley de Castilla y León 3/2013. Este tipo de contrato, aplicado también en otros países como Holanda y Alemania, contradice el presupuesto igualitario y de inclusividad sobre el cual se fundamenta el concepto de interculturalismo. Este tipo de instrumento, de hecho, impone al migrante una forma de inculturación, en cuanto es una obligación unilateral de aprendizaje de la cultura, además que del idioma, del país de acogida, al cual vienen subordinado no solo la renovación del permiso de residencia, sino una serie de derechos y prerrogativas que deberían depender exclusivamente del ser parte de la misma comunidad humana[3].

María Martín Sánchez se ocupa del posible choque entre laicismo del Estado, libertad religiosa e identidad cultural. La dificultad que encuentra el Estado español en mantener la correcta línea de balance entre protección de la libertad religiosa y defensa de los valores liberales se nota también a nivel europeo, en el caso *Lautsi contra Italia*, de 2011, del Tribunal europeo de los derechos humanos (TEDH), recordado por la autora, en el cual la exposición del crucifijo en las escuelas viene tolerada como manifestación de la "cultura" italiana. El análisis se abre a los aspectos sociológicos del fenómeno religioso en España, que ayuda la autora en comprender el peso que la religiosidad ejerce sobre el sistema jurídico, con particular atención a las mujeres migrantes, donde la investigación jurídica debe necesariamente armarse de los instrumentos metodológicos de la interseccionalidad.

Finalmente, el libro se cierra con una investigación muy original por María Ruiz Dorado sobre la propuesta de considerar la ceremonia del río del

3 LOCCHI Maria Chiara, "Integrazione (contratti di)", in BAGNI Silvia, LOCCHI Maria Chiara, PICIOCCHI, Cinzia, RINELLA Angelo (a cura di), *Interculturalismo. Lessico comparato*, ESI, Napoli, 2024, p. 313 s.

Pueblo Gitano como patrimonio cultural inmaterial de la UNESCO. Es una propuesta jurídicamente interesante, que intenta solucionar el persistente problema de discriminación que el Pueblo Gitano sigue sufriendo, no obstante España haya desarrollado una legislación especial mucho más cuidadosa y extensa que en otros países de la Unión, a través de un instrumento particular ofrecido por el derecho internacional en el marco de la tutela del patrimonio cultural de la humanidad. Sería sin duda un evento que podría encender los reflectores sobre la dignidad que el Pueblo Gitano merece, más allá de los sesgos que todos percibimos a su respecto. El capítulo es un final perfecto para el libro, que se compone de una serie de reflexiones jurídicas profundas, que parten y terminan en las orillas de un río.

Para terminar esta reseña, quiero intentar profundizar un estímulo que he traído del escrito de María Elena Rebato Peña, y que en mi opinión pone de manifiesto la relación data por implícita a lo largo del libro entre derechos de la naturaleza e interculturalidad.

María Elena Rebato analiza en su capítulo el caso *Van de Moslims Van Belgie y otros contra Bélgica* de 13 de febrero de 2024[4]. La autora reconstruye el caso de manera muy clara, y lo enmarca en los "límites" al principio de interculturalidad, incluido de manera sistémica en el Convenio europeo sobre derechos humanos. Los recurrentes pedían al Tribunal europeo de declarar la violación de su derecho a la libertad religiosa por parte de las regiones belgas de Flandes y Valonia, que desde 2017 e 2018 respectivamente, prohibían el sacrificio de animales sin aturdimiento previo, en presunto contraste con las reglas de los rituales halal y kosher. Dejando de lado el tema de la correcta interpretación doctrinal de los preceptos alimenticios tanto en la sharía como en el derecho judío[5], el argumento utilizado por el TEDH se fundamenta sobre la naturaleza no absoluta de la libertad religiosa, que se deduce por los artículos de 8 a 11 del Convenio, de la formulación del segundo párrafo, que admite limitaciones necesarias en una sociedad democrática para garantizar la seguridad nacional, el bienestar económico del país, la defensa del orden público y la prevención de delitos, la protección de los derechos y las libertades de los

4 TEDH, *Executief van de Moslims van België and Others v. Belgium*, 24/6/2024, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-231227%22]}.
5 BOTTONI, Rossella, "Religious slaughter and the conflict between secular and religious interests: dispelling the myth", en *DPCE Online*, n. 3, 2025, pp. 1643-1655.

demás y la protección de la salud y la moral. El TEDH se apela en su argumentación a este último concepto, afirmando que la protección del bienestar animal se ha vuelto parte integrante de la moral[6], "un valor moral" compartidos por las sociedades democráticas contemporáneas. Hay que subrayar, además, la postura suficientemente ambigua del TEDH, que, después de haber proclamado el bienestar animal como un nuevo valor moral emergente en las sociedades democráticas, afirma que la prohibición incluida en las dos leyes de Flandes y Valonia no es desproporcionada en cuanto la ley bélgica no prohíbe importar carne halal y kosher de otros países. Como decir: hablamos de un valor moral compartido, pero si la violación de este valor se realiza fuera de nuestras fronteras, ya no hay obligaciones al respecto.

Es evidente como el argumento de la "moral universal", utilizado por el TEDH, no es tan sólido como el Tribunal mismo quiere presentarlo. Hay amplio debate sobre la calificación jurídica de los animales, sobre el nivel de tutela que merecen, hasta llegar, como pretende el movimiento para los derechos de la naturaleza, a reconocer su personalidad jurídica. Un argumento que fundamenta el "deber ser" sobre una supuesta moral común entre los países democráticos abre la puerta a infinitos cuestionamientos. Declaro que mi intento no es cuestionar la decisión en el fondo. Quiero en cambio demonstrar cómo se hubiera argumentado el caso desde la perspectiva del derecho de las relaciones ecosistémicas[7], que reconoce la defensa de la integridad ecológica de la Tierra como nueva *Grundnorm* y que incorpora la idea que todos somos sujetos, incluido el planeta, los ecosistemas, las especies, y los individuos no humanos.

Reconocer a los animales como sujetos implica repensar los criterios de solución de antinomias en caso de conflicto entre sujetos de naturaleza distinta. El derecho de las relaciones ecosistémicas prevé abstractamente tres tipos de

6 § 95: "The Court has thus previously accepted that the prevention of animal suffering may justify interference with a right guaranteed by Article 11, in the interests of protecting morals". § 102. "It thus finds that the protection of animal welfare can be linked to the concept of "public morals", the protection of which constitutes a legitimate aim within the meaning of paragraph 2 of Article 9 of the Convention".

7 Me permito renviar a BAGNI Silvia, "Dal diritto ambientale al diritto delle relazioni ecosistemiche", en *L'Ircocervo*, vol. 24, n. 1, 2025, pp. 41-61, https://s3.eu-central-1.amazonaws.com/lircocervo.it/2025/07/03120425/4.-Bagni_Dal-diritto-ambientale-al-diritto-delle-relazioni-ecosistemiche.pdf.

conflictos: entre individuos (de la misma especie o de especies distintas); entre especies humana y no humanas; entre individuo y especie (a su vez humanos o no humanos).

Frente al conflicto entre derecho de libertad religiosa de grupos sociales humanos, de un lado, y derecho a no subir formas de sufrimiento de los animales, ¿cual situación jurídica prevalece? En el derecho de las relaciones ecosistémicas el principio *pro homine* aplica, pero está subordinado al principio *in dubio pro natura*, al principio *pro conservatione* y al principio de resiliencia. Si estos principios no aplican al caso, el principio *pro homine* puede aplicarse, pero debe respetar dos ulteriores criterios interpretativos, que no aplican cuando el derecho humano mira a satisfacer necesidades básicas según la pirámide de las necesidades de Maslow (necesidades fisiológicas y de seguridad): el principio de eco-proporcionalidad y el principio de garantía del núcleo duro del derecho no humano.

En el caso que estamos comentando se enfrentan individuos humanos contra individuos no humanos (animales). El derecho humano en juego es el derecho a la identidad religiosa (no el derecho a la vida tramite la alimentación, en cuanto el animal puede ser matado para la sobrevivencia de la especie humana); el derecho del animal es el derecho a la vida sin sufrimiento. Como el derecho a la libertad religiosa no es una necesidad básica, ese derecho debe aplicarse según los principios de eco-proporcionalidad y de garantía del núcleo duro del derecho animal. Por consiguiente, la prohibición del sacrificio animal sin aturdimiento previo debe ser considerado legítimo, bajo esos dos principios que miran a no someter el animal a sufrimiento adicional, cuando del otro lado el derecho humano no es un derecho básico. Por supuesto, esta conclusión presupone una valoración científica, no ética, sobre si las técnicas de sacrificio halal y kosher inducen un sufrimiento adicional respecto al fin de procurar la muerte del animal, que otras técnicas no producen. El paradigma del derecho de las relaciones ecosistémicas invierte la relación entre derechos subjetivos y sus límites, en cuanto parte de la idea que humanos y no humanos son ambos sujetos con derechos.

Hemos así ilustrado una aplicación práctica del paradigma del derecho de las relaciones ecosistémicas, en el caso en que ese paradigma fuese incorporado en un ordenamiento jurídico nacional o supranacional. El ejemplo, en este caso, llega a la misma solución que el sistema anterior; sin embargo, el

fundamento jurídico no está legitimado en valores ético-morales a juzgar por parte de un órgano jurisdiccional que, en juzgar un tal parámetro, puede ejercer una indeterminada dosis de discrecionalidad. En cambio, el juez viene llamado a solucionar el caso bajo confrontación con datos científicos. Una relación, esta entre tribunales y ciencia, que a su vez no se encuentra exenta de trampas en cuanto a los límites a la discrecionalidad del juez o a las directrices políticas de los órganos representativos que escriben las leyes[8].

En fin, el caso examinado es una demonstración adicional de la importancia de la obra que hemos reseñado en el panorama de la doctrina jurídica sobre las relaciones entre naturaleza y seres humanos; es sin duda también una invitación a seguir adelante con este tipo de investigaciones, que no se limitan a comentar textos normativos, sino intentan imaginar otros mundos posibles tramite el derecho.

BIBLIOGRAFÍA

BAGNI Silvia, "Dal diritto ambientale al diritto delle relazioni ecosistemiche", en *L'Ircocervo*, vol. 24, n. 1, 2025, pp. 41-61, https://s3.eu-central-1.amazonaws.com/lircocervo.it/2025/07/03120425/4.-Bagni_Dal-diritto-ambientale-al-diritto-delle-relazioni-ecosistemiche.pdf.

BOTTONI, Rossella, "Religious slaughter and the conflict between secular and religious interests: dispelling the myth", en *DPCE Online*, n. 3, 2025, pp. 1643-1655.

IPBES, *Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*. IPBES secretariat, Bonn, 2019

JONES Madison P, *Inventing Ecosystems. The Rhetoric of Science in an Ecological Age*, Palgrave Macmillan, Cham, 2026.

LOCCHI Maria Chiara, "Integrazione (contratti di)", in BAGNI Silvia, LOCCHI Maria Chiara, PICIOCCHI, Cinzia, RINELLA Angelo (a cura di), *Interculturalismo. Lessico comparato*, ESI, Napoli, 2024, p. 313 s.

8 JONES Madison P, *Inventing Ecosystems. The Rhetoric of Science in an Ecological Age*, Palgrave Macmillan, Cham, 2026.

PELIZZON, Alessandro, *Ecological Jurisprudence. The Law of Nature and the Nature of Law*, Springer, Singapore, 2025, https://link.springer.com/book/10.1007/978-981-96-0173-8.

TEDH, *Executief van de Moslims van België and Others v. Belgium*, 24/6/2024, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-231227%22]}.

IV. CRÓNICAS Y COMENTARIOS

SUMARIO

● **Mª. Elena Rebato Peño**. Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario (1 de enero de 2025 a 1 de enero de 2026).

● **María Joaquina Guerrero Sanz**. Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria.

● **Víctor Moreno Martínez**. Actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha (1 de enero a 31 de diciembre de 2025).

● **Alberto Campos Jiménez.** "El conflicto entre el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen frente al derecho a la creación artística: acerca de la serie *Fariña* (STS 5362/2025)".

RESEÑA DE ACTIVIDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL, AUTONÓMICO Y PARLAMENTARIO

CONSTITUTIONAL, REGIONAL AND PARLIAMENTARY LAW ACTIVITIES REVIEW

(1 enero de 2025 a 1 de enero de 2026)

Mª Elena Rebato Peño
Universidad de Castilla- La Mancha
Mariaelena.rebato@uclm.es
https://orcid.org/0000-0002-4766-8003

Cómo citar/Citation
REBATO PEÑO, María Elena. "Reseña de actividades de Derecho Constitucional, Autonómico y Parlamentario", en Parlamento y Constitución. Anuario. Cortes de Castilla-La Mancha-UCLM, Nº27, 2026.

https://doi.org/10.71206/rapc.428

Enviado: 25-05-2026
Aceptado: 30-07-2026

Resumen: Esta reseña recoge una selección de las principales actividades académicas de Derecho Público desarrolladas en la UCLM durante 2025. 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.

Abstract: This review includes a selection of the main Public Law academic activities developed in UCLM during 2025. Special attention is paid to those, carried out by the Constitucional Law area about Human Rights, Constitutional Justice or Autonomic Law.

Key words: Academic activities; Human Rights; Constitutional Justice; Autonomic Law.

SUMARIO

1. ACTIVIDADES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

2. ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL SISTEMA AUTONÓMICO:

3. ACTIVIDADES EN MATERIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. ACTIVIDADES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. Jornadas de Educación Afectivo-Sexual, Pornografía y Constitución. Toledo, 3 y 4 de marzo

Las presentes jornadas se celebraron en el marco del proyecto de investigación "La pornografía como asunto constitucional", SBPYLY/21/180501/000116, financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional y Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha y dirigido por Ana Valero Heredia, profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla- La Mancha. Se desarrollaron durante los días 3 y 4 de marzo de 2025 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales con el objetivo de exponer las conclusiones a las que se había llegado en una de las líneas del proyecto, como era la relativa a la pornografía y juventud /educación afectivo- sexual.

Dirigidas a personal investigador en formación, así como a estudiantes de grado, doble grado y máster, las jornadas han contado con la participación de expertos en Derecho Constitucional, Derecho Penal, Criminología y Ciencias de la Educación, conscientes los organizadores de las mismas de la necesidad de que en las sesiones se ofreciera una visión multidisciplinar de la cuestión a debate, que aunque fundamentalmente jurídica requería del abordaje y de las aportaciones de otras disciplinas como la pedagogía o las ciencias de la información.

La sesión inaugural de las Jornadas corrió a cargo del magistrado emérito del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional, Eduardo

Espín Templado quien realizó una ponencia de carácter general para contextualizar la pornografía en en el marco constitucional en general y más concretamente en relación con la libertad de expresión y el derecho a la producción y creación literaria, artística y científica ex. art.20 de la Constitución española.

Ana Isabel Jiménez, periodista del canal diocensano de televisión Toledo, tomo el relevo de esta primera sesión haciendo referencia al tratamiento de la pornografía y la formación afectivo sexual en los medios de comunicación.

El modelo de educación sexual en las aulas fue el tema elegido por Antonio Mateos Jiménez, Profesor Titular del área de Didáctica de las Ciencias experimentales de la UCLM , quien planteó la importancia de un modelo educativo integral en las aulas para contrarrestar los efectos negativos de la desinformación en este ámbito.

El aspecto penal del acceso a la pornografía, desde la necesidad de su control y a la luz de una educación afectivo sexual integral y de calidad, fue el objeto de la ponencia de Alejandro Turienzo Fernández, profesor de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Barcelona. La misma fue complementada por Silvia Rómboli, Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Ramón Llul, quien puso el acento en el caso de los menores y el examen de las medidas para impedir el acceso de los mismos a la pornografía en aras a su protección, teniendo como elemento comparativo los instrumentos de protección de países como Italia y Estados Unidos.

La situación específica de las personas con discapacidad, desde la perspectiva de su propia formación afectivo-sexual, así como en su relación con la pornografía y el papel que esta puede jugar, y las medidas más adecuadas a adoptar en este ámbito, fueron las cuestiones nucleares de las intervenciones de Enrique Belda Pérez- Pedrero y Luis García- Chico, Catedrático de Derecho Constitucional y profesor contratado predoctoral de la UCLM respectivamente.

La educación afectivo- sexual como instrumento imprescindible en la educación de los menores y los parámetros básicos que ésta debería seguir, así como la eventual inclusión de esta formación en el ámbito de la educación en valores, derivada del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Econó-

micos, Sociales y Culturales y del artículo 27.2 de la Constitución española; constituyeron el nucleo de las intervenciones de Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional y Adriana Travé Valls, profesora contratada predoctoral de la UCLM. Ambos pusieron de relieve las carencias formativas en este ámbito y realizaron propuestas concretas de reforma para la implantación de una formación adecuada en esta línea.

Por su parte, la profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM, María Martín Sánchez, se refirió al necesario equilibrio entre los derechos educativos de los padres y la enseñanza afectivo- sexual de los propios menores.

La conferencia de clausura de las jornadas corrió a cargo de Tomás Vidal Marín, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, quien abordó uno de los temas esenciales sobre los que se había debatido durante prácticamente todas las sesiones anteriores de forma tangencial: - el dilema entre la prohibicion absoluta de la pornografía o la regulación y preparación adecuada para el acceso a los menores a la misma-.

1.2. Seminario práctico de Jurisprudencia Constitucional Comparada e Internacional. Cádiz, 21 al 23 de julio

Como viene siendo habitual como complemento de la séptima edición de la Especialidad en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución, se celebra en Cádiz durante los días 21 a 23 de julio, el seminario práctico de jurisprudencia constitucional y comparada dirigido por los Catedráticos de Derecho Constitucional Fco. Javier Díaz Revorio y Miguel Revenga Sánchez, de la Universidad de Castilla- La Mancha y de Cádiz respectivamente.

Cádiz se convierte por unos días en un espacio de debate con enfoque comparado entre ponentes y cursantes en relación con casos emblemáticos, 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.

En esta ocasión un tema fue protagonista tanto en las ponencias como en los debates –el populismo–. Al examen de esta cuestión se dedicaron tres

Mesas Redondas. La primera de ellas moderada por el profesor Pacheco Rodríguez, de la Universidad de Castilla- La Mancha en relación al populismo y la representación política. En ella intervinieron los profesores Ena Carnero, de la Universidad de Trujillo, Perú; Eric Leiva, de la Universidad Libre de Colombia y Soledad Morales Trapp de la Universidad de la Frontera, Chile. La segunda en cambio tuvo un carácter más general denominándose "Populismo, Constitución y democracia". Moderada por la profesora Emilia Girón de la Universidad de Cádiz, formaron parte de esta, Arnaldo Bastos de UNIALFA, Brasil; Daniel Vergara de la Universidad Autónoma de Chile y Mariana Baeta Neves de la Universidad Mackenzie de Brasil. La justicia constitucional en contextos electorales fue el ámbito elegido para el debate en la mesa moderada por Maria José Majano, profesora de la Universidad de Castilla- La Mancha y abogada en ejercicio. En ella participaron los también miembros de la Universidad de Castilla – La Mancha, Fco. Javier Díaz Revorio, María Ruíz Dorado y Luis García Chico.

Los profesores de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante y de la Universidad de Castilla- La Mancha, Juan Antonio García Amado y Marina Gascón Abellán, disertaron en relación con la presunción de inocencia a propósito del caso de Dani Alves.

El enfoque comparado que preside esta enseñanza permite que también se aborden cuestiones como la reforma judicial en México a partir de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 25 de octubre de 2024, por el profesor Roberto Viciano de la Universidad de Valencia; y la anulación de las elecciones presidenciales dictaminada por el Tribunal Constitucional de Rumanía en su decisión de 6 de diciembre de 2024, por la profesora Mª Sofía Sagües de la Universidad Católica de Argentina.

También tuvo un lugar relevante la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que fue comentada por la profesora Mª Luz Martínez Alarcón, de la Universidad de Castilla- La Mancha con relación a la involución del Estado de Derecho en la Unión Europea.

No podía quedar extramuros de este foro de disertación el análisis del caso *Trump versus United States* del Tribunal Supremo Americano. Cuestiones como el presidencialismo y la inmunidad fueron el núcleo del debate dirigido por el profesor Miguel Revenga de la Universidad de Cádiz.

El gran numero de cursantes latinoamericanos de este seminario de jurisprudencia recibió con gran interés la ponencia de Eduardo Ferrer Mac- Gregor, ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la integridad electoral, el derecho a la democracia y el uso abusivo del control de convencionalidad.

1.3. I Jornadas "La Constitución en el cine". Toledo, 22 y 29 de octubre y 5, 12 y 19 de noviembre

Por primera vez como actividad extracurricular, el área de Derecho Constitucional de Toledo organizó unas jornadas en las que, en base al visionado de una película, se debatían los aspectos jurídicos extraídas de la misma. Una forma de vincular los derechos constitucionales y el arte cinematográfico, que contó con un respaldo muy importante por parte del alumnado que participó activamente durante todas las sesiones. Las mismas se organizaron periódicamente durante cinco miércoles seguidos desde el día 22 de octubre y con una misma estructura. Primero se llevaba a cabo la presentación del ponente por uno de los profesores que integraban el área y el comité organizador de las jornadas, posteriormente se proyectaba la película y finalmente el ponente invitado disertaba sobre los aspectos jurídicos de la misma y abría un coloquio posterior con los asistentes.

Como es habitual, el área de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo busca que estas actividades pedagógicas tengan una estrecha conexión con los temas de actualidad para de este modo acreditar que el Derecho no es algo ajeno a la sociedad, sino que forma parte de ella, incluso a través de actividades lúdicas como puede ser el arte cinematográfico.

En esta ocasión se eligieron cinco películas, que invitaban a la reflexión sobre distintos derechos. La película que abrió el ciclo fue *"El juicio de los 7 de Chicago"*, que constituía una ocasión propicia para el debate sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de manifestación y la libertad de expresión. El ponente, introducido por Adriana Travé Valls, profesora de Derecho Constitucional de la UCLM, Miguel Guerra Pérez, Abogado y Profesor de Derecho Procesal en la Universidad Carlos III, destacó los problemas estructurales que la película pone de manifiesto sobre el ejercicio de las libertades públicas y la instrumentalización del sistema de justicia por parte del

poder político. El ponente situó en el núcleo de la intervención, los riesgos de utilizar la justicia como herramienta política para acallar las voces disidentes y reflexionó a raíz de las intervenciones de los asistentes sobre la necesidad de que el Estado de Derecho proteja no solo los derechos de la mayoría sino también de la minoría que a veces puede resultar "molesta" para el conjunto de la sociedad.

La cuestión migratoria no podía quedar fuera de estas Jornadas, pues siempre tiene un lugar en la actualidad. La película *"Adú"* es un claro reflejo de las dificultades jurídicas que presenta la regulación de la inmigración como problema global. Los Estados de acogida de estos flujos de personas que se desplazan en este caso a lo largo del continente africano al margen de las normas de los países de origen, tránsito o recepción, deben garantizar el principio de soberanía e integridad territorial, al tiempo que la dignidad y los derechos fundamentales de los inmigrantes. Estas cuestiones, así como los problemas de las devoluciones en caliente el diseño de políticas de integración para evitar problemas como la discriminación racial, fueron magistralmente expuestos por el profesor Juan Manuel Goig Martínez, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, que en esta ocasión fue introducido por Mª Elena Rebato Peño, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UCLM.

Pese a ser un tema clásico, el derecho de sufragio también debía estar presente en estas primeras jornadas sobre Constitución y cine, dado que es especialmente relevante que las nuevas generaciones no olviden el tedioso y largo proceso histórico de conquista de este importante derecho político por parte de uno de los grupos sociales históricamente marginado como es el de las mujeres. Así lo trató Tomás Vidal Marín, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, presentado por Luis García- Chico, profesor de Derecho Constitucional de la UCLM.

Las nuevas tecnologías y los derechos medioambientales fueron las cuestiones jurídicas que se encontraban en las películas *"Matrix"* y *"Acción civil"*. El comentario de las mismas y posterior coloquio y debate con los asistentes corrió a cargo de Eduardo Espín Templado, Magistrado emérito del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM; y Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Jaen respectivamente. La moderación y presentación de los ponentes fue llevada a cabo por Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Cons-

titucional de la UCLM y Mª José Majano Caño, profesora asociada de Derecho Constitucional de la UCLM.

1.4. Jornada "Neurociencia y Constitución". Toledo, 20 de noviembre de 2025

El pasado 20 de noviembre se celebró en Toledo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales una jornada académica bajo el título de *"Neurociencia y Constitución"* . La jornada dirigida por los profesores de la UCLM, Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucionl y Luis García Chico, contratado pre- doctoral, suponía un encuentro académico en torno a un tema de suma actualidad como son los neuroderechos.

Siempre en la vanguardia del derecho constitucional, el area de Derecho Constitucional del campus toledano organizó un foro en el que las ponencias principales estaban asignadas a dos expertos en la materia, si bien en ámbitos profesiones muy diferentes.

Por un lado, Federico de Montalvo Jääskeläinen, ex Presidente del Comité de Bioética de España y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pontificia de Comillas, quien en su intervención analizó el impacto de los avances neurotecnológicos en el ordenamiento constitucional y los límites éticos derivados de la Constitución que imponen que la ciencia y el progreso tecnológico no pueda prevalecer por encima de los derechos fundamentales. Todo ello de forma paralela al surgimiento de los denominados neuroderechos.

La segunda ponencia central estuvo a cargo del psicólogo Daniel Martín Montealegre, como ejemplo del diseño de una jornada interdisciplinar, quien incidió en cuestiones más vinculadas a la ciencia que el ponente anterior.

La jornada contó con una gran asistencia de alumnos, incentivados por la novedad del tema y la excelencia de los ponentes.

1.5. XXX Jornadas de Derecho Constitucional: "El Catálogo de Derechos en la Constitución Española". Ciudad Real, 27 y 28 de noviembre

Bajo el genérico título "El catálogo de Derechos en la Constitución española", tuvo lugar en Ciudad Real la trigésima edición de las Jornadas de De-

recho Constitucional que organiza el área de Derecho Constitucional del campus de Ciudad Real.

Estas jornadas, dirigidas por el Catedrático de Derecho Constitucional, Tomás Vidal Marín, abordaron el estudio de una serie de derechos de permanente actualidad y por tanto sumamente atractivos para la ciudadanía y operadores jurídicos en general y muy particularmente para los cursantes de los grados de Derecho, Administración y Dirección de Empresas; lo que propició una masiva asistencia a las mismas.

El uso de las nuevas tecnologías, de la inteligencia artificial provocan situaciones que en muchas ocasiones suponen una afectación de derechos como el de la protección de datos personales, aspecto éste desarrollado por el Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM y Magistrado emérito del Tribunal Supremo, Eduardo Espín Templado; o como las libertades de expresión e información. Aránzazu Moretón Toquero, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, fue la ponente encargada de desarrollar esta última cuestión y analizar el papel de las plataformas en la era de la comunicación digital.

La sociedad multicultural en la que vivimos plantea también nuevos desafíos en relación a la integración de los inmigrantes en la sociedad. Marcos Massó Garrote, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, abordó en su ponencia la etapa inicial del proceso migratorio, es decir la regulación jurídica de España y de los Estados europeos en relación con la entrada de inmigrantes en nuestros países y los procedimientos de devolución y retorno en los casos en los que no cumplan con los requisitos administrativos exigidos por el país de acogida. La necesidad de reglar el flujo migratorio que reciben los países, al tiempo que el respeto de los derechos fundamentales de los inmigrantes independientemente de la situación administrativa en la que se encuentren en nuestros países, fue un aspecto ampliamente debatido en las reflexiones posteriores a la conferencia.

La globalización de los Estados se traslada también al ordenamiento jurídico y al ámbito de los derechos, de tal forma que los derechos relacionados con el medioambiente o la naturaleza cobran fuerza en el continente europeo, pese a que su origen lo encontramos en Iberoamérica. La recepción de los derechos de la naturaleza en la normativa y jurisprudencial nacional y europea,

así como las posibles respuestas ante la emergencia climática, fueron los temas abordados por Fco. Javier Díaz Revorio, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM.

Cerraron estas jornadas las ponencias del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional, Luis Mª Díez- Picazo sobre la predeterminación del juez; y de María Salvador Martínez, Catedrática de Derecho Constitucional de la UNED, respecto al derecho de asociación política en el siglo XXI.

2. ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL SISTEMA AUTONÓMICO

2.1 XXVIII. Jornadas sobre el sistema autonómico de Castilla-La Mancha: "El Estatuto de Autonomía, significado jurídico y político". Cuenca, 6 y 7 de mayo

En el momento de redactarse esta reseña de actividades, la propuesta de reforma de Estatuto de Autonomía de Castilla- La Mancha, aprobada en las Cortes regionales el 29 de mayo de 2025, está en *stand by* en las Cortes Generales, o como afirma el presidente de las Cortes de Castilla- La Mancha en una situación de "*muerte clínica"*, ante la enmienda del principal partido de la oposición al aumento de diputados regionales previsto en el proyecto de Estatuto de Autonomía.

No obstante, en las fechas de celebración de las XXVIII Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla- La Mancha, los días 6 y 7 de mayo de 2025, la situación era bastante favorable y aunque aún no se había aprobado de forma oficial la Proposición de ley en el Parlamento autonómico para remitirlo a las Cortes Generales, todo apuntaba a que se produciría en breve, como así fue semanas después con el visto bueno de 29 de los 33 diputados del Parlamento regional. En ese contexto, lo más oportuno era dedicar las tradicionales jornadas sobre el sistema autonómico organizadas por el área de Derecho Constitucional de Cuenca al estudio del Estatuto de Autonomía y su significado jurídico y político.

A lo largo de dos jornadas, se debatieron temas de ámbito general respecto al Estatuto de Autonomía y el Estado autonómico en general, junto a ponencias que incidían de manera más concreta en los aspectos más destacados

de la reforma estatutaria en proceso: el sistema electoral, el procedimiento de reforma estatutaria y el catálogo de derechos contemplados, éste último en menor medida.

