



EL DERECHO DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD

Estudios en homenaje a la profesora
Ángela Figueruelo Burrieza

Dirección

Marta del Pozo Pérez
Sergio Martín Guardado

Coordinación

Emilio Ferrero García
Pablo Ramos Hernández

Prólogo del Rector Magnífico de la Universidad de Salamanca

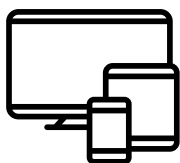




¡Gracias por confiar en nosotros!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook



**Acceso desde
cualquier dispositivo con
conexión a internet**



**Idéntica visualización
a la edición de papel**



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Síguenos en:



EL DERECHO DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD

ESTUDIOS EN HOMENAJE A LA PROFESORA
ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA

EL DERECHO DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD

**ESTUDIOS EN HOMENAJE A LA PROFESORA
ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA**

Dirección

**Marta del Pozo Pérez
Sergio Martín Guardado**

Coordinación

**Emilio Ferrero García
Pablo Ramos Hernández**

COLEX 2026

Copyright © 2026

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial.

© Juan Manuel Corchado Rodríguez, Marta del Pozo Pérez, Sergio Martín Guardado, Emilio Ferrero García, Pablo Ramos Hernández, Ana Aba Catoira, Miguel Agudo Zamora, Judith Aguirre Moreno, Silvia Bagni, Francisco Balaguer Callejón, Cruces Blázquez Cerrato, Federico Bueno de Mata, Lorenzo M. Bujosa Vadell, Enrique Cabero Morán, María Dolores Calvo Sánchez, Raúl Canosa Usera, Ivette Cardona Amaya, Lorena Chano Regaña, Manuel Delgado-Iribarren G.^a-Campero, Agustín S. de Vega García, José Luis Domínguez Álvarez, Gastón J. Enríquez Fuentes, Leire Escajedo San-Epifanio, Rafael Estrada Michel, Dionisio Fernández de Gatta Sánchez, José Julio Fernández Rodríguez, Marcos Matías Fernando Pablo, Eduardo Fraile González, Valentina Maya Frades, Almudena Gallardo Rodríguez, Nilda Garay Montañez, Joaquín García Murcia, Yolanda Gómez Sánchez, Ángeles González Bustos, María Ángeles Guervós Maíllo, M.^a Luisa Ibáñez Martínez, Mercedes Iglesias Báñez, José María Lago Montero, M.^a Teresa López de la Vieja de la Torre, Rogelio López Sánchez, Alan Javier Castillo Morales, Ana Marrades Puig, José Luis Mateos Crespo, Noelia Morales Romo, Beatriz Morales Romo, Matteo Nicolini, María Nieves Saldaña, Michael G. Núñez Torres, Laura Nuño Gómez, Inés Olaizola Nogales, Fernando Oliván, Manuel Carlos Palomeque López, Andrés Palomo del Arco, Lucio Pegoraro, Teresa Peramato Martín, Elena Peribáñez Blasco, Regina María Polo Martín, Miguel Ángel Presno Linera, Nuria Reche Tello, Fernando Rey Martínez, Agustín Ruiz Robledo, Octavio Salazar Benítez, Luis Gerardo Samaniego Santamaría, Inmaculada Sánchez Barrios, M. Lourdes Santos Pérez, Nelcy Yoly Valencia Olivero, Esther Seijas Villadangos, Julia Sevilla Merino, Jairdilson P. Silva, Margarita Soler Sánchez, Clara Souto Galván, Javier Tajadura Tejada, Sergio Victor Tamer, César Tolosa Tribiño, Pedro R. Torres Estrada, Asunción Ventura Franch, Carlos Vidal Prado, Ana Belén Zaera García, Ricardo Zuluaga Gil, Laura Zúñiga Rodríguez.

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)

A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)

info@colex.es

www.colex.es

SUMARIO

Prólogo	13
<i>Juan Manuel Corchado Rodríguez</i>	
Semblanza de Ángela Figueruelo Burrieza: maestra y amiga.	15
<i>Marta del Pozo Pérez</i>	
Ángela Figueruelo: siempre con los brazos abiertos y la mano tendida.	17
<i>Sergio Martín Guardado</i>	
Cíncel y crisol de los derechos fundamentales: magisterio, obra y legado de Ángela Figueruelo Burrieza en la ciencia constitucional.	23
<i>Emilio Ferrero García</i>	
Loa académica a la profesora Ángela Figueruelo Burrieza.	29
<i>Pablo Ramos Hernández</i>	
La lucha inacabada por la igualdad: recordando nuestra historia y lo que queda por hacer.	33
<i>Ana Aba Catoira</i>	
El constitucionalismo en juego.	41
<i>Prof. Dr. Miguel Agudo Zamora</i>	
Libertad de expresión de las mujeres en redes sociales y la violencia digital como obstáculo para alcanzar la igualdad material.	53
<i>Judith Aguirre Moreno</i>	
Los derechos de la naturaleza entendidos desde el enfoque ecosistémico	61
<i>Silvia Bagni</i>	
Democracia y derechos en Europa en contextos de transiciones y rupturas	75
<i>Francisco Balaguer Callejón</i>	
La instrumentalización de la imagen pública de las mujeres de la familia im- perial en la amonedación Flavia	85
<i>Cruces Blázquez Cerrato</i>	
Igualdad y justicia algorítmica: reflexiones desde una doble perspectiva constitucional y procesal.	95
<i>Federico Bueno de Mata</i>	
Inviolabilidad del domicilio y obligaciones tributarias	103
<i>Lorenzo M. Bujosa Vadell</i>	

SUMARIO

Igualdad y corresponsabilidad: nacimiento y cuidado de menor (1994-2025) . . .	117
<i>Enrique Cabero Morán</i>	
Medio siglo de libertad y de capacidad de obrar de la mujer española: a lo María Telo	127
<i>Prof.ª Dr.ª María Dolores Calvo Sánchez</i>	
Constitucionalismo iberoamericano: mitos y realidades	135
<i>Raúl Canosa Usera</i>	
La protección constitucional de los consumidores: el derecho a una contra- tación económica en condiciones de igualdad material	145
<i>Ivette Cardona Amaya</i>	
Nuevos escenarios, viejas desigualdades. algunos apuntes sobre el princi- pio de igualdad y la tecnología	155
<i>Lorena Chano Regaña</i>	
La eficacia jurídica en España de las resoluciones sobre derechos humanos de determinados comités de la ONU: la jurisprudencia reciente de la sala tercera del Tribunal Supremo	165
<i>Manuel Delgado-Iribarren G.ª-Campero</i>	
Amparo e incidente de nulidad: subsidiariedad, sobrecarga y soluciones (1980-2025)	175
<i>Agustín S. de Vega García</i>	
Hacia una inteligencia artificial humanista y responsable: la explicabilidad como respuesta frente a los sesgos, la desigualdad y la injusticia social	187
<i>José Luis Domínguez Álvarez</i>	
Dos conceptos de Constitución en el sistema de justicia mexicano.	197
<i>Gastón J. Enríquez Fuentes</i>	
Cuidar de la vida y del vivir de la persona, asignatura constitucional pendiente .	205
<i>Leire Escajedo San-Epifanio</i>	
Por un Estado de Derecho con adjetivos	213
<i>Rafael Estrada Michel</i>	
La política sobre igualdad y no discriminación de la Unión Europea: últimas novedades.	217
<i>Dionisio Fernández de Gatta Sánchez</i>	
Apuntes sobre una posible reforma constitucional en España con relación a las cuestiones de género	225
<i>José Julio Fernández Rodríguez</i>	
De la arbitrariedad. El Tribunal Constitucional como poder público.	235
<i>Marcos Matías Fernando Pablo</i>	
Mujer rural: conciliación trabajo laboral y familiar	241
<i>Eduardo Fraile González y Valentina Maya Frades</i>	

SUMARIO

Régimen de visitas y violencia de género en los procesos matrimoniales.	251
<i>Almudena Gallardo Rodríguez</i>	
Feminismos del sur: ¿hacia la construcción de los constitucionalismos «fe- ministas» situados?	261
<i>Nilda Garay Montañez</i>	
El principio constitucional de autonomía colectiva: notas para un estudio.	271
<i>Joaquín García Murcia</i>	
La libertad reconocida en el artículo 17.1 CE: su necesaria interpretación extensiva	279
<i>Yolanda Gómez Sánchez</i>	
Las medidas de acción positiva en la LOSU y su impronta en las universida- des. Especial incidencia en el personal docente investigador.	289
<i>Prof.ª Dra. M.ª Ángeles González Bustos</i>	
El tributo y la igualdad	297
<i>María Ángeles Guervós Maíllo</i>	
Libertad e igualdad: vínculos y tensiones en la sociedad contemporánea	305
<i>M.ª Luisa Ibáñez Martínez</i>	
La Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 14 de mayo de 2024 y la ampliación de la condición de víctima. La problemática del sujeto político del feminismo	313
<i>Mercedes Iglesias Báez</i>	
Amnistías fiscales y políticas: perplejidades.	323
<i>José María Lago Montero</i>	
Estrategias para la igualdad	329
<i>M.ª Teresa López de la Vieja de la Torre</i>	
Juzgar con perspectiva de género. Aportes desde el diálogo jurisprudencial europeo e interamericano de Derechos Humanos.	339
<i>Rogelio López Sánchez y Alan Javier Castillo Morales</i>	
La maternidad en el orden constitucional	347
<i>Ana Marrades Puig</i>	
Breve referencia a la administración electoral en España como garantía de la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad . . .	355
<i>José Luis Mateos Crespo</i>	
Estrategias para superar la brecha digital y la desinformación como meca- nismos generadores de desigualdades	363
<i>Noelia Morales Romo y Beatriz Morales Romo</i>	
La producción de espacios jurídicos como práctica «ideo-lógica»	371
<i>Matteo Nicolini</i>	

SUMARIO

Instrumentos normativos adoptados por la Unión Europea que contribuyen a prevenir y combatir los matrimonios forzados de mujeres y niñas: especialmente en materia de trata de seres humanos, protección de víctimas de delitos, inmigración, asilo y protección internacional	383
<i>María Nieves Saldaña</i>	
Acerca de la importancia del Derecho Público comparado en perspectiva histórica para comprender la institución del juicio de amparo mexicano	393
<i>Michael G. Núñez Torres</i>	
La configuración jurídico-política del espacio privado y el derecho a los cuidados: el paradigma latinoamericano en su constitucionalización	409
<i>Laura Nuño Gómez</i>	
La legislación penal española contra la violencia de género	419
<i>Inés Olaizola Nogales</i>	
Estado, código y novela. Análisis de una identidad semiológica	429
<i>Fernando Oliván</i>	
Constitución y derechos derivados del trabajo asalariado	439
<i>Manuel Carlos Palomeque López</i>	
Retroactividad penal ultrafavorable; con coste para la política de género. A propósito de la LO 10/2022.	447
<i>Andrés Palomo del Arco</i>	
Notas dispersas sobre notas.	457
<i>Lucio Pegoraro</i>	
Homenaje a Ángela Figueruelo Burrieza. Su contribución al feminismo jurídico y constitucional.	473
<i>Teresa Peramato Martín</i>	
España ante la agenda sobre las mujeres, la paz y la seguridad de las naciones unidas (2000-2025): balance crítico. Lecciones extraídas y prioridades para la acción pública.	479
<i>Elena Peribáñez Blasco</i>	
El nombramiento de los consultores de las Cortes de Pamplona de 1637.	487
<i>Regina María Polo Martín</i>	
La reforma de la edad mínima para votar	497
<i>Miguel Ángel Presno Linera</i>	
Mujeres que no se callan: tributo a Caya Afrania.	505
<i>Nuria Reche Tello</i>	
Racismo escolar en España.	511
<i>Dr. Fernando Rey Martínez</i>	
El Tribunal Constitucional rompe con su pasado en las sentencias relativas a los ERE.	521
<i>Agustín Ruiz Robledo</i>	

SUMARIO

Una forma subversiva de pensar y enseñar el derecho	527
<i>Octavio Salazar Benítez</i>	
Elección Judicial en México: independencia judicial, equilibrio de poderes y legitimidad democrática	537
<i>Luis Gerardo Samaniego Santamaría</i>	
La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial referencia a la igualdad de género	545
<i>Prof. Dra. M.ª Inmaculada Sánchez Barrios</i>	
La integridad en la investigación: desafíos y avances	553
<i>M. Lourdes Santos Pérez y Nelcy Yoly Valencia Olivero</i>	
El principio de igualdad territorial, ¿un pio deseo del constituyente?	559
<i>Esther Seijas Villadangos</i>	
La paridad en el poder	565
<i>Julia Sevilla Merino</i>	
El Método Electoral para la elección de los diputados a las Cortes o Juntas de la Nación previstas en los dispositivos constitucionales de Bayona	573
<i>Jairdilson P. Silva</i>	
El parto como espacio de derechos: aproximación constitucional a la violencia obstétrica	579
<i>Margarita Soler Sánchez</i>	
Igualdad y dignidad: pilares esenciales en el constitucionalismo democrático . .	585
<i>Clara Souto Galván</i>	
Derechos fundamentales y sociedad digital	595
<i>Javier Tajadura Tejada</i>	
La ley y las políticas públicas: ¿por qué la violencia contra las mujeres no está contenida en Brasil?	601
<i>Sergio Victor Tamer</i>	
El reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de la relación laboral en la doctrina del Tribunal Constitucional	605
<i>César Tolosa Tribiño</i>	
Algunos principios básicos para la enseñanza del derecho. Homenaje a la maestra Ángela Figueruelo Burrieza	613
<i>Pedro R. Torres Estrada</i>	
Reflexiones desde la teoría crítica feminista acerca de una constitución global . .	621
<i>Asunción Ventura Franch</i>	
El odio como generador de discursos y delitos	629
<i>Carlos Vidal Prado</i>	
El sufragio en la Roma republicana	639
<i>Ana Belén Zaera García</i>	

SUMARIO

Vigencia del constitucionalismo. Una perspectiva Latinoamericana	647
<i>Ricardo Zuluaga Gil</i>	
Hacia una propuesta de política criminal integral a partir de los postulados de von Liszt	655
<i>Laura Zúñiga Rodríguez</i>	

PRÓLOGO

Juan Manuel Corchado Rodríguez

Rector Magnífico de la Universidad de Salamanca

La Universidad de Salamanca no solo transmite saberes; custodia memoria. No es simplemente un espacio para la enseñanza del Derecho, sino también un refugio de la justicia como vocación. Hoy, con el privilegio que otorga la palabra en nombre de esta institución casi milenaria, presento un libro que es más que un volumen: es una ofrenda. Un acto de gratitud. *El derecho de la igualdad y la libertad* es, ante todo, un homenaje, a una vida, a una obra, a una forma de pensar el Derecho como oficio comprometido con la humanidad.

Este libro se dirige al género humano como idea universal y a una mujer concreta: Ángela Figue-ruelo Burrieza. Y no hay contradicción alguna entre ambas dedicaciones. Porque la trayectoria de Ángela se ha tejido desde la defensa de aquello que hace digna a cada persona: la igualdad, la libertad, el respeto a la norma como contorno fértil de la convivencia. Y se ha hecho con las herramientas que da la inteligencia crítica, la docencia paciente y la investigación sin tregua.

Setenta y cinco capítulos configuran este mosaico interdisciplinar. Una cifra que no solo impresiona por su dimensión, sino por lo que revela: el eco que Ángela ha sabido sembrar en varias generaciones de juristas y académicos de disciplinas tan diversas como el derecho constitucional, procesal, administrativo, financiero, la historia del derecho, la sociología o la filosofía jurídica. Esa amplitud no es casual, es reflejo de una mente abierta, capaz de ver en el Derecho un cruce de caminos y no un monólogo dogmático.

Su historia, como muchas de las que honran a esta Universidad, comienza con una beca y con esfuerzo. Estudiante entre 1974 y 1979, licenciada con la máxima distinción, doctora con Premio Extraordinario, ha dedicado toda su vida académica a Salamanca. Su paso por cada escalón, ayudante, titular, catedrática, ha sido recorrido con rigor, sin atajos, con una ética académica impecable. Hoy cuenta con seis sexenios de investigación y nueve quinquenios de docencia: las cifras más altas de excelencia reconocida en el sistema universitario español.

Pero las cifras no bastan. Ángela ha sido también pionera. Desde el Máster en Estudios Interdisciplinares de Género que dirige, hasta su militancia académica en la Red Feminista de Derecho Constitucional, ha abierto caminos nuevos. Ha hecho visible lo invisible. Ha interpretado la Constitución no como un texto cerrado, sino como una herramienta viva de transformación social.

En su mirada, el Derecho no es ornamento; es herramienta de curación de las desigualdades, es arquitectura de la equidad. De forma tan discreta como profunda, nos unen además raíces familiares. Y raíces geográficas. Compartimos el origen en una tierra dura y sabia: Almeida de Sayago. Esa comarca que forma el carácter a fuerza de encinas, granito y horizontes extensos. Como las encinas que hunden sus raíces en las grietas del granito, Ángela ha forjado su carrera desde lo esencial, desde el estudio silencioso, la constancia y la verdad.

En esa tierra, la belleza no se impone: se gana. Así ha sido también su trayectoria. Este libro es un testimonio colectivo. Una polifonía de voces que han querido decir «gracias» desde el Derecho, desde la admiración y desde la amistad. Porque quienes han colaborado aquí no lo han hecho por cortesía académica, sino por la necesidad de reconocer lo que Ángela representa: una jurista íntegra, una maestra de vocación, una universitaria que ha sabido hacer del Derecho un espacio para pensar la democracia con profundidad y para vivirla con convicción.

Ángela, este libro es tuyo. Es el reflejo de lo que has sembrado: conocimiento, afecto, respeto. En nombre de la Universidad de Salamanca, gracias por tu lección, por tu ejemplo y por tu sombra generosa, bajo la cual muchos seguirán aprendiendo a pensar el Derecho con dignidad.

Salamanca a 15 de diciembre de 2025

SEMBLANZA DE ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA: MAESTRA Y AMIGA

Marta del Pozo Pérez

*Coordinadora del Doctorado en Estudios Interdisciplinarios de Género y Políticas de Igualdad
Directora del Centro de Investigación en Género
Universidad de Salamanca*

Cuando me propuse escribir unas líneas sobre lo que ha significado y significa la Dr.^a Ángela Figueruelo Burrieza para mí, para la igualdad y los estudios de género me sentí afortunada y tremendamente honrada de poder escribir sobre esta valiente mujer Sayaguesa de Almeida que desde pequeña entendió que debía trabajar y estudiar para ayudar a sacar adelante junto a su padre, Pepe, y a su madre, Margarita, a su extensa familia con varios hermanos y hermanas.

Conozco a Ángela, quiero a Ángela y trabajo con ella codo a codo desde el año 2002, por ello me consta su compromiso personal, en cuanto constitucionalista, con la igualdad como valor superior, como derecho subjetivo y como principio del ordenamiento jurídico. Al llevar este sello e impronta en su ADN he tenido el privilegio de ser testigo, no solo como compañera, sino también como cómplice y amiga de que, ha dedicado muchos esfuerzos de su vida profesional, esencialmente en los últimos años, a luchar por el reto de la efectiva igualdad de género. Siempre ha sido para mí una luz en mi camino, una segunda maestra (después de la mía, Carmina Calvo) y, además otra madre, en este caso académica, cuando la mía murió. Gracias, Ángela.

En este sentido en la actualidad es miembro del Centro de Investigación en género de la Universidad de Salamanca —CIGESAL—. Hasta hace poco Centro de Estudios de la Mujer de la USAL —CEMUSA—, del que fue subdirectora durante cuatro largos años siendo la impulsora y responsable última de que el Centro publicase de manera periódica la revista ESTUDIOS MULTIDISCIPLINARES DE GÉNERO.

Pero, además, cuando era Subdirectora del CEMUSA quienes formaban dicho Centro Propio tomaron la decisión de elaborar un Plan de Estudios del cual surgiera un Máster en Estudios de Género; la normativa en la que se apoyaban eran las L.O. 3/2007, de 22 de marzo (LOIMH) y la L.O. 4/2007, de 23 de abril, que modifica la L.O. de Universidades 6/2001. Tuvo la enorme responsabilidad con esfuerzo y tesón de dirigir al profesorado encargado de dicha tarea, para la cual recibió como investigadora principal un proyecto de innovación docente de la Junta de Castilla y León denominado *Programa Master en relaciones de género e igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, durante el Curso académico 2005-2006.

Estuve con ella durante toda la gestación de ese proyecto, que ambas recordamos como uno de los más difíciles de sacar adelante en nuestra carrera universitaria frente al todavía machismo imperante en una parte de la Universidad de Salamanca, en la que una comisión formada en su totalidad por hombres no comprendía en absoluto la necesidad de estos estudios ni tampoco el concepto científico de género. Lejos de desanimarnos continuamos luchando, junto a un grupo de valientes profesoras que Ángela coordinaba y que al final consiguió no sin sinsabores, tozudez, horas robadas al sueño, dificultades y mucho trabajo la puesta en marcha de un Máster en estudios interdisciplinarios de género. A mí me gusta decir que ambas somos las madres de estos estudios en la Universidad de Salamanca, que, sin duda alguna, parimos con dolor.

Todo ello se produjo, insisto, tras mucho esfuerzo y tesón consiguiendo ambas de la mano vencer las reticencias de la Comisión de Posgrado de la USAL acerca de la oportunidad de estos estudios, obtenido posteriormente la verificación de las autoridades competentes tanto a nivel autonómico como nacional a la primera sin pero alguno. No hubo ningún obstáculo a los planes de estudio presentados y el Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género comenzó a impartirse en el Curso académico 2008-2009. Un año después se implantaba el Programa de Doctorado en Estudios Interdisciplinarios de Género y Políticas de Igualdad del que actualmente soy su responsable académica igual que Ángela lo es desde el inicio del Programa de Máster. El «leitmotiv» de estos estudios es: «Haz de la lucha por la igualdad efectiva y contra la violencia de género tu modo de vida. ¡No te arrepentirás!»

Sin embargo, la importancia de la figura de Ángela en la lucha por la igualdad de mujeres y hombres no termina con lo que acabo de referir, ni tampoco con la multitud de Congresos, Seminarios, conferencias, Tesis doctorales, Trabajos de fin de Máster y de Fin de Grado, actos y publicaciones, propias y dirigidas, sobre la materia que nos ocupa, unida a la lucha por la erradicación de la violencia de género.

Nada más alejado de la realidad, en 2007 Ángela es pieza clave en otro hito, desde junio de ese año hasta septiembre de 2009 fue miembro activo de la Comisión de Igualdad de la Universidad de Salamanca.

Esta primera Comisión de Igualdad, estaba compuesta por 12 miembros, representantes de toda la Comunidad Universitaria, y designados por el Rector Magnífico de la USAL. En su etapa inicial, tuvo entre sus cometidos principales elaborar el Balance de Situación de la USAL en lo que al tema de la igualdad de género se refiere y redactar el Plan Integral de Igualdad —que fue pionero en las Universidades españolas— siendo aprobado el día 30 de abril de 2008 por el Consejo de Gobierno.

Como ven, por lo expuesto, Ángela ha sido desde siempre una adelantada a su tiempo, un ejemplo, un absoluto referente y un espejo en el que mirarnos en toda la materia que nos ocupa en el ámbito universitario, pero no solo en este, cree y practica la igualdad a diario siendo una de las mejores y más generosas personas que conozco teniendo la palabra justa en el momento idóneo, el sabio consejo, el bálsamo para las lágrimas, el hombro en que llorar y estando dispuesta a ayudarme a mí y a cualquiera que se le acerque para recibir su apoyo, su aliento y cariño.

No en vano su figura fue reconocida, junto a Helena González y Gracia Sánchez, en el año 2022 por la ciudad de Salamanca con motivo del 8 de marzo, al hacer público dicho reconocimiento la Concejala de Familia e Igualdad de Oportunidades declaró *el orgullo que supone para nuestra ciudad contar con tres referentes como Ángela Figueruelo, Helena González y Gracia Sánchez, quienes desde perspectivas y ámbitos diferentes, así como desde distintas generaciones, poseen un vínculo común como es su enorme talento y capacidad de trabajo puestos al servicio de la sociedad*. Añadiendo que, «todas ellas son magníficas embajadoras que posee Salamanca y por ello les estamos enormemente agradecidos».

Ahora que se jubila por razón de edad, pero no nos abandona, pues será emérita, seguimos teniendo una mujer fuerte referente y pionera en materia de igualdad y en la lucha contra la violencia de género, con un compromiso férreo y una entrega a la Universidad de Salamanca de manera incondicional, sin fisuras ni falta de esfuerzo.

Gracias Ángela por todo tu trabajo, tu esfuerzo y tu compromiso, nunca tendremos suficiente tiempo para agradecértelo. Sin duda alguna la Universidad de Salamanca, quienes la componen y las generaciones presentes y futuras estarán en permanente deuda contigo. Y no solo ellas, sino yo en particular, por haberme apoyado, ayudado, escuchado aconsejado, por tener el privilegio de llorar y reír juntas, por todo eso, ¡gracias, Ángela!

ÁNGELA FIGUERUELO: SIEMPRE CON LOS BRAZOS ABIERTOS Y LA MANO TENDIDA

Sergio Martín Guardado
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca

*A mi maestra, Ángela Figueruelo, que abrió caminos y sostuvo mis pasos:
gracias por permitirme ser, por siempre, tu discípulo.*

Que este Libro Homenaje lleve por título *El Derecho de la igualdad y la libertad* no es una elección casual. Esas dos palabras, igualdad y libertad, no solo han sido el eje de la obra académica de la profesora Ángela Figueruelo Burrieza, sino que también suponen el engranaje de su forma de estar en el mundo. Ella me enseñó que el Derecho no es un conjunto de normas inertes, sino una herramienta para dignificar vidas; que la igualdad no es un ideal abstracto, sino un compromiso diario; y que la libertad solo es real cuando incluye a todos, especialmente a quienes menos margen tienen para ejercerla. En su magisterio descubrí que estos principios no se estudian: se encarnan. Por eso este libro lleva su nombre implícito en el título, pues cada página aspira a reflejar, aunque sea mínimamente, esa convicción luminosa que ella sembró en todas las personas que contribuyen a esta obra: la certeza de que el Derecho solo alcanza su plenitud cuando protege, equilibra y humaniza. Quizá por eso se dedicó al Derecho Constitucional, que es preeminentemente el derecho de la igualdad y de la libertad así entendidas.

En mi camino, Ángela fue precisamente eso: la voz que me mostró que igualdad y libertad no eran conceptos jurídicos, sino destinos personales. Comenzaré diciendo que hay vidas que se cruzan sin estridencias, casi en silencio, pero cuyo impacto se vuelve, con el tiempo, decisivo.

Hay encuentros que no responden a un plan, sino a esa misteriosa inteligencia del destino que, con la precisión de un antiguo artesano, sabe unir a quienes están llamados a caminar juntos. Mi destino, con Ángela Figueruelo, nació entre instantes de incertidumbre vital en los que buscaba, casi sin saberlo, un cobijo intelectual y, por siempre, una luz capaz de orientar mis pasos y reorientarlos cuando ese destino parece desdibujarse.

Un acto de homenaje, sea el que sea, debe responder al propósito de reconocer que algunas personas no solo transforman nuestra carrera académica, sino todo aquello que entendemos y asumimos como vida propia. Por eso, mi contribución a este libro es un relato de ese encuentro fundacional: cómo la conocí, qué significó su magisterio y por qué su presencia se ha vuelto parte esencial de mi identidad.

1. Cómo conocí a Ángela Figueruelo

Hay decisiones que no se toman, ni tan siquiera hay una predisposición a adoptarlas, sino que van despertando dentro de uno mismo, como si esperaran pacientemente a que llegara el momento oportuno para abrirse paso. Yo me encontraba justo ahí: en ese umbral incierto entre la culminación de la formación universitaria y la llegada al mundo laboral. Ese borde de un precipicio que mezcla vértigo y deseo. Terminaba el Máster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales en la Universidad de Salamanca, cuando empecé a sentir aquella llamada silenciosa de la investigación. No era un camino fácil, tampoco claro. Se trataba de una senda estrecha donde las

ayudas eran escasas, las plazas limitadas y los requisitos casi inalcanzables. Yo creía intuir, en un primer momento, que mis intereses se orientaban hacia la igualdad de mujeres y hombres desde una perspectiva laboralista. Más allá de eso, lo que realmente me sedujo de la Academia fueron la oratoria y la buena pluma del profesor Manuel Carlos Palomeque, su facilidad de palabra y su entusiasmo por la justicia social; todo ello logró convencerme de que quizás, sí: la investigación podría ser lo mío. Una labor crítica y creativa, no mecánica. El profesor Enrique Cabero me explicó el misterio de la carrera académica y los enredos de las ayudas a la formación, el contrato predoctoral como figura jurídico-laboral. Entonces, comencé a llamar a las puertas de los despachos de la Facultad de Derecho. Puertas que se abrían con reservas o que no se abrían en absoluto. Y, si se abrían, no suponían un camino para lograr una de esas ayudas que permitiera iniciar mi carrera profesional en la Universidad. Carlos y Enrique, además de María José Nevado, siempre generosos conmigo, me orientaron, pero yo seguía sin lograr mi propósito: el aval de un catedrático o catedrática con trayectoria académica, con un determinado número de sexenios —yo ni tan siquiera sabía de qué me estaban hablando—, que lograra avalar mi solicitud a una convocatoria de ayudas para la formalización de contratos predoctorales en la Universidad de Salamanca.

En el Grado en Derecho, aquella profesora que yo conocía de los congresos y jornadas que tenían que ver con la igualdad o apostaban por la erradicación de la violencia de género, me había impartido ya algunas clases: había sido mi profesora en varias asignaturas de Derecho Procesal. Hablo de Marta del Pozo, quien todavía sin conocerme demasiado me acercó a algunos actos académicos que organizaba con parte del profesorado de la Facultad y un equipo de colaboradores que los acompañaban. Allí había algo: una línea de contacto posible, una posible promesa, un aire distinto. ¿Por qué un aire distinto? Pues porque no veía esa «barrera» entre maestros y discípulos. Todas aquellas y aquellos que hayan dedicado su vida a la Universidad o lo vengán haciendo —sobre todo, los más antiguos—, me entenderán, por lo que no merece más explicación. El caso es que le mandé un correo a Marta del Pozo, quien me recibió en su despacho de la Facultad de Derecho. Fue entonces cuando Marta pronunció un nombre que cambiaría mi vida para siempre: Ángela Figueruelo Burrieza. Marta me decía que era la Catedrática de Derecho Constitucional, la Directora del Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género y otras tantas cosas que yo no sabía muy bien que significaban. La cuestión de fondo era que aquel nombre —Ángela Figueruelo— no era solo una recomendación académica: llevaba adherido un extraño sentimiento de esperanza. Marta hablaba de ella con la seguridad de quien conoce bien la calidad humana y el rigor intelectual de una persona: «es el perfil que necesitas», «te abrirá camino», me repetía. Mientras yo escuchaba estas palabras, sentía que algo dentro de mí empezaba a ordenarse, como si por fin alguien encendiera una luz en medio de un pasillo demasiado largo y oscuro, que nunca termina.

Ahora venía una difícil tarea: ¿cómo acercarme a una catedrática cuya sola presencia imponía un respeto casi reverencial? Si bien yo no conocía Ángela Figueruelo, tengo aún un primer recuerdo de ella. Al tratar de hacer memoria, comprendí que sí había visto a Ángela años atrás, quizá en 2015 o 2016, en un acto multitudinario en el que se hablaba de la Transición Democrática y en el que participaba Alfonso Guerra. Era una mujer con una oratoria rigurosa y una serenidad inconfundible, que intervenía junto a la que entonces era mi profesora de Derechos Fundamentales, Mercedes Iglesias Bárez. La profesora Figueruelo tenía una presencia que imponía respeto antes incluso de conocerla... Y, aunque no tardaría en revelarse, con el tiempo, como una figura profundamente humana. Muchos lo dicen: la primera impresión es la seriedad y el rigor. La verdadera impresión llegaría después. Esa serenidad me hizo dudar ¿cómo presentarme ante ella, que ni siquiera me conocía, para pedirle que confiara en mí, en mis dudas, en mis proyectos aún sin forma? Aquello era como llamar a la puerta de una casa cuya arquitectura admiraba desde fuera, porque busqué muchas cosas en internet sobre ella, pero cuya llave no sabía si tenía derecho a solicitar.

Me veía a mí mismo redactando correos que nunca enviaba, imaginando conversaciones que no sabía cómo iniciar, repitiendo mentalmente oraciones que se deshacían al pensar en que tendría que acudir en algún momento a su despacho, porque el plazo para solicitar las ayudas se terminaría algún día. Temía molestarla, incomodarla, parecer atrevido. Temía incluso la posibilidad de que me dijera que no. Y es que ya me lo habían dicho antes, por ello, en el fondo, lo que más me intimidaba era la magnitud de un posible «sí». Era solicitar un gesto de confianza, un compromiso de años, una apuesta por un joven investigador que, en aquel momento, apenas sabía si era digno de tal atributo. Sin embargo, había una certeza silenciosa, pequeña, casi tímida, que me decía que debía intentarlo y mi madre me animó a ello.

Yo había cursado Derecho en Salamanca, pero nunca había sido alumno suyo. Los grupos por apellidos habían tenido la caprichosa delicadeza de separarnos, hasta entonces. Solo conocía a Mercedes Iglesias, y el apellido «Figueroa» me resultaba familiar por su hija María, a la que en aquel momento ni tan siquiera relacionaba con ella, había coincidido conmigo en alguna que otra asignatura del Grado. Pero nada más.

Impulsado por aquella recomendación de Marta y de mi madre, me puse a buscarla. Llamé, escribí, insistí. Pero no era un buen momento para Ángela, lo comprendí un tiempo después. Había quien, desde ciertos frentes mediáticos, pretendía ponerla en entredicho, sin que yo supiese muy bien por qué. Ni di importancia a esa clase de ruido entonces, ni vamos a perder el tiempo ahora en ello. Viene a colación para que se pueda comprender por qué tardó tanto en recibirme. Finalmente, conseguí dar con ella. Un día, tras incontables correos, me encontré con Ángela en un lugar tan cotidiano como simbólico: la parada del autobús al que ella sigue subiendo para volver a casa la mayor parte de los días para llegar a comer con Tomás al final de la mañana.

Allí, la vi, de pie, con ese gesto sereno que la caracteriza, como si el tránsito del mundo no la rozara. Y, que tantas veces había ensayado un saludo, me descubrí caminando hacia ella con una mezcla de respeto, torpeza y miedo. Miedo, sí: miedo a interrumpirla, miedo a parecer inoportuno, pues ya estaba fuera de su horario de trabajo. Y, en suma: miedo de que me preguntara quién era yo para acercarme con semejante petición. El caso es que Marta, Carlos y Enrique me habían hablado de ella muy bien. Use sus nombres para decirle: «¿usted es Ángela Figueroa?» Me contestó con un seco sí. Continué: «he estado hablando con Marta y con Palomeque por ver si me puede dirigir una tesis doctoral y me gustaría ir a verla a su despacho». Me respondió que sí, que al día siguiente a las diez de la mañana. Todavía lo recuerdo. El miedo se incrementó: «¿cómo voy a decirle que busco directora para una tesis aún sin forma?». Cada paso que daba era un acto de valentía tímida. Creo que le ha sucedido a mucha gente cuando, por primera vez, trata de abrir las puertas de la Academia con la esperanza de que se abran, pero sin saber si estás llamando demasiado fuerte o demasiado suave.

Cuando llegué a su despacho al día siguiente, tras pasar la tarde del día anterior revisando bibliografía y qué se decía de mi tema de investigación, respiré hondo, llamé a la puerta y, hablando de Usted, pronuncié un saludo que me tembló más en el alma que en la voz. Ángela me miró: en esa mirada no había juicio ni impaciencia, sino una atención tranquila, discreta, casi afectuosa y, de repente, el miedo desapareció. En realidad, me acercaba a una mujer que sabía escuchar incluso antes de que uno hablara.

Le pregunté, con toda la humildad posible, si tendría un hueco para mí, para mis dudas, para mi aspiración de empezar un camino académico, para dirigir mi tesis doctoral. Y entonces ocurrió lo que, con el tiempo, he reconocido como una de las constantes de su carácter: Ángela siempre ayuda. Ángela siempre dice que sí. Su respuesta, sencilla y amable, derrumbó de un golpe todos mis temores. Y, sin saberlo, abrió en ese instante la puerta por la que yo entraría, meses después, a una vida nueva, que desde entonces construyo al lado de la Academia.

Luego la vida hizo lo suyo. Presentada la solicitud para las ayudas predoctorales y, con cierta esperanza, defendí mi TFM y, a la espera de que la Universidad resolviera, me matriculé en el Doctorado de Estudios Interdisciplinarios de Género. La Universidad tardó casi un año en resolver las ayudas predoctorales; llegó un periodo de reclamaciones: me excluyeron sin razón; lo que me dio un sentimiento amargo. Como segunda opción había marchado a Madrid, donde yo estaba cursando el Máster de Abogacía en la Complutense sin ánimo de pisar salas de vistas. Y estaba trabajando en una Big Four, tras superar una entrevista la misma tarde del día en que defendí el TFM. Una mañana llamé convencido a mi madre para decirle que lo mío no eran los dictámenes, sino la crítica, la idea, la palabra. A esa vida de Madrid no llamaba ni a la razón ni al alma. Uno de mis profesores administrativistas del Máster de la Complutense, me ayudó a redactar con fundamentado escrito de alegaciones que posibilitó que tiempos después recibiera una llamada de la Agencia de Gestión de la Investigación: me concedían el contrato, tras una larga fase de reclamaciones. La esperanza se abrió de nuevo paso. Una tarde de febrero de 2018, tras comer, llamé a mi madre y comuniqué a mis compañeros de clase que se acababan mis días en Madrid. No sabía qué pasos tenía que seguir ahora, pero, sobre todas las cosas, yo estaba deseoso de volver a Salamanca. Ese día lo celebré y ya me encargaría al día siguiente de los trámites.

2. Qué ha significado para mí el magisterio de Ángela Figueruelo

Precisamente, al día siguiente sonó el teléfono en aquel frío piso de estudiantes de Puerta del Ángel en Madrid. Era Ángela. Volvía a escuchar su voz pausada, cordial, generosa. Meses antes me había dado su número; yo, por supuesto, no desaprovechaba la oportunidad de viajar a Salamanca cada vez que podía, para ver a mis amigos y acudir a los congresos sobre igualdad, derecho laboral o constitucional. Salamanca me llamaba dentro de mí y yo, siempre que podía, acudía a la llamada. Me costó mucho irme y ahora, por fin, podía volver de verdad.

Llamé a mis padres. Les dije que dejaba Madrid. Que volvía a Salamanca. Que empezaba mi camino. Que me esperaba la Universidad. Que me esperaba mi directora de tesis para incorporarme al trabajo que había empezado meses atrás, pero con mayor constancia y dedicación. Así, en marzo de 2019 regresé a Salamanca. Y fue entonces cuando comenzó de verdad mi vida académica. O, mejor dicho, cuando comenzó nuestro camino: el de un maestrazgo que no nació de una clase.

El camino que eché a andar junto a Ángela Figueruelo fue el camino de una búsqueda; no de una asignatura, sino de una necesidad; no de la casualidad, sino de ese hilo invisible que une, sin avisar, a quienes están destinados a encontrarse en el lugar exacto y en el instante preciso.

Con el tiempo comprendí que un maestro no es solo quien enseña, sino quien transforma. La profesora Ángela Figueruelo no tardó en revelarse como esa clase de figura serena que cambia el curso de una vida sin necesidad de grandes gestos, porque su sola presencia es un espacio de claridad. Yo llegué a ella con incertidumbres, con preguntas casi infantiles sobre cómo se vive la Universidad desde dentro, cómo se sueña una tesis, cómo se construye una trayectoria académica, sin perder el alma por el camino. Y ella me abrió la puerta como quien abre un hogar, sin solemnidades, sin distancia, con la naturalidad con la que respira la gente profundamente buena. Como una madre que bajo su manto acoge a sus hijos.

Pronto descubrí algo que no siempre se percibe en la primera impresión: tras la seriedad de su rostro se esconde una mujer cálida, de delicadezas silenciosas, atenta a las vidas de quienes la rodean, capaz de ver más allá de las palabras y del propio trabajo. Su forma de escuchar es un don raro en la Academia: escucha sin prisa y sin prejuicio, como si en cada conversación hubiera un pequeño acto de confianza mutua. En su despacho aprendí que la docencia e investigación no es un archipiélago aislado, sino una conversación continua entre generaciones.

Ángela lee con rigor, corrige con precisión quirúrgica, interpreta el Derecho como quien recorre un mapa con brújula antigua, pero sin perder la obligada mirada contemporánea.

Aunque lo que más me enseñó no aparece en sus artículos, ni en sus monografías, ni siquiera en sus clases: está en su humanidad. En los cafés apresurados entre una tutoría y otra, en los silencios compartidos al terminar una revisión especialmente difícil, en los gestos casi imperceptibles con los que te recuerda que el esfuerzo merece la pena.

La culminación de mi tesis doctoral no fue solo un logro académico, sino un acto de comunión profunda con ella, donde mis padres pudieron comprender quién era Ángela Figueruelo Burrieza. Meses atrás, cuando el mundo se detenía bajo la sombra del COVID y ella, lejos, en Bruselas, aguardaba el nacimiento de su segunda nieta, me contactaba casi a diario, lo que permitió que la relación se estrechara como si la distancia hiciera más nítido el vínculo. Mientras el silencio global imponía incertidumbre, su voz, a veces por teléfono, otras por mensajes enviados desde hospitales y aeropuertos cerrados, mientras nuestros familiares no pasaban sus mejores momentos, mantenía encendida la llama que me impulsaba a seguir escribiendo. Por eso, cuando defendí mi tesis, sentí que no solo culminaba un trabajo: la culminábamos juntos.

Está en su manera de decir «no te preocupes, seguimos adelante», cuando el camino se llenaba de incertidumbres en lo personal y en lo profesional, ya superada la etapa de la tesis doctoral. Ese fue el primer logro compartido. Y es que, en su forma de celebrar cada pequeño logro, cada avance, cada frase bien encontrada. Cuando nos dan un proyecto, o cuando recibes una acreditación, o una plaza... A su lado entendí que el maestrazgo es también una forma de afecto: tiene algo de disciplina, algo de paciencia, mucho de maternal, algo de exigencia justa... Ángela nunca pidió admiración y por eso se la admira. Nunca pidió fidelidad, porque entiende que la lealtad no es pleitesía. Y por eso se le respeta, dentro y fuera de Salamanca y allende lo mares. Nunca pidió devoción y quizá por eso se la tenemos.