Tras la inauguración de las jornadas por las autoridades académicas y los directores de estas, los profesores de la Universidad de Castilla- La Mancha, Fco. Javier Díaz Revorio y Ana Valero Heredia, correspondió al primero impartir la primera sesión de esta edición. El tema elegido no podía ser otro que el sistema electoral de Castilla- La Mancha desde el Estatuto de Autonomía y la Constitución. La reforma del sistema electoral ha sido uno de los puntos clave en esta modificación estatutaria ahora en trámite, de ahí la relevancia de las reflexiones que se pusieron sobre la mesa en esta vigésimo octava edición de las jornadas de Derecho Autonómico. El aumento de la horquilla electoral hasta los 55 Diputados, frente a la actual prevista en el Estatuto de 35 diputados y los 33 diputados regionales establecidos por la Ley electoral de Castilla- La Mancha 5/1986, ha fundamentado la enmienda al proyecto de Estatuto de Autonomía del Grupo Popular en las Cortes Generales frente al acuerdo de los principales partidos en el ámbito autonómico en ese aspecto en concreto. Anticipándose a esta enmienda Díaz Revorio consideró la oportunidad de este aumento de diputados, en base al tamaño de los distintos Parlamentos regionales autonómicos y las distintas opciones posibles. A su juicio el número actual de parlamentarios no solo es un número insuficiente sino que además produciría una gran desproporción al sobre representar provincias como Cuenca o Guadalajara, por lo que necesariamente debería reformarse el sistema electoral, bien reformando el Estatuto de Autonomía y aumentando el número de diputados como propone la actual reforma; o bien reproduciendo sistemas electorales como el alemán o sueco, en el que hay dos listas una por circunscripción provincial y otra única que podría corresponder a toda la región castellano- manchega.ç

Un carácter más genérico tuvo la intervención del Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Constitucional, Eduardo Espín Templado, quien realizó un balance del sistema autonómico, deteniéndose en los procedimientos de reforma estatutarios en general y en el de Castilla- La Mancha en particular y las sucesivas reformas del Estatuto de Autonomía de Castilla- La Mancha.

También tuvo un carácter general la participación del profesor Tomás Vidal Marín, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCLM, que se de-

tuvo en el examen de la formación del Ejecutivo regional desde las pautas establecidas en el Estatuto de Autonomía de Castilla- La Mancha.

Más específicas resultaron las ponencias de la profesora Mª Elena Rebato Peño, de la Universidad de Castilla- La Mancha y de Cecilia Rosado Villaverde, de la Universidad Rey Juan Carlos.

La profesora Rebato abordó en su exposición el papel de la participación ciudadana en el procedimiento de reforma estatutaria. No solo se refirió a la intervención del ciudadano en la fase final de la reforma del Estatuto en forma de referéndum como se prevé en algunos Estatutos de Autonomía; sino a la posible introducción del ciudadano como legitimado en la iniciativa de la propuesta de reforma.

El catálogo de derechos como contenido del Estatuto de Autonomía, fue el tema elegido por la profesora Rosado Villaverde, quien abordó la cuestión del encaje constitucional de este nuevo contenido estatutario de los Estatutos de Autonomía de nueva generación.

No podía faltar en este seminario uno de los elementos que singularizan el mismo como son las mesas redondas. Una de ellas integrada por periodistas y profesionales de la comunicación y otra por los portavoces de los grupos parlamentarios de las Cortes de Castilla- La Mancha.

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.

3. ACTIVIDADES EN MATERIA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

3.1. V Edición título de Especialista en "Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución". Toledo, 1 a 18 de julio

El día 18 de julio de 2025 concluyó la séptima edición del Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución, que como en ocasiones anteriores se celebró a través de la plataforma de Microsoft Teams y en modalidad presencial en la Facultad de Ciencias Ju-

rídicas y Sociales de Toledo desde el día 1 de julio. Más de ciento cincuenta alumnos de una decena de nacionalidades recibieron la bienvenida a esta formación de alto nivel con la conferencia del profesor Luigi Ferrajoli, Catedrático emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad Roma III, titulada "Los límites del actual constitucionalismo. Por un constitucionalismo global."

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 Filosofía del Derecho y de Derecho Constitucional, Miguel Ángel Pacheco Rodríguez 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.

A título únicamente de ejemplo intervinieron en esta edición expertos en Filosofía del Derecho como Manuel Atienza, Juan Antonio García Amado, Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa; de Derecho Procesal como Nicolás González- Cuellar ; y en Derecho Constitucional como Roberto Blanco Valdés, de la Universidad de Santiago de Compostela; Gerardo Ruiz Rico de la Universidad de Jaén; Augusto Martín de la Vega, de la Universidad de Salamanca;; Sofía 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 Rómboli, 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 exmagistrados: Eloy Espinosa- Saldaña, del Tribunal Constitucional de Perú; Eduardo Espín Templado y Manuel Marchena Gómez del Tribunal Supremo de España; Enrique Arnaldo Alcubilla y Andrés Ollero del Tribunal Constitucional de España; Eduardo Ferrer Mac- Gregor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Heinrich Amadeus Wolff, del Tribunal Constitucional alemán.

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 tutela de los 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.

Como viene siendo una tradición no escrita, el tema de cierre de esta nueva edición de la especialidad fue "Control de convencionalidad versus control de europeidad", a cargo de Eduardo Ferrer Mac -Gregor, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

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
Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Cómo citar/Citation
GUERRERO SANZ, María Joaquina. "Actividad del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en materia constitucional y estatutaria", en Parlamento y Constitución. Anuario. Cortes de Castilla-La Mancha-UCLM, Nº27, 2026.

https://doi.org/10.71206/rapc.422

Enviado: 30-04-2026
Aceptado: 30-07-2026

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, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Dicha labor, en el año 2025, se ha dirigido a la emisión de once dictámenes, cinco de ellos sobre anteproyectos de ley, cuatro referidos a Convenios de colaboración con otras comunidades autónomas, y los dos restantes sobre la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad sobre leyes estatales. En cuatro de todos 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 dos grandes apartados, el primero de ellos sobre anteproyectos de Ley y el segundo, sobre Convenios de Colaboración. Cada uno de ellos se dividirá, a su vez, en otras tres partes, dedicadas a la finalidad del anteproyecto o convenio, consideraciones esenciales emitidas por el Consejo y, en su caso, nivel de atención que dichas observaciones hayan tenido en el texto normativo aprobado y publicado en el boletín oficial correspondiente.

Palabras clave: legislación básica, procedimiento de elaboración de la ley de presupuestos, técnica normativa, seguridad jurídica, impacto normativo, entidades deportivas, patrimonio público del suelo, régimen fiscal del juego, identificación biométrica, protección de datos, reproducción de normas esta-

tales, encomienda de gestión, silencio administrativo, emisión de informes, potestad de comprobación, unidad administrativa de apoyo, entidades colaboradoras, Estatuto Básico del Empleado Público, ejercicio de funciones públicas, competencias de las entidades locales, gestión de servicios públicos, administración digital, subvenciones públicas, patrimonio cultural, evaluación de impacto ambiental, competencia para la tramitación de procedimientos administrativos, convenio de colaboración.

Abstract: As every year, this report is aimed at describing the work of the Advisory Council of Castilla-La Mancha regarding the exercise of constitutional and statutory powers attributed by Article of Law 11/2003, of September 25, which regulates said body and the Government of our autonomous community. This work, in the year 2025, has been aimed at issuing eleven opinions, five of them on draft bills, four referring to Collaboration Agreements with other autonomous communities and the remaining two on the possibility of filing a constitutional challenge against state laws. In four of them, the Council made considerations of an essential nature, related to the subject at hand, which should be remembered as the most significant doctrine.

The scheme that is followed is structured in two main sections, the first of them on draft Bills and the second on Collaboration Agreements. Each of them will, in turn, be divided into three other parts, dedicated to the purpose of the draft or agreement, essential considerations issued by the Council and, where applicable, the level of attention that such observations have received in the regulatory text approved and published in the corresponding official bulletin.

Key words: basic legislation, procedure for drafting budget laws, regulatory technique, legal certainty, regulatory impact, sports entities, public land assets, gaming tax regime, biometric identification, data protection, reproduction of state regulations, management delegation, administrative silence, issuance of reports, verification authority, administrative support unit, collaborating entities, Basic Statute of the Public Employee, exercise of public functions, powers of local entities, management of public services, digital administration, public subsidies, cultural heritage, environmental impact assessment, competence for processing administrative procedures, collaboration agreement.

SUMARIO

1. ANTEPROYECTOS DE LEY

2. CONVENIOS DE COLABORACIÓN

En el año 2025 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 cinco dictámenes sobre anteproyectos de ley, cuatro sobre convenios de colaboración con otras comunidades autónomas y dos sobre la posibilidad de interposición de recurso de inconstitucionalidad frente a leyes estatales, asuntos que el Gobierno de la región ha sometido a la consideración de este órgano consultivo antes de su aprobación por las Cortes Regionales, en su caso.

Como viene siendo habitual, en la exposición que se realizará se recogerán las consideraciones de carácter esencial que se efectuaron en cuatro 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 dos grandes puntos, dedicados sucesivamente a anteproyectos de ley y convenios de colaboración, y cada uno de ellos, a su vez, dividido 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.

1. ANTEPROYECTOS DE LEY

1.1.- Dictamen número 7/2025, de 22 de enero, solicitado por la Consejería de Hacienda, Administraciones Públicas y Transformación Digital, sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha.

La memoria elaborada por la Secretaria General de Hacienda, Administraciones Públicas y Transformación Digital analizaba la conveniencia del anteproyecto, sus objetivos y posibles alternativas; su estructura y contenido efectuando un análisis jurídico del mismo con respecto a las normas afectadas; y los impactos del anteproyecto, con referencia a su adecuación al orden constitucional de competencias; sus efectos sobre la competencia, el ingreso y gasto presupuestario; impacto por razón de género; cargas administrativas e impacto en la infancia y adolescencia.

Tras el estudio pormenorizado del texto legal proyectado, el Consejo realizó al mismo las siguientes observaciones de carácter esencial:

Artículo 1. Modificación del Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha.- Este artículo tenía por objeto modificar dos de los preceptos del Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha.

La segunda de estas modificaciones afectaba al artículo 41 relativo a la documentación complementaria que debe acompañar al proyecto de Presupuesto Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Según los informes obrantes en el expediente, esta modificación "*aclara el momento, dentro de la fase de elaboración de estos, en que los diferentes análisis de impactos y el resto de documentación, han de ser aportados para acompasarlos adecuadamente al procedimiento de elaboración de la Ley de Presupuestos*". Esta explicación también figuraba en la exposición de motivo del anteproyecto, en los mismos términos.

Así, el párrafo primero del precepto proyectado expresaba que "*El proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Cas-*

tilla-La Mancha incorporará, tras su aprobación por el Consejo de Gobierno, en el momento de su elevación a las Cortes, la siguiente documentación complementaria", relacionando seguidamente una serie de informes, memorias y otros documentos informativos relacionados con los presupuestos.

Estimó el Consejo que "*no es posible avalar la pretensión de incorporar dicha documentación con posterioridad a la aprobación del proyecto de Ley por el Consejo de Gobierno, pues este acto pone fin a la fase de elaboración del presupuesto de la Comunidad Autónoma, facultad esta que compete en exclusiva al Consejo de Gobierno por establecerlo así el artículo 51 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Es decir, con la modificación proyectada todos los informes y documentos relacionados quedarían fuera de la fase de elaboración.*

La modificación pretendida colisiona igualmente con el artículo 35 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que regula el procedimiento de elaboración de los proyectos de ley y dispone que tales textos se elevan "junto con todas las actuaciones y antecedentes, a la consideración del Consejo de Gobierno". Este órgano decide a continuación sobre ulteriores trámites y consultas y "cumplidos éstos, acuerda su remisión al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha". Una vez emitido el dictamen del Consejo, "el Consejo de Gobierno acuerda la remisión del Proyecto a las Cortes de Castilla-La Mancha, acompañado del informe del Consejo Consultivo y de los antecedentes necesarios". Del citado precepto se desprende que la realización de los trámites y consultas y la incorporación de todas las actuaciones y antecedentes de un proyecto de ley debe efectuarse con anterioridad a su remisión al Consejo Consultivo y que tras la emisión del dictamen, el Consejo de Gobierno lo aprueba poniendo fin a la fase de elaboración y acuerda la remisión a las Cortes, sin que quepa incorporar nuevos informes y actuaciones posteriores. De este modo se da cumplimiento igualmente al artículo 40.3 de la citada norma que dispone que "Los asuntos dictaminados por el Consejo Consultivo no podrán ser remitidos para su informe a ningún otro órgano de la Comunidad Autónoma".

El planteamiento pretendido por la modificación propuesta supondría que los documentos e informes relacionados no se encontrarían integrados en el expediente del anteproyecto de ley de Presupuestos, lo cual resulta ilógico, pues tales informes sirven de antecedente y fundamento a la decisión del Con-

sejo de Gobierno, tal como define el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el expediente administrativo: "conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla". [] *La ausencia de tales antecedentes y actuaciones supondría que su contenido se sustraería al conocimiento del Consejero de Hacienda, órgano encargado elaborar y someter al acuerdo del Consejo de Gobierno el Anteproyecto de Ley de Presupuestos según determina el artículo 40.4 del TRLHCM; del Gabinete jurídico, órgano que debe informar con carácter preceptivo dicho anteproyecto, de este Consejo, cuyo dictamen es preceptivo y, en definitiva, del propio Consejo de Gobierno a quien corresponde elaborar y presentar a las Cortes el Proyecto de presupuestos, tal como se ha indicado antes, por mandato del artículo 51 del Estatuto de Autonomía.*

Mención especial merece la inclusión en esta documentación complementaria de una serie de informes que, en la modificación propuesta pasan a denominarse "memorias". El anteproyecto sometido a dictamen incluye entre esta documentación complementaria la siguiente: "i) Una memoria de impacto de género. [ ] j) Una memoria sobre alineamiento presupuestario de los objetivos de desarrollo sostenible contemplados en la Agenda 2030. [ ] k) Una memoria de impacto en la infancia y adolescencia. [ ] l) Una memoria de impacto demográfico".

La memoria obrante en el expediente justifica la incorporación de la documentación tras la aprobación del proyecto de ley por el Consejo de Gobierno, en que las Cortes de Castilla-La Mancha son las destinatarias exclusivas de los análisis de impacto de la norma presupuestaria sobre los diversos sectores afectados (igualdad de género, la infancia y la adolescencia o el despoblamiento). El Consejo no comparte esta afirmación pues las leyes sectoriales que regulan estas materias obligan al Consejo de Gobierno a dar cumplimiento a los mandatos legales en ellas contendidos en relación con la adopción de determinadas políticas encaminadas a fomentarlos o protegerlos. Al verse privado de tales análisis de impacto, como pretende la modificación proyectada, no podría verificarlos y, en consecuencia, garantizar su cumplimiento. En la misma medida, quedaría mermada la función de asesoramiento jurídico que corresponde al Gabinete Jurídico y a este Consejo.

Esta modificación es a su vez fundamento para la modificación en el propio anteproyecto sometido a dictamen de las leyes sectoriales que los exi-

gen, en concreto los artículos 6, 11 y 13, tienen por objeto las modificaciones de las leyes 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha, 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, y 7/2023, de 10 de marzo, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, respectivamente. Dada su íntima conexión, resulta conveniente efectuar el examen sobre su adecuación a derecho de forma conjunta con la modificación del TRLHCLM, sin perjuicio de poner de relieve las particularidades de cada uno de ello cuando sea necesario.

Se trata de informes que recogen el análisis transversal del citado proyecto de ley desde el punto de vista de la perspectiva de género, las políticas de la infancia, adolescencia y la familia, el alineamiento con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y el impacto demográfico.

La preceptividad de algunos de estos informes en los proyectos de ley viene exigida también en diversas normas estatales básicas y autonómicas, circunstancia que también afecta a su compatibilidad con la pretensión normativa sometida a dictamen.

En relación con el impacto de género, que la modificación propuesta sustituye "informe" por "memoria", su exigencia deriva del artículo 6.3 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha, que determina que "Todos los anteproyectos de ley, disposiciones de carácter general y planes que se sometan a la aprobación del Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha deberán incorporar un informe sobre impacto por razón de género que analice los posibles efectos negativos sobre las mujeres y los hombres y establezca medidas que desarrollen el principio de igualdad".

El anteproyecto de Ley sometido a dictamen incluye en su artículo 6 una modificación de este artículo a fin de evitar la contradicción, de modo que el apartado 3 del artículo 6 quedaría redactado indicando que dicho informe es preceptivo en "Todos los anteproyectos de ley, excepto el anteproyecto de ley de presupuestos". Igualmente, se modifica el artículo 9 de la citada Ley 12/2010, de 18 de noviembre, que en su redacción vigente también exige la elaboración del citado informe de género.

El Consejo de Gobierno es el órgano responsable de la elaboración del Presupuesto de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y la citada Ley 12/2010, de 18 de noviembre, determina que tales Presupuestos de la Comunidad Autónoma serán un elemento activo en la consecución de forma efectiva del objetivo de la igualdad de mujeres y hombres. Por ello no se comprende que se extraiga a su conocimiento tanto el informe de género como la memoria. Debe tenerse en cuenta que el gobierno regional viene obligado por normativa básica a integrar "de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades", según dispone el artículo 15 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Del mismo modo, la eliminación del análisis de la incidencia sobre la demografía y el despoblamiento en el expediente, privaría al Consejo de Gobierno del conocimiento necesario para el ejercicio de su competencia de impulsar la implementación de la perspectiva demográfica en la acción del gobierno autonómico, que le impone el artículo 6 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.

El anteproyecto sometido a dictamen, también contempla que una memoria sobre Impacto en la infancia, adolescencia y familia, se debe incorporar al proyecto de presupuestos tras la aprobación por el Consejo de Gobierno y antes de su remisión a Cortes. Simultáneamente el artículo 13 del anteproyecto incluye una modificación de la disposición adicional segunda de la Ley 7/2023, de 10 de marzo, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, a fin de excepcionar la preceptividad de dicho informe para el anteproyecto de ley de presupuestos.

Esta modificación colisiona con la obligación establecida con carácter básico en el artículo 22. Quinquies de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor que modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que los proyectos normativos cuenten con un análisis sobre la incidencia sobre la infancia y la adolescencia. Este artículo dispone con carácter básico que "Las memorias del análisis de impacto normativo que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamentos incluirán el impacto de la normativa en la infancia y en la

adolescencia". Como se aprecia claramente de la redacción del precepto básico, el análisis del impacto de la norma en la tramitación de la normativa en la infancia y en la adolescencia, debe obrar necesariamente en los expedientes de los anteproyectos de ley, sin que el de Presupuestos se encuentre excepcionado.

En consecuencia, esta observación se hace extensible al contenido de los artículos 6, 11 y 13 del anteproyecto de Ley, relativos a las modificaciones de las leyes 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha, 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, y 7/2023, de 10 de marzo, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, respectivamente".

Artículo 9. Modificación de la Ley 5/2015, de 26 de marzo, de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha.- La propuesta tenía por objeto añadir un apartado 4 al artículo 44 de la Ley 5/2015, de 26 de marzo, de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha, relativo al concepto, naturaleza y régimen jurídico de los clubes deportivos. El texto proyectado añadía a la regulación actual: "*Los clubes deportivos con domicilio en Castilla-La Mancha, que participen en competiciones oficiales de ámbito estatal, pueden ser reconocidos de utilidad pública, siempre que la consejería con competencias en materia de deportes incoe, a instancia de la parte interesada, el correspondiente expediente y emita un informe favorable a la declaración, y así lo acuerde el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en las condiciones legales y reglamentarias establecidas o que se puedan establecer*".

Dicho contenido tenía por objeto incorporar la posibilidad de declarar de utilidad pública a los clubes deportivos que participasen en competiciones oficiales de ámbito estatal. Estas entidades figuran definidas en el propio artículo 44, apartado 1, de la Ley 5/2015, de 26 de marzo, como asociaciones privadas sin ánimo de lucro y, por tanto, quedan sujetas al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, cuya disposición adicional primera prevé en su apartado 1 que "*Las asociaciones deportivas que cumplan lo dispuesto en el artículo 32 de esta Ley podrán ser declaradas de utilidad pública, sin perjuicio de lo establecido*

en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte". El apartado 3 del mismo artículo dispone que "*El procedimiento para la declaración de utilidad pública de las asociaciones a que se refieren los apartados anteriores, y los derechos y obligaciones de las mismas, serán los determinados en los artículos 33, 34 y 35 de la presente Ley Orgánica*". En relación con el procedimiento, el artículo 35 determina que "*se llevará a cabo en virtud de Orden del Ministro que se determine reglamentariamente, previo informe favorable de las Administraciones públicas competentes en razón de los fines estatutarios y actividades de la asociación, y, en todo caso, del Ministerio de Hacienda*".

El desarrollo reglamentario de la previsión anterior se llevó a cabo mediante el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre, sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública, que en concordancia con la ley objeto de desarrollo, regula el procedimiento de declaración de utilidad pública cuya resolución corresponde al Ministro de Interior mediante orden y que, en caso estimatorio ha de publicarse en el Boletín Oficial del Estado.

Considera el Consejo que "*A la vista de los preceptos anteriores, el texto propuesto no se ajusta a la normativa estatal de obligada observancia pues los requisitos para que una asociación pueda ser declarada de utilidad pública son los fijados en el artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, el procedimiento es el establecido en el citado Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre, y la declaración corresponde al Ministerio del Interior y no al Consejo de Gobierno de la Comunidad-Autónoma.*

Es cierto, como indica el informe del Director General de Juventud y Deportes obrante en el expediente, que algunas comunidades autónomas, como la andaluza, han incorporado a su legislación deportiva la posibilidad de declarar de utilidad pública a los clubes deportivos, pero ello se produce porque en su Estatuto de Autonomía, norma con rango de Ley Orgánica, han asumido expresamente tal competencia. Así, la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, atribuye en su artículo 72.1 a dicha Comunidad Autónoma "la competencia exclusiva en materia de deportes y de actividades de tiempo libre, que incluye […] la regulación y declaración de utilidad pública de entidades deportivas". En todo caso, debe advertirse que esta declaración no es equivalente a la declaración de utilidad pública regulada en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, sino que es de ámbito autonómico y no es incompatible con la declaración de utilidad pública estatal.

A diferencia de Andalucía, Castilla-La Mancha no dispone en su Estatuto de autonomía de esta facultad, pues únicamente le corresponde la función ejecutiva en materia de asociaciones (artículo 33.2).

Artículo 12. Modificación del Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.- Entre las modificaciones previstas en el texto examinado, se encontraba una nueva disposición adicional undécima, cuyo objeto era regular el denominado "*fondo del Patrimonio Público del Suelo de la Junta de Comunidades*" como "*instrumento presupuestario que centraliza los créditos del presupuesto de gastos que se destinarán al desarrollo del servicio público de intervención en el mercado del suelo y de la política de vivienda*", estableciendo, además, los recursos económicos "*líquidos*" que lo integran, su destino y el órgano competente a quien corresponde su gestión.

La redacción de esta disposición era idéntica a la ya propuesta en el texto del anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2025, por lo se reiteró la observación efectuada en el correspondiente dictamen de este Consejo n.º 200/2024, de 25 de septiembre, en el que se decía lo siguiente: "*En nuestro ordenamiento jurídico, el patrimonio público del suelo, como patrimonio independiente, separado del restante patrimonio de la administración titular, encuentra su regulación en los artículos 51 y 52 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, del Suelo (de obligada observancia para la Comunidad Autónoma) y en la sección 1ª, del capítulo III, del texto refundido de la LOTAU, cuyos artículos 76 a 79, prevén su constitución, los bienes, recursos y derechos integrantes del mismo y su destino, por lo que cualquier modificación de esta materia, en aras al principio de seguridad jurídica, deberá efectuarse en su legislación específica y en los propios artículos del citado texto refundido. En especial, no puede derivarse a una disposición adicional un régimen jurídico del "Fondo del Patrimonio Público del Suelo" diferente del establecido en los preceptos citados, pues los patrimonios públicos del suelo están integrados, no sólo por los bienes, sino también por "los recursos y derechos", según dispone con carácter básico el artículo 51.1 del citado texto refundido de la Ley del Suelo. […]*".

En cuanto a la disposición, expresó el dictamen emitido que "*su contenido constituye una reproducción parcial o incompleta de la regulación con-*

tenida en los artículos 76 a 79 de la misma norma, que ya determinan de forma expresa qué recursos integran el patrimonio público de suelo y su destino, por lo que la disposición planteada generaría problemas interpretativos y de seguridad jurídica con dichos preceptos.

Así, el apartado 2 de la disposición analizada detalla los recursos económicos líquidos que se integrarán en dicho fondo, reproduciendo el contenido de determinados apartados de los artículos 76 y 77 de la misma norma.

En particular, entre los recursos que integrarán el fondo, se incluyen en la letra a) del apartado 2, "Los ingresos obtenidos mediante enajenación de terrenos incluidos en el Patrimonio Público del Suelo de la Junta de Comunidades, o sustitución por su equivalente económico de la cesión relativa a la parte de aprovechamiento urbanístico perteneciente a la Administración regional". No obstante, no contempla la disposición que, de conformidad con el artículo 76.2 de la misma norma, esos ingresos "deberán aplicarse a la conservación y ampliación de dichos patrimonios", omisión que genera una discordancia con la propia norma.

Por su parte, establece el apartado 3 de la disposición, que el destino de los recursos financieros del fondo "será cualquiera de los previstos en el artículo 79 que sean adecuados a su naturaleza líquida". En este supuesto, se transcribe parcialmente el segundo párrafo del artículo 76.5, omitiendo, sin embargo, la preferencia prevista en el inciso final del precepto reproducido, que establece que "El destino de los bienes del patrimonio público de suelo de la Junta de Comunidades será cualquiera de los establecidos en el artículo 79 de esta ley, siendo preferentes tanto los referidos a políticas de vivienda como a medidas para el desarrollo y la lucha contra la despoblación en pequeños municipios de carácter rural de nuestra Región".

Se produce, por tanto, una discordancia entre la nueva disposición y los preceptos ya existentes que se mantienen vigentes, que vulnera el principio de seguridad jurídica y que exige una reformulación de la regulación proyectada. Como ya señaló este Consejo en el citado dictamen n.º 200/2024, de 25 de septiembre, "no puede derivarse a una disposición adicional un régimen jurídico del "Fondo del Patrimonio Público del Suelo" diferente del establecido en los preceptos citados", por lo que la previsión normativa de este fondo debiera realizarse en el artículo 76 de la norma, que establece en su primer pá-

rrafo que "El patrimonio público de suelo de la Junta de Comunidades se regirá por las disposiciones del presente Capítulo sin perjuicio de las especialidades propias de su normativa específica y estará adscrito a la consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística".

Debe recordarse que, por virtud del mencionado principio de seguridad jurídica consagrado por el artículo 9.3 de la Constitución Española, es obligado para los poderes públicos que tanto la producción del Derecho como su aplicación estén presididas y caracterizadas por los criterios de certeza y previsibilidad. Certeza sobre su identificación y contenido, y previsibilidad de las consecuencias jurídicas anudadas a su aplicación.

Según la sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990, de 15 de marzo: "La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas […]. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas".

Con base en los anteriores argumentos, razones de seguridad jurídica y buena técnica legislativa obligan a formular esta observación con el carácter de esencial, por los motivos ya expuestos, que demanda la supresión de la disposición analizada, a fin incorporar la regulación del fondo del patrimonio público de suelo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en el artículo 76 del TRLOTAU.

Artículo 15. Modificación de la Ley 5/2021, de 23 de julio, del Régimen Administrativo y Fiscal del Juego en Castilla-La Mancha.- Introducía este precepto una nueva redacción del artículo 21 de la citada Ley, relativo al control de admisión de visitantes en los casinos de juego, establecimientos de juego y zonas de apuestas, que tenía por objeto, según se indicaba en la memoria emitida por la Dirección General de Tributos y Ordenación del juego "*la necesidad de adaptar los actuales controles de acceso de dichos locales a los nuevos cri-*

terios de la Agencia de Protección de Datos sobre la recopilación y tratamiento de datos biométricos, recogidos en la Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos (noviembre 2023)".

Señaló el Consejo que "*siendo esta la finalidad de la modificación propuesta, es preciso señalar, en primer lugar, que la mencionada guía no tiene carácter normativo, por lo que, sin perjuicio de que los criterios de la misma puedan servir de base para la nueva regulación, su contenido deberá garantizar el cumplimiento de la normativa europea y estatal en materia de protección de datos. Sin perjuicio de ello, se aprecia que la extensa y confusa redacción del precepto impide determinar el conocimiento y compresión del marco regulatorio pretendido y su conformidad con la citada normativa.*

Con carácter general, sobre la introducción en este artículo de los datos biométricos para la autenticación y verificación de los visitantes entre los medios técnicos de control de admisión, procede recordar, como ya hizo este Consejo en el dictamen n.º 445/2021, de 22 de diciembre, en relación con el proyecto de Decreto del régimen administrativo del juego en Castilla-La Mancha, que el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) -en adelante, RGPD-, considera este tipo de datos dentro de las "categorías especiales" cuya regla general es la prohibición de su tratamiento, al disponer su apartado 1 lo siguiente: "Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales 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 las orientación sexuales de una persona física".

La especial protección que otorga el artículo 9 del RGPD a las categorías especiales de datos personales, entre las que se incluyen los datos biométricos, deriva del impacto que su tratamiento puede tener en los derechos fundamentales y libertades de las personas, por lo que únicamente se excepciona la anterior prohibición de tratamiento de los datos de categoría especial, cuando concurra alguna de las circunstancias que se especifican en el apar-

tado 2, entre las que se encuentra, en la letra g) que "el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado". Ello implica, que la redacción del artículo deberá contemplar de manera expresa qué circunstancia de las previstas en el artículo 9.2 legitima el levantamiento de la prohibición de su tratamiento.