Hoy, cuando miro hacia atrás, sé que mi vida académica no se puede contar sin ella. Ángela me ofreció no solo dirigirme una tesis, sino una manera de estar en el mundo: con firmeza, pero sin arrogancia; con pasión, pero sin ruido; con valentía, pero sin soberbia. Me enseñó que la igualdad y la libertad no son únicamente un objeto de estudio, sino unas convicciones éticas. Y que la Universidad es, o debería ser, antes que una institución, un lugar donde las personas importan. Este presente que compartimos, lleno de congresos, de manuscritos interminables, de proyectos, de conversaciones que empiezan en lo jurídico y acaban en lo humano, es un tiempo que guardo con la gratitud de quien sabe que ha tenido la fortuna de encontrar a una maestra en el sentido más pleno del término.

3. Por qué Ángela Figueruelo será siempre parte de mi «yo»

Con el paso de los años he aprendido que hay personas que no solo forman parte de nuestra vida, sino que, sin saberlo, se integran en nuestra identidad más profunda. Maestros y maestras que no enseñan únicamente conceptos, métodos o estructuras jurídicas, sino que dejan huellas invisibles en nuestra manera de pensar, de sentir y de habitar el mundo. Para mí, Ángela Figueruelo es una de esas presencias que no se marchan nunca, incluso cuando no están físicamente delante. Siempre pienso en los consejos de Ángela, porque se parecen mucho a los que da mi madre. Y eso se refleja en eso que siempre ella dice: «después de tu madre, soy yo quien más te quiere».

Si hoy pienso en quien soy, quién he llegado a ser y que seré en un futuro, encuentro y encontraré en cada tramo de ese largo camino que aún está por escribir una huella suya: un gesto, una palabra, una forma de mirar la realidad con justicia y con humanidad. Un compromiso que no puede comprar ni tan siquiera se puede aprender en los libros, sino que se transmite como se transmiten las convicciones verdaderas: viviendo, actuando, siendo. Ángela me enseñó que la igualdad, no es un discurso, sino un deber moral; que el Derecho no es un arsenal técnico, sino una herramienta de dignidad y de resolución de problemas; que la Universidad no es un templo, sino un espacio donde caben las personas con sus fragilidades y sus sueños. Me enseñó, también, que la firmeza no está reñida con la ternura, que la exigencia no está peleada con el cuidado, que una gran académica puede ser, a la vez, una gran persona. Lo que ella dice siempre: «muchas veces hay que preferir el factor humano».

En ella encontré muchas cosas: una directora, una consejera, una brújula... pero, sobre todo, una maestra y, muchas veces, una madre.

Una maestra en el sentido más noble de la palabra: alguien que te ilumina sin imponerse, que te orienta sin condicionarte, que te exige sin romperte, que te cuida sin paternalismos, que te señala horizontes a los que tú, por ti mismo, jamás habrías vislumbrado.

Una madre académica, en toda su amplitud. Porque Ángela no solo acompaña: guarda. No solo guía: alumbra. No solo corrige: pulsa en ti la mejor versión de lo que puedes llegar a ser. Su maestrazgo no es una cátedra, sino un linaje moral. No se trata únicamente de una transmisión de saberes, sino una forma de estar en el mundo con dignidad, justicia y empatía.

Tiene la rara virtud de las personas excepcionales: hacerte sentir que eres capaz de lo imposible sin que jamás se pronuncie esa palabra. Con ella, el aprendizaje se convierte en un acto de confianza; la duda, en un camino hacia la verdad; el esfuerzo, en una forma de gratitud. Su voz, sigue siendo serena, firme, inconfundible y, cada día, es un faro en medio de la tormenta académica, pero también un refugio cuando la vida aprieta. En sus manos, la Universidad adquiere un rostro humano, cálido, profundamente ético. Hay maestros que enseñan teoría; otros, método; algunos, disciplina. Ángela enseña todo eso y algo más difícil de nombrar: enseña a ser persona. Ante todo, eso. Si uno logra ser íntegro, aun cuando nadie mira. Valiente, incluso ante lo incierto. Y justo, incluso cuando no le conviene. Uno es mejor persona. Todo eso lo he aprendido con Ángela en estos años de mi vida que vengo recorriendo junto a ella.

Incluso en estos momentos de la vida de los que vamos dejando de ser jóvenes, pero en los que el futuro todavía está en borrador, seguir teniendo a alguien así a tu lado es casi una forma de salvación. Ángela, con su temple y su humanidad. Siempre, aunque sea en el pensamiento, te hace superar el desconcierto que te abrumba. Por eso, cuando digo que es maestra y madre, no exagero, simplemente me sincero con ustedes y reconozco lo que su presencia ha significado en mi destino. Hay personas que no solo nos conducen: nos sostienen. No solo nos enseñan: nos hacen

mejores en todos los sentidos. No solo nos abrieron puertas: nos recuerdan que somos dignos de atravesarlas.

Ángela es una de esas pocas almas que, en la Universidad, desgraciadamente, no abundan. Y, cada día, llenan y seguirán llenando de sentido una vida académica. Incluso cuando el tiempo, que no se detiene, siga su curso, seguirá habitando en el corazón con la quieta grandeza de aquello que nunca podrá borrarse.

Por eso, aunque este homenaje quiera celebrar su trayectoria, su legado, su obra inmensa y admirable, yo no puedo evitar situarla también aquí, en este plano íntimo, personal, donde se reconocen las influencias que moldean una vida. Porque Ángela Figueruelo no ha sido únicamente la catedrática, la investigadora, la autora prolífica, la referencia doctrinal en tantos campos del saber del Derecho Constitucional. Ha sido esposa, madre y, en estos últimos años, abuela, que pasa a esa etapa en que hay que disfrutar un poco más de los suyos. Con el permiso de esos que son un poco más suyos, los que también nos sentimos familia, creo que nos vemos obligados a destacar su presencia decisiva en nuestra vocación académica y, al final de cada día, en nuestra manera de ser.

Lo que soy hoy, reflejo de lo bueno y lo malo, también nació y se superó a su lado. Las convicciones con las que trabajo, los valores que defiendo, la pasión que pongo en cada texto y en cada idea, llevan un eco de su voz. Ángela Figueruelo está en mi oficio, en mi mirada, en mi forma de entender el Derecho y la Universidad, en mi forma de entender la vida.

Aunque el tiempo corra y los caminos se diversifiquen, siempre habrá dentro de mí un lugar en el que ella habita sin necesidad de invitación ni de permiso: un lugar de gratitud pura, sin reservas. Lo digo con la serenidad de quien reconoce una verdad profunda: Ángela Figueruelo siempre será parte de mi «yo». No solo del que fui, ni del que soy ahora, sino también del que seré mañana, cuando me toque a mí acompañar a otros, orientar a otros, abrirles las puertas que ella me abrió a mí. Porque ese es el verdadero legado del maestrazgo: seguir viviendo en quienes aprendieron de ti. Y yo, con humildad y orgullo, puedo afirmar que llevo un poco de Ángela en todo cuanto hago. Y que ese pedazo suyo es, sin duda, de los mejores que tengo.

Eternamente, gracias, maestra.

Sergio Martín Guardado

CINCEL Y CRISOL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: MAGISTERIO, OBRA Y LEGADO DE ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA EN LA CIENCIA CONSTITUCIONAL

Emilio Ferrero García

*Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca*

«Hay personas que luchan un día y son buenas;
hay otras que luchan un año y son mejores;
hay quienes luchan muchos años y son muy buenas.
Pero hay las que luchan toda la vida. Esas son las imprescindibles».

Bertolt Brecht.

Ardua es la tarea de escribir un homenaje a la que es tu maestra cuando esta se ha convertido en tu segunda madre. Referente, ejemplo, ayuda y aliento, pero también fuerza e inspiración. Resumir en unas pocas páginas la figura de la profesora Figueruelo desde los ojos del más joven y último de sus discípulos.

Porque toda forma de compartir conocimiento es siempre un canto de esperanza.

Un magisterio que no siembra apuntes, escritos o disertaciones, sino semillas de conciencia crítica, abriendo surcos en el entendimiento hacia una concepción de Derecho Constitucional que late con el pulso de lo nuevo. Enseñanzas que, como escribiría Celaya, «son gritos en el cielo y en la tierra son actos».

Un Derecho como escudo que toma partido hasta mancharse al servicio de quienes lo necesitan. La clave de bóveda, pilares y contrafuertes, a un tiempo, para edificar sobre cimientos sólidos una sociedad más justa.

Una obra fruto de una trayectoria profesional y académica intachable, cincelada sin mácula en el crisol de la perseverancia y el denuedo. De la vieja escuela aulica que no repara en tiempo cuando del rigor científico se trata y enseña a quien quiere escuchar la devoción —y hasta veneración— universitaria por nuestras instituciones académicas. Un ejemplo que da sentido al templo de la inteligencia que reivindicaba Unamuno para una Casa de Estudios ocho veces centenaria.

Y un legado que se cifra en una estela de conocimiento valiente, del que incomoda y transforma. Una labor que no se inscribe en el registro fugaz del prestigio, sino en el canon imperecedero de la doctrina que es arquitecta de la Razón Jurídica, con mayúsculas.

Pero como todo tiene su inicio... la biografía misma de la profesora Figueruelo es la historia del triunfo del tesón.

Sosteniendo en sus hombros el peso de la tierra dorada de Sayago, humilde pero orgullosa; encontró en la honradez de tan maltratada y olvidada comarca la mejor escuela de integridad y empeño. Unos campos que enseñan el valor de la dignidad y del esfuerzo; de silencios como forma

de respeto, encinas de labios ignotos y arados que claman la lección imborrable que corona el frontispicio de su legado: las estrellas son para quienes las trabajan.

Tal vez fue su infancia en La Raya de Portugal la que jamás le permitió concebir las fronteras, o tal vez fuera la grandiosidad de los cortados y arribes del Duero la que le permitió divisar la planicie para estudiar, desde la distancia y la altura, siguiendo el consejo de Maquiavelo, las múltiples aristas y realidades de lo diferente.

Una patria chica que imprime carácter, que enseña en silencio la paciencia de la artesanía, la resiliencia de la agricultura y la dedicación de la ganadería familiar. Una tierra áspera que endurece la piel, pero abraza el alma; de cielo siempre encendido, y alzadas que atestiguan el valor indeleble de la palabra dada, que siempre ha honrado en su trayectoria.

De una gea de secano y granito herido, pero siempre regado por el paso perenne del Duero y el Tormes, profetizando en sus gargantas, riveras y cascadas, no solo su futura adopción salmantina —o, al menos, vocación salmanticense a prueba de balas—, sino, sobre todo, la diversidad. Diversidad que cultiva en su obra la profesora Figueruelo, tal vez rezando en su rumor, como sostenía Manuel Azaña, que todos somos hijos del mismo sol y tributarios del mismo río.

Una quimera que terminó en victoria.

«¡Pero yo quiero estudiar Derecho!». La gestión emocional de la incomprensión familiar y la perseverancia para cumplir sus sueños. Recuerdo cuando me contaba por primera vez, en las calles monumentales de Bolonia, cuántos esfuerzos empleó en conseguirlo y mi orgullo —y alivio todo sea dicho— porque finalmente lo consiguiera. Así iniciaba una senda que haría honor a su inicio: esa fuerza de voluntad forjada a golpes en la fragua del mundo hostil que irresistiblemente quería transformar.

Y quién iba a decir a esa adolescente sayaguesa que un día a quien estudiarían en la ciencia del Derecho, a la que tanto tendría que aportar, sería a ella. Pero esa victoria de quien llegaría a ser la primera mujer catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca en su larga historia no sería individual y nunca lo sentiría así. Sería la victoria de quienes la precedieron y de aquellas a las que Ángela Figueruelo abrió tantas puertas, derribando tantos techos de cristal.

Aprendió de la vieja escuela de cultores del Derecho una concepción de nuestra disciplina que es ante todo principialista en tiempos de dominación jurisprudencialista. Acaso por ello, fiel a una tradición de la que era custodia, ha demostrado en su obra que la labor del jurista —¡y la jurista!— no es citar precedentes, sino, ante todo, formularlos con su investigación, crearlos con sus conocimientos y desafiarlos cuando estos no sirvan al imperativo categórico de la Justicia que persiguen y a la que aspiran.

Un trabajo intelectual siempre caracterizado por la capacidad para interpelar y poner de manifiesto las carencias y necesidades de todo ordenamiento, esgrimido y enarbolado como acto de magisterio cívico de valor incalculable. Unos análisis en que no se regalan concesiones al decoro académico que disimulen la falla social. Por el contrario, si algo la caracteriza es un rigor que despoja y desnuda la fragilidad de los derechos ante la inercia del prejuicio y el Poder.

La elección consciente, desde la perspectiva más fiel y empática de la humanidad, que la convirtió en la profesora e investigadora, pero, por encima de todo, la maestra, que celebramos y homenajeamos. La historia siempre rima: su familia quería que estudiara magisterio y, a su manera, terminaría cumpliendo y ejerciéndolo indudablemente, solo que desde la Universidad decana del habla hispana.

Y así pasó a ser una tesela más del gran mosaico de la mejor acepción de la Academia. Un hilo dorado del colosal tapiz del Derecho Constitucional que imbrica y se entrelaza con nombres como Pedro de Vega, Lucas Verdú, Jiménez de Parga o García-Rojas hasta Adolfo Posada y Giner de los Ríos, enhebrados con el nombre de Ángela Figueruelo. Tal vez por ello, Sir Isaac Newton acertaba cuando escribía que si hemos visto tan lejos es porque nos hemos puesto a hombros de gigantes.

Pero no se conforma la Maestra con descifrar los preceptos constitucionales; su labor es llevarlos al crisol, donde las doctrinas heredadas se funden con las urgencias del presente. Una concepción del Derecho constitucional cual Derecho de la igualdad y de la libertad, que, como nos enseñó Clara Campoamor, solo se aprende ejerciéndola.

Y la historia germinó.

Una obra científica cuyas aportaciones a la ciencia jurídica son incuestionables. Bien sea el estudio y conceptualización constitucional de la tutela judicial efectiva o el recurso de amparo, teorizado no como mero instrumento procesal, sino como pilar fundamental para el funcionamiento efectivo del Estado de Derecho. Una atención tenaz y sostenida en el tiempo sobre las garantías constitucionales; bajo la certeza de entender que los derechos escriturados y consagrados no atesoran sino el valor que otorguemos como sociedad a su debida protección y salvaguarda, en la obligación cívica de garantizar su cumplimiento material y efectivo.

Innumerables son las ideas y materias que ha cultivado en sus casi 50 años de servicio a la Universidad y a su disciplina, como sería la justicia constitucional, sobre la que terminaría siendo referente a un lado y otro del Atlántico, particularmente sobre el recurso de amparo, así como la incidencia positiva del guardián e intérprete último de nuestra carta magna, el control de los actos parlamentarios, el amparo electoral o la autocuestión de inconstitucionalidad. Desde el proceso de integración y constitución europea, pasando por la democracia paritaria, los cuidados, la excepción y anomalía constitucional, hasta el derecho comparado o la protección al medio ambiente.

Una polifonía orquestal cuyas armonías permiten identificar nítidamente, sin ornamentos ni contrapuntos, el abordaje constitucional de la igualdad de género como principio, valor y derecho fundamental, pero, sobre todo, como *leitmotiv* de una sinfonía jurídica que, por definición, siempre se halla inacabada.

A ella debemos la aportación metodológica de una eficaz conceptualización científica de la perspectiva de género en su aplicación a los saberes jurídicos, del mismo modo que la movilización marcial del conocimiento iuspublicista para enviarlo al campo de batalla contra la lacra execrable que supone toda forma de violencia contra las mujeres.

Compromiso inquebrantable que se une al propio con la interdisciplinariedad, como se aprecia en las aportaciones y procedencia académica de sus plumas, creando sinergias, foros, equipos de investigación y espacios de diálogo, generación y transferencia del conocimiento.

Esfuerzos plasmados no solo en el espíritu de la transformación del Centro de Estudios de la Mujer —en que tanto trabajó— al actual Centro de Investigación en Género de la Universidad de Salamanca, de la que fue inspiración absoluta, sino en la construcción de nuevas unidades como herramientas al servicio de la Universidad y la sociedad, tales como el GIR «Derechos y Libertades en la Sociedad Actual» o, sobre todo, la fundación de los Estudios de Género en el Estudio Salmanticense, fiel a la tradición humanista de Francisco de Vitoria y su *ius gentium*.

Ese es tal vez su más significativo y, con mayúsculas, histórico legado indiscutible, cuya llama mantendremos viva como mejor homenaje al tiempo y dedicación que desinteresadamente ofreció —y seguirá ofreciendo en su merecida emeritez— a «sus hijos»: el Máster universitario y el Doctorado en Estudios Interdisciplinarios de Género y Políticas de Igualdad, a los que ahora nos toca cuidar con idéntico cariño según su ejemplo.

«Piano piano, andiamo lontano».

Una obra ofrecida a los Derechos Humanos como mejor tributo a la dignidad de la persona, con visión de futuro y hacia la conformación dogmática de un genuino Derecho antidiscriminatorio, pero aprendiendo también de la Historia constitucional, como ella, maestra del presente y del porvenir que aún es siempre todavía.

«Cepillar la historia a contrapelo», como escribía Walter Benjamin; desde la vigencia constitucional doceañista en el trienio liberal, el —no podría faltar— poder moderador en el Imperio Brasileño de 1824, pasando por la Constitución de Querétaro, hasta la presidencia de la Segunda República o el sufragio femenino en la Constitución de 1931, guía que he procurado continuar en mi propia labor investigadora siguiendo su estela.

Y llegados a este punto, en una pequeña contribución como esta para un libro en reconocimiento a tan meritisima académica, hablar de quien escribe sus líneas corre el riesgo de arrebatarse, por unos instantes siquiera, el protagonismo que solo puede corresponder a la homenajeada.

Sin embargo, no es por vanidad, sino por inmenso orgullo, que no puedo sino estampar, lo más brevemente que pueda, el honor inconmensurable que, para mí, el más joven y último de sus discípulos, supone haber entrado en la que es mi vocación de su mano, de la que aprendí a caminar en

la Universidad. De aprender cada día de su ejemplo y recibir sus enseñanzas, la más importante de todas: que las estrellas —recordarán—, antes o después, son para quienes las trabajan...

Pretender, ingenuamente así, con la poca técnica e imperfecta pluma, plasmar, siquiera un poco de la luz que siempre me ha proyectado, pero, sobre todo, agradecer la impagable deuda contraída con quien creyó en mí antes que yo mismo. Y, fiel a su tradición académica unamuniana, no proclamó el derecho a volar, sino que dio alas para cumplir mi sueño.

Reflejar, en definitiva, en estas cuartillas escritas desde la emoción, la gratitud eterna por enseñarme, en silencio, cada día, que en cada clase y cada artículo hay más poder de transformación social que en todas las banderas y barricadas del mundo. Y que no hay mejor herencia que la conciencia sin velo, ni mejor voz que la matriz de la razón.

Porque para la profesora Figueruelo poner el Derecho, la ciencia y la investigación al servicio de las personas más humildes y sometidas a vulneración estructural, en la búsqueda de respuesta a los problemas sociales, no es sino materializar la prometeica empresa de María Telo por la que transformar la ley, de mero adorno, a instrumento eficaz para la corrección de las anomalías sociales.

Decía Charles Dickens que «nadie es inútil en este mundo si alivia la carga de otro» y esa máxima de su *Doctor Marigold* la convirtió la Doctora Figueruelo en una brújula moral con que conducir su vida universitaria. Porque cada hora empleada, cada sacrificio, cada renuncia y cada noche en vela para ella merece la pena si es por ayudar a quien lo necesitaba.

Hay personas destinadas a hacer mejores a las demás: una es Ángela Figueruelo. Cuántas veces el despacho 257 de la Facultad de Derecho se convirtió en el «Consultorio Mari Francis», cuando no en un Oráculo de Delfos al que acudir buscando luz en medio de la oscuridad.

Pero esa sibila constitucionalista, sacerdotisa de lo bueno y de lo justo, tiene la capacidad de ordenar con su autoridad disiparse las sombras y encontrar las palabras de aliento con que pasar la frontera entre maestra y madre. «*Dilegua, o notte. Tramontate, stelle. All'alba vincerò*».

Un faro de humanidad en medio de no pocas tormentas y tempestades como nos reserva la Academia en tantas ocasiones. Artículos como puentes, en un tiempo de cada vez más muros; prólogos como regalos de lo profundo del corazón; conferencias por los lugares más inimaginados y recónditos de un lado y otro del Atlántico, siempre con su rigor, su humanidad, sus broches y el baúl de la Piquer.

Y la historia echó raíces.

El legado y huella de la profesora Figueruelo es hoy ya imborrable y patrimonio de todas y todos los constitucionalistas, patente su impronta no solo en influencias, citas y políticas públicas que ayudó a modelar de la arcilla de las ideas, sino en la fibra moral de las generaciones que de ella aprendieron que la ley es, ante todo, una promesa de dignidad que debe ser defendida sin tregua ni atajo.

No se cuantifica en honores y ringorrangos, tampoco en los muchos más volúmenes y tomos de este libro homenaje, que, sin duda, bien hubiera merecido. Se mide en la senda incorruptible que proyecta sobre el camino del entendimiento, haciendo de la ley un espejo límpido donde la sociedad pueda un día mucho más temprano que tarde, por fin, reconocerse sin vergüenza.

Porque su empeño y compromiso son la más hermosa demostración cotidiana del potencial de la enseñanza y la investigación, elevadas más allá de una mera profesión: un acto de resistencia al servicio de la justicia. Una conciencia alerta, donde el pensamiento se atreve, como escribió Rosa Chacel, a romper el vaso de vidrio de la paz, para avanzar hacia la verdad científica.