Por otro lado, el artículo 35.7 del RGPD exige que el responsable del tratamiento realice una evaluación del impacto relativa a la protección de datos que, entre otras cuestiones, incluya la necesidad y la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento con respecto a su finalidad -letra b)- y una evaluación de los riesgos para los derechos y libertades de los interesados a que se refiere el apartado 1 -letra c)-. La obligatoriedad de dicha evaluación encuentra su excepción en el apartado 10 del RGPD, que dispone que "Cuando el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letras c) o e), tenga su base jurídica en el Derecho de la Unión o en el Derecho del Estado miembro que se aplique al responsable del tratamiento, tal Derecho regule la operación específica de tratamiento o conjunto de operaciones en cuestión, y ya se haya realizado una evaluación de impacto relativa a la protección de datos como parte de una evaluación de impacto general en el contexto de la adopción de dicha base jurídica, los apartados 1 a 7 no serán de aplicación excepto si los Estados miembros consideran necesario proceder a dicha evaluación previa a las actividades de tratamiento".

En el presente caso, en la documentación que conforma el expediente no se ha encontrado ninguna evaluación de impacto general relativa a la protección de datos, ni se contempla la obligación de los responsables del tratamiento de realizar esta evaluación en los términos señalados en el artículo 35.3 del RGPD. En consecuencia, con el fin de garantizar el cumplimiento del mencionado precepto, deberá exigirse a los responsables de los tratamientos de datos biométricos la evaluación de impacto con carácter previo a su implantación.

Por otro lado, se observa que la redacción propuesta en el apartado 2 no permite determinar si la implantación del sistema de identificación biométrica es obligatoria para las empresas y establecimientos de juego, o bien vo-

luntaria, circunstancia que deberá ser precisada a fin de no generar inseguridad jurídica en las empresas destinatarias.

El apartado 3 prevé en su redacción final que "Estos datos tendrán carácter reservado y se conservarán durante seis meses, debiendo cumplir en todo momento la legislación sobre tratamiento de datos de carácter personal". La previsión únicamente se refiere a los datos indicados en las letras a), b) y c), sin que se establezca un plazo de conservación para el supuesto de los datos biométricos.

El apartado 7, atribuye un carácter opcional a las personas usuarias para la utilización de este sistema de acceso a través de datos biométricos señalando que "[…] las personas usuarias podrán optar por un sistema de acceso basado en la verificación de su identidad a través de datos biométricos que en ningún momento serán compartidos con un tercero […]. El hecho de optar por este sistema supondrá el consentimiento expreso por parte de la persona usuaria".

Sobre el consentimiento de las personas usuarias para optar por el sistema biométrico de identificación, entiende este Consejo que, para dar cumplimiento al RGPD, dicho consentimiento debe ser libre, específico, informado e inequívoco. Así lo especifican los criterios fijados en la Guía de la Agencia de Protección de Datos, señalando, también a este respecto que "Entre otros, el responsable del tratamiento debe establecer un método alternativo para poder realizar el control de acceso, sin tener ninguna consecuencia para la persona que no quiera utilizar el control de acceso mediante un tratamiento de datos biométricos".

En consecuencia, con la finalidad de garantizar la protección de los intereses y derechos fundamentales de las personas usuarias, se debe introducir esta aclaración en el apartado, mediante una redacción igual o similar a la siguiente: "Las empresas titulares de los establecimientos de juego que implanten sistemas de identificación biométrica deberán respetar el derecho de las personas usuarias a decidir que su identificación y registro se realice a través de la exhibición de un documento de identidad válido". En similares términos se prevé en la normativa de otras comunidades autónomas, como en la Ley 3/2022, de 29 de marzo, reguladora del juego y las apuestas de La Rioja y de la prevención del juego problemático y patológico, o la disposición adi-

cional segunda del Decreto-ley 1/2024, de 28 de mayo, de ayudas extraordinarias al sector del viñedo de secano y a las Agrupaciones Técnicas de Sanidad Vegetal por asesoramiento técnico en materia de sanidad vegetal y de medidas en materia de juego, simplificación administrativa, cooperativas, tasas y precios de Extremadura".

Las observaciones esenciales formuladas en el dictamen fueron acogidas en el texto aprobado en Cortes mediante la Ley 2/2025, de 11 de abril, de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha, publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha (DOCM) número 73, de 15 de abril de 2025.

1.2. Dictamen 62/2025, de 20 de marzo, sobre Anteproyecto de Ley de Simplificación, Agilización y Digitalización Administrativa de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

En la Memoria justificativa suscrita por la Directora General de Coordinación el 26 de septiembre de 2024 se ponía de manifiesto la necesidad de llevar a cabo un proceso de simplificación administrativa profundo y complejo, que integrara los nuevos modelos de Administración digital y las posibilidades que ofrece la tecnología para mejorar la prestación de los servicios públicos. Para ello, se proponía regular nuevas vías de racionalización y simplificación de las actuaciones y procedimientos administrativos, reduciendo los plazos, la documentación a presentar y los trámites innecesarios o redundantes; la sustitución progresiva de las autorizaciones y licencias por declaraciones responsables y comunicaciones; la regulación de la figura de las entidades colaboradoras, como herramienta de agilización de los procedimientos; impulsar la utilización de la tecnología en la Administración; y, establecer una regulación avanzada y transparente en materia de inteligencia artificial, gobierno del dato y espacio ciudadano.

Las observaciones esenciales efectuadas por el órgano consultivo al texto proyectado se estructuraban en el dictamen dos bloques diferenciados que se pasan a exponer:

A) Observaciones de carácter general.-

1. Reproducción de preceptos de la normativa básica.- Este primer bloque de observaciones se refería a aquéllas cuya esencialidad derivaría de lo

que se percibe como una constante en su redacción, consistente en la incorrecta técnica normativa empleada, al reproducir preceptos de las leyes estatales declaradas básicas, técnica que se cuestiona por el margen de inseguridad y error que introduce, el cual se incrementa en casos como el presente en que se reproduce parcialmente la norma alterando su redacción. Esta técnica de la reiteración de normas estatales ha venido siendo cuestionada por el Consejo consultivo, así en el dictamen 16/2007, de 25 de enero, se hacía cita de lo afirmado en el anterior 1/1999, de 12 de enero, relativo al anteproyecto de Ley de Conservación de la Naturaleza y Evaluación del Impacto Ambiental, texto que acudía reiteradamente a la reproducción de legislación básica estatal, y en el que se señalaba: "*En su dictamen número 31/1997, de 13 de mayo, este Consejo afirmaba a propósito de esta cuestión que "*[...] *el Tribunal Constitucional, se ha manifestado en reiteradas ocasiones (...) contrario a dicha técnica legislativa, a la que califica de peligrosa por estar abierta a potenciales inconstitucionalidades que se producirían cuando el precepto básico reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose la norma autonómica que lo reproducía (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 162/1996)*". Sin hacer cuestión de esta doctrina, el Consejo estima en el caso de aquel dictamen que "*dadas las particularidades de la normativa básica en la materia objeto del mismo podía estar justificada esa técnica en beneficio de la comprensión de la norma autonómica; lo cual no impidió al Consejo advertir que "seguida esa opción, la reproducción ha de ser rigurosa con el contenido de la norma estatal y que si bien no cabe exigir, a este respecto, una transcripción literal de ésta, sí es preciso que la norma autonómica incluya todos los aspectos que, sobre la materia, hayan sido declarados básicos; de otra forma si la reproducción es parcial, podría interpretarse que los aspectos de la regulación estatal no recogidos se excepcionan de su aplicación a la Comunidad Autónoma, incurriendo así en un evidente vicio de inconstitucionalidad"*.

Se añade que "*más recientemente el Consejo de Estado en su dictamen número 73/2022, de 24 de marzo, que tiene por objeto el anteproyecto de Ley de Racionalización y Simplificación Administrativa de Extremadura, respecto a la técnica normativa de reproducción de normas estatales en normas autonómica, ha tenido ocasión de manifestarse sobre este punto expresando que, "Una consecuencia de la existencia de la legislación básica en la materia [...] es el hecho de que su extensión deja márgenes estrechos a la capacidad normativa autonómica en algunos ámbitos. Esta circunstancia conduce en oca-*

siones a las comunidades autónomas a incurrir en una técnica normativa poco adecuada, y de la que en ocasiones adolece el anteproyecto, como es la de operar una reproducción de la ley estatal.

El Tribunal Constitucional ya ha advertido en diversas ocasiones (SSTC 341/1993, 164/1995, 162/1996, 150/1998, 172/2013 y 59/2016, entre otras), sobre los riesgos potenciales de esta práctica de reproducción de normas estatales por leyes autonómicas (leges repetitae), técnica que aunque no es ilegítima cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la comunidad autónoma, como aquí ocurre, sí resulta "peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades" (STC 341/2005, F.J. 9). En este sentido, para la admisibilidad de la lex repetita, el Tribunal Constitucional exige dar satisfacción a dos condiciones (STC 51/2019): que la reproducción de las bases estatales "tenga como finalidad hacer más comprensible el desarrollo normativo que realiza la comunidad autónoma en ejercicio de sus competencias propias"; y que "la reproducción de la normativa básica sea fiel y no incurra en alteraciones más o menos subrepticias de la misma"".

De acuerdo con la citada doctrina del Tribunal Constitucional y con el fin de evitar incurrir en infracción de la legislación básica dictada por el Estado, se formularon a continuación con el mencionado carácter esencial las siguientes observaciones al anteproyecto:

Artículo 10. Encomiendas de gestión.- Entendió el Consejo que "*Se manifiestan en este precepto los inconvenientes que surgen por la utilización de la técnica normativa de reproducción de norma básica anteriormente aludida. Concretamente, el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.*

Del apartado 1 no se deduce, como es básico a la vista de la norma estatal, que la encomienda sólo puede hacerse a un organismo administrativo o entidad de derecho público perteneciente a la misma o distinta Administración. Respecto a los motivos que justifican esta forma de ejercicio de la competencia, se añaden razones de "necesidad" o "interés público", supuestos éstos no recogidos en la norma estatal básica, que los circunscribe a razones de "eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño". Tampoco se excluye en la norma proyectada la exigencia establecida

en la norma estatal, acerca de que las encomiendas de gestión no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos públicos.

Además, debería quedar perfectamente determinado en la norma, en el apartado 2, la exigencia recogida en el artículo 11.2 de la norma estatal acerca de que la encomienda de gestión "no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda".

También debe recoger que, "en todo caso, la Entidad u órgano encomendado tendrá la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal a los que pudiera tener acceso en ejecución de la encomienda de gestión, siéndole de aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal".

Como ya se ha recogido anteriormente, y tal como sostiene el Consejo de Estado, la omisión de contenido de los preceptos básicos a la hora de transcribirlo podría interpretarse de forma que los aspectos de la regulación estatal no recogidos se excepcionan de su aplicación a la Comunidad Autónoma, incurriendo así en un evidente vicio de inconstitucionalidad.

Finalmente, en cuanto a las formalidades reguladas en el apartado 2, procede indicar que, el artículo 11.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, faculta a cada Administración para regular los requisitos necesarios para la validez de los acuerdos en que se formalice la encomienda de gestión, cuando ésta se realice entre órganos administrativos o Entidades de Derecho Público pertenecientes a la misma Administración. La redacción de este artículo del anteproyecto no precisa dicho extremo, por lo que se sugiere concretar que las exigencias recogidas en el apartado 2 resultan de aplicación a las encomiendas de gestión realizadas entre órganos administrativos o entidades de Derecho Público perteneciente a la Administración regional".

Artículo 12. Efectos del silencio administrativo en procedimientos de competencia regional iniciados a solicitud de la persona interesada.- Este precepto reproducía la norma básica estatal reguladora del silencio administrativo, concretamente el artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedi-

miento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. No obstante, se realizaba una separación sustantiva, transcripción parcial e incompleta de lo establecido en la norma básica. Así, en el apartado 3, párrafo segundo, se omitió la parte de la regulación básica referida a los efectos del doble silencio que se recogen en un artículo distinto (artículo 13), esto es, "*No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado*".

Expresó el dictamen que, en este caso, "*atendiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, el artículo 12 efectúa una reproducción de la norma estatal básica que no queda justifica en la necesidad de mejorar la compresión del desarrollo normativo y, además, se realiza de manera parcial e incompleta, omitiendo criterios previstos en la norma básica que alteran el régimen jurídico del silencio administrativo. Por tanto, considerando que, únicamente, el apartado 7 establece un mandato dirigido a los distintos órganos que integran la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la revisión del sentido del silencio, se sugiere que sea éste el único apartado del artículo 12 eliminando los restantes.*

De forma más precisa y para el caso de que no se atendiera la anterior sugerencia, debemos advertir que la incorrecta transcripción que en el artículo 12.1 del anteproyecto se hace del artículo 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, implica una alteración sustancial de la norma estatal básica ya que, el régimen de excepciones a la regla general se referencia no en relación al silencio positivo sino a la necesidad de dictar resolución expresa".

Artículo 13. Efectos del silencio administrativo en recursos de alzada interpuestos contra procedimientos de competencia regional.- Con fundamento en lo anteriormente expuesto en relación al artículo 12, el Consejo propuso la supresión de este precepto, cuyo contenido debió ser recogido como un apartado del citado artículo.

Artículo 14. Falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio.- Además de lo mencionado en el apartado anterior, en el dictamen se advierte especialmente que "*el apartado 1.b) del precepto transcribe de forma*

parcial el artículo 25.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, ya que, cuando establece que en los procedimientos en que la Administración ejerce potestades sancionadoras o, en general, de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad, se omite, tal vez por considerar que es suficiente con la mención al instituto de la caducidad, que la resolución que así lo declararé tendrá que acordar el archivo de las actuaciones con los efectos previstos en el artículo 95".

Artículo 15. Plazos de resolución y notificación de procedimientos.- Además de reproducir la observación general que advertía de los peligros de la transcripción de normativa básica, añade el Consejo que "*tales peligros se concretan nuevamente, si atendemos al apartado 2 del precepto en el que se establece que: "Excepcionalmente, podrá establecerse de forma motivada un plazo superior, siempre que se encuentre motivado en razones imperiosas de interés general".*

Este Consejo no termina de comprender el contenido y alcance de la norma. El apartado 1 de la norma, en correlación con la norma básica estatal establece un principio general según el cual el plazo será el establecido en la norma procedimental, sin que pueda exceder de seis meses a salvo de previsión por norma con rango de ley o previsión en norma de Derecho de la Unión Europea. Esta norma, ya recoge de forma imperativa las únicas excepciones al plazo máximo.

En primer lugar, el apartado 2, cuando establece que excepcionalmente podrá establecer de forma motivada un plazo superior, no aclara si lo será sólo mediante ley u otro tipo de norma o en el seno de una actuación administrativa. Sea como fuere, ambas posibilidades quebrantarían la norma estatal básica en la materia.

En cuanto al apartado 3 del precepto, parece interpretarse que la norma prevé reducir el plazo máximo imperativo del apartado 1 en el ámbito autonómico a la mitad, 3 meses, al no establecer en la norma básica plazo mínimo. Pero si ello es así, no se entiende el contenido del apartado 1 de la norma, que parece contradecir el apartado 3, sin que podamos concluir de forma terminante y clara si el plazo máximo posible es de 3 o de 6 meses y si el régimen de excepción que se regula en el apartado 2 afecta al plazo máximo recogido en el apartado 1 o en el apartado 3.

Por último, a la vista de los términos en que está redactado ese apartado 3, teniendo en cuenta el aforismo jurídico "lex posterior derogat priori", recogido expresamente en el ordenamiento jurídico por el artículo 2 del Código Civil, entendida como regla que se utiliza para resolver conflictos entre normas jurídicas de diferentes momentos en el tiempo, determina que la ley más reciente tiene prioridad y deroga a la anterior en los aspectos en que ambas se contradicen. En este caso, la amplitud con la que se establece la regla de tres meses de duración de los procedimientos "en todos" -dejando de lado las contradicciones que se aprecian entre el apartado 1 y el 3)- permite entender que los plazos de resolución establecidos en normas con rango de ley anteriores y que resulten superiores a tres meses quedan derogados, resultándoles de aplicación la regla contenida en este artículo de tres meses. Por lo que, si el fin perseguido con esta norma no resulta acorde con la interpretación expuesta, se propone clarificar la redacción estableciendo excepciones a la regla general, aludiendo, para ello, a los plazos establecidos en norma con rango legal en materias sectoriales o, en todo caso, que quede determinado de forma clara y precisa, si es lo que se pretende, la reducción que se quiere del plazo máximo de resolución en el ámbito autonómico, evitando la evidente y flagrante infracción al principio de seguridad jurídica que pone de manifiesto el precepto en cuestión".

Artículo 16. Plazo de emisión de informes.- La fundamentación jurídica anteriormente expuesta respecto a la reproducción de norma básica en leyes autonómicas se consideró también de aplicación al artículo 16, ya que éste reproducía parcialmente la norma básica contenida en el artículo 80 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

El precepto establecía como plazo máximo para la emisión de informes y dictámenes el de 10 días, regla que se excepciona sólo por el establecimiento de un plazo mayor o menor en normativa estatal básica o de la Unión Europea. Asimismo, preveía que, excepcionalmente, "*por ley podrá también establecerse un plazo superior por razones imperiosas de interés general*". La norma básica estatal, en el artículo 80.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, rebaja notablemente la excepción cuando establece que el plazo de 10 días puede verse alterado por una "*disposición*", sin más. Por ello, entiende el Consejo "*improcedente alterar la norma básica llevando la limitación que recoge más allá en el ámbito autonómico.*

En todo caso, aun cuando no se aceptara la anterior observación, tampoco se entiende que la limitación del anteproyecto establezca la posibilidad

de ampliación o disminución del plazo por norma básica estatal y olvide las normas autonómicas, como puede ser el artículo 51 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que regula el régimen especial que resulta de aplicación a la emisión de dictámenes por este Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y que, atendiendo a la naturaleza del anteproyecto de ley sometido a consulta, no es posible su modificación debido a la mayoría cualificada de tres quintos de los miembros del Pleno de las Cortes de Castilla-La Mancha requerida para la modificación de la referida Ley del Gobierno y del Consejo Consultivo.

Por todo ello, se propone la supresión del artículo 16".

Artículo 20. Potestad de comprobación de la Administración Regional.- El apartado 1 de este artículo no transcribía de forma fiel la norma estatal básica, recogida en el artículo 69.1 segundo párrafo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. La norma autonómica recogía la posibilidad de que la Administración solicitase, en cualquier momento, que se aportase la documentación exigible, además sin establecer el deber de entrega de esa documentación. La norma estatal dispone, por su parte, la facultad de la Administración de requerir en cualquier momento la aportación de la documentación acreditativa de los requisitos y el correlativo deber de aportación para el interesado. Estimó el Consejo que "*Debido a que jurídicamente no es lo mismo solicitar que requerir, debe respetarse el sentido de la norma estatal*".

El apartado 3 del precepto autonómico, cuando regulaba los efectos de la no presentación de documentos que le fueran requeridos al interesado, preveía a los efectos de falta de presentación de la declaración responsable o documentación que la acompañaba, omitiendo la falta de presentación de la comunicación, extremo que sí prevé el artículo 69.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. En el dictamen se señaló que "*Pese a que entendemos que se está ante una transcripción de la norma básica defectuosa, se debe advertir que tal omisión tendría unos efectos liberatorios para quien omite su obligación de presentación de una comunicación, amparándose en la falta de efectos legalmente previstos ante ese hecho. Nuevamente, se insiste en la importancia de transcribir la norma básica de una forma fiel*".

B) Observaciones esenciales específicas.- En este grupo se destacaban los preceptos concretos del articulado que suponían una transgresión de normativa básica estatal o que atentaban contra la seguridad jurídica.

Artículo 11. Unidades Administrativas de apoyo.- En este artículo se facultaba a la Administración para decidir acerca de la creación de unidades administrativas de apoyo en los servicios centrales o en las delegaciones provinciales, que eran calificadas de provisionales, aunque se recogía la posibilidad de su conversión a unidades definitivas, cuando concurrieran razones de urgencia o necesidad con el fin de mejorar la prestación del servicio.

En el apartado 3 se indicaba que la conversión en definitiva de las unidades administrativas se llevará a cabo "*con independencia de las modificaciones en la relación de puestos de trabajo que resultaren necesarias*".

Fundamenta el Órgano Consultivo que "*Tal y como expresa el artículo 21 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, la estructuración del empleo público parte de la definición del puesto de trabajo como unidad orgánica básica constituida por el conjunto de funciones que deben ser ejercidas por los empleados y las empleadas mediante la realización de las tareas correspondientes. Por ello, resulta determinante en la creación de las referidas unidades administrativas de apoyo provisionales la dotación a las mismas de puestos de trabajo, que se llevará a cabo mediante la tramitación de la correspondiente modificación de las Relaciones de Puestos de Trabajo, salvo que la dotación de personal se realice mediante la ejecución de un programa de carácter temporal previsto en el artículo 8.1.c) de la referida Ley.*

En consecuencia, la conversión de las unidades administrativas provisionales en definitivas se efectuará mediante la modificación de las Relaciones de Puestos de Trabajo y no con "independencia". Igualmente, cabe advertir que en el apartado 2, donde se alude a la constitución de las unidades provisionales no se mencionan los procedimientos de dotación de los puestos de trabajo y su forma de provisión, por lo que resultará de aplicación lo establecido en la Ley 4/2011, de 10 de marzo. Por tanto, hacer referencia en el apartado 3 a las relaciones de puestos de trabajo, induce a confusión sobre la posible abstracción a dicho instrumento de ordenación en la creación de las unidades provisionales, por lo que se propone suprimir la referida cita".

Asimismo, en el apartado 3, se establecía que la transformación de las unidades administrativas provisionales a definitivas exigía "*previo informe de la persona titular de la consejería a la que estuvieren adscritas*", disponiendo

el apartado 1 que las unidades provisionales se encontrarían adscritas al órgano con competencia en materia de coordinación, considerando el Consejo al respecto que "*si ambas referencias pretenden referirse al mismo órgano se sugiere utilizar idéntica terminología con el fin de evitar confusiones, y si, por el contrario, se pretende que el informe sea emitido por la persona titular de la consejería donde se presta temporalmente el servicio de apoyo, procede la sustitución de la referencia a que "estuvieren adscritas" por no resultar correcta*".

Se concluye seguidamente que "*lo cierto es que la regulación que el precepto hace de las denominadas unidades administrativas de apoyo, es bastante confusa. El título del precepto las denominada Unidades Administrativas de Apoyo, al igual que el apartado 1 del precepto, cuando las define. La confusión nace cuando en el apartado 2 y 3 de la norma se añade el adjetivo de "provisionales", desvirtuando así lo que se podía entender del apartado 1.*

Por ello, si lo que se pretende es crear unas nuevas unidades administrativas en cada una de las delegaciones provinciales y en los servicios centrales, que presten servicio de apoyo temporalmente a otras unidades administrativas, no se está ante una unidad provisional, sino ante una unidad administrativa que tiene como objeto ese apoyo temporal a otras unidades, según las necesidades de servicio que vayan apareciendo. En cuyo caso parece que lo adecuado será crear esas unidades mediante las modificaciones necesarias en la Relación de Puestos de Trabajo y la provisión de los puestos se llevará a cabo mediante los procedimientos y condiciones establecidos en la Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla-La Mancha.

Entiende este Consejo que se debería aclarar la finalidad perseguida y la regulación o base jurídica para la creación de las mencionadas unidades, nuevamente en aplicación del más elemental principio de seguridad jurídica".

Título IV. Entidades Colaboradoras de la Administración regional.- Este título introducía en los artículos 21 a 35 la regulación de las entidades colaboradoras de la Administración regional, figura que ha sido regulada en los últimos años por varias comunidades autónomas como medida de simplificación y agilización de determinados procedimientos administrativos.

La regulación de las entidades colaboradoras contenida en el anteproyecto de Ley pretendía seguir esta tendencia legislativa autonómica, si bien

considera el Consejo que "*adolece de una gran indefinición a la hora de fijar las funciones que podrán ejercer estas entidades privadas y los ámbitos de actuación, que, a juicio de este Consejo, requiere replantear su redacción, a fin de eludir potenciales problemas interpretativos o de seguridad jurídica, según se observa a continuación.*

El artículo 21.1 establece un concepto descriptivo y genérico de las entidades colaboradoras, quedando definidas como "la persona jurídica que, debidamente autorizada de acuerdo con los requisitos y el procedimiento previstos en esta ley, e inscrita en el Registro General de Entidades Colaboradoras de Castilla-La Mancha, realice funciones de comprobación, informe y certificación sobre los ámbitos de actuación previstos en esta ley y en la legislación sectorial, en calidad de entidad técnica especializada".

Así, se establecen como funciones generales que podrán realizar las entidades colaboradoras las de "comprobación, informe y certificación" sobre "los ámbitos de actuación previstos en esta ley y en la legislación sectorial" en calidad de "entidad técnica especializada". Por su parte, el artículo 22.1 enumera las materias competencia de la Administración regional sobre las que podrán ejercer las mencionadas funciones, dejando abierto dicho ámbito de actuación en su apartado l) a "Cualquier otra materia competencia de la Administración regional, cuando se regule en la correspondiente normativa sectorial".

A la vista de la generalidad de las funciones y de la amplitud con la que quedan regulados los ámbitos de actuación en los que podrán participar las entidades colaboradoras de la Administración regional, procede recordar lo previsto en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) que, tras señalar en su artículo 8.1 que "Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales", dispone en el artículo 9.2 que "En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca".

En similares términos se pronuncia la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha en el artículo 6.1 que: "El ejercicio de las funciones, incluidas las directivas, que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales corresponden en exclusiva al personal funcionario". Añade la norma autonómica en el artículo 6.2 que "Son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales las siguientes: [ ] a) La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos. [ ] b) La inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas. [ ] c) La emanación de órdenes de policía. [ ] d) El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria. [ ] e) La contabilidad. [ ] f) Las de tesorería. [ ] g) La fe pública. [ ] h) La recaudación. [ ] i) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos. [ ] j) El asesoramiento legal preceptivo. [ ] A los efectos de lo previsto en el presente apartado y salvo supuestos excepcionales, se considerará que las funciones instrumentales, auxiliares o de apoyo no participan en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales".

Es indispensable, además, referirnos nuevamente a la jurisprudencia relativa a la reserva de tramitación de expedientes administrativos a funcionarios públicos y la limitación de las actividades que pueden ser realizadas por terceros ajenos a la organización administrativa. A este respecto, la citada sentencia del Tribunal Supremo 1160/2020, de 14 de septiembre, añade en su fundamento jurídico segundo a lo expuesto anteriormente lo siguiente: "[...] la actividad administrativa ha de realizarse mediante el procedimiento establecido y este ha de tramitarse por las unidades administrativas del órgano que tenga asignada la competencia, pero como quiera que, por su propia naturaleza, requieren la integración de personas físicas que desarrollen esa actividad, esa exigencia personal se vincula a los funcionarios públicos que, como se declara en el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de enero (también el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007), son "quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales". Y de manera específica dispone el artículo 9 en su párrafo segundo, que preceptivamente "el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades

públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca". […]". De lo expuesto hemos de concluir que en la medida que los procedimientos administrativos son los medios a través de los cuales las Administraciones Públicas desarrollan su actividad pública y ejercen sus potestades, y estas han de realizarse preceptivamente por funcionarios públicos, cabe concluir que los procedimientos administrativos han de tramitarse por funcionarios público, lo cual constituye la regla básica en materia de tramitación de procedimientos administrativos. [ ] Como complemento de la regla anterior y como ya antes se dijo, incluso dentro del entramado orgánico que se constituye en el seno de las Administraciones, el concreto ejercicio de una determinada actividad ha de desarrollarse de manera concreta por el órgano que tenga atribuida la competencia, por el que la tenga asignada como propia, conforme a lo que se declara en el artículo 8 de la vigente Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y antiguo artículo 12 de la Ley 30/1992. Y ello sin perjuicio de los supuestos de alteración de la competencia por la vía de la avocación, delegación de competencia o encomienda de gestión que se establecen en los mencionados textos legales. [ ] Bien es verdad, ya se anticipó antes, que no es infrecuente que la Administración pueda acudir a la colaboración externa para la prestación de servicios públicos en lo que se ha venido a conocer como la externalización en dicha prestación. Menos aún que debe cercenarse, sino todo lo contrario, que ello pueda hacerse acudiendo a medios propios, con independencia de la forma jurídica que dichos medios tengan. Pero no es de eso de lo que se trata en el presente supuesto porque ni se trata de un servicio público, en sí mismo considerado, sino de una propia actuación administrativa interna mediante la cual pueden dictarse los actos administrativos que, ellos sí, pueden comportar esa prestación de servicios; ni el ejercicio de dicha actividad puede encomendarse a personal ajeno a la Administración, como hemos visto. Por ello no es que la Administración externalice un servicio, es que se externaliza, podría decirse, ella misma, deja de ser Administración si deja de realizar lo que es básico para dictar actos administrativos, el procedimiento legalmente establecido para ello que es, no se olvide, una exigencia constitucional. [ ] Y es que, en la misma tramitación de los procedimientos administrativos, más aún en los sancionadores, como después se verá, se actúan potestades administrativas, con independencia de las potestades que se accionen en la resolución que pone fin a los procedimientos, más aun, que en los procedimientos están empeñados los intereses generales de las Adminis-

traciones, que, como ya se vio, constituyen el ámbito de actuación reservado a los funcionarios públicos. [ ] Otra cosa será, y a ello deberá referirse el debate sobre esa pretendida polémica sobre la posibilidad de que las Administraciones puedan auxiliarse de terceros para la ejecución material de lo que se decida en la resolución que ponga fin a los procedimientos administrativos, pero no para su tramitación. [ ] En resumen, la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida las competencias correspondientes, los cuales, conforme a la planificación de los recursos humanos que se dispone en el artículo 69 del Estatuto Básico, han de tomar en consideración las necesidades que esa actividad ordinaria comporta […]".