Este libro homenaje que hoy le ofrecemos no es solo una muestra de reconocimiento académico y personal. Es también una pequeña y lúcida forma de devolverle un poco de lo mucho que nos ha dado. Y con ello, honramos la mente lúcida y espíritu valiente que ha forjado su legado, no en la acumulación, sino en una vida dedicada en cuerpo y alma a la defensa constante del discurso jurídico como cristalización de la conciencia.

A una mujer valiente, comprometida y referente. A una buena persona, lo mejor que otra puede decir de una misma. Porque hizo de su Universidad, su trinchera para cambiar el mundo; de su conocimiento, su mármol; de la Academia, su altar; de su despacho, su hogar compartido, cuyas puertas siempre estuvieron abiertas; y de su magisterio, un arma cargada de futuro.

A la doctora Ángela Figueruelo Burrieza, mi maestra.

¡Vitor!

«Educar es lo mismo
que poner motor a una barca...
hay que medir, pesar, equilibrar...
...y poner todo en marcha.
Para eso, uno tiene que llevar en el alma
un poco de marino...
un poco de pirata...
un poco de poeta...
y un kilo y medio de paciencia concentrada.
Pero es consolador
soñar mientras uno trabaja,
que ese barco, ese niño
irá muy lejos por el agua.
Soñar que ese navío
llevará nuestra carga de palabras
hacia puertos distantes, hacia islas lejanas.
Soñar que cuando un día
esté durmiendo nuestra propia barca, en barcos nuevos seguirá
nuestra bandera enarbolada».

Gabriel Celaya.

LOA ACADÉMICA A LA PROFESORA ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA

Pablo Ramos Hernández

*Investigador
Universidad de Salamanca*

1. Preámbulo: la celebración del mérito académico y humano

En el ámbito universitario, pocas ocasiones son tan nobles como la de rendir homenaje a quienes han consagrado su vida al cultivo del saber, a la enseñanza rigurosa y a la defensa inquebrantable de los valores que sostienen la convivencia democrática. Hoy, al evocar la trayectoria y la obra de la profesora Ángela Figueruelo Burrieza, nos situamos ante una figura que encarna, con ejemplar naturalidad, la conjunción entre ciencia, compromiso y humanismo.

Doctora en Derecho y Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, su itinerario profesional y vital se inscribe entre las páginas más notables de la historia reciente de nuestra Universidad. En ella se reconocen no solo la académica rigurosa y prolífica, sino la maestra generosa, la jurista comprometida con la igualdad y la defensora del espíritu democrático que anima a nuestra Constitución.

Ángela Figueruelo Burrieza ha hecho de su vida una empresa intelectual y moral al servicio del Derecho entendido en su más alta acepción: como instrumento de libertad, de justicia y de dignidad humana. Su palabra, su magisterio y su ejemplo son testimonio de un modo de entender la Universidad como lugar de razón crítica, diálogo y transformación social.

2. Trayectoria académica: la excelencia como principio

El camino académico de Ángela Figueruelo se inicia en la Universidad de Salamanca, donde obtiene la licenciatura en Derecho con resultados sobresalientes. Desde sus primeros trabajos, su dedicación y talento la hacen merecedora del Premio Extraordinario de Doctorado, distinción que anticipaba ya una carrera de excelencia.

Con el paso de los años, su presencia en el claustro salmantino se consolida como una de las más sólidas e influyentes. Desde su condición de Catedrática de Derecho Constitucional ha contribuido de manera decisiva al fortalecimiento de esta disciplina, tanto en la docencia como en la investigación.

Su labor docente se caracteriza por el rigor conceptual, la claridad expositiva y la pasión pedagógica. Generaciones de estudiantes han encontrado en sus clases no solo la transmisión del conocimiento técnico, sino la invitación a pensar el Derecho como espacio de libertad y de responsabilidad cívica. La profesora Figueruelo enseña, ante todo, que la Constitución no es una norma abstracta, sino la encarnación jurídica de un proyecto ético y político de convivencia.

Además de su sobresaliente tarea docente, su trayectoria investigadora ha favorecido significativamente al desarrollo del pensamiento constitucional contemporáneo. Su vinculación con el Departamento de Derecho Público General y con el Grupo de Investigación de Excelen-

cia «Derechos y Libertades en la Sociedad Actual» testimonia una dedicación ininterrumpida a la producción científica de alta calidad, orientada siempre por un sentido ético y social del Derecho.

3. El pensamiento constitucional: entre la norma y la libertad

El pensamiento de la Dra. Ángela Figueruelo Burrieza se sitúa en la confluencia entre la reflexión teórica y la preocupación práctica. Su trabajo parte de una comprensión del Derecho Constitucional como espacio de protección de los derechos fundamentales y de garantía del orden democrático.

A lo largo de su extensa obra la profesora Figueruelo ha abordado con lucidez cuestiones esenciales de la teoría constitucional: la tutela judicial de los derechos, el recurso de amparo, la justicia constitucional, la participación política, la organización territorial del Estado o el funcionamiento del sistema parlamentario. Su análisis de la Constitución española ha contribuido a iluminar la dimensión viva y evolutiva de nuestra norma fundamental.

Entre sus aportaciones más relevantes se encuentran estudios sobre la efectividad de los derechos fundamentales, la naturaleza y límites del poder público, la igualdad sustantiva y las garantías del pluralismo político. Su pensamiento revela una constante preocupación por el equilibrio entre la libertad individual y la cohesión social, entendiendo que la democracia no puede reducirse a un procedimiento, sino que debe ser una forma de vida basada en el respeto y la justicia.

Ángela Figueruelo ha sabido conjugar la profundidad teórica con una mirada humanista que sitúa a la persona en el centro del orden jurídico. Para ella el constitucionalismo no es un conjunto de dogmas, sino una herramienta de emancipación. En este sentido, su obra se inserta en la tradición más noble del pensamiento ilustrado y democrático: aquella que entiende que el Derecho solo cobra sentido si sirve a la dignidad humana.

4. Compromiso con la igualdad y la perspectiva de género

Si en el terreno del Derecho Constitucional la profesora Figueruelo ha dejado una huella indiscutible, en el ámbito de los estudios de género su legado es igualmente trascendental. Su trayectoria se distingue por haber incorporado con solvencia y profundidad la perspectiva de género al análisis jurídico, contribuyendo así a la construcción de un constitucionalismo más inclusivo y consciente de las desigualdades estructurales que persisten en la sociedad.

Como directora del Máster Universitario en Estudios Interdisciplinarios de Género de la Universidad de Salamanca ha impulsado una formación de excelencia que combina la reflexión teórica con la sensibilidad práctica. Bajo su dirección dicho programa se ha consolidado como un referente nacional e internacional en la investigación feminista y en la promoción de la igualdad.

Sus obras sobre violencia de género, (des)igualdad estructural y educación en igualdad han abierto caminos intelectuales y políticos. Los textos de la Ángela Figueruelo constituyen aportaciones esenciales para comprender la complejidad de los desafíos contemporáneos en materia de derechos de las mujeres.

En cada una de sus investigaciones late una convicción profunda: la igualdad no es una concesión, sino una exigencia constitucional; no una cuestión sectorial, sino un principio estructural del Estado democrático. De ahí que su trabajo tenga un valor no solo académico, sino también ético y político.

Ángela Figueruelo ha contribuido a que el Derecho deje de ser un lenguaje de exclusión para convertirse en un instrumento de reconocimiento. Con rigor y valentía ha puesto de manifiesto que la lucha por la igualdad es, en realidad, la lucha por una democracia más plena y justa.

5. El magisterio: formar, guiar, inspirar

A lo largo de su carrera la profesora Figueruelo ha sabido ejercer el magisterio en el sentido más alto del término. No se ha limitado a enseñar conocimientos, sino que ha sabido transmitir una forma de pensar, una ética del trabajo y un compromiso con la verdad.

Su autoridad intelectual se asienta en la coherencia entre su discurso y su práctica. Quienes han sido sus estudiantes o discípulos o discípulas saben de su exigencia rigurosa y, a la vez, su calidez humana. Realizar una tesis bajo su tutela supone no solo un ejercicio académico, sino también una experiencia de aprendizaje vital: la de aprender a mirar el Derecho desde la razón, pero también desde la conciencia.

Ha dirigido decenas de tesis doctorales, ha participado en tribunales académicos, comités científicos y proyectos de investigación nacionales e internacionales. Pero, por encima de todo, ha formado una escuela. Su influencia se percibe en quienes, tras haber aprendido a su lado, continúan su legado en universidades, instituciones y tribunales en diferentes países del mundo.

Su magisterio no se limita a las aulas o a los libros: se extiende a su ejemplo de compromiso con la Universidad pública, con la investigación como servicio, con la enseñanza como vocación.

6. Servicio institucional y proyección pública

La figura de Ángela Figueruelo Burrieza se distingue también por su activa participación en la vida institucional. Ha desempeñado cargos de responsabilidad dentro de la Universidad de Salamanca, en órganos académicos y administrativos, así como en instancias de representación externa.

Ha formado parte de juntas electorales, comisiones de igualdad y consejos asesores, siempre guiada por un principio de servicio público. En cada una de estas funciones ha mostrado el mismo rigor, la misma integridad y la misma dedicación que caracterizan su vida académica.

Su prestigio trasciende el ámbito universitario. Es invitada habitual en congresos nacionales e internacionales, conferenciante en foros de alto nivel y colaboradora en publicaciones especializadas. Su voz es respetada tanto en la comunidad jurídica como en el debate social.

La conjunción entre saber, compromiso y responsabilidad convierte a la profesora Figueruelo en un ejemplo de intelectual pública en el sentido clásico: alguien que pone su conocimiento al servicio del bien común.

7. La dimensión humana y el legado intelectual

Más allá de los títulos, las publicaciones y los cargos lo que confiere grandeza a la profesora Ángela Figueruelo es su humanidad. Su trato afable, su respeto por la diversidad de ideas y su disposición constante al diálogo reflejan una personalidad generosa y equilibrada.

Su vida demuestra que la excelencia académica no está reñida con la humildad, ni la autoridad con la cercanía. Es, en definitiva, una maestra en el sentido pleno: aquella que enseña con el ejemplo.

El legado de su obra perdurará en los textos que ha escrito, en las tesis que ha dirigido, en los proyectos que ha impulsado y, sobre todo, en las personas a las que ha formado. Su contribución al pensamiento constitucional y a los estudios de género en España constituye un patrimonio intelectual que seguirá inspirando a las generaciones futuras.

En reconocimiento a su trayectoria la comunidad universitaria le ha dedicado homenajes, jornadas y monográficos, expresión de la estima y gratitud que despierta entre colegas y discípulos y discípulas. Su nombre se inscribe, con pleno derecho, en la galería de las grandes juristas y académicas españolas contemporáneas.

8. Una mirada personal: la huella que deja una maestra

Hablar de la profesora Ángela Figueruelo Burrieza desde la distancia que exige la solemnidad académica es un deber propio de cualquier homenaje universitario; pero hablar de ella desde la cercanía es, además, un acto de justicia humana. Porque en torno a su figura no solo se despliega una trayectoria intelectual admirable, sino también una manera de estar en el mundo que deja una huella profunda en quienes hemos tenido el privilegio de conocerla.

En el trato cotidiano, Ángela Figueruelo posee esa rara cualidad de las personas verdaderamente sabias: la de escuchar antes de hablar, la de acoger antes de juzgar. Quienes se acercan a

ella —estudiantes, colegas, doctorandos, compañeros de comité o de claustro— encuentran a una persona que transmite calma, claridad y una forma de rigor que no intimida, sino que impulsa. Su exigencia no es un muro, sino un estímulo; su criterio, siempre razonado, se convierte en guía más que en jerarquía.

Es difícil expresar con palabras el efecto que produce su presencia: una combinación de serenidad y firmeza, de serenidad porque inspira confianza, de firmeza porque recuerda que el conocimiento y la responsabilidad son inseparables. En un entorno, el universitario, donde a veces la prisa, la presión o la competitividad amenazan con oscurecer la vocación, Ángela Figueruelo devuelve sentido al trabajo académico. Ella representa ese ideal ético por el cual la Universidad no solo instruye, sino que forma, no solo evalúa, sino que eleva.

De su labor como directora, mentora o compañera surgen anécdotas que, aunque pequeñas, revelan la grandeza de su carácter: una palabra de ánimo en el momento oportuno; una observación aguda que abre un camino intelectual; un gesto discreto de apoyo ante una dificultad personal; una conversación en la que, sin darse importancia, ilumina cuestiones que parecían irresolubles. Su saber nunca se impone; se ofrece. Y ese ofrecimiento deja una marca.

Quienes hemos trabajado con ella descubrimos que su generosidad no es un acto aislado, sino un hábito. Que su compromiso no es pose, sino convicción. Que su defensa de la igualdad no es teoría, sino práctica diaria: desde la manera en que habla hasta la forma en que comparte el espacio con los demás. Su humanidad se expresa tanto en su despacho como en el aula; en una prueba de evaluación como en un simple pasillo de facultad.

En un tiempo en que la vida universitaria se debate entre la burocracia y la inercia, la profesora Figueruelo recuerda que la Universidad cobra sentido en las personas que la habitan, en los vínculos que crean conocimiento y comunidad. Ella es, en ese sentido, un referente cuya luz no procede solo de su prestigio académico, sino de la calidad de su presencia humana.

Por eso, este homenaje no sería completo sin reconocer esa dimensión cercana, profunda e inspiradora que no figura en los currículos, pero que define más que nada el valor de una maestra. Hay personas cuya influencia se mide en libros; otras, en cargos; otras, en títulos. La influencia de Ángela Figueruelo se mide también —y quizá, sobre todo— en vidas: en las vidas que ha acompañado, orientado y fortalecido. Ese es su legado más íntimo: haber enseñado no solo a pensar, sino a ser.

9. Conclusión: una vida al servicio del Derecho, la igualdad y la universidad

Rendir homenaje a Ángela Figueruelo es celebrar la conjunción de tres virtudes que rara vez se dan juntas: el saber profundo, el compromiso ético y la vocación de servicio.

A lo largo de su vida ha demostrado que el Derecho puede y debe ser un instrumento de emancipación; que la Universidad debe ser un espacio de pensamiento crítico y libre; y que la igualdad entre hombres y mujeres no es un ideal lejano, sino una tarea cotidiana que interpela a todas las personas.

Su trayectoria nos enseña que el trabajo universitario, cuando se ejerce con pasión y rigor, puede transformar la realidad. Su ejemplo nos recuerda que formar es un acto de esperanza, que investigar es una forma de justicia y que servir a la sociedad desde el conocimiento es una de las maneras más altas de generosidad.

Por todo ello, esta loa no es solo un reconocimiento, sino también una gratitud. Gratitud por su palabra lúcida, por su ejemplo de coherencia, por su entrega constante. Gratitud por haber hecho de la ciencia jurídica un instrumento de libertad. Gratitud, en fin, por habernos enseñado que el Derecho, cuando se vive con vocación, es también una forma de amor al mundo.

LA LUCHA INACABADA POR LA IGUALDAD: RECORDANDO NUESTRA HISTORIA Y LO QUE QUEDA POR HACER

Ana Aba Catoira

*Profesora Titular de Universidad (acreditada a cátedra)
Universidade da Coruña,*

1. Introducción¹

La historia ha silenciado de forma sistemática la vida y las contribuciones de las mujeres. Más de la mitad de la ciudadanía ha sufrido un proceso continuo de deslegitimación y exclusión, cuya consecuencia fue la privación de su condición de sujetos de derecho en la firma del contrato social². Esta discriminación sistémica fue, de hecho, legitimada por el propio constitucionalismo español, con las notables excepciones de 1931³ y 1978⁴. Sin embargo, la brevísima experiencia republicana nos permite afirmar que el punto de inflexión decisivo en la condición jurídica de las mujeres fue la aprobación de la vigente Constitución, con la que se emprendió un camino de conquistas que, a día de hoy, sigue inacabado.

En este contexto, la construcción del derecho a la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico debe entenderse como el resultado de una interrelación dialéctica entre tres pilares: la producción teórica del feminismo⁵, la labor normativa del legislador y la hermenéutica del Tribunal Constitucional. Es el feminismo, sin duda, el que actúa como motor de este proceso, proporcionando los

1 Este trabajo rinde un sincero homenaje a la reconocida constitucionalista, la doctora Ángela Figueruelo Burrieza, maestra de muchas y muchos de nosotros.

2 Sobre la exclusión constitucional de las mujeres ESQUEMBRE VALDÉS, M.ª del Mar. «Género y ciudadanía, mujeres y Constitución». *Feminismo/s*, n.º 8, 2006; ASTOLA MADARIAGA, Jasone. «Las mujeres y el estado constitucional: un repaso al contenido de los grandes conceptos del derecho constitucional», en Astola Madariaga, J. (ed.), *Mujeres y Derecho, pasado y presente*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibersitatea, 2008, pp. 227-290; ABA CATOIRA, Ana. «El gran olvido del Constitucionalismo gaditano» en Castells Oliván, I. (ed.), *Mujeres y constitucionalismo histórico español. Seis estudios*, In Itinire, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2014, pp. 281-316; SANCHIS VIDAL, Amelia. «La exclusión de las mujeres del constitucionalismo histórico español. La Constitución de 1978 y las «madres constituyentes», en Ventura Franch, A. y Iglesias Báñez, M. (eds.), *Manual de Derecho Constitucional español con perspectiva de género. Constitución, órganos, fuentes y organización territorial del Estado* (1.ª ed.), Ediciones Universidad de Salamanca, 2020, pp. 91-118.

3 FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. «Setenta y cinco años de sufragio femenino en España», en *Criterio jurídico*, n.º 7, 2007, pp. 141-162.

4 BALAGUER CALLEJÓN, M. Luisa. «Mujeres y Derechos Constitucionales: la construcción jurídica del género», en Freixes Sanjuán, T. y Sevilla Merino, J. (coords.), *Género, constitución y estatutos de autonomía*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2005.

5 NASH, Mary. «Experiencia y aprendizaje la formación histórica de los feminismos en España» en *Historia Social*, 20, 1994, pp. 151-172.

conceptos esenciales y el fundamento teórico para cuestionar la aparente neutralidad del derecho, visibilizando así las estructuras de poder androcéntricas sobre las que se afianza la discriminación de las mujeres. La introducción de la perspectiva de género entendida en palabras de Salazar Benítez como «las relaciones de poder entre mujeres y hombres o, dicho de otra manera, la construcción sociocultural y política de las subjetividades femenina y masculina, así como de las relaciones entre ambas»⁶, permite abordar con criticidad la realidad socio-jurídica y la integración en el discurso jurídico de conceptos como género, discriminación indirecta, interseccionalidad, techo de cristal o la conceptualización de la violencia de género como un problema estructural de poder y no un mero conflicto doméstico.

No obstante, a pesar de todo lo conseguido, la discriminación está ahí condicionando la vida de la mitad de la humanidad y determinando un modelo de sociedad basado en el reparto desigual de tareas y responsabilidades⁷. «La imperiosa necesidad de repensar los valores y parámetros vigentes, determinados por un androcentrismo secular, se sitúa en la base de la reflexión que puede llevar a impulsar prioridades hasta ahora relegadas, profundizando, en última instancia, en los nuevos temas y cauces que pueden contribuir a la mejora del marco jurídico-político de referencia»⁸. Si acaso, reformando la Constitución para establecer un nuevo contrato igualitario.

2. Las mujeres olvidadas e invisibilizadas por el constitucionalismo liberal

El liberalismo abanderó la igualdad de derechos como uno de sus principios básicos, afirmando de manera rotunda que «todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos»⁹ o que «todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes»¹⁰. Sin embargo, ignoró sistemáticamente a las mujeres como sujeto de derechos constitucionales¹¹.

Así, tanto las constituciones revolucionarias como aquellas otras que las siguieron guardaron silencio sobre los derechos de las mujeres, lo que unido a la utilización del término «hombre» no como sinónimo de «toda la humanidad», sino como equivalente a los varones, condujo a la exclusión de la mitad de la humanidad de la titularidad de los derechos¹². Sin embargo, las mujeres estuvieron presentes en los debates constitucionales, tal como sucedió en la sesión de 15 de septiembre de 1811 en la que, en relación con la situación jurídica de las mujeres se afirmaba que, aunque «las mujeres, los menores de edad, los criados, etcétera, no sean ciudadanos, unos llegan a serlo con el tiempo y todos pertenecen a familias ciudadanas»¹³.

6 SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. «Democracia paritaria y Estado constitucional: de las cuotas a la ciudadanía radicalmente democrática» en *IgualdadES*, n.º 1, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019, pág. 46.

7 Ver datos https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Informes/Docs/principales_indicadores_2023.pdf y en <https://www.pactomundial.org/noticia/la-brecha-salarial-de-genero-es-mas-del-28-en-espana/>

8 ELÍAS MÉNDEZ, Cristina. Presentación *IgualdadES*, n.º 1, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019, pág. 13.

9 art. 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

10 art. 1 de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776; <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>

11 Declaración de Derechos de la Mujer y la Ciudadana de Olympe de Gouges de 1791 declaraba en su art. 1 «La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común»; <https://www.nodo50.org/xarxafeministapv/IMG/pdf/declaracion-DerechosMujer.pdf>

12 NASH, Mary. «Identidad cultural de género, discurso de la domesticidad y la definición del trabajo de las mujeres en la España del siglo XIX» en Duby, Georges y Perrot, Michelle, *Historia de las mujeres en Occidente*, Taurus, IV, 1997, pp. 585-598, ARENAL, Concepción. «La mujer del porvenir» en *La emancipación de la mujer en España*, Madrid, Ediciones Júcar, 1974; PARDO BAZÁN, Emilia. «La mujer española» en *La mujer española y otros escritos*, Madrid, Cátedra, Feminismos, 1999.

13 Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Legislatura 1810-1813. Cortes de Cádiz. Sesión del día 15 de septiembre de 1811, n.º 348, pág. 1860.

La exclusión femenina del espacio público y la falta de reconocimiento de capacidad jurídica impulsó el desarrollo de numerosas acciones protagonizadas por mujeres durante el siglo XIX y principios del XX (el movimiento sufragista). Estas movilizaciones y reivindicaciones demostraron que para las mujeres la conquista de los derechos políticos no era un fin en sí mismo, sino una herramienta fundamental para dismantelar la subordinación estructural de las mujeres en el ámbito privado. Una conquista absolutamente estratégica, pues, para cambiar las leyes civiles que las oprimían (incapacidad jurídica, potestad marital, deber de obediencia) y las leyes penales que las perseguían, primero necesitaban acceder al poder¹⁴.

La Constitución de 1931 supuso un hito al reconocer la igualdad formal de las mujeres, prohibiendo explícitamente que el sexo sirviera de fundamento para cualquier «privilegio jurídico» y estableciendo «los mismos derechos electorales» para los ciudadanos de uno y otro sexo mayores de 23 años¹⁵. Paralelamente, se constitucionalizaron otros derechos vitales para su emancipación, como el divorcio, el acceso al trabajo o a la educación, que mejoraron sustancialmente su situación jurídica y social.

El franquismo supuso una involución radical, una pérdida de derechos que relegó a las mujeres a la condición de «eternas menores», subordinadas al poder del Estado y del varón, y confinadas al ámbito familiar y doméstico. El ordenamiento jurídico, imbuido de una concepción patriarcal, otorgó todo el poder al varón —padre o esposo—, erigiéndolo en autoridad indiscutible mientras los demás obedecían.

Las mujeres no podían abandonar el domicilio paterno hasta los 25 años, salvo para contraer matrimonio, momento en que pasaban a regirse por la autoridad del esposo, a quien debían obediencia y al que debían seguir dondequiera que él fijase la residencia¹⁶. La intervención judicial para alterar esta sumisión era absolutamente excepcional, restringida a supuestos tasados —como la enfermedad grave o el abandono del hogar— y siempre con el fin de proteger la esencia de la institución matrimonial. Además, el marido ostentaba su representación legal y era el administrador único de los bienes gananciales, siendo necesaria la «licencia marital» para que la mujer pudiera celebrar contratos o desarrollar actividades comerciales. Por tanto, el derecho equiparaba la capacidad de obrar femenina a la de los «menores» y los «locos, dementes y sordomudos que no sepan escribir»¹⁷.

La familia se instrumentalizó como herramienta para homogeneizar y controlar la sociedad, convirtiéndose en el espacio exclusivo donde las mujeres debían construir su identidad de género como esposas y madres, reducidas a funciones supuestamente «naturales» por su condición biológica¹⁸. Esta dicotomía entre el ideal de varón y el ideal de mujer no hacía sino reflejar las relaciones de poder establecidas, legitimando el consiguiente reparto de espacios y roles.

Esta estructura familiar se blindaba legalmente a partir del matrimonio, asentado sobre la monogamia e indisolubilidad y protegido por un Código Penal que castigaba la bigamia, el incesto o el adulterio. Dichas normas penales eran el reflejo directo de la desigualdad, consagrando a la mujer como un objeto de posesión masculina, símbolo del honor y de la moral social dominante.

La prueba más evidente residía en la figura penal del adulterio: mientras el art. 448 castigaba a «la mujer casada que yace con varón que no sea su marido», el art. 452 solo castigaba al marido si tenía «manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo»¹⁹. Otro tanto suce-

14 ABA CATOIRA, Ana. «El gran olvido del Constitucionalismo gaditano», *op cit.*

15 La redacción de este artículo 36 no estuvo exenta de polémica, pues los sectores más progresistas abogaban por que la participación política de las mujeres se realizase de forma paulatina, convencidos de que el electorado femenino, que consideraban reaccionario, poco preparado y controlado por la Iglesia, se alinearía con las fuerzas conservadoras.

16 Arts. 56 y 57 Código Civil; <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

17 Arts. 59, 60, 172 y 321 Código Civil.

18 DE DIOS FERNÁNDEZ, Eider. «Domesticidad y familia: ambigüedad y contradicción en los modelos de feminidad en el franquismo» en *Feminismos(s)* 23, Universidad de Alicante, junio 2014, pp. 23-46

19 Código Penal de 1944; <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1945-562>

día con la reincorporación del «uxoricidio por causa de honor»²⁰, o el doble rasero al castigar el aborto y la venta de anticonceptivos, mientras se atenuaban estas conductas (infanticidio, aborto) si su fin era «evitar la deshonra» familiar. Las agresiones sexuales ni siquiera eran delitos contra la libertad, sino «contra la honestidad», permitiendo al agresor eludir la cárcel mediante el perdón o el matrimonio con la víctima.

Como corolario, esta consideración de las mujeres como sujetos definidos por su función social llevó a que se cuestionase si una mujer libre e igual podría siquiera cumplir su «papel». Por ello, se las expulsaba del mercado laboral mediante despidos forzados por razón de matrimonio, consolidando así su dependencia social y económica y la privación definitiva de sus derechos de ciudadanía.

Para consolidar este modelo, la herramienta más eficaz de adoctrinamiento social fue la educación. La segregación por género impregnó todas las políticas educativas del franquismo: la formación femenina se enfocó exclusivamente hacia el ámbito privado, orientada a perfeccionar las capacidades «necesarias» para ser buenas madres y esposas, mientras que la educación de los hombres se dirigía al espacio público. En consecuencia, la política educativa elaboró un currículum diferenciado, imponiendo asignaturas específicas para las niñas y reduciendo el nivel de las materias comunes, bajo la justificación de su «función natural». Este sistema aseguraba la perpetuación del modelo segregado, provocando que la presencia femenina descendiera a medida que se superaban los cursos, hasta convertirse en prácticamente inexistente a nivel universitario.

3. Constitución de 1978²¹: inicio de un camino inacabado

En el texto constitucional no se consagran referencias específicas a los derechos de las mujeres, ni mucho menos un mandato de igualdad real entre sexos. Esta carencia evidencia la necesidad de abordar una futura reforma constitucional en clave feminista²². Como acertadamente afirma Salazar Benítez «las Constituciones contemporáneas son herederas de ese modelo liberal en el que el contrato sexual ha continuado siendo determinante del estatuto de ciudadanía de mujeres y hombres, en el que hemos sido nosotros los sujetos de referencia del derecho y en el que lógicamente las mujeres han ido adquiriendo progresivamente derechos gracias a que el principio de igualdad formal ha sido interpretado en conexión con la igualdad sustancial»²³. Así sucede que, no será hasta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁴, cuando encontremos consagrado el principio de igualdad entre mujeres y hombres que supone, siguiendo lo dispuesto en su art. 1, «la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil». Asimismo, en el art. 4 establece que «la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

20 Art. 428: «El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjere lesiones de otra clase, quedará, exento de pena».

21 Lo primero es recordar la elaboración con escasa participación femenina: AA. VV. *Las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente*, Cortes Generales/Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2006; Las mujeres y la Constitución española. MORAGA GARCÍA, M.ª Ángeles. «La igualdad entre mujeres y hombres en la Constitución española de 1978» en *Feminismo/s*, 8, diciembre 2006, pp. 53-69; BALAGUER CALLEJÓN, M.ª Luisa. *Mujer y Constitución: la construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid, 2010.

22 GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. *Una constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*, Marcial Pons, Madrid, 2017; SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. «La interpretación y aplicación del Derecho en clave feminista», en *La interpretación y aplicación del Derecho en clave de igualdad de género*, 60, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. «Juristas contemporáneas y su legado: aquellas mujeres, estas mujeres» en *IgualdadES*, n.º 4, 2021, pp. 11-41.

23 SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. «Democracia paritaria y Estado constitucional ...» *op cit.*, pág. 48.

24 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1945-562>

Como es sabido, la fuerza vinculante directa de la Constitución provocó la derogación inmediata de las normas discriminatorias preconstitucionales todavía vigentes y modificaciones legislativas para la adecuación constitucional del ordenamiento²⁵. En este orden de cosas, la década de los ochenta significó la desaparición de prácticamente todas las discriminaciones legales hacia la mujer, a través de las pertinentes modificaciones de los Códigos civil y penal y el Estatuto de los Trabajadores.

3.1. Desarrollo normativo

El derecho ha sido una herramienta poderosa para consolidar la desigualdad de género e insertar los estereotipos en las leyes y en los comportamientos individuales y sociales. Ahora bien, a través del propio derecho resulta posible devolver a las mujeres toda su libertad y garantizar la igualdad de oportunidades, positivizando las demandas feministas en normas jurídicas, es decir, a través de la materialización de la voluntad de transitar de la igualdad formal a la sustantiva a través del reconocimiento jurídico de sus derechos²⁶.

Así ocurrió con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género²⁷ como respuesta ante la insuficiencia de la legislación existente, que configura la igualdad desde el punto de vista formal, para luchar contra la violencia de género. Así, con la legislación de género la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres, en particular en la pareja, se considera como una exigencia del Estado de derecho y ello exige la modificación de un importante número de leyes civiles, administrativas y laborales. Pocos años después se aprobó en la misma legislatura la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres²⁸, que contiene una importante dogmática de los derechos de las mujeres para llegar a la igualdad real, con instrumentos jurídicos útiles para esa finalidad como la exigencia de una perspectiva de género en el derecho, las acciones positivas para las mujeres en sectores subrepresentados como la política, el ámbito laboral o la economía²⁹.

Tras la aprobación de estas dos leyes esenciales y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en 2008 que las validaron, el legislador español no se detuvo. Esta nueva etapa que se abrió tras 2007 se caracteriza por legislar ámbitos más específicos como los derechos reproductivos, la libertad sexual o la identidad de género. Así, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo³⁰ y la STC 44/2023,

25 BALAGUER CALLEJÓN, M.^a Luisa afirma que «después de los cuarenta años de vigencia constitucional, algunos preceptos del Código Civil siguen siendo inconstitucionales por discriminatorios, y de los modificados muchos lo han sido por sentencias de declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional», *IgualdadEs*, n.º 1, julio-diciembre, 2019, pág. 27.

26 NUÑO GÓMEZ, Laura. «El origen de las políticas de género: la evolución legislativa y las políticas de igualdad en el estado español» en Cancio Alvarez, M.^a Dolores, Álvarez Conde, Enrique, Figueruelo Burrieza, Ángela y Nuño Gómez, Laura (coords.), *Iustel*, Madrid, 2009, pp. 277-316.

27 <https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con>

28 VENTURA FRANCH, ASUNCIÓN Y GARCÍA CAMPÁ, Santiago (dirs.). *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Aranzadi, Navarra, 2018; ELÍAS MÉNDEZ, Cristina. «Técnicas para la consecución de la igualdad en la Ley Orgánica 3/2007. Análisis y propuestas de mejora», en *Estudios sobre historia de la intolerancia*, University Press, 2011, pp. 671-688.

29 FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. «Igualdad de género en la toma de decisiones; sobre la composición equilibrada de los consejos de administración de las grandes empresas» en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*, Cortes Valencianas, Valencia, 2014; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela e IGLESIAS BÁREZ, M.^a Mercedes. «Los derechos de participación política y el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas» en Ventura Franch, Asunción e Iglesias Báñez, Mercedes (coords.). *Manual de Derecho Constitucional español con perspectiva de género. Derechos, deberes y garantías constitucionales*. Vol. II, Universidad de Salamanca, 2022, pp. 377-406; MARTÍN GUARDADO, Sergio. «La necesaria construcción de una democracia paritaria para el Derecho Privado: la igualdad de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas», *Femeris*, Vol. 5, n.º 2, pp. 194-214; *Techo de cristal y democracia paritaria. El acceso de la mujer a las altas esferas económico-productivas como reto del Estado Social y Democrático de Derecho*, Aranzadi, Navarra, 2022.

30 <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>

de 9 de mayo³¹, avalando la constitucionalidad del sistema de plazos. Esta Ley ha sido modificada por Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo³², que confirma la nulidad del contrato de maternidad subrogada conforme a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida considerándola una forma de violencia contra la mujer y la STC 92/2024, de 18 de junio que confirma su constitucionalidad³³.

Por otra parte, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación³⁴ tiene como objetivo la consolidación de la igualdad constitucional siguiendo el camino de la Ley Orgánica 3/2007, pero regulando la igualdad de trato y la prohibición de discriminación en general. No obstante, su carácter general, establece algunos contenidos específicos sobre las mujeres, incorporando la perspectiva de género en las políticas contra la discriminación, con especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas, para remover los obstáculos que impiden acceder a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias. Asimismo, contempla necesidades específicas de las mujeres, como la salud sexual y reproductiva.

El avance continúa con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual³⁵, como respuesta frente a la realidad desigualitaria que sufren las mujeres objeto de violencias como las de naturaleza sexual. La ley sitúa la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (autonomía sexual) como el bien jurídico central. En consecuencia, la libertad sexual ya no es la «ausencia de violencia física», sino la capacidad positiva de decidir sobre el propio cuerpo, por lo que toda relación sexual sin el consentimiento explícito de la mujer se considera agresión. Este profundo cambio legislativo es fundamental para dismantelar la cultura de la violación, que presupone la disponibilidad del cuerpo femenino a través de la nueva configuración del consentimiento, la desaparición del abuso sexual, la definición amplia de la violencia sexual, las medidas para evitar la revictimización y otras obligaciones legales en cumplimiento del Convenio de Estambul³⁶.

Al mismo tiempo las Comunidades Autónomas han legislado sobre esta materia, configurándose un sistema normativo en el que el Derecho de la Unión Europea ha sido fundamental para avanzar en políticas de igualdad en los Estados miembros. La extensa jurisprudencia de los tribunales nacionales, tanto de la jurisdicción ordinaria como constitucional, como de tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de derechos Humanos y supranacional como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha venido a completar el sistema.

3.2. La actividad del Tribunal Constitucional

La labor del Tribunal Constitucional ha resultado esencial desde sus inicios hasta el presente. Desde la STC 49/1982³⁷ donde señalaba que «el artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas» o la STC 8/1986³⁸ que afirmaba que el artículo 14 «constituye por imperativo constitucional, un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurí-

31 ECLI:ES:TC:2023:44.

32 <https://www.boe.es/eli/es/lo/2023/02/28/1/con>

33 ECLI:ES:TC:2024:92.

34 <https://www.boe.es/eli/es/li/2022/07/12/15/con>

35 <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>

36 Sin embargo, la polémica generada sobre la interpretación del principio de retroactividad de las leyes favorables al condenado, ha puesto en entredicho la Ley acusada de feminismo punitivo.

37 ECLI:ES:TC:1982:49.

38 ECLI:ES:TC:1986:8.

dica alguna, esto es, a no ser tratada jurídicamente de manera diferente sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato».

En esta década su labor fue incesante distinguiéndose varias etapas en su doctrina, una primera que entiende la igualdad desconectada del contexto socio-histórico de discriminación colectiva de las mujeres y que duró hasta la Sentencia 128/1987³⁹, que supuso un punto de inflexión, al afirmar que «la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta [...] en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina». Esta sentencia incorpora el concepto de «discriminación indirecta».

Además, constituye la legitimación de las medidas de acción positiva, dado que establece que las actuaciones implementadas por los poderes públicos a fin de remediar la situación de determinados grupos sociales que se han visto relegados a situaciones de desventaja por la pertenencia a un género, derivado de «razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables», no puede constituir una vulneración del principio de igualdad «aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas».

A través de la evolución de su jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha pasado de una «igualdad formal» (tratar a todas las personas por igual) a una «igualdad material» (reconocer la desigualdad de partida para poder corregirla). Y en este sentido, años más tarde, llegaron otras sentencias esenciales en la construcción de la igualdad de género. En efecto, la STC 59/2008, de 14 de mayo⁴⁰ consagró que la igualdad material es un mandato constitucional que a veces exige un tratamiento jurídico diferenciado a la hora de tratar situaciones que son objetivamente distintas (la violencia de género como fenómeno estructural) y supuso la legitimación de la lucha contra la violencia de género como una obligación constitucional. En ese mismo año la STC 12/2008, de 29 de enero⁴¹ validó las acciones positivas (cuotas para alcanzar la paridad) como un instrumento legítimo para corregir la subrepresentación histórica. Las acciones positivas se definen como herramientas justificadas en el art. 9.2.º C.E. para luchar contra las inercias históricas como la subrepresentación femenina en la política sin ser «discriminación inversa».

En este proceso de construcción de la igualdad de género hubo que esperar trece años para que se dictara la STC 42/2023, de 8 de mayo⁴² que resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la conocida como Ley de plazos del aborto. En esta sentencia se consagra el derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer fundamentado en la autonomía de la mujer, es decir, su plena capacidad para tomar decisiones sobre su propio cuerpo y vida.

4. Reflexión final

Ahora bien, tal como se indicaba en el título de este trabajo, estamos ante una labor inacabada. En la realidad diaria, las mujeres se encuentran con todo tipo de dificultades que les impiden gozar efectivamente y en condiciones de igualdad de los derechos que formalmente les reconocen la Constitución y las leyes. La realidad social sigue situando a las mujeres en una posición de desventaja que se traduce en una menor participación en el poder y, por tanto, en la toma de decisiones.

El Tribunal Constitucional a propósito de la violencia de género afirmaba en su STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5, que la igualdad sustancial es «elemento definidor de la noción de ciudadanía» atentando contra ella la violencia que ejerce el varón sobre la mujer pareja o expareja. De modo que la igualdad real no está garantizada en tanto en cuanto persisten las violencias contra las mujeres en todas sus modalidades. La tipificación penal de la violencia de género responde a la voluntad del legislador de sancionar más unas agresiones que son «el trasunto de una desigualdad en el

39 ECLI:ES:TC:1987:128.

40 ECLI:ES:TC:2008:59.

41 ECLI:ES:TC:2008:12.

42 ECLI:ES:TC:2023:42.

ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada».

Las herramientas que crean las normas de igualdad ya sean cuotas electorales en listas cerradas⁴³, planes de igualdad en las empresas, los juzgados especializados en violencia sobre la mujer, o la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación, no son recibidas con total conformidad y el Tribunal Constitucional tiene que entrar a estudiar su adecuación constitucional y cada una de las sentencias que avalan la constitucionalidad de las leyes igualitarias legitiman la lucha feminista. Con estas sentencias el Tribunal Constitucional está afirmando que para tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales, primero debe reconocerse la desigualdad estructural de partida que el feminismo académico identificó y denuncia incansablemente.

Sin embargo, la meta de la igualdad sustantiva requiere mucho más. Nuestro modelo de convivencia deber ser revisado desde las bases, es decir, el imaginario colectivo, el sistema de valores, las actitudes públicas y privadas, que reproducen y consolidan las discriminaciones históricas que sufren las mujeres. Una educación comprometida con la igualdad es la base del cambio transformador de la vida de las mujeres tanto en el ámbito público como en el ámbito privado. Pero también una transformación de la vida de los hombres que deben asumir su responsabilidad en la construcción de una nueva realidad social donde las mujeres y los hombres puedan ser lo que quieren ser: sujetos libres e iguales.

43 SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. «Democracia paritaria y Estado constitucional: de las cuotas a la ciudadanía radicalmente democrática», *IgualdadES*, 1, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019, pp. 43-81.

EL CONSTITUCIONALISMO EN JUEGO

Prof. Dr. Miguel Agudo Zamora¹

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Córdoba*

1. Una debida explicacion

En diciembre de 2023 tuve el gran honor de ser invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, a través de la profesora Angela Figueruelo, a impartir una charla con motivo del 45 aniversario de nuestra Constitución.

Acepté encantado el encargo y pedí permiso, tanto a ella como al entonces decano, mi querido colega el profesor Fernando Carbajo, para impartir una charla digamos que algo extravagante.

Será porque, junto al rock y la poesía, mis otras dos grandes pasiones son el fútbol y la filosofía, especialmente la filosofía política y su plasmación en el Derecho Constitucional, o será porque el diablo cuando está aburrido mata moscas con el rabo, el caso es que llevaba mucho tiempo, diría que años, diseñando cómo relacionar estas pasiones.

Reflexionando sobre el rol que asume cada línea en un equipo de fútbol me percaté de que los elementos del Constitucionalismo actúan de un modo similar. Pensando en mis estudiantes, y en el público en general, pensé que podría ser interesante, o quizá sugerente, o al menos diferente, intentar explicar los elementos constitutivos del Constitucionalismo a través del establecimiento de una analogía con el esquema táctico de un equipo de fútbol.

Así, siguiendo un esquema clásico, como es el 4-3-3 (un guardameta, cuatro defensas, tres medios y tres delanteros) se analiza cuál es la meta a guardar por la Constitución, qué elementos o partes de la misma actúan como defensas, cuáles son los medios a través de los cuales la Constitución desarrolla su juego y cómo la parte más innovadora y aperturista juega cómo delantera. También se hace referencia al jugador constitucional que sólo entra en el campo de juego en situaciones excepcionales.

Y, finalmente, se analiza cuál sería el gol, el objetivo de la Constitución.

Este planteamiento fue comentado con la profesora Figueruelo y con el profesor Carbajo, quienes, entre perplejos y curiosos, me dieron el oportuno visto bueno.

Las líneas que a continuación siguen son el desarrollo *grosso modo* de dicha charla.

Debo hacer previamente una aclaración, de naturaleza estratégica. De entre los diferentes sistemas tácticos propios del fútbol (4-4-2; 5-3-2; 3-5-2; 4-1-4-1; 4-2-3-1...) he optado por el que se podría denominar como el más clásico de todos: el 4-3-3, el que juegan cuatro defensas, tres centrocampistas, también llamados medios, y tres delanteros. Cualquier otro esquema también podría servir, pues este equipo se caracteriza, entre otros rasgos, por la polivalencia de sus jugadores.