En el anteproyecto de Ley queda establecido en el artículo 21.1 que las entidades colaboradoras "no tendrán carácter de autoridad ni podrán ejercer las potestades públicas propias de la Administración regional", añadiendo que la Administración regional podrá realizar, en cualquier momento, funciones de verificación y control sobre las actuaciones de las entidades colaboradoras. No obstante, a juicio de este Consejo, esa previsión no es suficiente para garantizar la reserva de actuación a funcionarios públicos prevista en el artículo 9.2 del EBEP, pues las previsiones específicas del propio anteproyecto no permiten determinar con claridad la limitación de las actividades que pueden ser realizadas por terceros ajenos a la organización administrativa o son directamente incompatibles con aquella previsión, circunstancias que se aprecian en determinados preceptos del anteproyecto y en las disposiciones finales -de la segunda a la octava-.

Como se ha indicado al inicio, en los artículos 21 y 22 se establecen de forma genérica como funciones de las entidades colaboradoras las de "comprobación, informe y certificación", sobre cualquier ámbito de actuación previsto en esa ley o en la legislación sectorial, lo que dificulta a este Consejo poder determinar si la intervención de los sujetos privados garantiza la reserva de actuación al personal funcionario en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, pues ninguna definición se hace en el anteproyecto de las mismas.

Se observa, además, que las disposiciones finales que tienen por objeto la modificación de las leyes sectoriales para incluir la regulación de las enti-

dades colaboradoras en las distintas materias, transcriben el contenido de determinados preceptos del anteproyecto de ley -lo que resulta innecesario, pues ya hay una remisión previa al título IV-, si bien realizan una reproducción parcial del artículo 21.2, omitiendo precisamente que las entidades colaboradoras "no podrán ejercer las potestades públicas propias de la Administración regional", omisión que podría entenderse en sentido excluyente.

En la regulación de otras comunidades autónomas en esta materia, encontramos leyes que atribuyen funciones de "comprobación, informe y certificación" a las denominadas "entidades colaboradoras de certificación", no obstante, los límites de actuación se encuentran mejor definidos, pues la intervención se limita a la emisión de un certificado acreditativo de la "verificación de la documentación" que deban presentar las personas interesadas ante los órganos o entidades públicos. Así, a modo de ejemplo, Ley 4/2022, de 27 de julio, de racionalización y simplificación administrativa de Extremadura, aclara, además, que "La verificación consistirá en la revisión, informe y/o validación de la documentación que deba presentar ante la Administración autonómica, pronunciándose sobre la suficiencia y la idoneidad de la documentación para los fines que legalmente procedan […]". Similar regulación se encuentra en Ley 6/2024, de 5 de diciembre, de simplificación administrativa de la Comunidad Valenciana.

En el anteproyecto de Ley objeto de dictamen, las imprecisiones observadas, a juicio de este órgano consultivo, no resultan conciliables con el principio de seguridad jurídica exigido en el artículo 9.3 de la Constitución que, según ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 46/1990, de 15 de marzo, este principio "implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas […]. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas".

En consecuencia, se considera necesario que en el anteproyecto de Ley, como norma que pretende servir de regulación general a cada una de las nor-

mas sectoriales autonómicas que prevean la intervención de entidades colaboradoras, las actuaciones de estas entidades en los ámbitos de la Administración regional, queden bien definidas y delimitadas, de forma que la intervención de sujetos privados en los procedimientos administrativos de cualquier materia quede limitada a la realización de actuaciones no decisorias ni determinantes del resultado de la tramitación del procedimiento, garantizando la reserva exclusiva a los funcionarios públicos del ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales que prevén los artículos 9.1 del EBEP y 6.1 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, en particular, las consideradas en el artículo 6.2 de esta norma autonómica.

En este sentido, debe advertirse que mediante Resolución de 1 de marzo de 2023, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, se publicó el Acuerdo de 27 de febrero de 2023, de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura, en relación con la Ley 4/2022, de 27 de julio, de racionalización y simplificación administrativa de Extremadura, que tenía por objeto el estudio y propuesta de solución de las discrepancias manifestadas en relación con el artículo 30 de la citada Ley, a fin de evitar la interposición de un recurso de inconstitucionalidad frente a la misma.

La interpretación concertada que se dio a las funciones de las entidades colaboradoras fue la siguiente: "ambas partes coinciden en aplicar e interpretar que las entidades colaboradoras de certificación a las que se refiere el artículo 30 realizarán funciones de verificación y tareas materiales o técnicas de inspección, verificación y control excluyendo los actos de contenido jurídico y resolutorio. Esta interpretación se incorporará también en el desarrollo reglamentario que se haga de la norma".

A juicio de este Consejo, esta interpretación debería tenerse presente a la hora de definir y delimitar las funciones de las entidades colaboradoras de la Administración regional.

Asimismo, en las leyes sectoriales que se pretenden modificar en las disposiciones finales del anteproyecto con el objeto de incluir la regulación de las correspondientes entidades colaboradas, el contenido del artículo 21.2 del

anteproyecto de Ley debe ser reproducido en su totalidad, incluyendo que estas entidades "no podrán ejercer las potestades públicas propias de la Administración regional", o bien deben contener una remisión expresa a ese precepto, ello sin perjuicio de las observaciones que se efectuarán en la presente consideración al contenido de determinadas disposiciones finales que, a juicio de este órgano consultivo, exceden los límites de actuación de las entidades privadas en los ámbitos de la Administración pública.

Por todo lo expuesto, entiende este Consejo que se hace necesario determinar y concretar las funciones declaradas propias de las Entidades Colaboradoras de la Administración Regional de comprobación, informe y certificación, máxime cuando no se está ante una entidad colaboradora con una finalidad concreta, como ocurre en otras comunidades autónomas, sino que extiende su ámbito de actuación a toda la Administración Regional.

Si la entidad colaboradora tiene su ámbito de actuación reducido o centrado en su calidad de entidad técnica especializada, calidad que se menciona en el apartado 1 del artículo 21 para ser omitida a lo largo del articulado, queda indeterminado si su ámbito de actuación va más allá de esa "calidad técnica especializada" con la que se proclama actuará.

Las funciones que se le atribuyen de comprobación, informe y certificación, implica tal grado de indeterminación que no puede excluirse, ni mucho menos, la invasión de la reserva de funciones exclusivas de la función pública, por tanto es necesario un mayor grado de precisión, que tal vez puede venir dado por la determinación o concreción de las funciones instrumentales, auxiliares o de apoyo, previstas en el artículo 6.2, segundo párrafo, de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, que no participan en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales.

Si se analiza la combinación de las funciones predicadas en el artículo 21.1 del anteproyecto -de comprobación, informe y certificación-, con su materialización -según el artículo 22.3- en actas, informes y certificaciones, que contendrán un análisis de todos los elementos necesarios para comprobar el cumplimiento de la normativa que resulte de aplicación, concluyendo si el expediente -habrá que entender administrativo- reúne todos los requisitos exigidos por la ley, no es difícil colegir que se está ante unas funciones de

supervisión e informe sobre lo actuado en el expediente administrativo, que cuando menos serían directa o indirectamente coincidentes con las establecidas de forma exclusiva para funcionarios públicos en el artículo 6.1.b) de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, funciones de "inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas".

Es por ello, que a juicio de este Consejo, parece más acorde con la legislación básica estatal y autonómica en materia de función pública incardinar las funciones y desempeños de las entidades colaboradoras, atendiendo a su calidad técnica especializada, a funciones instrumentales, auxiliares y de apoyo a las funciones de comprobación e informe, y restringir las funciones de certificación que se atribuyen a las entidades colaboradoras, o al menos aclarar que esas funciones de comprobación, informe y certificación lo serán en base a esa calidad técnica de la entidad y circunscrita a la misma de la que se pueda inferir claramente que cuando, como proclama el artículo 22.3 del anteproyecto, se comprueba el cumplimiento de la normativa que resulte de aplicación, concluyendo si el expediente reúne todos los requisitos exigidos por la ley, se hace en una función de apoyo e instrumental técnica y no abarcando todos los aspectos que pueda contener el expediente administrativo, en cuyo caso sí puede interpretarse la sustitución de la labor funcionarial.

Es importante y trascendente lo sugerido, si tenemos en cuenta el carácter facultativo que para el ciudadano interesado tiene acudir a una entidad colaboradora (artículo 21.3 del anteproyecto), que va a conducir a la tramitación de dos tipos de expedientes: uno con participación de entidades colaboradoras y otro sin esa participación, debiendo asegurarse una actuación uniforme en los diferentes expedientes. Debe garantizarse que la actuación pública o administrativa sea la que impere y a la que habrán de amoldarse las actuaciones que realicen las entidades colaboradoras, evitando así el peligro de actuaciones dispares en los expedientes, extremo que se asegura si el cumplimiento de la normativa y de los requisitos legales (que no sean técnicos) se supervisa y evalúa por el personal funcionario a que se refiere el artículo 6.2.b) de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha".

Artículo 29. Participación de las entidades colaboradoras de la Administración regional en las actuaciones competencia de las entidades locales.-

Este artículo, establecía en su apartado 1 que "*Las entidades locales que lo deseen podrán recabar la participación de las personas jurídicas autorizadas como entidades colaboradoras, e inscritas en el Registro General de Entidades Colaboradoras de Castilla-La Mancha, para la ejecución de funciones relativas a materias de su competencia, en los términos y condiciones que establezcan en su normativa, en virtud de los principios de colaboración y cooperación establecidas en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha y el resto de normativa en vigor*". Esta previsión se completaba con la regulación contenida en el apartado 2, en el que se señalaba que "*Dicha participación se decidirá por el órgano competente de la entidad local, de conformidad con lo previsto en la Ley de Bases del Régimen Local.* […]".

Consideró el Consejo que "*la redacción propuesta debería ser modificada y redactada con mayor claridad y precisión. Para ello, debería suprimirse la alusión a los principios de colaboración y cooperación establecidos en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, pues no guardan relación con el contenido previo que pretende regular la participación de entidades privadas en el ejercicio de funciones competencia de la Administración local, requiriéndose, en su lugar, una mención expresa a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. De esta forma, la participación de las entidades colaboradoras en la ejecución de funciones relativas a materias de la competencia de las entidades locales quedaría sometida a los "términos y condiciones que establezcan en su normativa de conformidad con lo previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local". Convendría además suprimir la expresión "que lo deseen" pues resta al precepto valor normativo.*

No obstante, estas modificaciones contribuirían a dotar al precepto de una mayor claridad y comprensión, pero no son suficientes para preservar el principio de seguridad jurídica, pues la redacción adolece de mayor generalidad e indeterminación que la expuesta en la observación anterior.

En el presente caso, del contenido del precepto se infiere que no se trata de permitir que las personas interesadas en un procedimiento administrativo puedan, de forma voluntaria, requerir la participación de entidades colaboradoras para el ejercicio de determinadas funciones -como queda regulado en el anteproyecto de Ley para la Administración regional-, sino que serán las propias entidades locales quienes requieran dicha participación privada,

en términos generales, "para la ejecución de funciones relativas a materias de su competencia".

Esta previsión, con la generalidad y abstracción redactada, podría interpretarse contraria a lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, que establece en su artículo 92 que "Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función".

Debe recordarse, además, que las formas de gestión de los servicios públicos de competencia local quedan establecidas en el artículo 85 de la citada Ley de Bases de Régimen Local, que establece lo siguiente: "1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias. [ ] 2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación: [ ] A) Gestión directa: [ ] a) Gestión por la propia Entidad Local. [ ] b) Organismo autónomo local. [ ] c) Entidad pública empresarial local. [ ] d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública. [ ] Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. [...]

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. [ ] La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos".

En consecuencia, sin perjuicio de que serían las ordenanzas municipales las que, en virtud de lo dispuesto en el precepto examinado del anteproyecto de Ley, regulen en su ámbito local la participación en determinados procedimientos de las entidades colaboradoras autorizadas por la Administración regional, regulación que, en todo caso, deberá efectuarse de conformidad con lo establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, considera este Consejo que el artículo 29 propuesto debe concretar los ámbitos de actuación y delimitar dichas funciones a actividades instrumentales y de asistencia técnica, en ningún caso decisorias, de forma que se garantice el principio de seguridad jurídica y la reserva exclusiva a los funcionarios públicos de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas prevista en los artículos 9 del EBEP y 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril".

Por otra parte, establecía el mismo apartado 2 del artículo 29 que "*La entidad local podrá suscribir un convenio de colaboración con la Administración regional, al objeto de que ésta realice labores de inspección sobre los procedimientos en los que participen las personas jurídicas autorizadas como entidades colaboradoras*". Se señaló en el dictamen que "*Si bien esta regulación debiera estar prevista en apartado independiente, la observación de este Consejo guarda relación con lo anterior, pues ante la generalidad y abstracción con la que queda prevista la posibilidad de intervención de entidades privadas en la ejecución de funciones de cualquier competencia propia de las entidades locales, impide a este órgano consultivo determinar con claridad si la figura jurídica del convenio es el instrumento adecuado para la colaboración pretendida, amén la inmersión que en el ámbito de autonomía municipal pueda suponer la realización de labores de inspección sobre los procedimientos llevados a cabo en el ámbito municipal, aun cuando sea con el objeto de inspeccionar la labor desempeñada por la entidad colaboradora, siendo este también un aspecto necesitado de una redacción que excluya esta interpretación de la norma*".

Título V. Administración digital.-

Artículo 49. Concepto y alcance.- En el apartado 3 se establecía que "*Se fomentará la utilización de los datos que obren en poder de la Administración regional, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales distintos del propósito inicial englobado en la misión de servicio público*

para el que se hayan producido tales datos". Consideró el Consejo que "*La posibilidad de utilizar datos en poder de la Administración para fines distintos al propósito inicial se realiza sin discriminar entre datos de carácter personal y datos de otra naturaleza, por lo que resulta contrario a la normativa en materia de protección de datos personales, cuyo tratamiento ulterior de éstos para fines distintos del propósito inicial está condicionado por el cumplimiento de ciertos requisitos. Así, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), en su artículo 5.1.b), dispone que los datos personales serán "recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»)". En cuanto a la licitud del tratamiento, el artículo 6.4 establece que, "Cuando el tratamiento para otro fin distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales no esté basado en el consentimiento del interesado o en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática para salvaguardar los objetivos indicados en el artículo 23, apartado 1, el responsable del tratamiento, con objeto de determinar si el tratamiento con otro fin es compatible con el fin para el cual se recogieron inicialmente los datos personales, tendrá en cuenta, entre otras cosas: a) cualquier relación entre los fines para los cuales se hayan recogido los datos personales y los fines del tratamiento ulterior previsto; b) el contexto en que se hayan recogido los datos personales, en particular por lo que respecta a la relación entre los interesados y el responsable del tratamiento; c) la naturaleza de los datos personales, en concreto cuando se traten categorías especiales de datos personales, de conformidad con el artículo 9, o datos personales relativos a condenas e infracciones penales, de conformidad con el artículo 10; d) las posibles consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto; e) 1. la existencia de garantías adecuadas, que podrán incluir el cifrado o la seudonimización".*

Por todo lo anterior, se propone modificar la regulación sobre la posibilidad de utilizar datos para fines distintos del propósito inicial, discrimi-

nando en función de la naturaleza de los datos y las exigencias normativas que condicionan los ulteriores tratamientos, particularmente, en el caso de los datos de carácter personal".

Disposición final tercera. Modificación de la Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha.- Esta disposición tenía por objeto la inclusión de un Título VIII en la Ley 3/2008, de 12 de junio, que regulaba las entidades colaboradoras de la Administración regional en materia forestal (ECAF).

En el artículo 99.1 que se introducía en la norma autonómica sectorial, se establecían los procedimientos en los que podrán actuar las ECAF, incluyendo en la letra d) la "*Tramitación de ayudas y subvenciones*".

Fundamenta el órgano consultivo que "*En materia de subvenciones, la participación de las entidades colaboradoras viene regulada de forma específica y con carácter básico en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que establece, en su artículo 12, que "Será entidad colaboradora aquella que, actuando en nombre y por cuenta del órgano concedente a todos los efectos relacionados con la subvención, entregue y distribuya los fondos públicos a los beneficiarios cuando así se establezca en las bases reguladoras, o colabore en la gestión de la subvención sin que se produzca la previa entrega y distribución de los fondos recibidos. Estos fondos, en ningún caso, se considerarán integrantes de su patrimonio. [ ] Igualmente tendrán esta condición los que habiendo sido denominados beneficiarios conforme a la normativa comunitaria tengan encomendadas, exclusivamente, las funciones enumeradas en el párrafo anterior. […]".*

Estas entidades, quedan sometidas en la norma estatal al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 13 y de las obligaciones que impone el artículo 15, debiéndose formalizar un convenio de colaboración entre el órgano administrativo concedente y la entidad colaboradora en el que se regularán las condiciones y obligaciones asumidas por ésta, de conformidad con lo previsto en el artículo 16.1. Igualmente, procede destacar que, según el artículo 16.5 de esta norma estatal, "En el supuesto de que las entidades colaboradoras sean personas sujetas a derecho privado se seleccionarán previamente mediante un procedimiento sometido a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación y la colaboración se forma-

lizará mediante convenio". Señala, además, el artículo 16.6 que "Cuando en virtud del objeto de la colaboración sea de aplicación plena la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público la selección de las entidades colaboradoras se realizará conforme a los preceptos establecidos en dicha Ley. En este supuesto, el contrato, que incluirá necesariamente el contenido mínimo previsto en el apartado 3 o 4 de este artículo, así como el que resulte preceptivo de acuerdo con la normativa reguladora de los contratos públicos, deberá hacer mención expresa al sometimiento del contratista al resto de las obligaciones impuestas a las entidades colaboradoras por esta Ley".

Sobre la constitucionalidad de estos preceptos se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia 130/2013, de 4 de junio, relativa al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón en relación con diversos artículos de la Ley. En particular, señala la sentencia sobre el contenido del artículo 12.1 que "El precepto encuentra amparo en el art. 149.1.18 CE, pues en él se lleva a cabo una configuración básica de la entidad colaboradora determinando las funciones características o centrales, con proyección externa, que la misma puede asumir, sin establecer qué funciones concretas tendrá la entidad colaboradora en cada caso, que es algo que deberá establecerse a través de las bases reguladoras (cuando se les atribuya la entrega y distribución de fondos) o que deberá decidir la Administración concedente (cuando se trate de otras funciones). El precepto, además, no impide que se atribuya a la entidad colaboradora la valoración de las solicitudes –lo que, sin duda, entra en el concepto de gestión de la subvención– o facultades de control, previéndose de hecho en el propio art. 15 de la Ley 38/2003 que las entidades colaboradoras tengan, en su caso, entre sus funciones las de control sobre la realización de la actividad subvencionada y sobre el cumplimiento de la finalidad. Pero, además, conviene tener presente que en la propia STC 243/1994, FJ 4, que cita la representación procesal del Gobierno de Aragón y que se refiere a una regulación por el Estado del régimen de las entidades colaboradoras en materia de seguridad industrial, ya advertimos que si bien «en la función ejecutiva reservada a las Comunidades Autónomas debe entenderse incluida la potestad de dictar disposiciones o reglamentos internos de organización de los correspondientes servicios administrativos» y ello es aplicable, con las matizaciones necesarias, a las entidades colaboradoras, las regulaciones atinentes a las funciones de estas entidades, con claros efectos externos sobre derechos e intereses de los administrados, no puede considerarse una cuestión de mera organización interna".

En cuanto al artículo 15.1 de la citada norma estatal, establece el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia que "la regulación de las funciones con proyección ad extra de las entidades colaboradoras y, cabe añadir ahora, la determinación de las obligaciones que estas funciones llevan anudadas, no son cuestiones de mera organización interna de las Administraciones autonómicas, sino aspectos básicos del régimen jurídico de los entes que pueden ejercer actividades de gestión de las subvenciones públicas «en nombre y por cuenta del órgano concedente» y encuentran, por tanto, amparo en el art. 149.1.18 CE. Por otra parte, ha de entenderse que los preceptos impugnados establecen un régimen uniforme de obligaciones nucleares para las entidades colaboradoras, pues las entidades que tengan asignadas algunas o todas las funciones características previstas en la Ley tendrán las mismas obligaciones centrales. Cuestión distinta es que las obligaciones concretas que tenga cada entidad dependa del alcance que se dé, en cada caso, a la colaboración, es decir, de las funciones que se les asignen, pero al mismo haz de funciones básicas le corresponderá el mismo haz de obligaciones nucleares […]".

En cuanto al artículo 16, se pronuncia el Tribunal Constitucional sobre los apartados 1 y 5, afirmando que "Lo que establecen son reglas de funcionamiento comunes para todas las Administraciones Públicas cuando para la gestión de subvenciones acuden a la fórmula de la colaboración, por lo que estas reglas se incardinan en la materia «régimen jurídico de las Administraciones Públicas» (art. 149.1.18 CE). Se trata, además, de reglas que tienen una clara incidencia externa, puesto que afectan tanto a la relación entre la Administración concedente y la entidad colaboradora como a las relaciones de ambas con los administrados, pudiendo tener, por tanto, lo básico un alcance mayor que cuando se trata de regulaciones con efectos exclusivamente ad intra. Por otra parte, la previsión del convenio persigue favorecer la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), toda vez que permite a los interesados en la obtención de una subvención conocer las obligaciones asumidas por la entidad colaboradora y por ello los términos en los que puede relacionarse con ella; además, el convenio es el instrumento en todo caso previsto en la propia Ley 30/1992 (art. 15) para las relaciones de colaboración entre distintas Administraciones públicas; y, en el caso de que las entidades colaboradoras sean personas sujetas a Derecho privado, el convenio -cuando no procede un contrato regido por el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- es con-

secuencia del principio de selección en régimen de concurrencia que enuncia la misma Ley 38/2003 en el primer párrafo del art. 16.5 […]".

Lo anteriormente expuesto evidencia la necesidad de suprimir la tramitación de ayudas y subvenciones que se prevé incluir en el artículo 99.1.d) de la Ley 3/2008, de 12 de junio, entre los procedimientos en los que podrán ejercer sus funciones las ECAF, pues su inclusión en el anteproyecto de Ley entraría en contradicción con los preceptos básicos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre".

Disposición final cuarta. Modificación de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha.- La modificación prevista pretendía incluir una disposición adicional cuarta en la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, con la finalidad de regular las entidades colaboradoras de la Administración regional en materia de Servicios Sociales (ECASS). No obstante, en el apartado 4 de la disposición, se establecía que "*Las ECASS podrán actuar en los siguientes procedimientos: [ ] a) Solicitud de la autorización administrativa prevista en el artículo 49 de esta Ley. [ ] b) Solicitud de la acreditación de calidad prevista en el artículo 50 de esta Ley. [ ] c) Otros procedimientos previstos por la normativa sectorial", y añade su apartado 5 que "Dentro de los procedimientos relacionados en el apartado anterior, las ECASS, podrán ejercer las funciones que reglamentariamente se establezcan en los términos, con las condiciones y los límites que así se prevean*".

Entiende el consejo que "*En relación con la amplitud con la que quedan previstos tanto los procedimientos en los que podrán actuar las ECASS como las funciones que podrán ejercer dentro de cualquiera de ellos, según se establezca en una norma reglamentaria, procede traer a colación lo afirmado por el Consejo de Estado en su dictamen 56/2019, de 28 de marzo, en el que señala que: "[...] en relación con la potestad reglamentaria, "la eventual habilitación reglamentaria que la ley contenga nunca podrá legitimar, por razones de constitucionalidad, ni remisiones en blanco ni omisiones de aspectos esenciales que deban quedar definidos y precisados por la propia ley". Según ello, y como allí se dijo, "corresponde a la potestad reglamentaria establecer tan solo el complemento indispensable en el plano subordinado que es propio del reglamento, para facilitar o asegurar la ejecución, la efectividad y el mejor cumplimiento de la ley, sin interferir ni mucho menos alterar o adicionar lo que constituye el contenido sustantivo reservado materialmente a ella".*

De este modo, y en sintonía con lo expuesto en la consideración anterior sobre la delimitación de las funciones que podrán ejercer las entidades colaboradoras de la Administración regional, se considera que la disposición que se pretende incluir en la norma de rango legal, debe delimitar con mayor concreción las funciones y los procedimientos en los que las entidades colaborados de la Administración podrán actuar en el ámbito de servicios sociales, como se hace en el resto de disposiciones finales que modifican con la misma finalidad otras leyes sectoriales y ello sin perjuicio de que se deje a la norma reglamentaria la concreción de algunos aspectos secundarios afectantes a dichos ámbitos".

Disposición final quinta. Modificación de la Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha.- Se preveía en este precepto la modificación de varios artículos de la Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha, todos ellos incluidos en el Título II de la norma, relativo al régimen de protección y conservación del Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha, así como la introducción de un Título VII sobre las Entidades Colaboradoras de la Administración regional en materia de Patrimonio Cultural.

En el apartado uno, se añadía otro numerado como 3 al artículo 26 con la siguiente redacción: "*En el caso de las actividades a las que se aplica la evaluación de impacto ambiental, las Entidades Colaboradoras de la Administración regional podrán emitir el preceptivo informe relativo al Patrimonio Cultural, conforme se establece en el Titulo VII de esta Ley*".

Reiterando el contenido de la observación anterior, consideró el Consejo "*que las funciones de las entidades colaboradoras de la Administración regional en ningún caso pueden incluir la elaboración de informes preceptivos y vinculantes, como es el previsto en el artículo 26 de la norma que se pretende modificar.*

Según establece el artículo 26 de la Ley 4/2013, de 16 de mayo, "1. La Consejería competente en materia de Patrimonio Cultural deberá emitir informe de los procedimientos de aprobación, modificación y revisión de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística y de las actividades a las que se aplica la evaluación de impacto ambiental, que será vinculante en las materias que afecten al Patrimonio Cultural. Dicho informe deberá ser emi-

tido en el plazo de un mes. [ ] 2. En el caso de que durante el procedimiento de aprobación de cualquier instrumento de ordenación territorial y urbanística, se produjeran modificaciones en estos como consecuencia de los informes sectoriales o del resultado del trámite de información pública que afectaran al contenido del informe al que se refiere el apartado anterior o a los bienes que en él se identifiquen como integrantes del Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha, previamente a la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento de ordenación territorial y urbanístico deberá recabarse un segundo informe, con los mismos efectos, de la Consejería competente en materia de Patrimonio Cultural".

De conformidad con lo expuesto, dicho informe es preceptivo y vinculante y la competencia para su elaboración queda atribuida a la Consejería competente en materia de Patrimonio Cultural, por lo que su emisión por parte de las entidades colaboradoras, como sujetos privados, supondría una vulneración de la reserva exclusiva a funcionarios públicos en el ejercicio de potestades públicas prevista en el artículo 9.2 del EBEP y del artículo 8.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece con carácter básico que "La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes". Por tanto, entiende este Consejo que la actuación de las Entidades Colaboradoras en esta materia nunca puede implicar la emisión del preceptivo y vinculante informe antes referido, sin perjuicio de que se explore y determine a la hora de elaborar la norma, el posible encaje en algunas de las funciones instrumentales, auxiliares o de apoyo que no participan en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales que prevé el artículo 6.2 párrafo segundo de la Ley 4/2011 de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla-La Mancha.

En el apartado dos, se preveía modificar el artículo 36.2 de la norma, con la siguiente redacción: "*2. La utilización de los bienes de interés cultural estará siempre subordinada a que no se ponga en peligro su conservación y sus valores. Cualquier segregación o agregación, habrán de ser autorizadas por la consejería competente en materia de Patrimonio Cultural*". Se pretendía suprimir de ese apartado los "*cambios de uso*" en un bien de interés cultural, actualmente incluidos en la vigente ley junto con la segregación o agregación y sometidos al régimen de autorización por la consejería competente.

Se añadía, por ello, en el apartado tres de la disposición final, un apartado 3 al artículo 36, que establecía que "*Los cambios de uso en un Bien de Interés Cultural estarán sujetos a declaración responsable. El modelo normalizado y el contenido de dicha declaración se establecerá mediante Orden del órgano con competencia en materia de patrimonio cultural*".

La regulación contenida en los apartados anteriormente reproducidos, considera el Consejo que "*contradice lo previsto en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico, que dispone en su artículo treinta y seis, apartado 2, que "La utilización de los bienes declarados de interés cultural, así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General, quedará subordinada a que no se pongan en peligro los valores que aconsejen su conservación. Cualquier cambio de uso deberá ser autorizado por los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley".*

Sobre la regulación de los bienes de interés cultural, procede traer a colación el contenido del dictamen n.º 264/2020, de 16 de abril, del Consejo de Estado, relativo a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía, en el que, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional, señalaba que "las Comunidades Autónomas carecen de competencia para "reducir los estándares de protección que comporta el régimen de los bienes de interés cultural regulado por el Estado mediante su Ley de patrimonio histórico". (STC 17/1991)".

De conformidad con el artículo 36.1 de la Ley objeto de modificación, "Los bienes declarados de Interés Cultural gozarán de la máxima protección y tutela". Por tanto, la sustitución de la autorización por la declaración responsable prevista en el mismo precepto para los cambios de uso en un bien de interés cultural, a juicio de este Consejo, implica una reducción de la protección reforzada de la que gozan estos bienes, protección que, según indica el Consejo de Estado en citado dictamen "se concibe en nuestro ordenamiento como "un conjunto de medidas de defensa que, a más de referirse a su deterioro o destrucción, tratan de extenderse a la privación arbitraria o irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza" (STC 122/2014, de 17 de julio)".

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 36, apartado 2, de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico, debe mantenerse la autorización por la consejería competente en materia de Patrimonio Cultural prevista en el vigente artículo 36.2 para los supuestos de cambios de uso de bienes de interés cultural".