¹ Código Orcid: 0000-0003-1378-4708. Grupo de Investigación: «Democracia, Pluralismo y Ciudadanía. SEJ-372 Junta de Andalucía». E-mail: miguelagudo@uco.es

2. La Constitución y su equipo de gala



1. El guardameta: la dignidad de la persona y la protección de los derechos

La labor del Portero en un equipo de fútbol es fundamental. Más allá del liderazgo que pueda ejercer sobre el equipo y de que la labor ofensiva en el fútbol moderno, en un gran número de ocasiones, parte desde la portería, su misión más evidente es la defensiva: parar tiros a puerta, interceptar centros, salir en jugadas de uno contra uno, organizar la defensa...

El art. 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, establece que «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, carece de Constitución». El primer artículo de nuestra Constitución, tras definir la forma de Estado, proclama como valores superiores del ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Este precepto se conecta estrechamente con el que inaugura el Título I, que, como principal fundamento del orden político y de la paz social, señala la dignidad de la persona humana; pues es evidente que dichos valores superiores del ordenamiento necesitan como presupuesto básico para su plena existencia el íntegro desarrollo ético de los miembros de la sociedad que por ellos se rige.

Por lo tanto, el reconocimiento de derechos no es sino la manifestada obligación de la primacía del valor constitucional último: la dignidad de la persona humana, a la que está íntimamente unida el libre desarrollo de la personalidad. Así pues, la dignidad de la persona es el fundamento y la razón de la necesidad de estos valores superiores, es la raíz última de todo y estos valores son «los caminos para hacer real y efectiva la dignidad humana».

La interpretación de la Constitución, al evolucionar con el tiempo y las necesidades sociales, puede incorporar nuevas lecturas de los derechos fundamentales, distintas de las que inicialmente podían deducirse del texto constitucional. Y, por supuesto, a través de una reforma incluir nuevos derechos en su texto constitucional.

Derechos que en toda caso no son sino la expresión positivizada, en cada momento y en cada lugar, del axioma legitimador del Constitucionalismo: creer en la persona y en lo que representa, entender que el ser humano es un ser moral y que, por tanto, precisa que la organización política de la sociedad en la que existe le asegure poder tener una vida digna, en la que se respeten sus derechos y libertades, así como desarrollar libremente su personalidad en un necesario contexto de igualdad de oportunidades.

Por eso la dignidad de la persona humana y la garantía de sus derechos actúan como guardameta del equipo constitucional, como su último bastión, siendo, al mismo tiempo, el fundamento primigenio del Constitucionalismo.

2 al 5. La defensa

Sin que la lista sea exhaustiva, la vigencia de la Constitución podría peligrar por alguno de los siguientes motivos:

- Porque alguno de los tres poderes del Estado, en el ejercicio de las funciones que el ordenamiento les confiere, desarrolle su potestad normativa o jurisdiccional ignorando lo que la Constitución ordena.
- Por falta de adecuación de la Constitución a la realidad de los tiempos, ya sea porque algún precepto hubiese quedado obsoleto, porque alguna laguna quedara al descubierto, porque el desarrollo normativo de la Constitución hubiese agotado la vigencia de alguno de sus preceptos, o porque la práctica hubiese demostrado la ineficacia de alguna institución o fórmula constitucional.
- Porque devengan circunstancias extraordinarias que alteren su aplicación efectiva.
- Porque el Estado no sea capaz de garantizar la seguridad y la defensa de la sociedad.

Para salvar estas situaciones, la Constitución contempla los siguientes instrumentos o procedimientos de defensa:

- El control de la constitucionalidad de las leyes y de las resoluciones judiciales, función que se confía a la jurisdicción constitucional (según los ordenamientos, a los jueces y/o al Tribunal Constitucional).
- La reforma de la Constitución: un procedimiento de revisión con el propósito de actualizarla.
- La Constitución dispone de cuatro mecanismos para garantizar la seguridad: un ordenamiento jurídico adecuado para dar respuesta a los diversos fenómenos ilícitos, un Poder Judicial que asegure su aplicación, unas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y unas Fuerzas Armadas que garanticen la soberanía e independencia del territorio, y defiendan su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.
- También incluimos al Estado social o Estado de Bienestar como un importante elemento de defensa de la dignidad humana. Al Estado del bienestar se le puede definir como una modalidad de organización del poder político en la comunidad que comporta una responsabilidad de los poderes públicos en orden a asegurar una protección social y un bienestar básico para la ciudadanía.
- Como instrumento de defensa, que sólo entraría en juego en situaciones excepcionales, y que podríamos llamar el jugador número 12, se encuentran los estados de excepción. La declaración de los estados de excepción trata de defender a la Constitución cuando acontecimientos imprevistos de cierta gravedad impiden o dificultan su aplicación. Este jugador comenzaría el partido en el banquillo de los suplentes. Y mejor que no tenga que saltar al terreno de juego.

Veamos estos instrumentos defensivos comenzando por aquellos que tratan de preservar el carácter de la Constitución como primera y fundamental norma del ordenamiento jurídico.

2. La justicia constitucional: el Tribunal Constitucional

La Constitución sólo adquiere el carácter de norma jurídica superior cuando toda aquella que la contradiga pueda ser declarada nula o inaplicable. Cuando en un sistema jurídico

se instauran mecanismos que lo hacen posible, cuando se establecen procedimientos de verificación de la validez de las normas, es cuando surge la jurisdicción constitucional. Esta jurisdicción se confía en unos ordenamientos a los mismos órganos que ejercen la jurisdicción ordinaria (sistema difuso), y en otros a un órgano que específicamente se crea para desarrollar esta función (sistema concentrado, como es el caso de España con el Tribunal Constitucional). En cualquier caso, la existencia de una jurisdicción que pueda controlar la constitucionalidad de las leyes es lo que provoca la evolución del «Estado *legal* de Derecho» al «Estado *constitucional* de Derecho», y es la más importante defensa de la Constitución como norma jurídica superior. Sin justicia constitucional ese lado haría aguas y todo el equipo temblaría.

3. La reforma constitucional

Casi desde los albores del constitucionalismo existe la institución de la reforma constitucional.

Sin embargo, el establecimiento de procedimientos de reforma para introducir cambios en las normas resulta, en principio, algo excepcional en el mundo del Derecho. El Derecho, como el Estado, es, utilizando la expresión clásica de Hobbes, resultado de la «técnica del hombre», es puro artificio, es un instrumento que está permanentemente a disposición de los titulares del poder para incidir en la realidad, para modificarla, para transformarla. Y por ello, con carácter general, en las leyes no existen cláusulas de reforma. El ordenamiento jurídico del Estado se va integrando por el conjunto de normas que los poderes públicos, elegidos democráticamente por la sociedad, estiman que son necesarias para hacer frente a los problemas que se plantean en cada momento. Por esa razón las normas se crean, entran en vigor, se aplican y cuando los problemas cambian o las soluciones dadas en las mismas se muestran insuficientes ante la demanda social, las normas se modifican o derogan. Ese es el juego del Derecho. Y por eso las normas no incluyen dentro de su contenido ninguna cláusula específica de reforma.

En el ámbito del Derecho Constitucional, por el contrario, la cuestión es bien distinta. La cláusula de reforma constitucional, o sea las previsiones contenidas en el propio texto constitucional acerca de los mecanismos a través de los cuales han de introducirse cambios, modificaciones o adiciones en su texto, es decir, el procedimiento a través del cual la Constitución prevé su propia reforma es un componente necesario, absolutamente imprescindible de la Constitución.

Evidentemente esta singularidad no es casual sino expresión e inevitable corolario de las tres características básicas e intrínsecas de la Constitución:

- 1) El carácter único de la Constitución como norma jurídica. La Constitución es, por definición, una norma que se diferencia de todas las demás existentes en el ordenamiento jurídico precisamente porque como ella no hay ninguna otra. La Constitución, tanto por su origen como por su contenido, es el presupuesto lógico para la existencia de las demás normas. Por eso, su especificidad debe quedar marcada por la existencia de un procedimiento de reforma propio.
- 2) La superioridad de la Constitución sobre el resto de normas del ordenamiento. Por ello no podrá modificarse por otra norma cualquiera, sino que sólo podrá hacerse a través de la forma que ella misma prevea en su articulado.
- 3) La naturaleza básicamente política de la norma constitucional.

La Constitución es la síntesis de las relaciones entre Estado y Derecho; es, como recuerda Burdeau «el punto de intersección entre la Política y el Derecho». La Constitución es el resultado de un compromiso, de un pacto entre las distintas fuerzas sociales políticamente operativas. Una vez alcanzado ese consenso no se puede dejar a merced de cualquier mayoría parlamentaria que pueda producirse en el futuro, sino que han de establecerse las condiciones necesarias para introducir cambios, que necesariamente han de reproducir el grado de acuerdo existente en el momento de la firma del pacto constituyente.

Y por ello la existencia de un procedimiento de reforma propio para la Constitución es una de sus mayores defensas.

4. El Estado social

Tras la Segunda Guerra Mundial se hace realidad, fundamentalmente en Europa Occidental con la aprobación de nuevas constituciones, un modelo de Estado de derecho al que se conoce como Estado social o Estado del bienestar.

Al Estado del bienestar se le puede definir como una modalidad de organización del poder político en la comunidad que comporta una responsabilidad de los poderes públicos en orden a asegurar una protección social y un bienestar básico para los ciudadanos y que se caracteriza por incluir los derechos sociales dentro de la categoría de los derechos de ciudadanía, perseguir la igualdad efectiva entre los ciudadanos y proveerles de seguridad económica y servicios sociales.

Supone, pues, la provisión pública de una serie de servicios sociales, incluyendo transferencias para cubrir las necesidades humanas básicas de los ciudadanos en una sociedad compleja y cambiante y la responsabilidad estatal en el mantenimiento de un nivel mínimo de vida a todos los ciudadanos pertenecientes a la comunidad política.

El Estado social se responsabiliza, por lo tanto, de la *procura existencial*, y que supone la responsabilidad por parte del Estado de llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo.

El Estado defendiendo la existencia de los ciudadanos. Eso es el Estado social y, por eso ha de ser titular indiscutible en la defensa de este equipo constitucional.

5. La seguridad

La Constitución española de 1978 (CE) comienza su Preámbulo con el deseo de la Nación española de establecer la justicia, la libertad y la seguridad y de promover el bien de cuantos la integran.

Desde el primer momento nuestra Constitución establece cuatro objetivos que van a ser perseguidos a lo largo de todo el texto y que se van a proyectar en diferentes principios, derechos e instituciones: la justicia, la libertad, la seguridad y el bienestar.

Que la seguridad sea uno de estos cuatro objetivos primigenios de nuestra Constitución no debe resultarnos algo extraño, pues ya el pueblo de los Estados Unidos, en 1787 se dio una Constitución con la finalidad «de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad». (*Preámbulo de la Constitución de Estados Unidos (CEEUU)*).

En ese mismo sentido, el artículo 2 de la *Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC)* proclamaba que «la finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión».

La seguridad se contempla, pues, tanto como un derecho en sí mismo, así como un instrumento necesario para garantizar la libertad y los derechos («los beneficios de la libertad»).

Desde esta óptica, la de la seguridad como un instrumento necesario para garantizar la libertad y sus beneficios no podemos dejar de recordar a HOBBS para el que «el Estado perdería su razón de ser si la seguridad no fuese garantizada». Por ello, las instituciones políticas y sociales sólo se justifican en la medida en que protegen los intereses y garantizan los derechos individuales.

Podemos, por tanto, sintetizar que el modelo de Estado de Derecho dispone de cuatro mecanismos para garantizar la seguridad: un ordenamiento jurídico adecuado para dar respuesta a los diversos fenómenos ilícitos, un Poder Judicial que asegure su aplicación, unas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y unas Fuerzas Armadas que garantizan la soberanía e independencia del territorio, defienden su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

En la actualidad es imprescindible un engranaje eficaz de estos cuatro mecanismos pues son muchos y muy peligrosos los riesgos para la seguridad y la libertad, tales como conflictos armados, terrorismo, ciberamenazas, crimen organizado, inestabilidad económica y financiera, vulnerabilidad energética, flujos migratorios irregulares, emergencias y catástrofes, etc.

Todo ello, además en un entorno cada día más potenciador de esos peligros, con problemas tales como el uso nocivo de las nuevas tecnologías, la pobreza, la desigualdad, los extremismos ideológicos o el cambio climático, entre otros.

Por todo ello la seguridad, entendida de un modo amplio, y sus mecanismos de garantía ocupan una posición de liderazgo en la defensa del sistema constitucional.

6, 8 y 10. El centro del campo: los medios

Un equipo fluye, crea buen juego, funciona, tiene éxito, cuando su centro del campo domina.

Un buen centrocampista en fútbol, un buen medio, se caracteriza por desplegar juego. Y el juego constitucional se despliega a través de los medios de decisión, promoción y ejecución de la acción política.

El «centro del campo constitucional» está formado por el Estado de Derecho, la División de Poderes y la organización territorial del poder, en nuestro caso, el Estado Autonómico.

6. El Estado de Derecho

Esto es, Estado «sometido al Derecho», Estado cuya actividad queda sometida al control jurídico. Nace vinculado al Estado liberal y construido sobre la doctrina del «imperio de la ley». La instauración de los regímenes liberales, post-absolutistas, trae consigo la generalización de la fórmula «Estado de Derecho», cuya primera importante plasmación jurídica se halla en el artículo de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789. En este texto encontramos la proclamación de la absoluta primacía de la ley, en cuanto expresión de la voluntad general (arts. 3 y 6), así como la exigencia de la separación de poderes y de la garantía de los derechos (art. 16).

El «Estado de Derecho», expresión que fue acuñada con carácter definitivo por Robert von Mohl en 1832, se caracteriza por tres elementos: imperio de la ley, reconocimiento de derechos y separación de poderes:

- a) Imperio de la ley. Es, sin duda, el elemento clave y definidor de esta fórmula. Esta ley ha de ser creada por el órgano representativo que expresa la voluntad popular. La ley ha de ser, pues, elaborada por las Cortes Generales, las cuales han de ser elegidas mediante sufragio universal, libre, periódico y secreto. Esa ley ha de regular toda la actividad estatal, incluyendo tanto la esfera administrativa —es el principio de legalidad de la Administración, garantizado con un sistema de recursos que permita reaccionar al posible afectado— como la judicial, sin olvidar que todos los ciudadanos se hallan sometidos por igual a ella. En todo caso, la ley estará sometida a la Constitución y al subsiguiente control de constitucionalidad.

Esa subordinación del poder al Derecho encuentra su plasmación más contundente en el artículo 9 de la Constitución al establecer, en su apartado 1.º que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», precisando en su apartado 3.º los principios que hacen efectiva esa subordinación, es decir, los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, 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.

El principio de legalidad se plasma en una diversidad de formas, comenzando por la propia Constitución y que se encuentran enmarcadas por una serie de valores y principios constitucionales.

- b) Reconocimiento de Derechos y libertades fundamentales. Pero si ese imperio de la ley es el elemento clave y definidor del Estado de Derecho, el elemento fundamentador desde un punto de vista más que jurídico, axiológico, e incluso ético, es el reconocimiento y garantía de una serie de derechos y libertades que corresponden a todo ciudadano. La dignidad humana es el presupuesto de la declaración de una serie de derechos de la persona, y ese es precisamente el punto de partida del catálogo de derechos y libertades.

des que recoge nuestro texto constitucional. Por ello, ocupa un papel de Guardameta en nuestro equipo constitucional

c) División de poderes: por su importancia es un jugador por sí solo.

8. La división de poderes

Esa primacía de la ley dentro del marco constitucional debe estar acompañada de un sistema de separación de poderes como garantía y freno de los mismos. Esta separación no ha de entenderse en un sentido absoluto, sino más bien como un sistema de distribución de funciones inserto en una red de relaciones y controles mutuos. El sentido de esta separación no es otro que el de evitar la concentración de poder, estableciendo un equilibrio que ha de redundar en beneficio del ciudadano, equilibrio del cual es pieza esencial la existencia de una Administración de Justicia plenamente independiente, así como de un proceso garantizador de las más esenciales libertades. El esquema clásico de la división de poderes experimenta una adaptación a las nuevas exigencias del Estado social, la cual se apoya en la ampliación de las áreas de actuación estatal, así como en la modificación de las relaciones entre Parlamento y Gobierno, sobre todo, tras la generalización del sufragio universal y la conversión de los partidos en los auténticos protagonistas del sistema político.

Las relaciones entre estos poderes y órganos constitucionales (Jefatura del Estado-Parlamento-Gobierno-Poder Judicial) han de ser fluidas, conforme a los principios constitucionales.

Que cada poder juegue su juego, el que la Constitución le otorga, con lealtad institucional es una necesidad para que la sociedad, a través del Estado, pueda progresar en bienestar y, como dice el Preámbulo de la Constitución, así conseguir una digna calidad de vida a través del progreso económico y cultural.

Este jugador es fundamental para que el juego constitucional fluya.

10. La organización territorial del poder

Una de las novedades más significativas de la Constitución de 1978 consistió en la articulación territorial del Estado a través de varios niveles político-institucionales: municipios, provincias y Comunidades Autónomas, todas ellas gozando de autonomía para la gestión de sus intereses respectivos.

Ahora bien, la redacción final del Título VIII de la Constitución muestra un tipo de organización territorial que no coincide exactamente con ninguno de los modelos que se puedan encontrar en el Constitucionalismo comparado. Efectivamente, el Estado Autonomico español no responde a las características propias de un Estado centralizado, aunque tampoco se puede calificar como un Estado federal propiamente dicho. Incluso no sería exacto considerarlo como un típico Estado regional. En todo caso, debido tanto a esa originalidad como al desarrollo que ha tenido durante su implantación, sería correcto calificarlo como un modelo territorial «homologable» en buena medida a un Estado federal.

La constitucionalización del llamado «principio dispositivo» y el posterior desarrollo político ha posibilitado una realidad asimétrica del Estado de las Autonomías, donde ninguna Comunidad Autónoma es exactamente igual a otra, y en el que la diversidad competencial es la nota dominante en los Estatutos de Autonomía.

El propio modelo constitucional de organización territorial del Poder ha requerido (y requiere) un esfuerzo por extender en el tiempo aquel consenso constituyente inicial, a través de acuerdos políticos que permitan la buena marcha del Estado Autonomico. Tarea que ha sido posible gracias a la labor del legislador estatal junto a la doctrina que ha ido elaborando el Tribunal Constitucional, al concretar y aclarar en un intenso ejercicio de interpretación el significado de los preceptos constitucionales, y la adecuación a aquéllos de las leyes y normas aprobadas por las Comunidades Autónomas al ejercitar las competencias previstas en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

En todo caso, el modelo territorial sigue quedando abierto a futuros cambios desde el momento en que se generen nuevas demandas de autogobierno por parte de las Comunidades Autónomas, algo que resulta legítimo siempre que puedan encajar dentro del marco constitucional actualmente en vigor.

Como es bien sabido, este jugador es muy talentoso, pero, a veces de un rendimiento irregular. Y es muy importante su servicio pues para que el juego constitucional fluya es necesario que este medio, que este «centrocampista» que llamamos organización territorial del Estado se guíe por los principios de lealtad institucional, de colaboración y de cooperación entre el Estado, las Comunidades Autónomas y la organización política local.

7,9 y 11. La delantera

El dinamismo social, la apertura a los tiempos, la imaginación para conseguir la meta ansiada es tarea de los delanteros. En nuestro equipo constitucional, la delantera estaría formada por la apertura hacia la igualdad y la apertura hacia el exterior, como extremos; y como ariete, la democracia.

7. La apertura hacia la igualdad

El valor igualdad cuenta con una dimensión formal —igualdad ante la ley y no discriminación, descrita en el artículo 14 de la Constitución al modo clásico— y otra material —que exige de los poderes públicos una tarea de promoción de las condiciones que hagan real y efectiva esa igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, tal y como concibe el art. 9.2 de la Carta Magna—.

El principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución contempla no sólo el principio de igualdad ante la ley, sino que de éste se ha deducido, como correlato del mismo, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, o sea en la aplicación de las normas.

Pero la apertura a la igualdad adquiere una dimensión de categoría sustancial cuando se trata de la igualdad entre mujeres y hombres.

El proceso de lucha por la igualdad plena entre mujeres y hombres, propiciado por los diferentes avances en la emancipación de la mujer, es un proceso histórico de enorme calado social, político y cultural en el sentido más amplio de la palabra. Es, probablemente la revolución más importante, profunda y duradera en la condición humana que podamos recordar en mucho tiempo.

Obviamente, este proceso no empieza ni acaba en el espacio de una generación, ni mucho menos se agota con cambios jurídico-políticos, por muchos e importantes que éstos puedan ser. Tras la insoslayable consecución de la igualdad formal, con toda la importancia que obviamente tiene y que, recordemos, siempre ha sido uno de los grandes retos del constitucionalismo, se plantea como justa batalla la necesidad de seguir avanzando en la consecución de una efectiva igualdad material.

Si algo nos ha enseñado el Constitucionalismo, tras más de dos siglos de implantación, es que una sociedad avanza cuando se construye sobre las bases de un sistema jurídico y político sólido. Y esta solidez depende de su capacidad de acompañarse a los cambios sociales.

En este sentido, el reto actual constitucional no consiste sólo en plantear explícitamente la igualdad entre hombres y mujeres, sino en la necesidad de garantizar políticas efectivas que remuevan los obstáculos para la plena igualdad en los ámbitos político, social y económico.