Por otro lado, el apartado cinco de la disposición final analizada, pretendía incluir un Título VII, relativo a las entidades colaboradoras de la Administración regional en materia de Patrimonio Cultural (ECAP). En el artículo 84, se establecían las funciones de las ECAP, señalando su apartado 1 lo siguiente: "*Las ECAP que hayan sido debidamente autorizadas podrán actuar en la emisión de informes de evaluación de impacto ambiental en aquellas materias que afecten al patrimonio cultural de la región", detallando en el apartado 2 de este precepto los aspectos que deberán contemplar "los informes que elaboran las ECAP*".

Se expresó en el dictamen que "*La redacción dada en el apartado 1 del artículo 84 parece referirse a la elaboración del "informe de impacto ambiental" previsto en la Ley 2/2020, de 7 de febrero, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha, que se define en el artículo 4.3.e) como "preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que finaliza la evaluación de impacto ambiental simplificada", por lo que, de ser así, procede reiterar lo expuesto sobre el contenido del apartado uno de la disposición sobre la imposibilidad de emitir el preceptivo informe relativo al Patrimonio Cultural en los casos de las actividades a las que se aplica la evaluación de impacto ambiental.*

No obstante, en la redacción propuesta del artículo 26.3 de la Ley 4/2013, de 16 de mayo, que ya ha sido objeto de observación, se incluye una remisión al Título VII tras la previsión de que las entidades colaboradoras de la Administración regional podrán emitir el preceptivo informe relativo al patrimonio cultural. Dada la aparente contradicción entre la terminología empleada aludiendo a la emisión de "informes de evaluación de impacto ambiental" y los aspectos que se prevén en el artículo 86.2 que estos informes deberán contemplar, no es posible inferir con claridad a qué informe se refiere el artículo 84.1 del anteproyecto. En todo caso, ambos se conciben como preceptivos y vinculantes, por lo que su emisión, como ya se ha observado anteriormente, no puede ser atribuida a las entidades colaboradoras, siendo

además el informe de impacto ambiental determinante y finalizador de la evaluación de impacto ambiental simplificada, correspondiendo dictar esta resolución al órgano ambiental, de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la citada Ley 2/2020, de 7 de febrero".

Disposición final séptima. Modificación de la Ley 7/2019, de 29 de noviembre, de Economía Circular de Castilla-La Mancha.- Se introducía a través de esta disposición la modificación de la Ley 7/2019, de 29 de noviembre, de Economía Circular de Castilla-La Mancha, con el propósito de incluir las entidades colaboradoras en materia de economía circular (ECAEC).

En el apartado 3 del artículo 10 que se pretendía adicionar a la norma, se indicaba que las ECAEC podrían actuar en los siguientes procedimientos: atmósfera, residuos, suelos contaminados, control de vertidos y calidad de las aguas, ruido y Etiqueta Ecológica de la UE de productos y servicios.

El alcance que podrá tener la actuación de las ECAEC en dichos ámbitos se establecía en el apartado 4, en el que se incluían las siguientes funciones: "*a) Verificar el cumplimiento de los requisitos de integridad documental, suficiencia e idoneidad de la documentación aportada por la persona interesada […]. [ ] b) Acreditar que la documentación aportada cumple con la legislación aplicable al respectivo procedimiento administrativo. [ ] c) Colaboración en la tramitación de los instrumentos preventivos ambientales, en particular en el análisis técnico de los expedientes. [ ] d) Colaboración en el seguimiento, inspección y control del cumplimiento de las condiciones impuestas en los instrumentos preventivos ambientales y en la normativa ambiental aplicable*".

Sobre la función de colaboración en la tramitación de los instrumentos preventivos ambientales, en particular, en el análisis técnico de los expedientes, prevista en la letra c), el Consejo recuerda nuevamente los pronunciamientos del Tribunal Supremo en la citada sentencia, señalando lo siguiente: "*en la medida que los procedimientos administrativos son los medios a través de los cuales las Administraciones Públicas desarrollan su actividad pública y ejercen sus potestades, y estas han de realizarse preceptivamente por funcionarios públicos, cabe concluir que los procedimientos administrativos han de tramitarse por funcionarios públicos, lo cual constituye la regla básica en materia de tramitación de procedimientos administrativos. [ ] Como complemento de la regla anterior y como ya antes se dijo, incluso dentro del entramado orgá-*

nico que se constituye en el seno de las Administraciones, el concreto ejercicio de una determinada actividad ha de desarrollarse de manera concreta por el órgano que tenga atribuida la competencia, por el que la tenga asignada como propia, conforme a lo que se declara en el artículo 8 de la vigente de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y antiguo artículo 12 de la Ley 30/1992. Y ello sin perjuicio de los supuestos de alteración de la competencia por la vía de la avocación, delegación de competencia o encomienda de gestión que se establecen en los mencionados textos legales".

En virtud de lo expuesto, entendió el órgano consultivo "*que la función prevista en la letra c), en cuanto atribuye la tramitación de procedimientos administrativos a entidades privadas, excede los límites de actuación de las entidades colaboradas en los procedimientos administrativos, por lo que deberá modificarse la redacción o bien ser suprimida, y ello, sin perjuicio de la posibilidad de intervención en funciones de verificación documental que ya están previstas en las letras a) y b).*

En relación con la función de colaboración en el seguimiento, inspección y control del cumplimiento de las condiciones impuestas en los instrumentos preventivos ambientales y en la normativa ambiental aplicable prevista en la letra d), se recuerda que, de conformidad con el artículo 6.2.b) de Ley 4/2011, de 10 de marzo, son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales las siguientes: "[...] b) La inspección, vigilancia o control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas", por lo que el ejercicio de esa función, en los términos expuestos, queda reservado a funcionarios públicos.

No obstante, procede traer a colación lo previsto, con carácter básico, en el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, legislación básica sobre protección de medio ambiente, que establece en su artículo 30 lo siguiente: "Artículo 30. Control, inspección y sanción. 1. Las comunidades autónomas serán las competentes para adoptar las medidas cautelares y las de control e inspección, así como para ejercer la potestad sancionadora y para garantizar el cumplimiento de los objetivos de esta ley y de su desarrollo reglamentario, sin perjuicio de la competencia estatal en esta materia respecto de los vertidos a cuencas gestionadas por la Administración

General del Estado. [ ] Los órganos competentes en materia de inspección podrán designar a entidades que demuestren la capacidad técnica adecuada, para la realización, en su nombre, de actuaciones materiales de inspección que no estén reservadas a funcionarios públicos; en ningún caso estas actuaciones podrán versar sobre el diseño de sistemas, planes o programas de inspección. […]".

En el ámbito autonómico, el artículo 64.6 de la Ley 2/2020, de 7 de febrero, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha, prevé que "En la acción de vigilancia, seguimiento y verificación podrán participar las entidades colaboradoras que se inscriban en un registro habilitado al efecto, en los términos en que se establezca en la correspondiente declaración de impacto ambiental o informe de impacto ambiental".

En consecuencia, a juicio de este Consejo, debe coordinarse la redacción de la función prevista en el apartado d) con los preceptos señalados, de forma que las actuaciones de las entidades colaboradoras se refieran a actuaciones de vigilancia, seguimiento y verificación que no estén reservadas a funcionarios públicos".

Disposición final octava. Modificación de la Ley 2/2020, de 7 de febrero, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha.- Las observaciones efectuadas al contenido de la disposición final séptima se hicieron extensibles a las funciones previstas en las letras c) y d) del artículo 73.2 que se pretendía incluir en la norma objeto de modificación.

La Ley 4/2025, de 11 de julio, de Simplificación, Agilización y Digitalización Administrativa no atendió a la totalidad de las observaciones esenciales señaladas por el Consejo Consultivo, habiéndose publicado el texto definitivo en el DOCM número 136, de 17 de julio de 2025.

1.3. Dictamen 198/2025, de 25 de septiembre, sobre Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha.

Con fecha 3 de mayo de 2021 la Directora General de Planificación, Ordenación e Inspección Sanitaria suscribió memoria realizando una exposición de la oportunidad de la propuesta de modificación, su análisis jurídico y de

impactos, señalando como objetivo general del proyecto el de mejorar la asistencia farmacéutica en Castilla-La Mancha, y como objetivos específicos los siguientes: la asistencia farmacéutica en los centros penitenciarios de Castilla-La Mancha mediante servicios de farmacia y depósitos de medicamentos dependientes de ellos; la inclusión, entre las ausencias justificadas relacionadas con la profesión, del ejercicio como profesor asociado de la universidad; la superación del vacío legal creado tras la publicación de la Ley 2/2015, de 19 de febrero, por la supresión del nombramiento de regente por parte de la Administración sanitaria en los supuestos de caducidad; la regulación de la entrega domiciliaria de medicamentos y productos sanitarios, en situaciones excepcionales o a personas usuarias que residan en zonas escasamente pobladas o en riesgo de despoblación, por parte de las oficinas de farmacia y servicios de farmacia; la promoción de una asistencia farmacéutica diseñada para responder a las necesidades de la población rural, arbitrando mecanismos que faciliten el servicio en localidades escasamente pobladas o en riesgo de despoblación donde no exista oficina de farmacia y, por último, la actualización del régimen sancionador.

Examinado el contenido del anteproyecto de Ley sometido a dictamen, se señaló una única observación de carácter esencial referida a la modificación que su artículo único efectuaba del apartado Veinticinco, el artículo 72.1 de la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, que le otorgaba la siguiente redacción: "*Nadie podrá poseer o tener bajo su control con fines industriales o comerciales, medicamentos veterinarios o sustancias anabolizantes, antiinfecciosas, antiparasitarias, antiinflamatorias, hormonales o psicotrópicas o cualquier medicamento que constituya un riesgo para la salud, que puedan utilizarse como medicamento veterinario, a menos que tenga autorización expresa de la Consejería de Sanidad*".

Consideró el Consejo que "*la redacción de este precepto no se corresponde con las excepciones más amplias que establece, con carácter básico, el artículo 4 del Real Decreto 666/2023, de 18 de julio, en relación con la posesión o tenencia de medicamentos veterinarios, que señala que:*

"Quedan prohibidas las siguientes actividades relacionadas con los medicamentos veterinarios:

a) La tenencia o posesión de medicamentos veterinarios o principios activos que puedan usarse para la fabricación de medicamentos veterinarios a menos que:

1.º Se tenga una autorización expresa expedida por la autoridad competente o sean empresas inscritas en el registro previsto en el artículo 25 del Real Decreto 824/2010, de 25 de junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos y medicamentos en investigación o,

2.º Esté amparado en las normas de este real decreto o,

3.º Se trate de laboratorios nacionales de referencia, de laboratorios oficiales reconocidos tanto de las comunidades autónomas como de la Administración General del Estado o,

4.º En el caso de los principios activos, que pueda justificarse su uso legal para otros fines, como por ejemplo el agrícola".

Entendemos, por tanto, que es necesaria la acomodación del precepto autonómico a la redacción establecida en la norma estatal de carácter básico.

La norma analizada establece como término absoluto que nadie puede poseer o tener bajo su control con fines industriales o comerciales, a salvo de una autorización expresa de la Consejería de Sanidad. Ahora bien, ese contenido extiende excesivamente y por encima de la norma básica la limitación que la misma impone. Si bien la norma básica establece la excepción a la prohibición mediante la autorización expresa expedida por la autoridad competente, extremo coincidente con la norma autonómica, la estatal además excepciona la limitación a otros supuestos como que sean empresas inscritas en el registro previsto en el artículo 25 del Real Decreto 824/2010, de 25 de junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos y medicamentos en investigación o esté amparado en las normas de este real decreto o, se trate de laboratorios nacionales de referencia, de laboratorios oficiales reconocidos tanto de las comunidades autónomas como de la Administración General del Estado o, se esté ante principios activos, que pueda

justificarse su uso legal para otros fines, como por ejemplo el agrícola. Por tanto, cuando el ámbito de la prohibición es absoluto, con la expresión nadie, salvo autorización expresa, se está anulando o desactivando la eficacia de la norma estatal".

El texto normativo aprobado por la Cortes de Castilla-La Mancha, que acoge la modificación sugerida con carácter esencial en el dictamen, fue la Ley 2/2026, de 9 de abril, por la que se modifica la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, publicada en el DOCM núm. 71, de 16 de abril de 2026.

2. CONVENIOS DE COLABORACIÓN

2.1. Dictamen 119/2025, de 22 de mayo, sobre Convenio entre el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y las Administraciones de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Madrid, Comunitat Valenciana, Extremadura, Galicia, Principado de Asturias y Región de para el establecimiento de las licencias Inter autonómicas de caza y pesca en aguas continentales.

La memoria justificativa suscrita el 21 de marzo de 2025 por el Viceconsejero de Medio Ambiente de la Consejería de Desarrollo Sostenible sobre la necesidad de suscribir un Convenio de colaboración con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas indicadas y el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, hacía referencia a la posibilidad de promover licencias únicas derivadas del artículo 28.8 del Decreto 15/2022, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de aplicación de la Ley 3/2015, de 5 de marzo, de Castilla-La Mancha. Asimismo, se aludía a la necesidad, puesta de manifiesto particularmente desde el sector cinegético, de que existieran licencias únicas en todo el territorio nacional, evitando así satisfacer tasas distintas por Comunidades Autónomas, lo que, a juicio del órgano informante, era particularmente importante en la medida en que estas actividades generan empleo, dinamizan el turismo rural y contribuyen a la gestión sostenible del medio natural.

El Consejo Consultivo planteó una objeción concerniente a la competencia para la suscripción y firma del convenio, que correspondía al Presidente de la Región y no a la Consejera de Desarrollo Sostenible, advirtiendo que

debía evitarse "*la posible concurrencia de causa de nulidad como falta de competencia material por parte de la autoridad que lo suscribe*".

Se fundamentaba así en la Consideración III del dictamen que "*Del contenido del proyecto de convenio sometido a consulta, parece deducirse con claridad su integración dentro del grupo de los denominados "convenios de colaboración" para la gestión y prestación de servicios propios de la exclusiva competencia de las Comunidades firmantes, en cuanto versa sobre expedición de licencias de caza y de pesca continental por las Administraciones implicadas, con vigencia para todo el territorio de las mismas, desarrollando así la competencia que, en lo que afecta a su propio territorio, corresponde de manera exclusiva a cada una de ellas. En el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, dicha competencia se encuentra prevista en el artículo 31 1.10ª de su Estatuto de Autonomía que establece: "La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha asume las siguientes competencias exclusivas: […] 10ª Caza y pesca fluvial. [...]".*

Asimismo, es parte signataria del convenio la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente que, según el número primero de la parte expositiva del borrador del Convenio participa tanto en el ejercicio de las competencias de coordinación de la actividad cinegética, previstas en el artículo 5.1.l) del Real Decreto 717/2024, de 23 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, como en el desempeño de las competencias correspondientes a la ordenación general de la economía, previstas en el artículo 149.13 de la Constitución española.

A este respecto conviene recordar que la suscripción de este convenio se enmarca en una de las medidas propuestas en su día por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (informe CORA, publicado en junio de 2013), orientada a la supresión de duplicidades y a la simplificación de trámites administrativos para los ciudadanos. Prevé dicho informe que: "Las licencias de caza y pesca son específicas para cada CC.AA., lo que induce a confusiones y sobrecarga administrativa y económica. El Ministerio prestará su apoyo para la implantación de un sistema de reconocimiento mutuo de licencias de caza y pesca entre CC.AA. de forma que el ciudadano pueda cazar con la licencia obtenida en su Comunidad de residencia y en otras sin más trámite que pagar la tasa correspondiente" (véase su página 130).

Integrado el instrumento cuya celebración se pretende en el ámbito de los convenios de colaboración, será necesaria, conforme a los preceptos aludidos en la Consideración anterior, su comunicación a las Cortes Generales, sin perjuicio de que, en último extremo, éstas le atribuyan la calificación distinta de acuerdo de cooperación que motive la necesidad de su autorización previa.

Asimismo, en lo que se refiere a la tramitación dentro del ámbito de la propia Comunidad Autónoma, es preciso señalar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.2.d) del Estatuto de Autonomía, es competencia de las Cortes de Castilla-La Mancha "aprobar los convenios que acuerde el Consejo de Gobierno con otras Comunidades Autónomas en los términos establecidos en el artículo 145 de la Constitución", en consonancia con el artículo 205 del Reglamento de las Cortes. Será, por tanto, necesario que se acuerde por el Consejo de Gobierno el texto propuesto, debiendo aprobarse con posterioridad por las Cortes Regionales.

En cuanto a los trámites previos a su aprobación, figura en el expediente el preceptivo informe del Gabinete Jurídico exigido en el artículo 10.1.b) de la Ley 5/2013, de 17 de octubre, de Ordenación del Servicio Jurídico de las Administración de la Junta de Comunidades, el cual fue emitido el día 22 de abril de 2025 con carácter favorable.

En el texto del convenio se hace constar que la Consejera de Desarrollo Sostenible de Castilla-La Mancha, actúa y suscribe el convenio en virtud del Decreto 90/2023, de 9 de julio, por el que se dispone su nombramiento en nombre y representación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y actuando conforme a las atribuciones que le confieren el artículo 22 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y el Decreto 112/2023 de 25 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y las competencias de la Consejería de Desarrollo Sostenible.

Sobre el particular debe advertirse que a los Consejeros ninguna atribución les otorga el artículo 22 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y el Decreto 112/2023 de 25 de julio, precepto que regula los términos y límites de las suplencias por parte de los vicepresidentes respecto del Presidente de la Comu-

nidad Autónoma, así como las delegaciones que este pudiera acordar en favor de aquellos. Es posible, que quisiera hacerse referencia al artículo 23 que el que define las competencias de los consejeros.

El artículo 2.2.e) del Decreto 112/2023, de 25 de julio, establece como competencia del Consejero la suscripción de los convenios administrativos cuando la competencia no está atribuida al Consejo de Gobierno.

El texto que se somete a análisis y dictamen de este Consejo Consultivo es un convenio interadministrativo de colaboración entre la Administración General del Estado y varias comunidades autónomas, entre las que se encuentra Castilla-La Mancha, sobre materia de competencia exclusiva, al menos por lo que se refiere a la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha, de caza y pesca fluvial.

El artículo 40 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, establece que la Junta de Comunidades podrá celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de la exclusiva competencia de las mismas. La celebración de los citados convenios, antes de su entrada en vigor, deberá ser comunicada a las Cortes Generales. Si las Cortes Generales, o alguna de las Cámaras, manifiestan reparos en el plazo de treinta días a partir de la recepción de la comunicación, el convenio deberá seguir el trámite previsto en el párrafo siguiente. Si transcurrido dicho plazo no se hubiesen manifestado reparos, el convenio entrará en vigor.

El artículo 5.b) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha establece entre las funciones y competencias del Presidente de la Región, como superior representante de esta; firmar los convenios y acuerdos de cooperación a los que se refiere el artículo 40 del Estatuto de Autonomía. Esta facultad solo sería delegable, según el artículo 22 de la norma, en favor de los vicepresidentes, no de los consejeros".

El texto definitivo del Convenio se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) número 61, de 10 de marzo, mediante Resolución de 26 de febrero de 2026, de la Dirección General de Producciones y Mercados Agrarios, por la que se publica el Convenio con las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Madrid, Comunitat Valenciana,

Extremadura, Galicia, Principado de Asturias y Región de Murcia, para el establecimiento de las licencias Inter autonómicas de caza y de pesca en aguas continentales.

Como parte suscribiente del Convenio, en nombre de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, aparece el Vicepresidente primero de Castilla-La Mancha, en virtud del Decreto 79/2023, de 9 de julio, por el que se dispone su nombramiento en nombre y representación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y actuando conforme a las atribuciones que le confieren el artículo 22 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Por lo que la firma del convenio se ajustó a la normativa invocada por el Consejo en su dictamen.

Finalmente, durante el año 2025, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha emitió en materia de carácter constitucional y estatutario, con observaciones que carecían de carácter esencial, los siguientes dictámenes:

- Dictamen número 61/2025, de 20 de marzo, sobre la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra la disposición final novena de la Ley 7/2024, de 20 de diciembre, por la que se establecen un Impuesto Complementario para garantizar un nivel mínimo global de imposición para los grupos multinacionales y los grupos nacionales de gran magnitud, un Impuesto sobre el margen de intereses y comisiones de determinadas entidades financieras y un Impuesto sobre los líquidos para cigarrillos electrónicos y otros productos relacionados con el tabaco, y se modifican otras normas tributarias.

- Dictamen número 92/2025, de 10 de abril, relativo al proyecto de convenio de colaboración a suscribir entre la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en materia de asistencia sanitaria. - Dictamen número 135/2025, de 9 de junio, relativo a la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias.

- Dictamen número 161/2025, de 10 de julio, relativo al proyecto de convenio de colaboración a suscribir entre la Junta de Comunidades de Casti-

lla-La Mancha y la Comunidad Autónoma de Canarias, para la cesión de la tecnología de soporte a la difusión de la infraestructura de datos y metadatos estadísticos e Datos.

- Dictamen número 203/2025, de 25 de septiembre, relativo al anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2026.

- Dictamen número 235/2025, de 30 de octubre, relativo al anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 3/2019, de 22 de marzo, del Estatuto de las Personas Consumidoras en Castilla-La Mancha.

- Dictamen número 252/2025, de 13 de noviembre, relativo a la autorización de la celebración del convenio de colaboración a suscribir entre la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y la Comunidad de Madrid para la renovación de títulos de abono de transportes.

ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA (DE 1 DE ENERO A 31 DE DICIEMBRE DE 2025)

LEGISLATIVE ACTIVITY THAT REGIONAL PARLAMENT OF CASTILLA-LA MANCHA (FROM JANUARY 1 TO DECEMBER 31 OF 2025)

Víctor Moreno Martínez
Universidad de Castilla-La Mancha
Victor.Mmartinez@uclm.es
https://orcid.org/0009-0000-1200-5798

Cómo citar/Citation
Moreno Martínez, Víctor. "Actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha (Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2025)", en *Parlamento y Constitución Anuario*. Cortes de Castilla-La Mancha – UCLM, nº27, 2026.

https://doi.org/10.71206/rapc.423

Enviado: 02-05-2026
Aceptado: 30-07-2026

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 2025.

Palabras clave: Cortes, región y actividad legislativa.

Abstract: This article refers to the legislative activity that the Regional Parlament of Castilla-La Mancha, from january 1 to December 31 of 2025.

Key words: Parlament, Autonomus Region and legislative activity.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

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 2025

RESUMEN DE CADA UNA DE LAS LEYES APROBADAS POR LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA

1. INTRODUCCIÓN

La presente crónica tiene como objeto analizar y resumir la actividad legislativa desarrollada por las Cortes de Castilla-La Mancha durante el año 2025. En concreto, se recogerá una enumeración de cada una de las leyes autonómicas que fueron aprobadas a lo largo del año 2025, seguida de un resumen de cada una de ellas, destacando el contenido, objetivos, así como su ámbito de aplicación.

El seguimiento de la producción normativa de las autonomías en España constituye una herramienta fundamental a la hora de comprender la actividad política, económica y social de la autonomía dentro del marco autonómico que nos dimos a raíz de la aprobación de nuestra Constitución en el año 1978. En el caso de Castilla-La Mancha actualmente nos encontramos en la XI Legislatura (2023-2027), y las leyes aprobadas por sus Cortes regionales reflejan las prioridades del Gobierno autonómico y de los distintos grupos parlamentarios que componen las Cortes autonómicas en su conjunto, en cuestiones tan relevantes como el ámbito universitario, la digitalización o la representación agraria. Actualmente los grupos parlamentarios que componen las Cortes de Castilla-La Mancha son tres, el Grupo Parlamentario Socialista (GPS) compuesto por 17 diputados, Grupo Parlamentario Popular (GPP) compuesto por 12 diputados y Grupo Parlamentario VOX (GPV) compuesto por 4 diputados. El grupo mayoritario de la cámara regional es el Grupo Parlamentario Socialista, que actualmente ostenta la mayoría absoluta de los diputados de las cortes regionales.

Este análisis de la legislación aprobada en el año 2025 permitirá observar las tendencias y cambios en el ritmo legislativo de nuestra región. En comparación con años anteriores, el número de leyes aprobadas por las Cortes ha sido menor, concretamente un 16,67% menos respecto del año 2024 y un 45,45% menos respecto del año 2023, lo cual se puede interpretar de varias maneras, pero también cabe destacar que una de las interpretaciones puede ser una muestra de cierta estabilidad institucional de nuestra región. No obstante, la calidad normativa y el alcance de las leyes que se han promulgado por las Cortes regionales nos permiten identificar decisiones políticas relevantes y unas líneas estratégicas por parte del Gobierno regional.

La presente crónica se estructura en dos apartados principales. El primero presenta de una manera ordenada las leyes aprobadas por las Cortes de

Castilla-La Mancha durante el año 2025, sin entrar en su contenido pues es una enumeración cronológica de las mismas. El segundo apartado ofrece un resumen detallado de cada ley, señalando objetivos esenciales, repercusión, ámbito de actuación etc. Esta estructura facilita tanto la consulta puntual como la compresión global del ejercicio legislativo del año 2025.

En suma, con todo lo anterior, la presente crónica tiene como objetivo el conocimiento de la actividad legislativa de Castilla-La Mancha durante el pasado año 2025, ofreciendo una visión estructurada de las normas aprobadas por las Cortes regionales, así como de su contenido esencial en cada una de las normas.

2. 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 2025

Durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2025, se han aprobado en Castilla-La Mancha un total de 5 leyes. Concretamente, las leyes que han sido aprobadas han sido las siguientes:

– Ley 1/2025, de 27 de enero, del Consejo Social de la Universidad de Castilla-La Mancha.
DOCM núm. 20 (30-01-2025)
BOE núm. 135 (05-06-2025)

– Ley 2/2025, de 11 de abril, de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha.
DOCM núm. 73 (15-04-2024)
BOE núm. 137 (07-06-2025)

– Ley 3/2025, de 6 de junio, de determinación de la representatividad de las Organizaciones Profesionales Agrarias en Castilla-La Mancha.
DOCM núm. 112 (12-06-2025)
BOE núm. 217 (09-09-2025)

– Ley 4/2025, de 11 de julio, de Simplificación, Agilización y Digitalización Administrativa.
DOCM núm. 136 (17-07-2025)
BOE núm. 231 (25-09-2025)

– Ley 5/2025, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2026.

DOCM núm. 250 (29-12-2025)
BOE núm. 75 (26-03-2026)

3. RESUMEN DE CADA UNA DE LAS LEYES APROBADAS POR LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA

– Ley 1/2025, de 17 de enero, del Consejo Social de la Universidad de Castilla-La Mancha.

DOCM núm. 20 (30-01-2025)
BOE núm. 135 (05-06-2025)

La Ley 1/2025, de 17 de enero, del Consejo Social de la Universidad de Castilla-La Mancha fue la primera de las leyes aprobadas en el año 2025.Está ley regula el Consejo Social de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), que es básicamente el puente entre la universidad y la sociedad, siendo el Consejo Social un órgano de participación de la sociedad dentro de la universidad de la región, este tiene su sede en Albacete. La Ley Orgánica 2/2023 de marzo, del Sistema Universitario, en su artículo 47, apartado 3, indica que por ley de la Comunidad Autónoma se regulará la composición del Consejo Social procurando que su funcionamiento sea eficaz y eficiente, está ley viene a sustituir a la anterior Ley 7/2003, de 13 de marzo, del Consejo Social de la Universidad de Castilla-La Mancha, introduciendo novedades importantes por ejemplo en la composición del consejo, como el aumento de personas en sus miembros, pasando de los 19 a 21 así como la garantía de composición equilibrada entre hombres y mujeres o la inclusión por primera vez de la vicepresidencia del Consejo Social.

La ley se compone de 17 artículos agrupados en cinco títulos, a los que se añaden dos disposiciones transitorias, una derogatoria y dos finales. El primero de los títulos de la ley regula el objeto, la naturaleza y la sede del consejo. El segundo título regula la organización del consejo, así como el estatuto de sus diferentes miembros, el tercer título recoge el régimen jurídico del consejo, el cuarto título regula las funciones, así como las diferentes competencias y el quinto título aborda la organización y los recursos del consejo. Las dos disposiciones transitorias incluyen el nombramiento de nuevos miembros, así como la elaboración del Reglamento de Organización y Funcionamiento. La dispo-

sición derogatoria deroga la ley del 2003 citaba en el párrafo anterior y por ultimo las dos disposiciones finales, que modifican la Ley 2/2019, de 15 de marzo, de Academias de Castilla-La Mancha y la entrada en vigor de le ley. Finalmente, la ley entró en vigor a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

– Ley 2/2025, de 11 de abril, de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha

DOCM núm. 73 (15-04-2024)
BOE núm. 137 (07-06-2025)

La Ley 2/2025 viene a regular las diversas medidas de naturaleza administrativa y tributaria vinculadas a la consecución de los diferentes objetivos que se establecieron en la Ley de Presupuestos de Castilla-La Mancha para el año 2025. La ley se estructura en dos capítulos, el primero de ellos titulado "Medidas Administrativas" y el segundo "Medidas Tributarias", estos contienen diversas modificaciones de leyes tendentes al cumplimiento de los diferentes objetivos en la mejora de la gestión administrativa y tributaria.