Este mandato significa que la vertebración y el progreso de la sociedad precisa continuar avanzando en la integración plena de las mujeres como una necesidad de toda ella, porque así nos reconocemos como sociedad de una forma diferente.

11. La apertura exterior de la Constitución

En su célebre estudio sobre la globalización, Ulrich Beck pone de manifiesto cómo hace ya bastante tiempo que vivimos en una sociedad mundial, por lo que las tesis tradicionales sobre «espacios cerrados», tales como los Estados, resultan ficticias. No existe ya país ni grupo que pueda vivir al margen de los demás. Las distintas formas económicas, culturales y políticas no dejan de entremezclarse y junto a los gobiernos hay cada vez más actores transnacionales, públicos y privados, con cada vez más poder.

El Estado se ha quedado pequeño para controlar al «Poder». Y éste, controlar el Poder, fue el principal objetivo del nacimiento del modelo de Estado de Derecho que parió la Ilustración. Controlar el «Poder» en estos tiempos se refiere también a limitar la acción de grandes empresas

transnacionales, de empresas de comunicación mundiales, de entidades que «juegan a la ruleta en el casino» de los poco regulados mercados financieros. Por ello, el sujeto «Estado», corre el riesgo de convertirse en un instrumento inútil, o, al menos, insuficiente, para poder asegurar a los seres humanos unas condiciones dignas de existencia, lo que no deja de ser otro de los motivos de existencia del mismo, especialmente en su modelo de Estado social o del Bienestar.

La Constitución española se enmarca en el fenómeno europeo de posguerra de apertura del Constitucionalismo a los fenómenos de cooperación e integración internacional, insertándose en materia de derechos fundamentales y libertades públicas dentro del contexto europeo y mundial, en el que se comparten una serie de valores.

La Unión Europea es otro elemento imprescindible en nuestro momento y lugar histórico para entender el efectivo logro de los valores propios del constitucionalismo

Y en esa incorporación de valores, hemos de ser especialmente imaginativos para conseguir que el Estado de Derecho se introduzca en determinados sectores de la realidad política que se resisten a ser juridificados, por estar por encima de las posibilidades dimensionales de los Estados clásicos.

Debemos, pues, dar respuesta a los nuevos problemas derivados del proceso de globalización en el que vivimos. Debemos propiciar que este delantero, que juega por la banda, tenga imaginación y sea eficaz en sus propuestas.

9. La democracia

Nuestro delantero centro, el goleador del equipo, el ariete que ha de finalizar la jugada es la democracia.

La calificación del Estado como democrático se abre camino a finales del siglo XIX y principios-mitad del XX, momento en que se extiende el protagonismo político a la práctica totalidad de la sociedad como consecuencia de la generalización del sufragio universal, incluido el femenino. Si bien es en las primeras décadas del siglo XX cuando se produce una progresiva recepción del término, encontramos un claro precedente en el preámbulo de la Constitución francesa de 1848, en el que se proclama como democrática a la República francesa. Tras la Segunda Guerra Mundial, el uso del término acaba generalizándose y la práctica totalidad de los textos constitucionales lo recogen.

Pese a que el término «democrático» ha ido adquiriendo a lo largo de la historia diferentes matices que lo han ido haciendo complejo y ambiguo, básicamente podemos identificarlo, siguiendo a Garrorena Morales, a través de una triple referencia: la radicación popular del poder y la teoría constitucional de la soberanía, la concepción plural de la sociedad y una paralela visión participativa del proceso político.

El primero de esos principios viene a consagrarse en la fórmula equívoca que se contiene en el artículo 1.2 de la Constitución: «la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado».

En segundo lugar, la definición del Estado como democrático implica una concepción plural de la sociedad en los campos jurídico, político, económico, social y cultural. Así, el artículo 1.1 de nuestra Norma Básica proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico el pluralismo político. En el mismo Título Preliminar se recogen las instituciones que mejor reflejan ese carácter, a saber, los partidos políticos (art. 6) y los sindicatos y asociaciones empresariales (art. 7); sin olvidar el artículo 22 que reconoce el derecho de asociación.

Por último, es lógico que, si todos los poderes del Estado han de emanar del pueblo, se garantice el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, bien directamente o a través de representantes (art. 23 CE). Junto a esta manifestación, aparecen otras muchas en el texto constitucional, tales como la participación de los ciudadanos en la vida política promoviendo la iniciativa legislativa popular (art. 87.3), ejercitando el derecho de petición (arts 29 y 77) o votando un referéndum (art. 92), la participación en la Administración de Justicia a través del Jurado o en el ejercicio de la acción popular en procesos penales (art. 125) o la participación en la Administración Pública (art. 105). Además, el artículo 9.2 sitúa como un deber de los poderes públicos «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Democracia que ha de actuar como ariete, como delantera que propicie la articulación jurídica de una política basada realmente en ella, y que mantenga como horizonte la consecución de los tres grandes objetivos de la Revolución Francesa: la libertad, la igualdad y la solidaridad.

3. El gol

Pues ese es el gol que perseguir: la consecución de los tres grandes objetivos de la Revolución Francesa: la libertad, la igualdad y la solidaridad.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en su primer artículo, proclamaba que «la meta de la sociedad es la felicidad común».

Este postulado, desde una perspectiva individual, también lo encontramos en el artículo 1.º de la *Declaración de Derechos de Virginia de 1776*, prefacio de la actual Constitución norteamericana. Recordemos, pues, uno de los textos paradigmáticos del constitucionalismo: «Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que no pueden privar o desposeer a su posteridad por ninguna especie de contrato, cuando se incorporan a la sociedad; a saber, el goce de la vida y de la libertad con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad».

Libertad, igualdad y solidaridad para alcanzar la felicidad.

Para conseguir esta meta, para meter gol, el equipo de gala constitucional ha de saber jugar con equilibrio entre todas sus líneas, con una defensa firme que arrope al guardameta, con una línea de medios que, con lealtad institucional y adecuado uso de sus competencias y habilidades, despliegue todo el juego que la Constitución contiene, y propicie que la política fluya en beneficio de toda la sociedad. Y con una delantera que nos acerque día a día a conseguir más libertad, más igualdad, más solidaridad, más felicidad común...

Máxime si miramos a nuestro alrededor y observamos los importantes retos que la Humanidad ha de afrontar en este siglo, y que precisan de una respuesta contundente desde el Constitucionalismo: me refiero al control democrático y político de la globalización económica, a la lucha contra las desigualdades de todo tipo existentes, la necesidad de una respuesta constitucional a los retos alimentarios, energéticos y medioambientales, la regulación de la revolución tecnológica, la adopción de medidas constitucionales frente a las nuevas formas de ataques a la libertad y a la seguridad humana, o también respuestas a situaciones y problemas más autóctonos tales como la encrucijada de la integración europea o la vertebración territorial de España...ante todo esto, el Constitucionalismo ha de dar un paso al frente, y seguir siendo útil para mejorar la vida de los herederos de este Mundo, seres humanos que también se merecen la esperanza del futuro.

4. El compromiso del constitucionalista

Y todo ello, desde un firme compromiso, más bien una exigencia ética que como constitucionalista debo transmitir.

Como ya señalé, al hablar del Guardameta, el Constitucionalismo cree en la persona y en lo que representa, y entiende que el ser humano es un ser moral, un ser que se proyecta y que, por tanto, precisa que la organización política de la sociedad en la que existe le asegure poder tener una vida digna, en la que se respeten sus derechos y libertades, así como desarrollar libremente su personalidad en un necesario contexto de igualdad de oportunidades.

Esta reflexión bien puede resumir todos los propósitos que animan al Constitucionalismo. El Derecho Constitucional es como una escalera que poco a poco vamos subiendo, más bien creando, en búsqueda de posibilitar la obtención de la felicidad para el mayor número de personas, a través de la consolidación de la igualdad y la consecución de mayores cotas de libertad. Todo ello, necesariamente barnizado por la idea más revolucionaria y atrevida de todas las que, en mi opinión, el ser humano ha conseguido alumbrar: la de Justicia.

Esta es la filosofía que me anima, y que creo que debe estar siempre presente en la vida de cualquier persona que se dedique al Derecho.

Una vida profesional dedicada al Derecho y que no tenga como último referente a la persona y a los grupos en los que se integra y que olvide el componente ético-solidario de los principios axiológicos del sistema no merece tanto la pena.

Detrás está la persona. Por eso, cualquier decisión jurídico-política que no tenga como referente al ser humano está viciada de origen. Y ha de ser combatida desde la militancia más activa, en el entendimiento de que la pasividad siempre ha sido antesala e instrumento de las dictaduras de cualquier clase: políticas, militares, económicas o de pensamiento. Militar en la defensa de nuestro modelo de convivencia democrática; alejarnos de los extremismos y la polarización ideológica; deliberar como principio de actuación; comprometernos con la mejora de la calidad de vida de los habitantes de nuestro planeta, porque así lo exige la dignidad que les distingue, que nos distingue.

Y siempre debemos también tener presente que el ser humano es Historia. Hemos llegado a ser lo que somos gracias a quienes nos antecedieron. Pese a su obiedad, esto no siempre es tomado en consideración a la hora de nuestro quehacer diario. Y es extremadamente necesario no olvidarlo porque nuestros actos van, a su vez, conformando las bases de la existencia de los que nos continuarán.

Por todo esto, quien ha tenido (y aún tiene) la oportunidad de dedicar su vida profesional al estudio y la enseñanza de la Constitución está obligado más que nadie, puesto que se le supone un conocimiento mayor y más profundo, a defender el Estado Constitucional, que, organizado bajo el sistema de División de poderes, propugna la Dignidad de la persona a través del reconocimiento y protección de sus Derechos, por medio del Derecho y de la Democracia.

Esa es mi responsabilidad ética, cívica y profesional. Estas son las ideas que me animan y me motivan al estudio de esta materia y que procuro transmitir a mis alumnas y alumnos en este momento de la Historia, incluso a través de este humilde símil futbolístico.

Sólo resta, para concluir, que el equipo salga a la cancha, que estire sus líneas y sepa desplegar el juego que lleva dentro. Puede que a veces a los jugadores les cueste estar a la altura de lo que se espera de ellos, incluso que a veces nos decepcionen, pero eso no debe ser obstáculo para que nosotras y nosotros, la afición (que somos realmente mucho más que eso, pues somos también árbitro, ariete y gol), sigamos viviendo con pasión el amor por este deporte.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LAS MUJERES EN REDES SOCIALES Y LA VIOLENCIA DIGITAL COMO OBSTÁCULO PARA ALCANZAR LA IGUALDAD MATERIAL

Judith Aguirre Moreno

Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana

A la Dra. Ángela Figueruelo Burrieza, quien con sus enseñanzas, generosidad y calidad humana ha dejado una profunda huella imborrable y quien marcó mi destino como académica. Gracias, por tanto. Mi gratitud y cariño eternos.

1. Introducción

La libertad de expresión se encuentra tutelada en los ordenamientos jurídicos nacionales y en diversos tratados internacionales como el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso de las mujeres, esta libertad debe verse afectada por factores como el machismo, la violencia de género y los discursos de odio¹, limitando el disfrute pleno de este derecho y poniendo de manifiesto las desigualdades entre hombres y mujeres que aún existen y se trasladan a todos los entornos, incluso el digital.

Diversos estudios y han destacado como la violencia digital contra las mujeres es una forma más de la violencia de género doméstica, social e institucional, que tiene un profundo impacto en la salud mental, el honor y la dignidad de las mujeres entre otros aspectos, poniendo obstáculos al disfrute de derechos como la igualdad, la participación en la vida pública, el derecho al internet y uso de las tecnologías, la seguridad, la libertad de expresión, el derecho a una vida libre de violencia o a la igualdad, por lo que es urgente encontrar la forma de garantizar el disfrute de estos derechos, y en particular la libertad de expresión en pie de igualdad con los hombres.

2. Ciberfeminismo²

«El ciberfeminismo busca generar el conocimiento y los medios para compartir las problemáticas que afectan la vida de las mujeres, teniendo como punto principal la violencia de género»³.

1 INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES, *Código de Ética para la Prevención de la Violencia Digital*, INMUJERES, 2022, http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/CodigoEticaProfecolnmujeres-Rev080922.pdf

2 Término acuñado por Sadie Plant en el año 1995.

3 MAZÓN, A. «Mujeres en redes de lucha: ciberfeminismo como movimiento social contemporáneo», *Revista Estudios Políticos*, Núm. 53, Ciudad de México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales – UNAM, 2021, p. 68.

Para lograr esta tarea, el internet es una útil herramienta que abre la puerta a la interacción de mujeres de diversas latitudes, que no se conocen, pero que tienen una causa común, grupos de mujeres, que en todo el mundo permitan luchar contra los estereotipos y los diversos tipos de violencias machista. Y las redes sociales alientan esa comunicación horizontal en la que las mujeres pueden compartir sus ideas, denunciar injusticias, y construir comunidades virtuales de activismo. Esta horizontalidad democratiza la información y permite acciones inmediatas y masivas con solo un clic, aunque también existen retos como la violencia digital y la saturación de mensajes.

En varios países, las mujeres, especialmente jóvenes universitarias, han utilizado plataformas como YouTube, Instagram, TikTok y X (Twitter) para hacer virales demandas feministas y combatir la violencia contra ellas. Esta participación intergeneracional aumenta la visibilidad y ha sido crucial en logros políticos, como la aprobación de leyes a favor de la libertad reproductiva en Argentina en 2020 (#AbortoLegalYa). Movimiento que siguió a #NiUnaMenos en Argentina, en contra de la violencia feminicida y que provocó un efecto dominó en países como Brasil, Bolivia, Chile, México, Perú, Paraguay, Uruguay y El Salvador, todos ellos con muy altas cifras de feminicidios.

Este despertar de la sociedad y la presencia masiva de casos terribles de feminicidio en los medios de comunicación derivó en una ola de medidas orientadas a la protección de las mujeres, que se puede verificar en la creación de distintas legislaciones y creación de instituciones especializadas tanto para la persecución del delito como para la atención a las víctimas directas (tentativa) o indirectas como las familias en los últimos años. Todos estos logros alcanzados, gracias al movimiento #NiUnaMenos⁴.

De igual manera, tendencias como #MeToo surgieron en redes sociales para denunciar el acoso sexual y lograr su visibilización a nivel mundial a través de las redes sociales, lo cual ha permitido que las demandas de respeto de las mujeres lleguen a todos los rincones que llegan las redes, pero también a las calles, ya que las mujeres convocaban a manifestaciones, cambiando la manera como las mujeres se organizan para defender por sus derechos.

Estos movimientos lograron gran alcance y movilización social gracias a las redes, demostrando la fuerza de la libertad de expresión digital para el empoderamiento de las mujeres. Es decir que las mujeres usan, ahora, la libertad de expresión en redes sociales para impulsar movimientos sociales mucho más eficaces, afrontar retos y trasfigurar a sus sociedades a través de las redes sociales⁵. Como hemos mencionado, la libertad de expresión en redes sociales ha sido un instrumento fundamental para que las demandas de las mujeres sean vistas y transformar a las sociedades al hacer llegar sus problemáticas, de igual manera han contribuido a la conformación de redes de apoyo y activismo que fortalecen estos movimientos. «Es así como el ciberfeminismo permite hacer eco a todas aquellas voces silenciadas de las mujeres, y de la misma manera, permite la creación de una comunidad online de mujeres con valores en común»⁶.

En el caso de México las redes sociales también han contribuido de forma importante a alcanzar la cristalización de proyectos legislativos trascendentes como la llamada Ley Olimpia, lograda gracias a la intensa campaña de mujeres contra la violencia digital, esta tipifica y sanciona la difusión sin consentimiento de material íntimo⁷. Esta ley fue aprobada primero estados y posteriormente a nivel federal entre 2018 y 2021, tras una fuerte lucha feminista frente a resistencias políticas.

La despenalización del aborto fue otra gran victoria de las mujeres con impacto legislativo en varios estados mexicanos en los últimos años. La visibilización y movilización digital ayudaron a

4 MARTURET, V. «#NiUnaMenos en Argentina, comunicación y desafíos del feminismo y más (Primera parte)» en *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación. Ensayos*, no.117, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2023, 115.

5 MAZÓN, A., Ob. Cit., p. 67.

6 MONFORT SÁNCHEZ, Ana Berta, «El uso de las redes sociales en el movimiento feminista #NiUnaMenos #AbortoLegalYa», Trabajo de Fin de Grado, Facultad de Ciencias Sociales Jurídicas y de la Comunicación, Universidad de Valladolid, 2021, p. 13.

7 MARROQUÍN, V. *Cinco leyes contra la desigualdad de género*, Unidad de investigaciones periodísticas – UNAM, Ciudad de México, 2024, disponible en: <https://corrientealterna.unam.mx/reportaje/cinco-leyes-contra-la-desigualdad-de-genero/>

que la SCJN declarara inconstitucional penalizar la interrupción del embarazo hasta las 12 semanas, permitiendo el acceso a la seguridad social y protegiendo al personal sanitario.

La reforma constitucional de 2019 llamada Paridad en Todo, obliga a igualdad de género en cargos públicos y poderes del Estado, y por la cual los partidos políticos se ven obligados, no siempre de buena manera, a garantizar la mitad de sus candidaturas para las mujeres también, esta reforma también fue promovida por el activismo feminista masivo mediante campañas digitales que difundieron estas demandas.

Otros ejemplos destacados son la Ley Ingrid que se ocupa de prohibir la filtración y el intercambio de evidencias (o carpetas de investigación) de víctimas de delitos o escenas del crimen, imponiendo penas de prisión a quienes incurran en estas conductas, en especial si se trata de servidores públicos, lo cual contribuye a evitar la revictimización. La Ley Malena, ha logrado que los casos de violencia arrojando ácido a la víctima no queden sin sanción, «el principal objetivo ha sido reformar el Código Penal para considerar la violencia ácida como tentativa de feminicidio, estableciendo penas de 25 a 40 años. Además, se añade el concepto de ataque de ácido a la Ley para el Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia»⁸, esta ley es producto del brutal ataque con ácido al que sobrevivió María Elena Ríos en el año 2019. Otro avance legislativo es la Ley Sabina, que se ocupa de la prevención y el incumplimiento del pago del pago de pensiones.

Y por último mencionamos la Ley Monse que se ocupa consiste en la reforma a los artículos 320 y 321 del Código Penal de la Ciudad de México estableciendo que quienes encubran a los responsables de feminicidio, homicidio o transfeminicidios se harán acreedores a penas de dos a ocho años de prisión y multas de hasta mil días, sin que sea considerada su relación con el homicida.

Estas campañas destacaron por su uso intensivo de redes sociales para visibilizar problemáticas, organizar protestas y presionar a legisladores, logrando transformaciones legales que beneficiaron a las mujeres en temas de violencia, derechos reproductivos y representación política.

3. Retos y desafíos

La libertad de expresión en las redes sociales representa un espacio trascendental para la participación en los espacios públicos, pero asimismo afronta retos importantes que dañan particularmente la igualdad entre hombres y mujeres. Las plataformas digitales, aunque ofrecen oportunidades para aumentar voces diversas, a la vez replican y, en ocasiones incluso, profundizan desigualdades y discriminación de género; lo cual genera desafíos complicados como la censura, la brecha digital, el ciberacoso, y la violencia en línea, que limitan la expresión libre y entorpecen la construcción de un entorno digital inclusivo y equitativo. A continuación, nos referiremos a cada uno de estos supuestos:

4. La brecha digital

La brecha digital de género sigue siendo un desafío global que limita la igualdad de oportunidades tanto en el uso como en el acceso, y el disfrute de los beneficios de las tecnologías. Aunque el acceso a Internet se ha igualado en muchos países, existen notables diferencias en cómo hombres y mujeres participan en la esfera digital.

De acuerdo con el informe anual Brecha Digital de Género 2025 basado en datos de 2024, un 19,5 % de los especialistas digitales en España son mujeres, cifra ligeramente superior a la media europea pero aún baja, reflejando una brecha persistente en profesiones tecnológicas. Además, solo el 17,5 % de la población ocupada en áreas STEM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas) son mujeres, lo que limita su representación en sectores clave y, por ende, sus oportunidades laborales⁹.

8 ONU MUJERES, «Una ley contra la violencia de género lleva su nombre, ella preferiría ser conocida por la música», *Noticias ONU. Mirada global Historias humanas*, 2024 disponible en: <https://news.un.org/es/story/2024/06/1530661>.

9 GOBIERNO DE ESPAÑA, *Brecha digital de género*, Ministerio para la transformación digital y de la Función pública - red.es, Madrid, 2025, p. 8.

Aunque las mujeres usan internet semanalmente, un poco más que los hombres, las actividades digitales que realizan y su relación con servicios administrativos presentan diferencias notables, con las mujeres menos representadas en emprendimiento tecnológico y uso avanzado de inteligencia artificial, donde la brecha es más amplia.

Las mujeres enfrentan dificultades más fuertes en la educación tecnológica desde etapas tempranas, con menor proporción en formación profesional y universitaria en áreas STEM. También existen mayores niveles de desconfianza y menor preparación percibida para enfrentar riesgos de ciberseguridad. Es importante reforzar su autoestima y eliminar estereotipos y sesgos para mejorar esta situación. Problemas adicionales incluyen una mayor exposición a ciberdelitos sexuales y discursos de odio en línea, lo que impacta negativamente su participación.

Estas desigualdades se agravan cuando se trata de países con renta baja. Menciona la UNICEF que:

«Aunque el acceso a Internet se ha igualado en muchos países, existen notables diferencias en cómo hombres y mujeres participan en la esfera digital. Las niñas van por detrás en un mundo cada vez más digital [...], UNICEF advierte que las niñas tienen menos probabilidades de desarrollar las habilidades necesarias para el aprendizaje y el empleo del siglo XXI por falta de oportunidades¹⁰».