El Capítulo I de Medidas Administrativas consta de 11 artículos, estos establecen medidas administrativas mediante la modificación de diversas leyes autonómicas, por ejemplo, el artículo 1 modifica los artículos 4.3 y 41 del Decreto Legislativo 1/2002, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, el primero de los preceptos, relativo a las fundaciones del sector público de Castilla-La Mancha adapta la definición del sector a los criterios de adscripción que se establecen en el artículo 129 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Por otra parte, en el contexto de la especificidad del procedimiento de elaboración, así como tramitación de las leyes anuales de presupuestos, se modifica el segundo de los preceptos del citado texto refundido, para regular de forma precisa, dentro del proceso de aprobación de presupuestos, la fase de proyecto de la ley. En consecuencia, para la aprobación del proyecto de ley de presupuestos por parte del Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha se aclara en gran medida la diferente documentación que lo conforma, así como el momento procedimental en el que está documentación se debe de aportar. Similarmente se modifican diferentes leyes de ámbito autonómico, tales como la Ley 19/2002, de 24 de octubre, de Archivos Públicos de Castilla-La Mancha, la Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha o la Ley 5/2013, de

17 de octubre, de ordenación del servicio jurídico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, entro otras muchas. En definitiva, el primer capitulo de la presente ley viene a modificar diversas leyes de naturaleza administrativa vinculadas a los objetivos que se establecen en los presupuestos, con el fin de contribuir a la mejora en la gestión administrativa de la región.

En cuanto al capítulo II de la presente ley, este se presenta bajo la rúbrica de "Medidas Tributarias" que comprende la modificación de la Ley 5/2021, de 23 de julio, del Régimen Administrativo y Fiscal del Juego en Castilla-La Mancha. Consta de un único artículo que modifica dos preceptos de la ley que se cita, el primero de los artículos modificados (apartado 2 del artículo 1), excluye del ámbito de aplicación de la ley a los juegos que hayan sido declarados bienes de interés cultural y se desarrollen durante una única jornada o época del año concreta, por ejemplo, el juego de las caras, tradicional del Viernes Santo en la localidad ciudadrealeña de Calzada de Calatrava. El segundo artículo modificado concierne al artículo 21 de la citada ley, que adapta los actuales controles de acceso a los establecimientos de juego de la región a los nuevos criterios que se establecen en la Agencia Española de Protección de Datos sobre la recopilación y tratamiento de datos biométricos.

Finalmente, la ley establece nueve disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y una disposición final. Entre las disposiciones adicionales encontramos algunas modificaciones de cuestiones puntuales a leyes tales como la Ley 7/2010, de Educación de Castilla-La Mancha o la Ley 4/2013, de Patrimonio Cultural. Por último, la ley entro en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

– Ley 3/2025, de 6 de junio, de determinación de la representatividad de las Organizaciones Profesionales Agrarias en Castilla-La Mancha

DOCM núm. 112 (12-06-2025)
BOE núm. 217 (09-09-2025)

La Ley 3/2025 establece un nuevo sistema para determinar que organizaciones profesionales agrarias son más representativas, esta ley viene a sustituir al modelo antiguo que se basaba en elecciones que ya no se estaban realizando. La norma se dicta en el ejercicio de la competencia exclusiva que se atribuye a la Comunidad Autónoma en virtud del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, el cual en su artículo 31.1.6ª establece las materias de

agricultura, ganadería e industrias agro alimentarias como competencias exclusivas de la Junta de Comunidades así como el régimen y funcionamiento de las instituciones de autogobierno prevista en el artículo 31.1.1ª, asimismo, la norma se dicta en el ejercicio de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución recogida en el articulo 32.5.

La ley es una ley escueta, constando solamente de nueve artículos divididos en dos capítulos, el primero de ellos contiene los requisitos que las organizaciones deben de cumplir para poder concurrir al procedimiento para la determinación de la representatividad, requisitos tales como estar constituidas así como reconocidas como organizaciones profesionales agrarias de carácter general al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical o que tengan entre sus diferentes objetivos y fines la defensa de los intereses generales de la agricultura entre otros En el segundo de los capítulos se contiene el procedimiento para la determinación de la representatividad de las organizaciones profesionales agrarias, estableciéndose la publicaciones de todas las resoluciones en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

Finalmente, la ley consta también de una disposición transitoria, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. La ley entró en vigor a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

– Ley 4/2025, de 11 de julio, de Simplificación, Agilización y Digitalización Administrativa.

DOCM núm. 136 (17-07-2025)
BOE núm. 231 (25-09-2025)

La Ley 4/2025, de 11 de julio, busca transformar la administración pública regional en un sistema más ágil, sencillo y adaptado al nuevo mundo digital del siglo XXI, reduciendo trámites innecesarios y sustituyendo autorizaciones previas, de está manera la ley busca acelerar los distintos procedimientos administrativos e impulsando el uso de los medios electrónicos evitando que los ciudadanos tengan que aportar algunos documentos que ya están en posesión de la administración regional. En todo este sentido, la presente ley viene a consolidad un proceso que ya se había iniciado desde la administración central y autonómica a lo largo de los últimos años, avanzando hacia una ley más moderna, dinámica y con el único objetivo de asistir de ma-

nera eficiente a la ciudadanía regional dentro de las competencias que son propias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. La voluntad de las administraciones de regular diferentes medidas para agilizar el trabajo así como digitalizar cada vez más sus actuaciones trae causa de la aprobación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre del año 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que estableció una serie de principios simplificadores que redundan en una mejor y eficiente prestación de los servicios públicos por parte de las administraciones para la ciudadanía y las empresas, promoviendo la modernización de las administraciones.

La presente ley se estructura en seis títulos diferenciados, setenta y un artículos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y once disposiciones finales. El título preliminar de la ley recoge el objeto mismo de la ley, el ámbito de aplicación y el deber general de la administración regional de fomentar la simplificación. El título primero regula la estructura de gobernanza de este nuevo modelo administrativo regional, el título segundo regula la implementación de la administración a las nuevas actuaciones de coordinación y colaboración, el título tercero aborda las diferentes medidas específicas de simplificación y de agilización en la administración, así como la sustitución de autorizaciones, licencias y resto de intervenciones administrativas, cabe mencionar que este título se divide en dos capítulos. Siguiendo con los diferentes títulos de la ley, el cuarto establece una completa regulación de las entidades colaboradoras de la administración de la región, el título quinto regula las medidas necesarias para la consecución de la transformación digital de la administración de la región y adaptarla a las nuevas dinámicas tecnológicas del siglo XXI, este título también se divide en varios capítulos diferenciados. El título sexto regula el régimen sancionador de la ley, dividido al igual que el anterior título en varios capítulos. Por último, la ley consta como se menciono anteriormente de tres disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y once finales. La ley entró en vigor a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

– Ley 5/2025, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2026

DOCM núm. 250 (29-12-2025)
BOE núm. 75 (26-03-2026)

Los presupuestos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha fueron aprobados el 17 de diciembre de 2025 por las Cortes de Castilla-La Mancha y publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha el 29 de diciembre del mismo año, entrando en vigor el 1 de enero de 2026. Esta ley es la más importante para un gobierno tanto estatal como autonómico ya que representa el instrumento normativo más relevante del conjunto del año legislativo, articulando la política económica y social del Gobierno de Castilla-La Mancha para todo el ejercicio siguiente. Los presupuestos regionales han sido presentados y aprobados en los términos y condiciones previstos para la instrumentación del principio de estabilidad presupuestaría, contemplado tanto en la legislación del Estado como en la legislación autonómica, Ley 11/2012, de 21 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

El presupuesto aprobado en las Cortes de Castilla-La Mancha con el apoyo de la mayoría absoluta del partido de gobierno y los votos en contra de la oposición, asciende a un total de 12.903 millones de euros, esto supone un 1,5% más que en los presupuestos aprobados para el año 2025. El presupuesto de la región se estructura bajo una serie de principios tales como estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y refuerzo del Estado del bienestar. Asimismo, en el actual contexto político en el cual se encuentra la política nacional, la aprobación de los presupuestos de la región reflejan la estabilidad parlamentaria, institucional y política de Castilla-La Mancha, lo que es sin duda una buena noticia para la política de la región.

La estructura de la Ley de Presupuestos de Castilla-La Mancha comprende seis títulos de setenta artículos, dieciocho disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. Se adjuntan a su vez cuatro anexos de desarrollo relativos a la agrupación por funciones de los créditos presupuestarios.

El presupuesto aprobado para el año 2026 presenta un claro carácter social, incrementándose a la financiación de servicios públicos un 72% del gasto no financiero, concretamente 7.555 millones de euros distribuidos en 4.058 millones para sanidad, 2.487 para educación y 1.010 a servicios sociales. Por su parte, el área de desarrollo económico alcanza los 3.232 millones de euros, de los cuales 1.475 se canalizarán a través de las empresas. Otro aspecto reseñable de los presupuestos de la región para el año 2026, es el compromiso del

Gobierno regional frente al problema demográfico que sufre nuestra región siendo una de las autonomías que más están sufriendo esta problemática, es por ello por lo que el Gobierno regional destina 2.116 millones a combatir la despoblación a través del presupuesto regional.

En definitiva, a través de la aprobación de los presupuestos regionales, se articulan una serie de políticas que planifican el año 2026, garantizando el correcto funcionamiento de los servicios públicos regionales. La aprobación de las cuentas anuales marca el inicio del ciclo económico anual y es una manifestación del ejercicio del autogobierno regional en el marco del Estado Autonómico.

EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD, AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN FRENTE AL DERECHO A LA CREACIÓN ARTÍSTICA: ACERCA DE LA SERIE FARIÑA (STS 5362/2025)

THE CONFLICT BETWEEN THE RIGHT TO PRIVACY, HONOR, AND ONE'S OWN IMAGE VERSUS THE RIGHT TO ARTISTIC CREATION: ABOUT THE SERIES FARIÑA (STS 5362/2025)

Alberto Campos Jiménez
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha

Cómo citar/Citation
CAMPOS JIMÉNEZ, Alberto. "El conflicto entre el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen frente al derecho a la creación artística: acerca de la serie Fariña (STS 5362/2025)", en Parlamento y Constitución. Anuario. Cortes de Castilla-La Mancha-UCLM, Nº27, 2026.

https://doi.org/10.71206/rapc.424

Enviado: 05-05-2026
Aceptado: 30-07-2026

Resumen: La STS 5362/2025 aborda el conflicto entre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del artículo 18 CE y la libertad de creación artística reconocida en el artículo 20.1.b) CE en el contexto de una serie audiovisual inspirada en hechos reales. El Tribunal Supremo reafirma la autonomía constitucional de la creación artística y excluye la exigencia de veracidad propia del derecho a la información cuando se trata de obras de ficción dramatizada. La sentencia establece criterios relevantes para ponderar la inclusión de personajes reales en narrativas audiovisuales, atendiendo a la intensidad de la injerencia, la función narrativa y la percepción del espectador medio. Asimismo, delimita el alcance de la protección de la intimidad frente a recreaciones ficticias de la vida privada. El fallo consolida una doctrina jurisprudencial que refuerza la seguridad jurídica de la creación cultural sin desproteger los derechos de la personalidad, constituyendo un referente para futuros conflictos entre ficción audiovisual y derechos fundamentales.

Palabras clave: Derecho al honor, derecho a la intimidad, derecho a la imagen, libertad de creación artística, ponderación de derechos, obras audiovisuales.

Abstract: STS 5362/2025 addresses the conflict between the rights to honor, privacy, and personal image under Article 18 of the Spanish Constitution and the freedom of artistic creation recognized in Article 20.1.b) of the Spanish Constitution in the context of an audiovisual series inspired by real events. The Supreme Court reaffirms the constitutional autonomy of artistic creation and excludes the requirement of truthfulness inherent to the right to information when it comes to dramatized fictional works. The ruling establishes relevant criteria for weighing the inclusion of real characters in audiovisual narratives, considering the intensity of the interference, the narrative function, and the perception of the average viewer. Likewise, it defines the scope of privacy protection against fictional recreations of private life. The decision consolidates a jurisprudential doctrine that reinforces legal certainty for cultural creation without compromising personal rights, constituting a reference for future cases conflicts between audiovisual fiction and fundamental rights.

Key words: Right to honour, right to privacy, right to image, freedom of artistic creation, balancing of rights, audiovisual works.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN

2. ANTECEDENTES DEL RECURSO DE CASACIÓN

3. FUNDAMENTACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES CUYO AMPARO SOLICITAN

4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL SUPREMO

5. RESPUESTA A LOS RECURSOS Y FALLO

6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La STS 5362/2025 inaugura un estándar constitucional específico para las obras audiovisuales inspiradas en hechos reales, consolidando la autonomía normativa de la libertad de creación artística frente al paradigma informativo tradicional.

El presente trabajo sostiene como tesis principal que la STS 5362/2025 no constituye únicamente la resolución de un conflicto entre derechos de la personalidad y libertad de creación artística, sino que representa la consolidación jurisprudencial de un canon constitucional específico aplicable a las obras audiovisuales inspiradas en hechos reales. La sentencia evidencia el tránsito desde un modelo constitucional centrado en la libertad informativa hacia un paradigma en el que la ficción audiovisual adquiere autonomía normativa propia dentro del sistema de derechos fundamentales, redefiniendo los criterios de ponderación entre el artículo 18 CE y el artículo 20.1.b) CE.

Esta sentencia constituye un nuevo hito en la delimitación jurisprudencial de los límites entre la libertad de creación audiovisual y la protección de los derechos fundamentales de la personalidad en el contexto de las obras inspiradas en hechos reales. El caso analizado trasciende el conflicto individual para plantear la adaptación del sistema de derechos fundamentales a la cultura audiovisual contemporánea. En un escenario mediático caracterizado por la creciente hibridación entre relato histórico, ficción dramática y explotación comercial de acontecimientos notorios, la resolución afronta una cuestión de especial complejidad jurídica: ¿hasta qué punto la recreación artística puede incorporar elementos de la esfera íntima de personas reales identificables sin incurrir en una intromisión ilegítima?

El pronunciamiento reviste singular interés no solo por el supuesto concreto analizado, sino también por la metodología de ponderación empleada por el Tribunal Supremo entre la libertad de expresión y creación artística y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. La sentencia ofrece así criterios interpretativos relevantes para operadores jurídicos, productores audiovisuales y tribunales inferiores, contribuyendo a perfilar el estatuto jurídico de la ficción basada en la realidad en el marco constitucional español y europeo.

Más allá del caso concreto que se analizará, debemos llevar a cabo un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que, como intérprete máximo de la Constitución, determina si los derechos fundamentales han sido transgredidos o no.

2. ANTECEDENTES DEL RECURSO DE CASACIÓN

Para llevar a cabo un análisis de la sentencia es conveniente hacer una aproximación a ella, mediante los hechos y la sentencia de primera instancia que motivaron el recurso.

El demandante, interpuso demanda de juicio ordinario contra las mercantiles Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación S.A., Bambú Producciones S.L. y Netflix International BV, por la creación de una serie televisiva denominada "Fariña". La serie de televisión está basada en un libro de D. Jesús María e inspirada en los hechos relativos al contrabando de tabaco y a la introducción de droga en las costas gallegas en los años ochenta del siglo pasado. El demandante había sido condenado en firme por su participación en esa actividad. En la serie de televisión, uno de los personajes estaba inspirado en el demandante y aparecía con su nombre y apellido. La serie contenía algunas escenas de contenido sexual entre los personajes que encarnaban al demandante y a la que fue su segunda esposa. Asimismo, en una de las escenas se insinuaba una cierta relación del demandante con el tráfico de cocaína.

De esta forma, el demandante solicitaba que fuera estimado su *petitum*, y por ende, que se dictara sentencia favorable a sus intereses por medio de la cual:

1º se reconociera que las conductas llevadas a cabo por los codemandados habían vulnerado solidariamente su derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del artículo 18 de la Constitución Española y con arreglo a lo establecido en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen;

2º se condenara a los codemandados a cesar con la intromisión ilegítima en los derechos reconocidos constitucionalmente al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen;

3º se condenara a los codemandados al abono, de forma conjunta y solidariamente, de una indemnización por la intromisión ilegítima en los derechos del demandante;

4º se publicará, a costa de los codemandados, el fallo de la resolución que se dictara, en los diarios El Mundo, El País, La Voz de Galicia y Diario de Pontevedra y a su difusión en todos los informativos de la cadena Antena 3 Televisión y La Sexta.

5º al pago de las costas causadas en esa instancia.

La demanda, presentada el 15 de octubre de 2020, fue admitida y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Villagarcía de Arousa, siendo emplazado el Ministerio Fiscal (en adelante MF) y las partes codemandadas, las cuales solicitaron desestimar íntegramente la demanda presentada por la parte demandante. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Villagarcía de Arousa, dictó sentencia 24/2024, de 31 de enero, que desestimó la demanda, con imposición de costas a la parte demandante. La Audiencia considero que no se había vulnerado el derecho al honor del apelante porque *«el mero empleo del nombre propio de D. Clemente para uno de los personajes no constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, toda vez que nos encontramos ante una serie inspirada en hechos reales, que tomó aspectos de la realidad para elaborar las tramas que representa. El uso del nombre del demandante no es más que un instrumento creativo tendente a situar el hilo narrativo en un contexto sociohistórico determinado, con el fin de ubicar al espectador y facilitar el seguimiento de la trama. De hecho, en la serie se utiliza también el nombre de otras personas reales conocidas por su intervención en aquel contexto. En este sentido, el nombre no se emplea con fines comerciales, publicitarios o de análoga naturaleza (art. 7.6 LO 1/1982) y no constituye en sí mismo una intromisión ilegítima en la propia imagen del demandante».* Tampoco estimó la vulneración del derecho a la intimidad dado que *«se trata de una mera licencia creativa insertada en la serie que viene a reflejar el carácter sorpresivo de las detenciones efectuadas a los distintos integrantes de la red de traficantes a la que se refiere la serie, al igual que se puede observar con otros de los personajes como el de D. Héctor que se encontraba durmiendo».*

Al no estar conforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandante recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de Pontevedra,

oponiéndose tanto el MF como las representaciones de las partes que habían sido codemandadas en primera instancia.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dictó la sentencia 342/2024, de 25 de junio, en la que estimó parcialmente el recurso de apelación presentado. En concreto, consideró que las mercantiles Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación SA, Bambú Producciones SL, y Netflix International BV habían vulnerado el derecho a la intimidad personal del apelante en una escena de contenido sexual de un episodio de la serie televisiva. Así las cosas, condenaban a los codemandados a cesar en tal intromisión retirando de la serie "Fariña" la escena de sexo explícito referida y relacionada en autos, al inicio del Capítulo 1º, suprimiendo tales concretas imágenes y escena en todas las plataformas de Antena 3 y de su web desde la firmeza de esta resolución y en el futuro. También condenaba a las codemandadas solidariamente a que indemnicen al actor en la suma de quince mil euros, así como a que publicaran el fallo de la sentencia en el Informativo de Antena 3 Televisión de las 21:00 horas y dentro de los 5 días siguientes a la firmeza de esa resolución. Sobre las costas procesales no hacían imposición alguna.

No estando conforme ninguna de las partes con la sentencia de segunda instancia es por lo que la recurren en casación al Tribunal Supremo, por los motivos que a continuación analizaremos.

3. FUNDAMENTACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES CUYO AMPARO SOLICITAN

Las diferentes partes procesales esgrimieron motivos diversos para solicitar el amparo del alto Tribunal.

El planteamiento formulado por el demandante se centraba en la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos por el artículo 18.1 de la C.E. y de lo dispuesto en los artículos 7.6 y 9.2 y 3 de la Ley 1/82 de 5 de mayo, sobre protección de derechos fundamentales. Sobre la vulneración del derecho a la intimidad, considera que más escenas eróticas de la serie, en las que figura el personaje que lo representa, en las que constituyen una vulneración de ese derecho fundamental al producirse en un ámbito privado. También alega que se había vulnerado el derecho al honor con la escena en que se relaciona al demandante con el transporte de cocaína y que manifiesta, que cons-

tituye una falsa imputación de un delito que empeora la mala imagen del demandante. Por último, considera vulnerado el derecho a la propia imagen por el uso no consentido del nombre del demandante en la serie.

El recurso presentado por la mercantil Atresmedia valora que la sentencia recurrida incurre en la vulneración del derecho fundamental a la libertad de creación literaria del art. 20.1 b) CE, así como la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de esta sala acerca del derecho a la producción y creación literaria, todo ello en relación con el art. 18 CE. Argumenta «*que la infracción se ha producido porque la sentencia de segunda instancia ha asimilado la escena en la que basa su condena a una reproducción de hechos reales, que es lo que permitiría interpretar una lesión al derecho a la intimidad cuando en realidad se trata de un recurso de ficción, de escasa entidad («no desnudez y escasa duración», de dos segundos y medio) y sin reproducción de hecho alguno de la realidad. No cabe entender que la escena de la detención pueda contemplarse como un reflejo real de la intimidad del demandante, entendiendo como tal el derecho a disfrutar de un ámbito propio y reservado para desarrollar una vida personal y familiar plena y libre, excluido tanto del conocimiento como de las intromisiones de terceros*».

Por su parte, la mercantil Bambú Producciones S.L. argumenta que no se lleva a cabo la «vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión y a la creación artística del artículo 20.1, a) y b) de la Constitución. No puede considerarse intromisión en el derecho a la intimidad una escena inventada, manifiestamente ficticia, y que no desvela secretos o circunstancias reservadas». El motivo segundo del recurso de casación denuncia la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión y a la de creación artística del artículo 14 20.1, a) y b) de la Constitución, en relación con el artículo séptimo de la LO 1/1982. Considera que la Audiencia Provincial lleva a cabo un juicio ponderación subjetivo, erróneo y basado en criterios que carecen de relevancia para resolver la controversia».

El recurso de Netflix International BV alega la infracción del art. 18.1 CE (derecho fundamental a la intimidad personal y familiar), derivado de la incorrecta interpretación de su ámbito de protección, al considerar como una intromisión ilegítima una situación ficticia en la que aparecía el personaje que emula al demandante. Asimismo, considera que no toda actividad sexual se comprende dentro del derecho a la vida privada, particularmente cuando se

expone ampliamente. Indica, además, que el demandante ha aireado ampliamente sus relaciones personales y familiares, e incluso haciendo referencia a estas circunstancias en su autobiografía. También plantea la infracción del artículo 20.1.b) CE, en concreto el derecho fundamental a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica al considera que no existe ningún ánimo escarnio y que las breves escenas de contenido sexual se deben a una licencia creativa. Añaden que asumir lo contrario *«equivaldría a imponer a la industria española de la producción audiovisual una restricción ilegítima con un sesgo decididamente moralista, incompatible con una sociedad abierta, al impedir la representación de la sexualidad de las personas. El decoro o el buen gusto no son parámetros que rijan en materia de interpretación del derecho a la libertad de creación artística».*

Por último, el Ministerio Fiscal, informa indicando que no hay vulneración del derecho a la intimidad y que se trata de una mera licencia creativa insertada en la serie.

4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Desde esta perspectiva, la resolución analizada puede interpretarse como un paso decisivo en la configuración del estatuto constitucional de la ficción audiovisual, en línea con la tesis sostenida en este trabajo.

A la vista de todos los argumentos esgrimidos por las diferentes representaciones procesales, el Tribunal Supremo lleva a cabo una serie de cuestiones introductorias para analizar y enjuiciar la causa de autos, a través del juicio de ponderación de los derechos implicados, partiendo de una delimitación de estos.

El conflicto se centra entre los derechos de personalidad del artículo 18.1 CE (honor, intimidad y propia imagen) que el demandante considera vulnerados y el derecho a la creación y producción literaria y artística protegido por el art. 20.1.b) CE de la Constitución invocado por las demandadas. El Tribunal Supremo hace un inciso en su argumentación para indicar que la serie de televisión, «Fariña» es una obra audiovisual, protegida por la propiedad intelectual, y su producción y difusión está amparada por el derecho a la producción y creación literaria y artística que (junto con la científica y técnica) reconoce y protege el art. 20.1.b) CE. Considera el alto Tribunal que el hecho

que diversos textos internacionales relacionados con derechos humanos no reconozcan el derecho de creación y producción artística y literaria como un derecho autónomo respecto de las libertades de expresión e información, no es óbice para que el ordenamiento jurídico español lo establezca como un derecho autónomo. Este derecho abarca tanto a las obras de creación literaria, en el sentido estricto del término, así como también las obras audiovisuales.

Tras citar diversas sentencias[1] del Tribunal Supremo donde abordan esta cuestión, también menciona la doctrina del Tribunal Constitucional, que ya analizó su contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión. Analiza la STC 51/2008, de 14 de abril, la cual advierte que el derecho fundamental a la producción y creación literaria recogido en el artículo 20.1.b) CE no está sometido a la limitación de la veracidad restringir su faceta creativa. Por el contrario, sí que está sujeto a los límites contenidos en el artículo 20.4 CE, como son la intimidad, el honor y la propia imagen. En esta línea, y haciendo expresa mención a la STC citada, afirma que *«el objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares».*

Conforme a lo que antecede, debemos ver la evolución jurisprudencial al que han estado sujetos los derechos enjuiciados en la sentencia objeto de comentario. La base histórica constitucional del juicio de ponderación podemos encontrarla, entre otras, en la STC 105/1990, de 6 de junio, que establece que el conflicto entre las libertades reconocidas en el art. 20 C.E., y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, no conlleva que sean absolutos los derechos y libertades contenidos en la Constitución. El elemento clave a la hora de llevar a cabo el juicio de ponderación es atender a las circunstancias de las personas afectadas y la situación concreta, en particular cuando se alega la vulneración al derecho al honor. De esta forma, el Tribunal Supremo no crea criterios nuevos, sino que adapta el canon clásico a la ficción audiovisual, conectando la sentencia con la arquitectura clásica de ponderación constitucional. Debemos partir, a nuestro parecer, de varias etapas de desarrollo jurisprudenciales

1 Sentencias 441/2014 (sic), de 29 de julio de 2015, 498/2015, de 15 de septiembre, 50/2017, de 27 de enero, 47/2022, de 31 de enero, 1426/2024, de 29 de octubre, y 26/2025, de 7 de enero.

cial que se ha llevado a cabo. La primera etapa, (década de los años ochenta y noventa del siglo pasado), estaría marcado por una especial atención a la proyección y análisis de los derechos a la libertad de información y su conjunción con el derecho al honor; en una segunda etapa (a partir del comienzo del siglo XX), comienza el reconocimiento de la autonomía artística llegando a nuestros días, siendo la STS 5362/2025 y el "caso Fariña" el punto de consolidación de la ficción audiovisual.

Otro elemento que introduce la sentencia es la resolución de la problemática entre la relación entre el derecho al honor y la relevancia pública del personaje que ya fuera analizado por la STC 171/1990, de 12 de noviembre. Esta resolución judicial establece que el ejercicio de los derechos fundamentales debe equilibrarse. Recoge en su *FJ 5* que el tribunal, para llevar a cabo el juicio de ponderación entre derechos, debe indagar si en un caso «*concreto la relevancia pública de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada, y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidos en esa información»*. De esta manera, como sostiene el Tribunal Supremo en la sentencia, quienes adquieren notoriedad pública soportan mayor nivel de exposición crítica, lo que refuerza la solución a la que llega, conforme veremos, sobre la vulneración del derecho al honor.

La STC 176/1995, supondrá un importante análisis de las creaciones artísticas, en relación con la vulneración a la libertad de expresión y al derecho al honor, al hilo de la publicación de una serie gráfica de historieta cómica que atentaba frontalmente contra derechos fundamentales.

Otra sentencia relacionada con el caso será la STC 51/2008, de 14 de abril, que abordará la problemática de las creaciones artísticas y la afección con el derecho al honor. Considera el TC que la libertad de producción y creación científica es un derecho autónomo, que va más allá de la libertad de expresión (*FJ 5*). Además, fija que el «*objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares. Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una*

nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre».

Siguiendo con el análisis de la STS 5362/2025 objeto de este trabajo, analizando la problemática que presenta las obras audiovisuales o literarias basadas en derechos reales, en las que pueden conocerse personajes reales de la novela o película. Recoge, en primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), aplicando el Tribunal Supremo implícitamente sus criterios, que menciona la potencialidad ofensiva del honor de determinadas personas en la producción y difusión de estas obras. Así, la STS 5362/2025 se inserta en la evolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que reconoce un amplio margen expresivo a la creación literaria y artística incluso cuando utiliza personajes reales identificables. En concreto, cita la *STJUE de 22 de octubre de 2007, caso Lindon, Otchakovsky-Laurens y July contra Francia,* reconociendo que la creación literaria goza de amplio margen expresivo incluso cuando utiliza personajes reconocibles; también señala, pese a un error en cuanto al año de la sentencia (es de 2015 y no de 2005), la STJUE *de 12 de marzo de 2015, caso Almeida Leitâo Bento Fernández contra Portugal*. El eje central del caso es la ponderación entre el artículo 10 (expresión/creación) y el artículo 8 (vida privada, honor y reputación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal reconoce expresamente que la creación artística está protegida por el artículo 10 CEDH, incluso cuando utiliza exageración, ficción o provocación, gozando las novelas, obras literarias y creaciones imaginativas de una protección reforzada frente a injerencias estatales. En este caso, el TJUE no otorgo amparo a la demandante, dado que estimó que sobrepasó los límites de la creación artística, atentando su obra contra el honor e intimidad de diferentes personas, no pudiendo servir la ficción de escudo absoluto frente a otros derechos.

El Tribunal Supremo, en segundo lugar, menciona que la concurrencia de ciertos rasgos propios de las libertades de expresión y de información podría justificar la concurrencia de los requisitos de legitimidad en su ejercicio exigidos por la jurisprudencia para estas libertades públicas.

Para ello, cita la STC 1/2025, de 13 de enero, que declara al respecto: «*El art. 20.1 CE reconoce y protege varios derechos fundamentales que tienen como objeto común la libre elaboración y circulación de discursos y de obras de creación, cuyo ámbito de protección no es coincidente, como tampoco lo son los criterios aplicables para enjuiciar la legitimidad de su ejercicio cuando colisiona con los derechos fundamentales de otras personas. De lo que se sigue la relevancia de la correcta identificación de cuál o cuáles son, en cada caso, los derechos que ofrecen cobertura a la actividad de creación y difusión de un discurso, un mensaje o una obra. Una operación que ha de realizarse teniendo en cuenta que un determinado producto de creación literaria o audiovisual puede resultar al mismo tiempo del ejercicio de varios de estos derechos, supuesto en el que resultarían aplicables, en la proporción correspondiente, las exigencias y límites propios de cada uno de ellos (STC 34/2010, FJ 3)».*

La posterior STC 117/2025, de 13 de mayo, se pronuncia en igual sentido, ratificando la anterior. Indica que, atendiendo a la intensidad de la realidad de la obra, menor será su potencial ofensivo sobre los derechos de la persona que pudieran estar afectados. La carencia absoluta de cualquier tipo de referencia, que conlleva a calificar a esa obra de ficción pura, o cuando no pueda identificarse a personas con determinadas realidades, entonces no podrá establecerse bajo ningún concepto que ese tipo de obras o creaciones lesionen derechos de personalidad.

El Tribunal Supremo, habiendo delimitado el caso objeto de recurso de casación, estima que la filiación del demandante es fácilmente identificable en la serie, en la cual, figuran y es identificado con sus nombres y apellidos. Además, el actor que lo caracteriza se asemeja físicamente al demandante y lleva a cabo los actos por los cuales también fue condenado en la jurisdicción penal (narcotráfico en Galicia).

En cuanto a la fidelidad de la obra a los hechos narrados, en los títulos de cada capítulo se advierte al espectador de que se trata de una obra audiovisual «inspirada en hechos reales» y que «algunas escenas y personajes han sido dramatizados por razones narrativas». Como ya confirmada la instancia, «no se trata de un documental u otro formato puramente periodístico que trate de reflejar estrictamente la realidad de unos hechos, sino una obra que ficciona situaciones, hechos y personajes a partir de otros que efectivamente ocurrieron».

Esto implica una relación un tanto ambigua con la realidad: «*la obra audiovisual narra hechos relacionados con los que sucedieron en realidad («inspirados» en ellos), pero con las licencias creativas («dramatización») propias de una creación audiovisual diferente del simple documental o reportaje periodístico*. La relación de la narración audiovisual de la obra con los objetos y sujetos del mundo real, se inclina en este caso hacia una mayor cercanía a los hechos reales, pero sin eliminar completamente la posibilidad de licencias creativas, de modo que esa correspondencia con la realidad se encuentra matizada».

5. RESPUESTA A LOS RECURSOS Y FALLO

El Tribunal Supremo, tras toda la exposición y análisis de los motivos esgrimidos en los diferentes recursos, da respuesta a todas las cuestiones, analizando individualmente los derechos fundamentales enjuiciados de forma individual.

Sobre el derecho al honor, desestima la impugnación pretendida por el demandante. Considera que el demandante es un personaje público, condenado por el tráfico elevado de sustancias ilegales estupefacientes a elevadas penas de prisión lo que constituye un asunto de interés general. De esta forma, que en una escena de la serie televisiva se le relacione con el tráfico de cocaína no constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, «*pese a que en la serie el personaje aparezca con su nombre y apellidos y la serie afirme estar «inspirada en hechos reales».* Y todo ello, porque no es posible exigir en este caso la obligación de veracidad, exigible para el ejercicio del derecho de información del artículo 20.1.d) CE. Como obra audiovisual que es la serie televisiva, se ejercita el derecho fundamental de producción y creación artística amparado por el art. 20.1.b) CE y al afirmarse que está «inspirada en hechos reales» el espectador es consciente de que pueden emplearse algunos recursos narrativos que no reflejen fielmente lo sucedido en la realidad en la que se inspira la obra. Amén de lo anterior, la relación del demandante con el tráfico de cocaína no es un menoscabo relevante de la reputación, dado que ha sido condenado por gravísimas acciones relacionadas con el narcotráfico.

Sobre la vulneración del derecho a la propia imagen, el Tribunal Supremo desestima el recurso del demandante, al considerar que no se ha con-

culcado. No habiendo sido cuestionada la ratio decidendi de la sentencia recurrida sobre esta cuestión, no puede ser abordado entonces en apelación.

Respecto del derecho a la intimidad, las partes esgrimen motivos y posiciones totalmente contrapuestas que el Tribunal Supremo desglosa así: «*Mientras que el demandante cuestiona que solo se haya considerado constitutiva de intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad la primera escena, en la que es sorprendido manteniendo relaciones íntimas con su esposa cuando la policía irrumpe en su pazo para detenerle, y pretende que se extienda esta calificación de intromisión ilegítima a otras dos escenas de contenido sexual, las demandadas cuestionan que esa primera escena pueda ser considerada como una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del demandante y solicitan la plena desestimación de la demanda».* El Tribunal Supremo resuelve que la obra audiovisual cuestionada es una obra de ficción, no un documental y, que, por tanto, se basa en hechos y personajes reales dramatizados, sujetos a licencias creativas entre las que estarían la recreación de situaciones de la vida privada de los personajes, tales como diálogos, actividades cotidianas, encontrándose también las relaciones íntimas de pareja.

Las relaciones íntimas forman parte del ámbito protegido por el derecho a la intimidad. Sin embargo, el objeto del presente recurso es la inclusión en la serie de escenas íntimas interpretadas por actores en el marco de una obra audiovisual. Los recurrentes afirman que los hechos que se presentan como ficticios (esto es, que no se imputan como hechos o conductas realmente realizadas por los personajes verdaderos, sino que se trata de escenas de una obra audiovisual de ficción, representadas por actores) no pueden atentar contra su intimidad. En este punto, el Tribunal lleva a cabo un juicio de ponderación si entre la afectación del derecho a la intimidad es proporcionada, legitimada por el ejercicio de la libertad de creación artística y literaria, conforme a parámetros constitucionales.

Atendiendo al caso concreto objeto de este recurso, el Tribunal Supremo toma en consideración los siguientes elementos: «*el grado de intensidad o detalle con que se representan las conductas íntimas; la función que las escenas desempeñan en el conjunto de la narrativa; la duración y prominencia de las secuencias dentro de la obra; hasta qué punto lo representado se adentra en el núcleo estrictamente reservado de la vida privada de la persona identificada; y si es razonable que el espectador lo perciba como una recreación plau-*

sible de hechos atinentes a su intimidad». La serie versa sobre un personaje, inspirado en el demandante, el cual se dedicaba al contrabando de tabaco y a introducir cocaína a través de las costas gallegas. La cuestión aquí discutible, como señala el tribunal, es si las escenas íntimas representadas por actores afectan de forma grave al derecho a la intimidad del demandante. Considera que las escenas no son especialmente explícitas, son muy breves (dos segundos) y muestran desnudos parciales. De esta forma, no se está ante una exposición real de la intimidad del demandante, sino ante una recreación dramática que no pretende divulgar hechos auténticos relativos a su vida sexual, conforme puede entender el espectador medio.

A la vista todas estas circunstancias el Tribunal falla que la «*eventual afectación a su intimidad carece de la gravedad necesaria para prevalecer sobre la libertad de creación artística de los demandados»*.

6. CONCLUSIONES

La STS 5362/2025 representa una aportación especialmente significativa a la doctrina constitucional sobre la colisión entre los derechos de la personalidad del artículo 18 CE y la libertad de creación artística reconocida en el artículo 20.1.b) CE, en un contexto social marcado por la expansión de las narrativas audiovisuales inspiradas en hechos reales. La relevancia de la resolución no reside únicamente en el caso concreto de la serie *Fariña*, sino en la sistematización que realiza el Tribunal Supremo del estatuto jurídico constitucional de la ficción basada en la realidad.

En primer lugar, la sentencia consolida definitivamente la autonomía constitucional de la libertad de creación artística respecto de las libertades de expresión e información. El Tribunal Supremo no se limita a reiterar doctrina previa, sino que refuerza una idea de especial trascendencia dogmática: la creación artística no está sometida al canon de veracidad propio del derecho a la información. Esta afirmación desplaza el eje del análisis desde la exactitud factual hacia la protección del proceso creativo, reconociendo que la ficción opera mediante dramatización, síntesis narrativa y reconstrucción imaginativa de la realidad. Con ello, el Tribunal evita una interpretación que, de imponerse, habría supuesto una restricción estructural para la industria cultural y audiovisual.

En segundo término, la sentencia perfila con mayor precisión el método de ponderación aplicable cuando las obras artísticas incorporan personajes reales identificables. El Tribunal introduce criterios operativos, que podríamos denominar como "canon Fariña" y que serían:

1. inexistencia de deber de veracidad en la ficción;
2. percepción del espectador medio como criterio interpretativo;
3. legitimidad de la dramatización narrativa;
4. exigencia de afectación grave para limitar la creación artística;
5. tolerancia reforzada respecto de personajes notorios.

Estos elementos trascienden el caso concreto y ofrecen pautas claras para futuros litigios. Esta aportación posee evidente valor doctrinal, pues desplaza el análisis desde juicios morales o subjetivos hacia parámetros constitucionalmente objetivables.

Especialmente relevante resulta la afirmación de que la mera recreación ficticia de aspectos íntimos no constituye automáticamente una intromisión ilegítima. El Tribunal Supremo distingue entre la divulgación de hechos reales de la vida privada (protegida intensamente por el artículo 18 CE) y la representación dramatizada que el público percibe como construcción narrativa. Esta distinción contribuye a evitar un efecto disuasorio sobre la creación artística, que podría derivarse de una concepción expansiva del derecho a la intimidad aplicada a obras de ficción.

Desde la perspectiva del derecho al honor, la sentencia refuerza asimismo una línea jurisprudencial constante: cuando concurren relevancia pública de los hechos y notoriedad derivada de conductas delictivas previamente enjuiciadas, el umbral de protección frente a recreaciones artísticas se reduce, siempre que no exista una deformación gravemente vejatoria o carente de conexión con el contexto narrativo.

En términos doctrinales, el pronunciamiento supone un equilibrio especialmente significativo entre protección de la dignidad personal y salvaguarda del pluralismo cultural propio de una sociedad democrática. El Tribunal Supremo parece asumir que la ficción audiovisual constituye hoy un instrumento

esencial de construcción del debate público y de memoria colectiva, razón por la cual su restricción solo puede justificarse ante afectaciones intensas y cualificadas de los derechos de la personalidad.

En definitiva, la sentencia comentada marca un punto de madurez en la jurisprudencia española sobre libertad de creación artística: no proclama la prevalencia automática de esta libertad, pero sí establece que su limitación exige una lesión real, grave y constitucionalmente relevante. La evolución jurisprudencial analizada refleja, en última instancia, la adaptación del constitucionalismo contemporáneo a un ecosistema comunicativo dominado por narrativas híbridas propias de la cultura audiovisual digital. El comentario resulta, por ello, plenamente justificado, pues la resolución fija criterios interpretativos que previsiblemente orientarán tanto la práctica judicial futura como la producción cultural, consolidando un modelo de ponderación más coherente con las exigencias de una esfera pública mediática crecientemente ficcionalizada.

V. NUEVO DERECHO TRANVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

SUMARIO

● **Francisco José Sierra Fernández.** "Balance de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad a los veinte años (2006-2026): educación inclusiva, lengua de signos y acceso a la justicia de las personas sordas en España".

BALANCE DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LOS VEINTE AÑOS (2006-2026): EDUCACIÓN INCLUSIVA, LENGUAJE DE SIGNOS Y ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS SORDAS EN ESPAÑA

ASSESMENT OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES AFTER TWENTY YEARS (2006-2026): INCLUSIVE EDUCATION, SIGN LANGUAGE AND ACCESS TO JUSTICE FOR DEAF PEOPLE IN SPAIN

Francisco José Sierra Fernández
Doctor en Derecho UCLM
pacusierra@gmail.com

Cómo citar/Citation
SIERRA FERNÁNDEZ, Francisco José. "Balance de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a los veinte años (2006-2026): educación inclusiva, lenguaje de signos y acceso a la justicia de las personas sordas en España", en Parlamento y Constitución. Anuario. Cortes de Castilla-La Mancha-UCLM, Nº27, 2026.

https://doi.org/10.71206/rapc.427

Enviado: 25-05-2026
Aceptado: 30-07-2026

Resumen: Este trabajo analiza la evolución del reconocimiento jurídico de los derechos de las personas sordas en España a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), veinte años después de su adopción. Se examinan, desde una perspectiva constitucional y convencional, los avances normativos y los déficits estructurales persistentes en materia de educación inclusiva y acceso a la justicia, con especial atención a la lengua de signos española, los ajustes razonables y la accesibilidad cognitiva. El estudio concluye que, pese al desarrollo normativo reciente, persisten barreras estructurales que afectan al contenido esencial de los derechos fundamentales implicados.

Palabras clave: discapacidad, lengua de signos, educación inclusiva, acceso a la justicia, accesibilidad cognitiva, igualdad, Convención ONU.

Abstract: This paper analyzes the evolution of the legal recognition of the rights of deaf people in Spain in light of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), twenty years after its adoption. From a constitutional and conventional perspective, it examines the regulatory advances and persistent structural shortcomings in inclusive education and access to justice, with particular attention to Spanish Sign Language, reasonable accommodations, and cognitive accessibility. The study concludes that, despite recent regulatory developments, structural barriers persist that affect the essential content of the fundamental rights involved.

Key words: disability, sign language, inclusive education, access to justice, cognitive accessibility, equality, UN Convention.

SUMARIO

1. CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO DE LA

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD MATERIAL Y LA DISCAPACIDAD

3. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO NORMA DE INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL

4. LA LENGUA DE SIGNOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL EMERGENTE

5. ACERCAMIENTO AL PROBLEMA ESTRUCTURAL: EDUCACIÓN Y JUSTICIA

6. DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LAS PERSONAS SORDAS: CONFIGURACIÓN ESTRUCTURAL

7. EDUCACIÓN INCLUSIVA Y MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

8. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

9. BALANCE CRÍTICO DE LOS VEINTE AÑOS DE LA CONVENCIÓN EN ESPAÑA. EDUCACIÓN Y JUSTICIA COMO ESPACIOS DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

10. CONCLUSIONES

1. CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO DE LA DISCAPACIDAD

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2006[1] y en vigor desde 2008 en el ordenamiento español[2], constituye el instrumento jurídico más relevante en la transformación contemporánea del estatuto jurídico de la discapacidad.

Su impacto no se limita a la creación de nuevos derechos, sino que implica una reconfiguración estructural del modo en que los ordenamientos constitucionales comprenden la igualdad, la accesibilidad y la participación social de las personas con discapacidad[3].

El cambio más relevante es la sustitución del modelo médico-rehabilitador por el modelo social de derechos humanos, conforme al cual la discapacidad no reside en la persona, sino en la interacción entre la persona y las barreras sociales, físicas, comunicativas y normativas que impiden su participación plena en igualdad de condiciones[4].

En relación con las personas sordas, la transformación conceptual introducida por la Convención adquiere una relevancia singular debido al reconocimiento de la lengua de signos como elemento esencial de identidad lingüística y cultural[5]

Este giro conceptual tiene consecuencias directas en el ordenamiento jurídico español, especialmente en la interpretación de los artículos 9.2, 10.1, 14 y 27 de la Constitución Española (CE)[6], que deben ser leídos a la luz del bloque de convencionalidad integrado por la CDPD.

1 Naciones Unidas. (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Resolución A/RES/61/106, 13 de diciembre de 2006.

2 Naciones Unidas (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (BOE 21/4/2008, núm 96).

3 Palacios, A. (2008). El modelo social de discapacidad. Madrid: CERMI, pp. 25–31.

4 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, apartado e).

5 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 24.3

6 Constitución Española, arts. 9.2, 10.1, 14 y 27 (BOE 29/12/1978, núm. 311)

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD MATERIAL Y LA DISCAPACIDAD

En una primera consideración, hay que tener en cuenta el concepto de igualdad, tanto desde el prisma de la igualdad formal, como de la igualdad sustantiva

El artículo 14 CE consagra el principio de igualdad y prohíbe toda discriminación, incluyendo la basada en circunstancias personales o sociales. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha consolidado una interpretación material del principio de igualdad, que exige no solo la ausencia de discriminación directa, sino también la corrección de desigualdades estructurales.

El artículo 9.2 CE refuerza esta dimensión al imponer a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas.

En el caso de las personas sordas, esta obligación adquiere una dimensión reforzada, dado que las barreras comunicativas afectan directamente al ejercicio de derechos fundamentales[7].

Por otra parte, hemos de tener en cuenta el principio constitucional de la dignidad como fundamento del estatuto jurídico de la discapacidad. Así, el artículo 10.1 de la Constitución establece que la dignidad de la persona constituye el fundamento del orden político y de la paz social. Este precepto ha sido interpretado como cláusula estructural del sistema de derechos fundamentales, como la jurisprudencia constitucional ha formulado en reiteradas ocasiones[8].

La discapacidad, entendida desde el modelo social, afecta directamente a la dignidad cuando las instituciones públicas no garantizan condiciones de accesibilidad y comunicación adecuadas. Como consecuencia de ello, la falta de accesibilidad lingüística para personas sordas no constituye únicamente una deficiencia técnica, sino una afectación estructural de la dignidad en su dimen-

7 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, (BOE 3/12/2013, núm 289), arts. 2 y 23

8 Tribunal Constitucional, STC 53/1985, de 11 de abril

sión relacional[9]. En este sentido, cabe destacar que la lengua de signos constituye un elemento esencial de identidad cultural y lingüística y cultural de la comunidad sorda[10].

3. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO NORMA DE INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL

Hemos de comenzar describiendo la naturaleza jurídica de la Convención, así como su plena eficacia interna, puesto que el texto de la Convención, fue ratificado por España en 2008, forma parte del ordenamiento interno conforme al artículo 96 de la Constitución y tiene valor interpretativo reforzado en materia de derechos fundamentales.

De la misma forma, el Tribunal Constitucional ha reconocido reiteradamente que los tratados internacionales sobre derechos humanos constituyen parámetros interpretativos del contenido de los derechos fundamentales (STC 140/2018).

Para ello, el artículo 24 de la Convención, en relación a la educación inclusiva establece la obligación de los Estados de garantizar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles, así como el acceso a la educación en igualdad de condiciones.

Este precepto incluye tres obligaciones específicas de especial relevancia, que deben ser los parámetros de referencia a la hora de abordar cualquier evaluación de los derechos de las personas sordas, uno es el desarrollo de la lengua de signos, otro es la facilitación del aprendizaje en lengua de signos, y en tercer lugar, la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas. Cuestiones que deben estimadas como obligaciones no solo programáticas, sino exigibles en términos de derechos humanos.

Del mismo modo, el artículo 2 de la Convención describe jurídicamente el concepto de "ajustes razonables", y este hecho constituye uno de los ele-

9 Belda Pérez-Pedrero, E. (2020). Dignidad y discapacidad. Valencia: Tirant lo Blanch.

10 Kymlicka, W. (1996). Ciudadanía multicultural. Barcelona: Paidós.

mentos centrales del sistema de protección de la Convención. Se entiende por ajuste razonable toda modificación o adaptación necesaria y adecuada que no imponga una carga desproporcionada, destinada a garantizar el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones. La denegación de ajustes razonables constituye discriminación directa según la propia Convención[11]

4. LA LENGUA DE SIGNOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL EMERGENTE

El enfoque que la Convención otorga a la lengua de signos no es un sistema auxiliar de comunicación, sino una lengua natural con estructura gramatical propia, comunidad lingüística y función identitaria. Por tanto, dispone de una naturaleza lingüística y cultural con entidad propia.

Desde una perspectiva jurídico-constitucional, su protección se vincula a cuestiones del máximo nivel constitucional, como el pluralismo cultural (art. 1.1 de la Constitución), la dignidad humana (art. 10.1 CE), que hemos analizado más arriba, la igualdad material (art. 14 CE) y la participación social y la remoción de obstáculos que todo poder público debe emprender (art. 9.2 CE)

La entrada en vigor de la Convención coincidió con un reconocimiento normativo en España, a través de la Ley 27/2007, de 23 de octubre[12], y que supuso el primer reconocimiento legal de las lenguas de signos españolas[13], aunque su diseño normativo ha sido objeto de crítica doctrinal por su carácter híbrido entre reconocimiento lingüístico y enfoque asistencial[14]. La doctrina especializada ha señalado que la Ley 27/2007 supuso un avance histórico en el reconocimiento jurídico de la comunidad sorda[15].

11 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2. Tribunal Constitucional, STC 53/1985, de 11 de abril

12 Ley 27/2007, de 23 de octubre, (BOE 24/10/2007, núm. 255)

13 Ley 27/2007, art. 1.

14 Muñoz-Baell, I. et al. (2011). Comunidades sordas: ¿pacientes o ciudadanas? Gaceta Sanitaria, 25 (1), pp. 74–79

15 Belda Pérez-Pedrero, E. (2012). La protección constitucional y legal de la lengua de signos. Valladolid: Lex Nova.

La disposición final cuarta de la Ley 27/2007 establecía la obligación del Gobierno de aprobar un reglamento de desarrollo[16]. El posterior desarrollo mediante el Real Decreto 674/2023[17] ha reforzado parcialmente las obligaciones de accesibilidad comunicativa en ámbitos educativos y administrativos. La prolongada ausencia de desarrollo reglamentario puede analizarse desde la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión[18]

Existe además una dimensión internacional del derecho a la lengua de signos, por cuanto el Comité de la Convención ha reconocido que las lenguas de signos deben ser protegidas como lenguas minoritarias con pleno estatuto jurídico, no como simples herramientas de accesibilidad. Este enfoque aproxima el estatuto de la lengua de signos al de otras lenguas minoritarias protegidas en el derecho internacional.

5. ACERCAMIENTO AL PROBLEMA ESTRUCTURAL: EDUCACIÓN Y JUSTICIA

El análisis del derecho de las personas sordas se va a efectuar analizando dos ámbitos estructurales, como son el sistema educativo y el sistema de justicia, pues ambos constituyen espacios en los que la accesibilidad lingüística determina la efectividad del resto de derechos fundamentales.

6. DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LAS PERSONAS SORDAS: CONFIGURACIÓN ESTRUCTURAL

El derecho a la educación de las personas sordas se inserta en un sistema normativo complejo en el que confluyen el artículo 27 CE[19], la Convención y la legislación orgánica educativa. Su análisis no puede reducirse a un derecho de acceso, sino que debe entenderse como un derecho a la participación plena en condiciones de igualdad sustantiva dentro del sistema educativo ordinario.

16 Ley 27/2007, disposición final cuarta

17 Real Decreto 674/2023, de 18 de julio, (BOE 20/7/2023, núm. 171)

18 Fernández Rodríguez, J. (1998). La inconstitucionalidad por omisión. Madrid: Civitas.

19 Constitución Española, art. 27.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la educación no se agota en la mera escolarización, sino que exige condiciones materiales que lo hagan efectivo (STC 86/1985)[20]. Esta doctrina adquiere una dimensión reforzada cuando se proyecta sobre colectivos en situación de desventaja estructural.

En el caso de las personas sordas, la barrera no es física ni meramente organizativa, sino lingüística. La ausencia de entornos educativos accesibles convierte el derecho a la educación en un derecho formalmente reconocido pero materialmente limitado.

7. EDUCACIÓN INCLUSIVA Y MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

La Convención dibuja un modelo de educación inclusiva a raíz de la concepción del modelo social de la discapacidad. Por ello, se redefine el concepto de educación de las personas con discapacidad, y así, el artículo 24 de la Convención impone a los Estados la obligación de garantizar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles. Esta obligación no se formula como un objetivo programático, sino como un mandato jurídico exigible, que desplaza cualquier modelo basado en la segregación educativa por razón de discapacidad. El artículo 24.3.b) de la Convención[21] exige facilitar el aprendizaje de la lengua de signos. Asimismo, el artículo 24.3.c)[22] establece la obligación de promover la identidad lingüística de las personas sordas.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha precisado que la educación inclusiva no consiste en integrar a estudiantes con discapacidad en estructuras preexistentes, sino en transformar el sistema educativo para eliminar barreras estructurales de acceso, participación y aprendizaje (Comité CDPD, Observación General n.º 4, 2016[23]).

20 Tribunal Constitucional, STC 86/1985, FJ 3.º

21 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 24.3.b).

22 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 24.3.c).

23 Documento completo de la Observación nº4, Enlace web:
https://docs.un.org/es/CRPD/C/GC/4

En el caso de las personas sordas, esta transformación afecta directamente al núcleo del proceso educativo, dado que la comunicación constituye la condición de posibilidad del aprendizaje. Sin accesibilidad lingüística no existe igualdad educativa en sentido material. Además, y en el mismo sentido, la ausencia de intérpretes de lengua de signos o de recursos adecuados puede generar discriminación indirecta, a la luz de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación[24].

Por ello, se antoja como fundamento en la búsqueda de la aplicación material en esta materia la definición de un modelo bilingüe-bicultural en la educación de personas sordas debemos partir de la premisa de que la lengua de signos debe constituir la primera lengua de acceso al conocimiento, mientras que la lengua oral/escrita se adquiere como segunda lengua. Este modelo ha sido defendido por la doctrina especializada en estudios sordos y lingüística aplicada, así como por organismos representativos de la comunidad sorda como la Confederación Estatal de personas sordas (CNSE) y el Centro de Normalización de la Lengua de Signos (CNLSE).

Su fundamento jurídico puede reconducirse a tres ejes normativos. Por un lado el derecho genuino a la educación, establecido por el art. 27 de la Constitución, de la misma forma por el principio de igualdad y no discriminación postulado por el art. 14 de la Constitución, y por último, por el art. 24 de la Convención que establece y diseña la educación inclusiva en relación con la lengua de signos.

La doctrina en la materia ha determinado en reiteradas ocasiones, que en España, tal y como ha dejado sentado BELDA, (...) "*pese al reconocimiento normativo de las lenguas de signos en la Ley 27/2007, la implantación del modelo bilingüe en España ha sido desigual, fragmentaria y dependiente de decisiones autonómicas y locales*"[25].

De la misma forma, Esteban y Ramallo han puesto en evidencia que (...) "*diversos estudios han señalado que el sistema educativo español mantiene*

24 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, (BOE 13/7/2022, núm 167) arts. 2 y 6

25 Belda Pérez-Pedrero, 2012, pp. 87–103

una fuerte tendencia hacia modelos oralistas o de integración parcial, en los que la lengua de signos se utiliza como apoyo y no como lengua vehicular del aprendizaje"[26]. Este déficit estructural genera desigualdades territoriales incompatibles con el artículo 139 CE, que garantiza la igualdad de derechos en todo el territorio del Estado, como pone en evidencia diferentes sentencias del Tribunal Constitucional[27]

Los efectos jurídicos de esta ausencia de modelo bilingüe efectivo no constituye únicamente una cuestión pedagógica, sino un problema constitucional puesto que desde la perspectiva del derecho fundamental a la educación, se está produciendo, por un lado, la limitación del acceso real al currículo, por otra, el consiguiente retraso educativo, la desigualdad en la adquisición de competencias básicas y la segregación funcional dentro del sistema educativo ordinario. Estas consecuencias pueden ser analizadas como formas de discriminación indirecta en los términos del artículo 2 de la Convención y del artículo 6 de la Ley 15/2022.

En materia de jurisprudencia constitucional y siempre en relación con el derecho a la educación, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una doctrina constante y extensa sobre el derecho a la educación como derecho de configuración legal con un contenido esencial garantizado. La STC 86/1985 constituye el punto de partida al afirmar que el derecho a la educación exige una acción positiva del Estado destinada a remover obstáculos. Posteriormente, la STC 95/2000 reforzó la idea de que los derechos sociales vinculados a derechos fundamentales no pueden quedar vacíos de contenido por razones organizativas o presupuestarias. En el ámbito de la discapacidad, la jurisprudencia constitucional ha evolucionado hacia un enfoque más cercano al modelo social, especialmente tras la incorporación de la Convención al bloque de constitucionalidad interpretativa.

De la misma forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha consolidado una doctrina relevante en materia de educación inclusiva y discapacidad. Así, en el asunto "Çam c. Turquía" (2016), el Tribunal declaró que la denegación de acceso a la educación por falta de ajustes razonables constituye

26 Esteban & Ramallo, 2019, pp. 28–34

27 STC 31/2010, FJ 69

discriminación contraria al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 2 del Protocolo n.º 1[28]. Este pronunciamiento resulta especialmente relevante porque introduce dos argumentos de plena vigencia jurídica, como son la obligación de proporcionar ajustes razonables como componente de la igualdad, y la prohibición de exclusión indirecta en los sistemas educativos.

Ambos elementos son plenamente trasladables a la situación de las personas sordas en España. La lengua de signos constituye el elemento central de acceso al derecho a la educación para el alumnado sordo. Su ausencia o uso restringido implica una ruptura en la cadena de transmisión del conocimiento que afecta tanto a la comprensión de contenidos, la participación en el aula, la evaluación del aprendizaje y el desarrollo cognitivo y lingüístico.

Por ello, desde una perspectiva jurídica, esta situación puede reconducirse a una vulneración del contenido esencial del artículo 27 de la Constitución cuando impide el desarrollo pleno de la personalidad. En este sentido, la Convención refuerza esta interpretación al establecer la obligación de facilitar la adquisición y el aprendizaje de la lengua de signos en entornos educativos inclusivos.

El sistema educativo español presenta tres déficits estructurales en relación con el alumnado sordo, uno y primero, en el déficit de recursos humanos, puesto que existen escasez de intérpretes de lengua de signos, hay falta de formación especializada del profesorado y una alta temporalidad de los servicios de apoyo, otro segundo, en el déficit propiamente del modelo educativo, puesto que existe un predominio de los enfoques integradores sobre los inclusivos, una ausencia de generalización del modelo bilingüe, y la utilización residual de la lengua de signos en aula. Por último, hay un déficit de homogeneidad territorial, pues se encuentran diferencias entre comunidades autónomas, en tanto en cuanto hay desigualdad en la provisión de recursos y una dependencia de decisiones presupuestarias autonómicas Estos déficits generan una fragmentación del derecho a la educación incompatible con el principio de igualdad material que la Constitución propugna.

28 Sentencia completa del TEDH (inglés). Enlace web:
https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-161149%22]}

Existe de manera añadida, una interacción entre la educación de las personas sordas y el concepto de accesibilidad universal, definida en el Real Decreto Legislativo 1/2013, constituye un presupuesto estructural del ejercicio del derecho a la educación. En el caso de las personas sordas, la accesibilidad se concreta en tres vertientes de esta accesibilidad, la lingüística (lengua de signos), la accesibilidad comunicativa (a través de la interpretación en lengua de signos), y la accesibilidad tecnológica (desplegando la subtitulación y el uso de plataformas educativas). La ausencia de cualquiera de estas dimensiones compromete la efectividad del derecho fundamental.

Por tanto, el análisis del derecho a la educación inclusiva de las personas sordas revela que el problema no reside en el reconocimiento normativo del derecho, sino en su implementación estructural y material. La Convención ha elevado el estándar jurídico de protección, pero el sistema educativo español continúa mostrando déficits significativos en la incorporación efectiva de la lengua de signos y del modelo bilingüe.

Una cuestión relevante consiste en que la Convención no configura la educación inclusiva como una mera política pública educativa, sino como un auténtico derecho humano directamente exigible. El artículo 24 de la Convención establece que los Estados Partes deben garantizar "un sistema de educación inclusivo a todos los niveles", asegurando simultáneamente el aprendizaje de la lengua de signos y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas (art. 24.3.b y c de la Convención). Este elemento posee extraordinaria relevancia jurídica porque desplaza definitivamente el análisis desde la mera integración escolar hacia la garantía efectiva de accesibilidad lingüística y participación en igualdad de condiciones.

La diferencia entre integración e inclusión resulta central desde el punto de vista jurídico-constitucional. El modelo integrador presupone la adaptación del alumno al sistema educativo ordinario, mientras que el modelo inclusivo obliga al sistema educativo a transformarse estructuralmente para garantizar la participación efectiva del alumnado diverso. Esta distinción aparece claramente recogida por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General núm. 4 (2016), donde se afirma que la integración "no es inclusión" cuando el entorno educativo continúa siendo inaccesible lingüística y comunicativamente.

Desde esta perspectiva, el mantenimiento en España de modelos predominantemente oralistas o de integración parcial genera tensiones evidentes con el contenido vinculante del artículo 24 CDPD. El problema jurídico no radica únicamente en la existencia formal de acceso al sistema educativo, sino en la calidad constitucional y convencional de dicho acceso. Una escolarización formal sin acceso efectivo a la comunicación puede convertirse en una forma de exclusión estructural incompatible con los artículos 14 y 27 CE interpretados conforme al artículo 10.2 CE y a la propia Convención.

La STC 86/1985, correctamente citada en el texto, constituye un precedente esencial porque establece que el derecho a la educación exige "una acción positiva del Estado". Esta formulación resulta plenamente coherente con el modelo de obligaciones positivas impuesto por la CDPD. Tras la ratificación de la Convención por España en 2008, el deber estatal ya no se limita a garantizar plazas escolares, sino que comprende la obligación de eliminar barreras lingüísticas, proporcionar ajustes razonables y asegurar accesibilidad universal.

En el caso específico de las personas sordas, ello implica que la lengua de signos no puede considerarse un mero apoyo complementario o accesorio de la enseñanza oral, sino un instrumento estructural de acceso al conocimiento. El artículo 24.3.b de la Convención obliga expresamente a "*facilitar el aprendizaje de la lengua de signos y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas"*. Este mandato convencional introduce un auténtico derecho lingüístico educativo que posee una dimensión constitucional derivada de los artículos 10.1, 14 y 27 de la Constitución.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Çam c. Turquía (2016) refuerza esta interpretación. Aunque el caso se refería a discapacidad visual, el TEDH estableció un principio general plenamente extrapolable al alumnado sordo: la ausencia de ajustes razonables constituye discriminación prohibida por el artículo 14 CEDH[29] en relación con el derecho a la educación. La relevancia jurídica de esta sentencia radica en que

29 Art. 14 CEDH: "*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".*

transforma los ajustes razonables en un componente estructural del principio de igualdad Aplicado al ámbito de la sordera, ello significa que la inexistencia de intérpretes de lengua de signos, la ausencia de modelos bilingües o la falta de accesibilidad comunicativa pueden ser interpretadas como formas de discriminación indirecta o incluso como discriminación estructural institucionalizada.

En este contexto, la LOMLOE de 2020 representa un avance parcial, aunque insuficiente, respecto del estándar convencional impuesto por la CDPD. La ley incorpora referencias expresas a la educación inclusiva, a la equidad y a los principios de la Convención, especialmente en su Preámbulo y en diversas disposiciones relativas al alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo. Sin embargo, la norma evita reconocer de manera clara y sistemática el derecho del alumnado sordo a un modelo bilingüe-bicultural basado en la lengua de signos española.

Esta omisión posee relevancia jurídica considerable. La LOMLOE adopta un lenguaje inclusivo generalista, pero mantiene una configuración normativa ambigua respecto de la lengua de signos como lengua vehicular del aprendizaje. El problema no es únicamente terminológico, sino estructural: la ausencia de reconocimiento explícito del modelo bilingüe permite que continúe predominando un enfoque oralista o de integración parcial dependiente de decisiones autonómicas, presupuestarias y organizativas.

Desde el punto de vista de la CDPD, esta situación resulta problemática porque el artículo 24 no se limita a exigir accesibilidad educativa genérica, sino que impone obligaciones específicas respecto de las personas sordas. El Comité CRPD ha señalado reiteradamente en sus observaciones a España que el sistema educativo continúa presentando déficits relevantes en materia de inclusión real y accesibilidad lingüística.

Además, el modelo territorial español introduce un problema adicional de igualdad material. Las diferencias entre comunidades autónomas en la implantación de servicios de interpretación, recursos bilingües o profesorado especializado generan una fragmentación territorial del derecho a la educación incompatible con el artículo 139.1 de la Constitución[30] y con el principio de igualdad sustancial del artículo 9.2 recogido en la Carta Magna.

30 Art. 139.1 de la Constitución: "*Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado*

La dependencia de políticas autonómicas y disponibilidades presupuestarias produce situaciones de desigualdad objetiva entre alumnos sordos según el territorio en el que residan. Ello resulta especialmente relevante a la luz de la STC 95/2000, que afirmó que los derechos vinculados a derechos fundamentales no pueden quedar vaciados de contenido por razones organizativas o presupuestarias. En consecuencia, las limitaciones económicas no pueden justificar la ausencia de intérpretes, recursos de accesibilidad o programas bilingües cuando ello compromete el contenido esencial del derecho a la educación.

La accesibilidad universal, regulada en el Real Decreto Legislativo 1/2013 (BOE 3/12/2013, núm. 289), adquiere también una dimensión central en esta materia. La norma define la accesibilidad universal como condición necesaria para que entornos, procesos y servicios sean comprensibles y utilizables por todas las personas. En el ámbito educativo de las personas sordas, esta accesibilidad presenta una triple dimensión: la accesibilidad lingüística, mediante el reconocimiento efectivo de la lengua de signos como lengua de acceso al aprendizaje, la accesibilidad comunicativa, a través de intérpretes de lengua de signos, medios de apoyo y sistemas de comunicación accesibles, y tercero la accesibilidad tecnológica, mediante subtitulación, plataformas digitales accesibles y recursos audiovisuales adaptados.

La ausencia de cualquiera de estas dimensiones compromete directamente la efectividad material del derecho fundamental a la educación, reconocido en el artículo 27 de la Constitución. Desde una perspectiva constitucional avanzada, puede sostenerse que la accesibilidad lingüística constituye parte integrante del contenido esencial del derecho a la educación cuando el alumnado afectado es usuario de lengua de signos. En consecuencia, el principal problema jurídico del sistema español no reside ya en la inexistencia formal de reconocimiento normativo, sino en la insuficiente implementación estructural del modelo inclusivo exigido por la Convención. Existe una brecha persistente entre normatividad y efectividad.

La Convención ha elevado considerablemente el estándar internacional de protección, configurando la educación inclusiva como derecho humano exigible y la lengua de signos como presupuesto de igualdad sustancial. Sin embargo, la LOMLOE (Ley Orgánica 3/2020, BOE 30/12/2020, núm. 340), continúa manteniendo una formulación ambigua respecto del modelo bilingüe,

y la realidad educativa española sigue mostrando déficits significativos en materia de accesibilidad lingüística, homogeneidad territorial, formación docente y estabilidad de recursos de apoyo. El problema jurídico central radica en que la normativa española reconoce la lengua de signos más como medida de apoyo o accemente integrada en el sistema educativo. Desde la perspectiva del derecho educativo y antidiscriminatorio, existe además una tensión estructural entre el paradigma de inclusión ordinaria de la LOMLOE, y el derecho lingüístico de la comunidad sorda signante.

En este mismo sentido, la propia Ley 27/2007, de 23 de octubre (BOE 24/10/2007, núm. 255) utiliza expresiones ambiguas en su artículo 7.1 y 7.2[31], como *"en los centros que se determinen*" u "*ofertarán"*, dejando un amplio margen discrecional a las administraciones educativas autonómicas. Desde una perspectiva de derechos fundamentales, implica que el debate jurídico actual ya no gira en torno al reconocimiento abstracto del derecho a la educación de las personas sordas, sino sobre las condiciones materiales y estructurales necesarias para garantizar su ejercicio real y efectivo en igualdad de condiciones con el resto del alumnado.

8. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El acceso a la justicia constituye un presupuesto material del Estado de Derecho y un elemento estructural del sistema de derechos fundamentales. Su configuración en el ordenamiento jurídico español se articula principalmente a través del artículo 24 de la Constitución, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

31 Art. 7.1 y 7.2 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 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".

Este derecho no puede interpretarse de forma estrictamente formal o procedimental. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que la tutela judicial efectiva incluye el derecho a la defensa real y efectiva, lo que exige la ausencia de barreras que impidan la comprensión del proceso (STC 74/1985; STC 47/1987). En el caso de las personas sordas, la dimensión comunicativa del proceso judicial adquiere carácter estructural, pues la comprensión del procedimiento depende directamente de la accesibilidad lingüística.

El artículo 13 de la Convención establece la obligación de los Estados de garantizar el acceso efectivo a la justicia para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, incluyendo la adopción de ajustes de procedimiento y adecuados a la edad. Este precepto introduce tres obligaciones jurídicas de relevancia directa, como es la accesibilidad procesal, los ajustes razonables en el procedimiento que pueda requerir cada persona sorda, y por último, y no menos importante, la formación de operadores jurídicos en materia de lengua de signos. La Convención no configura el acceso a la justicia como un derecho formal, sino como un derecho material condicionado a la comprensibilidad del proceso.

En materia de derechos, en este caso, la interpretación en el proceso judicial, el ordenamiento jurídico español reconoce el derecho de las personas sordas a disponer de un intérprete de lengua de signos en distintas normas. Por un lado el artículo 520.2.h) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)[32], por otro, el artículo 143.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)[33], y por último, el artículo 231.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)[34]. Cada una de ellas dispone una solución jurídica distinta, lo cual presenta una falta de homogeneidad normativa que resulta relevante.

32 Art. 520.2.h) de la LeCrim: "*Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje".*

33 Art. 143,2 de la LEC: "*En los mismos casos del apartado anterior, si la persona fuere sorda, se nombrará siempre, conforme a lo que se dispone en el expresado apartado, al intérprete de lengua de signos adecuado. De las actuaciones que se practiquen en relación con las personas sordas se levantará la oportuna acta".*

34 Art. 231.5 de la LOPJ: "*La habilitación como intérprete en las actuaciones orales o en lengua de signos se realizará de conformidad con lo dispuesto en la ley procesal aplicable".*

Los estándares europeos que la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo han establecido normas mínimas sobre el derecho a interpretación y traducción en procesos penales. Esta norma exige variables tales como la calidad suficiente de la interpretación, que el servicio sea gratuito, que haya acceso al servicio desde el primer momento de la detención, y que haya posibilidad de impugnación de la calidad del intérprete. La transposición de esta directiva al ordenamiento español debe interpretarse de forma coherente con la Convención, cuestión que no ha sido abordada.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a un proceso equitativo (art. 6.3.e) CEDH[35]) exige que el acusado comprenda de manera efectiva el procedimiento. En el caso Cuscani c. Reino Unido (2002)[36], el Tribunal afirmó que la mera presencia formal de un intérprete no es suficiente si no garantiza comprensión real del proceso. Este criterio resulta especialmente relevante para personas sordas usuarias de lengua de signos, donde la mediación lingüística no es accesoria sino estructural.

De manera reciente, la promulgación de la Ley 6/2022 (BOE 1/4/2022, núm. 78), que modifica el art. 2.k) del RD Legislativo 1/2013[37],ha introducido en el ordenamiento español la accesibilidad cognitiva como condición de comprensibilidad de entornos, productos y servicios. Este concepto amplía el paradigma clásico de accesibilidad física o sensorial, incorporando la dimensión de la comprensión del lenguaje. En el caso de las personas sordas, la accesibi-

35 Art. 6.3.e) CEDH: "*... a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia."*.

36 Sentencia complete del TEDH (versión inglés). Enlace web:
https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-5182%22]}

37 Redacción art. 2.k) del RD Legisativo 1/2013, producida desde la Ley 6/2022: " *k) Accesibilidad universal: es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. En la accesibilidad universal está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas. La accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse"*.

lidad cognitiva tiene una dimensión específica derivada de la diferencia estructural entre lengua oral y lengua de signos, a lo que hay que sumar la complejidad del lenguaje jurídico escrito y la dependencia de la traducción y/o intermediación lingüística que precisa etas situaciones. Por tanto, la accesibilidad cognitiva no puede limitarse a la discapacidad intelectual, sino que debe extenderse a situaciones de barrera lingüística estructural, como es el caso de las personas sordas.

En cuanto a la fase de detención, el artículo 520.2.bis de la LECrim[38] reconoce el derecho de la persona detenida a ser asistida y adaptar los contenidos en razón de su discapacidad cuando sea necesario para garantizar la comprensión de sus derechos. No menciona expresamente a su derecho a ser asistido por un intérprete, y a que la adaptación sea a la lengua de signos. Esta garantía es esencial, pues la fase de detención constituye el primer momento de contacto con el sistema penal, y la solución encontrada, no menciona expresamente nada al respecto. Durante la fase de instrucción y juicio oral, la ausencia de interpretación adecuada puede generar indefensión material, vulnerando el artículo 24 de la Constitución. La jurisprudencia constitucional ha establecido que la indefensión no requiere resultado efectivo de perjuicio, sino la existencia de una limitación real del derecho de defensa.

Añadido a este análisis, la era de digitalización de la Justicia ha generado nuevas barreras. La transformación digital del sistema judicial ha introducido nuevas formas de exclusión si no se garantiza accesibilidad plena. Son varios los riesgos identificados en diferentes situaciones como las vistas judiciales telemáticas sin interpretación adecuada, la puesta en marcha de plataformas electrónicas no accesibles, la ausencia de subtitulación o interpretación en tiempo real y la automatización de notificaciones sin adaptación lingüística, pues son cuestiones pueden generar nuevas formas de indefensión judicial.

El sistema jurídico español presenta una tensión normativa entre el reconocimiento del derecho a intérprete que se recoge en la Ley de enjuicia-

38 Art. 520.2.bis de la LeCrim: "*La información a que se refiere el apartado anterior se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al destinatario. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.*

miento civil o criminal, la flexibilidad en la designación de intérpretes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo los parámetros de exigencias de calidad derivadas del derecho europeo. Esta disonancia puede comprometer el principio de seguridad jurídica derivado del artículo artículo 9.3 de la Constitución[39] y la efectividad del derecho de defensa del artículo 24 del texto constitucional.

El Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye aspectos como el derecho a ser oído/a, el derecho a comprender el proceso, y sobre todo el derecho a defenderse en condiciones de igualdad (por todas sentencias, STC 47/1987; STC 74/1985). En consecuencia, la accesibilidad comunicativa no es un elemento accesorio del proceso, sino un presupuesto de validez constitucional.

El acceso a la justicia de las personas sordas en España presenta un marco normativo formalmente robusto, pero con déficits de implementación en materia de interpretación, accesibilidad cognitiva y homogeneidad del servicio. La Convención ha elevado el estándar jurídico de protección, pero su efectividad depende de la coherencia entre normativa interna, estándares europeos y práctica judicial.

La reforma del artículo 49 de la Carta Magna, mediante Reforma de la Constitución de 15 de febrero de 2024[40], constituye uno de los cambios constitucionales más relevantes en materia de discapacidad desde 1978. La nueva redacción abandona definitivamente terminología históricamente vinculada al modelo médico ("disminuidos") y adopta un enfoque coherente con la Con-

39 Art. 9.3 de la Constitución: "*La Constitucion garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"*

40 Reforma de la Constitución Española de 15 de febrero de 2024, (BOE 14/2/2024, núm. 43) Queda redactado el art. 49: "*1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad"*

vención. La reforma incorpora cuatro elementos esenciales, que son pertinentes y por tanto, incorporados a este trabajo tienen que ver con la garantía de autonomía personal, el objetivo de la inclusión social, la accesibilidad universal y la libertad de elección de cada persona sea cual sea su condición.

La nueva redacción del artículo 49 incorpora por primera vez en el texto constitucional español categorías jurídicas directamente vinculadas al modelo social y de derechos humanos de la discapacidad: autonomía personal, inclusión social, accesibilidad universal y libertad de elección. Tales elementos no poseen carácter meramente programático, sino eficacia jurídica interpretativa y vinculante para todos los poderes públicos conforme a los artículos 9.1 y 53 de la Constitución y a la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional. En este sentido, la STC 3/1983 afirmó tempranamente que la Constitución no contiene simples declaraciones políticas, sino "mandatos jurídicos obligatorios" para todos los poderes públicos (STC 3/1983, FJ 3.º).

Desde esta perspectiva, la reforma constitucional obliga a reinterpretar el conjunto del ordenamiento jurídico relativo a discapacidad conforme a un estándar reforzado de igualdad material, accesibilidad y no discriminación. En el caso específico de las personas sordas, dicha reinterpretación posee una incidencia directa sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 Constitución y sobre el derecho de acceso a la justicia regulado en el artículo 13.1 de la Convención[41].

La Convención introdujo una transformación decisiva en la comprensión jurídica de la discapacidad al desplazar el centro de gravedad desde la deficiencia individual hacia las barreras sociales y comunicativas que impiden el ejercicio efectivo de derechos. El Preámbulo e) de la Convención[42] establece

41 Art. 13.1 de la Convención: "Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares".

42 Preámbulo e) de la Convención: "*Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".*

expresamente que la discapacidad resulta de la interacción entre las personas y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones. Aplicado al ámbito judicial, ello implica que la exclusión de las personas sordas no deriva de la sordera en sí misma, sino de la ausencia de accesibilidad comunicativa y lingüística dentro del sistema de administración de justicia.

En consecuencia, tras la reforma del artículo 49 de la Constitución, la accesibilidad comunicativa deja de ser una medida asistencial o de política social para convertirse en una auténtica exigencia constitucional vinculada al contenido esencial del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva. El acceso a intérpretes de lengua de signos, la disponibilidad de ajustes razonables, la accesibilidad cognitiva de resoluciones y actuaciones procesales y la eliminación de barreras comunicativas pasan a integrar el núcleo estructural del derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución cuando la persona afectada es usuaria de lengua de signos.

La conexión entre el reformado artículo 49 y el artículo 24 constitucional debe interpretarse sistemáticamente junto con el artículo 10.2 de la Constitución, conforme al cual las normas relativas a derechos fundamentales han de interpretarse de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por España. Ello determina que el artículo 13 de la Convención actúe como parámetro hermenéutico constitucional en materia de acceso a la justicia. Dicho precepto obliga a los Estados a garantizar "*ajustes de procedimiento"* y medidas de accesibilidad adecuadas para asegurar la participación efectiva de las personas con discapacidad en todos los procedimientos judiciales.

La trascendencia de esta obligación es particularmente intensa en el caso de las personas sordas usuarias de lengua de signos, dado que la dimensión lingüística constituye un presupuesto estructural de comprensión del procedimiento. Sin accesibilidad comunicativa no existe comprensión efectiva del proceso, y sin comprensión efectiva no puede hablarse de auténtico derecho de defensa. La jurisprudencia constitucional ya había avanzado parcialmente esta idea antes de la reforma constitucional. Así, la STC 74/1985 estableció que la tutela judicial efectiva resulta vulnerada cuando existe indefensión material, mientras que la STC 47/1987 afirmó que el derecho de defensa comprende la utilización de todos los medios necesarios para garantizarlo.

Tras la reforma constitucional de 2024, estas garantías adquieren una dimensión reforzada en relación con las personas sordas. La ausencia de intérprete de lengua de signos en actuaciones judiciales esenciales, la utilización de sistemas de comunicación inaccesibles o la inexistencia de ajustes razonables podrían constituir no solo infracciones legales ordinarias, sino vulneraciones directas del artículo 24 de la Constitución en conexión con el artículo 49 reformado y con los artículos 2 y 13 de la Convención.

La cuestión adquiere especial relevancia en relación con la doctrina de los ajustes razonables. El artículo 2 de la Convención[43] define los ajustes razonables como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida cuando se requieran en un caso particular para garantizar el goce o ejercicio de derechos en igualdad de condiciones. La Observación General núm. 6 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad estableció expresamente que la denegación de ajustes razonables constituye una forma autónoma de discriminación.

Ello significa que la inexistencia de servicios adecuados de interpretación judicial o la insuficiencia de accesibilidad lingüística en órganos jurisdiccionales puede generar responsabilidad jurídica del Estado tanto en el plano interno como internacional. La responsabilidad no se derivaría exclusivamente de un defecto organizativo, sino de la lesión de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.

Asimismo, la reforma constitucional afecta directamente al funcionamiento administrativo de la Administración de Justicia. Las oficinas judiciales, sedes electrónicas, sistemas de notificación y plataformas digitales deberán adaptarse a criterios de accesibilidad universal y accesibilidad comunicativa. La digitalización de la justicia no puede generar nuevas formas de exclusión estructural para las personas sordas. De lo contrario, podría producirse una vulneración combinada de los artículos 24 y 49 de la Carta Magna.

43 Art. 2 de la Convención, definición de ajustes razonables: "Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

En el plano doctrinal, la reforma consolida la consideración de la lengua de signos como categoría constitucionalmente relevante. Ya no puede entenderse únicamente como instrumento técnico de apoyo a la comunicación oral, sino como manifestación de diversidad lingüística y presupuesto de ejercicio de derechos fundamentales. En consecuencia, los servicios de interpretación de lengua de signos dejan de situarse en el ámbito de la mera asistencia social para integrarse en el núcleo de garantías institucionales del Estado de Derecho.

Desde una perspectiva constitucional avanzada, puede sostenerse incluso que la reforma del artículo 49 constitucionaliza indirectamente el principio de accesibilidad comunicativa. Este principio actuaría como obligación positiva de los poderes públicos derivada de la combinación sistemática de los artículos 9.2, 10.1, 14, 24 y 49 CE interpretados conforme a la Convención.

La consecuencia jurídica más relevante de este nuevo escenario constitucional es que la falta de accesibilidad de la Administración de Justicia respecto de las personas sordas puede dejar de analizarse exclusivamente como un problema de gestión administrativa para convertirse en una cuestión de constitucionalidad material y de legitimidad democrática. El nivel de accesibilidad lingüística del sistema judicial pasa así a constituir un indicador de calidad constitucional del Estado y de efectividad real del principio de igualdad sustancial.

9. BALANCE CRÍTICO DE LOS VEINTE AÑOS DE LA CONVENCIÓN EN ESPAÑA. EDUCACIÓN Y JUSTICIA COMO ESPACIOS DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

La calidad democrática de un Estado puede medirse a través del grado de accesibilidad de sus instituciones fundamentales. Para este trabajo, se ha querido analizar dos espacios que resultan especialmente relevantes para las personas sordas y el ejercicio de sus derechos fundamentales: la educación y la justicia.

Cuando un alumno/a sordo/a no dispone de acceso efectivo a la lengua de signos o a mecanismos adecuados de comunicación, el derecho a la educación pierde efectividad material. De la misma forma, cuando una persona sorda no comprende plenamente el procedimiento judicial, el derecho de defensa

queda comprometido. La accesibilidad judicial no constituye una medida graciable ni una política pública optativa, sino una exigencia derivada del Estado Social y Democrático de Derecho.

La aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2006 supuso una modificación profunda de los parámetros jurídicos desde los que debe interpretarse la discapacidad en el ordenamiento español. Durante el período 2006–2026 se han producido avances normativos relevantes, como el reconocimiento legal de las lenguas de signos españolas, la incorporación del principio de accesibilidad universal, la positivización de la accesibilidad cognitiva, la ampliación de mecanismos antidiscriminatorios, la reforma constitucional del artículo 49 de la Constitución, y el desarrollo reglamentario parcial de la Ley 27/2007.

Sin embargo, el balance general revela una disociación persistente entre reconocimiento normativo y la efectividad material de los derechos, puesto que las personas sordas continúan enfrentando obstáculos significativos en materias básicas tales como la educación, la justicia, el empleo, la participación política, y en general al acceso a los servicios públicos. La persistencia de estas barreras demuestra que el problema central ya no es el reconocimiento formal de derechos, sino la insuficiente transformación estructural de las instituciones públicas.

10. CONCLUSIONES

Por último, este balance de los veinte años de vigencia de la Convención, cabe extraer las siguientes conclusiones:

Primera. La Convención ha transformado profundamente el marco jurídico de la discapacidad en España, imponiendo un modelo basado en derechos humanos, igualdad sustantiva y accesibilidad universal.

Segunda. La lengua de signos ha evolucionado desde una consideración asistencial hacia una configuración como derecho lingüístico y elemento de identidad cultural.

Tercera. El sistema educativo español continúa presentando déficits estructurales relevantes en materia de accesibilidad lingüística y desarrollo del modelo bilingüe.

Cuarta. El acceso a la justicia de las personas sordas sigue condicionado por problemas estructurales en la interpretación de la lengua de signos ante los órganos judiciales, accesibilidad cognitiva y adaptación procesal.

Quinta. La reforma del artículo 49 de la Carta Magna consolida constitucionalmente el paradigma de derechos humanos en materia de discapacidad.

Sexta. El principal desafío de cara al futuro no será ya el reconocimiento normativo de derechos, sino la garantía efectiva de su ejercicio real.

Séptima. La accesibilidad debe entenderse como principio estructural del Estado Social y Democrático de Derecho y no como mera política sectorial.

Octava. La protección jurídica de las personas sordas constituye un indicador material de calidad democrática y legitimidad institucional.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

MONOGRAFÍAS Y OBRAS GENERALES

Alexy, R. (2000). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Belda Pérez-Pedrero, E. (2012). *La protección constitucional y legal de la lengua de signos*. Valladolid: Lex Nova.

Belda Pérez-Pedrero, E. (2020). *Dignidad y discapacidad: una perspectiva desde los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Contreras Peláez, F. J. (1996). *Defensa del Estado social*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

Fernández Rodríguez, J. (1998). *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas.

Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2011). *Curso de Derecho Administrativo* (15.ª ed.). Madrid: Civitas.

Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad*. Madrid: CERMI.

Sacks, O. (1994). *Veo una voz: viaje al mundo de los sordos*. Barcelona: Anagrama.

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Esteban, M. L., & Ramallo, F. (2019). Derechos lingüísticos y comunidad sorda: claves para entender la minorización. *REVLES*, 21–45.

Muñoz-Baell, I., Ruiz, M. T., & Álvarez-Dardet, C. (2011). Comunidades sordas: ¿pacientes o ciudadanas? *Gaceta Sanitaria*, 25(1), 72–78.

INFORMES Y DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

CERMI. (2018). *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2017*. Madrid: CERMI.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2011). *Observaciones finales sobre España*. CRPD/C/ESP/CO/1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016). *Observación General núm. 4: derecho a la educación inclusiva*.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2018). *Observación General núm. 6: igualdad y no discriminación*.

FILSE. (2017). *Situación de los servicios de interpretación de lengua de signos en el ámbito educativo*.

OMS. (2011). *Informe Mundial sobre la Discapacidad*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.

WFD & FMS. (2018). *Deaf Community as Linguistic Identity or Disability*.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional

- STC 3/1983, de 25 de enero.
- STC 74/1985, de 18 de junio.
- STC 86/1985, de 10 de julio.
- STC 82/1986, de 26 de junio.
- STC 47/1987, de 22 de abril.
- STC 128/1987, de 16 de julio.
- STC 31/1994, de 31 de enero.
- STC 37/1995, de 7 de febrero.
- STC 95/2000, de 10 de abril.
- STC 140/2018, de 20 de diciembre.

Tribunal Supremo

- STS 6137/2013, de 5 de diciembre, RC 5886/2009.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- TEDH, *Cuscani c. Reino Unido*, 24 septiembre 2002.
- TEDH, *Çam c. Turquía*, 23 febrero 2016.

NORMATIVA UTILIZADA

Normativa constitucional y orgánica

- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre (LOMLOE).
- Ley Orgánica 1/2024, de 17 de enero, de reforma del artículo 49 CE.

Normativa ordinaria

- Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.
- Ley 6/2022, de 31 de marzo.
- Ley 15/2022, de 12 de julio.
- Real Decreto 674/2023, de 18 de julio.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Normativa procesal

- Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Normativa internacional y europea

- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006).
- Protocolo Facultativo de la CDPD.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

WEBGRAFÍA

- CERMI www.cermi.es
- CNSE www.cnse.es
- Fundación CNSE www.fundacioncnse.es
- Centro de Normalización de la Lengua de Signos www.cnlse.es

- Boletín Oficial del Estado www.boe.es
- Tribunal Constitucional www.tribunalconstitucional.es

Convención Internacional Derechos de las Personas con Discapacidad https://www.convenciondiscapacidad.es/

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-actuacion/internacional/tribunal-europeo-derechos


Cortes de
Castilla-La Mancha


UCLM
Universidad de
Castilla-La Mancha