La desigualdad digital impide el acceso femenino a trabajos bien pagados y a altos cargos directivos, obstaculiza educación e intervención en la economía y en la sociedad actual. Superar la brecha digital de género es clave para aprovechar el potencial innovador y productivo de la mitad de la población, además de promover sociedades más justas y equitativas.

Cerrar la brecha digital entre hombres y mujeres requiere políticas públicas exhaustivas que fomenten la inclusión tecnológica, la formación STEM femenina, patrocinen las iniciativas de mujeres en proyectos digitales, así como una lucha contra la violencia y con contra la discriminación en el ciberespacio. Solo así se garantizarán plenos derechos digitales y oportunidades equitativas en la era digital¹¹.

Asimismo, resulta indispensable que las comunidades tengan acceso a centros de tecnologías de la información y comunicación comunitarios y otras alternativas de acceso público; y que haya opciones de capacitación y educación en estas áreas, en especial en sectores como mujeres, discapacitados, personas en situación de pobreza, en áreas rurales y entre la población mayor, con la finalidad de alcanzar altos niveles de alfabetismo digital y con ello alcanzar la inclusión que requiere para vivir en estas nuevas sociedades digitales.

5. Represión

Algunos ejemplos de cómo los Estados restringen la libertad en los espacios digitales y en particular en las redes sociales es lo que ocurre en Arabia Saudita, país en donde de acuerdo con Amnistía Internacional:

Hasta febrero de 2023, ha documentado 67 casos de personas enjuiciadas en Arabia Saudí por ejercer su derecho a la libertad de expresión, de asociación y de reunión pacífica, entre las que hay defensores y defensoras de los derechos humanos, personas que ejercen el activismo político pacífico, periodistas, poetas y clérigos y otras. De estas personas, 32 fueron enjuiciadas por expresar pacíficamente sus opiniones en las redes sociales. Amnistía es consciente de que es probable que el número real sea muy superior¹².

10 UNICEF, United Nations Children's Fund, *Bridging the Gender Digital Divide: Challenges and an Urgent Call for Action for Equitable Digital Skills Development*, UNICEF, New York, 2023.

11 Ver: COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA, *CEPAL llama a cerrar la brecha digital de género, a fomentar la participación de más mujeres en ciencia y tecnología y a erradicar la ciberviolencia de género*, Comunicado de prensa, ONU / CEPAL, Santiago de Chile, 2023, disponible en <https://www.cepal.org/es/comunicados/cepal-llama-cerrar-la-brecha-digital-genero-fomentar-la-participacion-mas-mujeres>

12 Amnistía Internacional, «Arabia Saudí: Alarmante represión de la libertad de expresión en Internet, 2023», disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/arabia-saudi-alarmante-represion-de-la-libertad-de-expresion-en-internet/>

Esta situación se agrava aún más cuando se trata de mujeres las que utilizan las redes sociales, dando la condena más alta a una mujer por su uso pacífico, 45 años de prisión, condena completamente desproporcionada frente a las impuestas a los hombres por la misma conducta.

Marruecos es otro claro ejemplo de este tipo de represión de mujeres a través de las detenciones y condenas de la bloguera y activista Fátima Karim, Saida El Alami, activista de los derechos humanos quien es miembro del colectivo «Femmes Marocaines Contre la Detention Politique» y fue condenada por publicaciones en Facebook a favor de la libertad de expresión en redes.

Otro caso emblemático sobre la represión hacia las mujeres por parte de los estados por el uso de la libertad de expresión en redes sociales es el de Sultana Khaya, que era activista del pueblo saharauí y quien, a pesar de ya encontrarse durante un año en arresto domiciliario, el 15 de noviembre de 2021 las fuerzas de seguridad del Estado de Marruecos entraron en la casa de Sultana Khaya y la violaron, a ella, a su madre y a sus hermanas. Y esa fue solo una de tantas agresiones que ella y su familia han sufrido.

6. Violencia digital contra las mujeres

De acuerdo con Amnistía Internacional:

La violencia y los comportamientos abusivos adoptan diversas formas: amenazas directas o indirectas de violencia física o sexual; insultos dirigidos a uno o varios aspectos de la identidad de una mujer [...] acoso selectivo; atentados contra la intimidad [...] y la divulgación de imágenes sexuales o íntimas de una mujer sin su consentimiento. El objetivo de esta violencia y de estos comportamientos abusivos es crear un entorno hostil en Internet para las mujeres con el fin de avergonzarlas, intimidarlas, degradarlas, menospreciarlas y, en última instancia, silenciarlas¹³.

El impacto de la violencia digital no es menor, ya que, según el Informe sobre violencia contra las mujeres y niñas en el marco de la Convención Belém Do Pará, realizado por la Oficina Regional de ONU Mujeres para las Américas y el Caribe y el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI) de la Comisión Interamericana de Mujeres:

CEI 73 % de las mujeres ha experimentado alguna forma de violencia en línea. El 23 % de las mujeres y las niñas han sufrido acoso o abuso en línea al menos una vez en su vida, y por lo menos 1 de cada 10 ha sufrido alguna forma de ciberviolencia desde los 15 años. Casi el 60 % de las niñas y jóvenes de todo el mundo han sido víctimas de diferentes formas de ciberacoso en plataformas de redes sociales. El 90 % de las víctimas de distribución no consentida de imágenes íntimas son mujeres¹⁴.

La violencia digital es un fenómeno multifacético que afecta desproporcionadamente a las mujeres. Sus formas incluyen:

- Difusión no consentida de imágenes íntimas (revenge porn o sexting sin consentimiento), que vulnera la privacidad y reputación de las mujeres.

El vocablo fue utilizado por primera vez en el sitio web «IS ANYONE» en los Estados Unidos y se popularizó haciendo referencia a la publicación no autorizada de imágenes o videos privados, de índole íntimo, llevado a cabo normalmente por ex parejas de las o los sujetos directamente afectados a modo de venganza después de suscitar conflictos en sus respectivas relaciones¹⁵.

13 AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Violencia contra las mujeres en internet en 2028», disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/research/2018/12/rights-today-2018-violence-against-women-online/>

14 OEA, *Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará: Prevención de la violencia contra las mujeres en las Américas: Caminos por recorrer*, Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). Comisión Interamericana de Mujeres. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/TercerInformeHemisferico-ES.pdf> OEA/Ser.L/II)

15 MELÉNDEZ GUZMÁN, L., *Revenge Porn, difusión no consentida de material íntimo, reconocimiento e incorporación de la conducta como delito en los ordenamientos penales*, Facultad de Derecho – UNAM, disponible en http://coordinacioneditorialfacultadderecho.com/assets/revenge_porn_difusi%C3%B3n_no_consentida_de_material_intimo_reconocimiento_e_incorporacion_de_la_conducta_como_delito_en_los_ordenamientos_penales.pdf

- Ciberacoso, doxing y stalking, son una peligrosa forma de violencia de género que comienza en el ciberespacio pero que puede atacar contra su seguridad física y emocional de las mujeres.

Actualmente cuando alguien manifiesta su desacuerdo con lo que la mayoría opina a través de las redes sociales, se expone a todo tipo de insultos y amenazas; en particular cuando se trata de mujeres.

Es significativa y preocupante la diferencia en las reacciones de los usuarios cuando son mujeres quienes opinan, ya que estas reciben frecuentemente ofensas sobre su edad, estado civil, aspecto físico y hasta amenazas de ser violadas, torturadas o asesinadas, lo cual no ocurre cuando es un hombre quien sostiene una opinión distinta a la de la mayoría. Por lo cual, uno de los principales desafíos de la libertad de expresión es el respeto a la diferencia y el disenso. No debe perderse el objetivo, que es, opinar o debatir sobre un tema, no sobre las personas que opinan sobre ese tema. Ante esta situación, los estados deben atender las denuncias que las mujeres hacen sobre potenciales riesgos reales que podrían correr.

Además, han proliferado conductas que empiezan a normalizarse y que constituyen formas de cibercontrol con la finalidad de vigilar y constreñir la vida digital de las mujeres. Por ejemplo: pedir (o exigir) contraseñas de teléfonos móviles, banca electrónica, revisarles el teléfono y redes sociales, exigir que se bajen fotos o publicaciones hechas en redes sociales, y vigilar o incluso censurar comentarios publicados o en mensajes privados de WhatsApp.

- Discursos de odio anti-género, que promueven el desprestigio, la discriminación y la exclusión de mujeres en espacios digitales.

Estas conductas son realizadas por ciudadanos, pero también, y cada día más por funcionarios públicos, integrantes o dirigentes de partidos políticos y autoridades incluyendo titulares de los Poderes del Estado, violando derechos fundamentales como la libertad de pensamiento, libertad de expresión, el derecho a la propia imagen, al honor, a la protección de datos personales, a la intimidad, la igualdad, el pluralismo político y por supuesto dañan la dignidad humana.

- Campañas de desprestigio y troleo, diseñadas para silenciar o desacreditar a mujeres que participan en debates públicos.

Estas agresiones causan daños que van más allá del daño inmediato, generando miedo y autocensura en las mujeres, afectando su bienestar integral y su derecho a participar con igualdad de condiciones en la sociedad digital.

Estas campañas se han llevado a cabo en México (en muchas ocasiones desde el poder) contra defensoras de los Derechos Humanos y las madres buscadoras cuyos hijos fueron víctimas de desaparición forzada.

7. Impacto en la libertad de expresión y la igualdad material

La violencia digital impide el disfrute de derechos como la libertad de expresión. Las víctimas prefieren ya no manifestar sus opiniones o necesidades a través del ciberespacio y prefieren cerrar sus redes sociales, etc. para evitar seguir siendo víctimas de este tipo de violencia, limitando su participación política, su interacción social o cultural incluso, quedando en un desequilibrio aún mayor frente a los hombres.

Esta restricción de la participación restringe las posibilidades de las mujeres de tener oportunidades educativas o laborales y limita su rol en el desarrollo y la democracia y constituye una profundización de desigualdad material y social. Entonces el espacio digital, en vez de ser una oportunidad para disminuir las brechas de desigualdad, se transforma en un espacio donde se perpetúa la violencia y se hacen aún mayores las desigualdades.

Un caso emblemático es la violencia política de género en redes sociales, donde mujeres candidatas y activistas son blanco de campañas coordinadas de odio y amenazas con objetivos de silenciarlas o intimidarlas para que renuncien a su candidatura. Las instituciones y tribunales han

comenzado a reconocer estas agresiones como violaciones de derechos humanos, estableciendo precedentes para su combate.

Su vulnerabilidad frente a dichas amenazas está relacionada con el doble estándar con el que se juzga a hombres y mujeres que se desempeñan en la esfera pública. Estas últimas están sujetas a exigencias distintas de comportamiento, tanto por parte de medios de comunicación y opinión pública, como por parte de sus pares hombres e incluso desde sus propios entornos familiares y comunitarios. Se mantienen así mandatos culturales de género sesgados respecto al rol que las personas deben cumplir en la sociedad¹⁶.

Frente a esta situación diversos países han implementado mecanismos de protección y protocolos para atender estos casos, destacando la importancia de la coordinación entre autoridades, sociedad civil y plataformas digitales.

8. Prevención y estrategias de protección

Algunas propuestas son: El Código de Ética para la Prevención de la Violencia Digital contra las Mujeres en México ofrece un marco para actitudes y políticas de prevención que incluyen:

- Educar en cuestiones de género y en derechos humanos a la población en general, pero también a los creadores de plataformas digitales, moderadores para usuarios, moderadores, autoridades y creadores de contenido digital.
- Atención real a las denuncias (suelen desestimarse), y seguimiento a las mismas, además de ofrecer acompañamiento y protección en caso necesario.
- Implementación de tecnologías de detección y bloqueo de contenidos violentos y discursos de odio, como por ejemplo a «IA del odio» que es un instrumento útil para descubrir y frenar discursos de odio antes de que se sean virales.
- Políticas públicas que faciliten que el ciberespacio promueva la inclusión y el respeto de los usuarios y sea un lugar seguro para todos, en especial, aquellos grupos más vulnerables.

Estas estrategias buscan transformar la cultura digital y garantizar que la libertad de expresión de las mujeres sea un derecho real, no coartado por el miedo o la violencia.

9. Conclusión

La libertad de expresión de las mujeres en redes sociales es absolutamente necesaria para que ejerza de forma plena sus derechos y para transitar hacia la igualdad material, por lo tanto, la violencia digital se constituye como un impedimento que limita los derechos y libertades de las mujeres y que reproduce violencias y desigualdades estructurales. Para superar este desafío es indispensable atender a todos sus frentes, homologando la legislación, haciendo responsable a las empresas y brindando acompañamiento a las víctimas. Solo así será posible lograr un entorno digital inclusivo, que refleje y promueva la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

10. Bibliografía

AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Arabia Saudi: Alarmante represión de la libertad de expresión en Internet, 2023», disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/arabia-saudi-alarmante-represion-de-la-libertad-de-expresion-en-internet/>

AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Violencia contra las mujeres en internet en 2028», disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/research/2018/12/rights-today-2018-violence-against-women-online/>

CERVA CERNA, Daniela. «La protesta feminista en México. La misoginia en el discurso institucional y en las redes sociodigitales». *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol.65, n.240, 2020, pp.177-205.

16 RÍOS TOBAR, M., *Violencia política de género en la esfera digital en América Latina*, IDEA Internacional, Estocolmo, 2025, p. 178.

- CDHCM**, *La violencia digital contra las mujeres: Un problema de género, Violencia digital contra las mujeres en la Ciudad de México*. Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, 2022.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA**, «CEPAL llama a cerrar la brecha digital de género, a fomentar la participación de más mujeres en ciencia y tecnología y a erradicar la ciberviolencia de género», Comunicado de prensa, ONU / CEPAL, Santiago de Chile, 2023, disponible en <https://www.cepal.org/es/comunicados/cepal-llama-cerrar-la-brecha-digital-genero-fomentar-la-participacion-mas-mujeres>
- GOBIERNO DE ESPAÑA**, *Brecha digital de género*, Ministerio para la transformación digital y de la Función pública - red.es, Madrid, 2025.
- HERNÁNDEZ PÉREZ, G. y ÁLVAREZ GARCÍA, Y.**, «La violencia de género en los medios sociales, como causa de violación», en *Revista Ius Comitiālis*, Vol. 8, núm. 15, Universidad Autónoma del Estado de México, 2025, pp. 90-105.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N.** «El discurso de odio anti-género en las redes sociales como violencia contra las mujeres y como discurso de odio». *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, Núm. 47, Universidad Carlos III, Madrid, 2022, pp. 97-122.
- MARTURET, V.** «#NiUnaMenos en Argentina, comunicación y desafíos del feminismo y más (Primera parte)», *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*. Ensayos, no.117, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2023.
- MARROQUÍN, V.** Cinco leyes contra la desigualdad de género, Unidad de investigaciones periodísticas – UNAM, Ciudad de México, 2024, disponible en: <https://corrientealterna.unam.mx/reportaje/cinco-leyes-contr-la-desigualdad-de-genero/>.
- MAZÓN, A.**, «Mujeres en redes de lucha: ciberfeminismo como movimiento social contemporáneo», *Revista Estudios Políticos*, Núm. 53, Ciudad de México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales – UNAM, 2021.
- MELÉNDEZ GUZMÁN, L.**, *Revenge Porn, difusión no consentida de material íntimo, reconocimiento e incorporación de la conducta como delito en los ordenamientos penales*, Facultad de Derecho – UNAM, disponible en http://coordinacioneditorialfacultadderecho.com/assets/revenge_porn_difusi%C3%B3n_no_consentida_de_material_intimo_reconocimiento_e_incorporacion_de_la_conducta_como_delito_en_los_ordenamientos_penales.pdf
- MONFORT SÁNCHEZ, A.B.**, «El uso de las redes sociales en el movimiento feminista #NiUnaMenos #AbortoLegalYa», Trabajo de Fin de Grado, Facultad de Ciencias Sociales Jurídicas y de la Comunicación, Universidad de Valladolid, 2021.
- OEA**, Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará: Prevención de la violencia contra las mujeres en las Américas: Caminos por recorrer, Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). Comisión Interamericana de Mujeres. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/TercerInformeHemisferico-ES.pdf> OEA/Ser.L/II)
- ONU MUJERES**, *Violencia de género facilitada por la tecnología*. UNFPA, 2022, disponible en <https://www.unfpa.org/es/TFGBV>
- ONU MUJERES**, «Una ley contra la violencia de género lleva su nombre, ella preferiría ser conocida por la música», Noticias ONU. Mirada global Historias humanas, 2024 disponible en: <https://news.un.org/es/story/2024/06/1530661>.
- RÍOS TOBAR, M.**, *Violencia política de género en la esfera digital en América Latina*, IDEA Internacional, Estocolmo, 2025
- UNITED NATIONS CHILDREN’S FUND**, *Bridging the gender digital divide: Challenges and an urgent call for action for equitable digital skills development*, UNICEF, New York, 2023.

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA ENTENDIDOS DESDE EL ENFOQUE ECOSISTÉMICO*

Silvia Bagni

Universidad de Bolonia

Resumen: En este ensayo, el objetivo de la autora es profundizar las relaciones entre los conceptos de «Derechos de la Naturaleza» (DD.NN.) y «enfoque ecosistémico». En primer lugar, la autora defiende la necesidad de abandonar el paradigma jurídico del desarrollo sostenible, que no ha logrado alcanzar sus objetivos. El objetivo de la investigación es demostrar que, a través de un enfoque ecosistémico, es posible sustituir el viejo e insostenible paradigma legal del desarrollo sostenible por uno nuevo basado en premisas holísticas sobre la relación entre los seres humanos y la naturaleza. Tanto los DD.NN. como el enfoque ecosistémico son soluciones concretas que apuntan en esta dirección. La autora analiza los fundamentos científicos, éticos y filosóficos de los DD.NN. y del enfoque ecosistémico y destaca cómo se ha incorporado el enfoque ecosistémico en algunos documentos jurídicos internacionales. En las conclusiones, argumenta que una comprensión amplia del enfoque ecosistémico, también incluyendo a los DD.NN., es el núcleo común de un nuevo paradigma jurídico donde los seres humanos viven en armonía con la Naturaleza.

1. La necesidad de abandonar el cuento de hadas del desarrollo sostenible

En 1972 se celebró en Estocolmo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, donde por primera vez la comunidad internacional reconoció la existencia de una crisis ambiental. Por consiguiente, se creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) para que guiara a la humanidad en la solución de sus problemas ambientales. Casi cincuenta años después, en 2021, el PNUMA reconoció que las perspectivas ambientales globales habían empeorado, en lugar de mejorar, y que actualmente debemos hablar de una policrisis: «Three interconnected crises – climate change, biodiversity loss and pollution – are putting our economic and social well-being at risk [...] Furthermore, they also risk irreversibly changing our relationship with the natural world»¹. A partir de ese momento, la «triple crisis» ha sido considerada como el desafío más importante que la humanidad debe afrontar en los próximos años².

* Este artículo es fruto de una investigación en ámbito del proyecto «LUMEN – Law of natUre and huMan Ecosystem approach: modelling a traNsultural eco-legal framework», un proyecto PRIN PNRR 2022 financiado por el Ministerio italiano de la Universidad (PI – Silvia Bagni – CUP J53D23018680001).

1 *For people and planet: the United Nations Environment Programme strategy for 2022–2025 to tackle climate change, loss of nature and pollution* (UNEP/EA.5/3/Rev.1, 17 February 2021), § 2. Ver también: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Pueblo Indígena U'wa y sus miembros vs. Colombia, sentencia de 4 de julio de 2024 (Fondo, Reparaciones y Costas), § 304.

2 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión consultiva n. 32/2025, de 29 de mayo 2025, «Emergencia climática y derechos humanos», § 42.

En el momento histórico en el que estamos viviendo, es decir «una Tercera Guerra Mundial luchada a pedazos»³, como muy claramente lo señaló el Papa Francisco, el medio ambiente, o la triple crisis a la que nos hemos referido, sigue siendo el verdadero problema «global» que la humanidad tiene que enfrentar: nadie puede declarar ser «neutral» con respecto a la triple crisis, ni decidir ignorar el problema porque no le afecta a él/ella, o decidir resolverlo por sí mismo. Por todo lo que podemos hacer para escapar de él, somos parte del problema.

Sin embargo, la humanidad apenas ha empezado a considerarlo seriamente como un problema. Además, como ha señalado Leura Della Riva⁴, la contaminación del medio ambiente no se ha considerado un problema per se, sino un obstáculo para el desarrollo humano. De hecho, la Conferencia de Estocolmo de 1972 se dedicó al medio ambiente «humano». Se trataba de un enfoque antropocéntrico, ya que sólo eran dignos de mención los problemas que podían asociarse con el adjetivo «humano». Antes de ese momento, el medio ambiente (sin adjetivos) sólo era relevante para aquellos investigadores que estudiaban ciencias naturales: los seres humanos y la naturaleza estaban aún separados, los primeros considerados como sujetos, los segundos tratados como un objeto, o un conjunto de bienes o recursos, para ser poseídos, vendidos, utilizados, explotados.

En el siglo XIX, sin embargo, nació una nueva rama científica, la ecología, que invitaba a la humanidad a repensar su propia relación con la naturaleza, sobre la base de las investigaciones de Alexander von Humboldt, quien, en su obra seminal *Cosmos*, cuyo primer volumen se publicó en 1845, considera la naturaleza como una totalidad («la unidad en la diversidad»⁵), definiéndola como la integridad y armonía entre todos sus elementos vivos y no vivos⁶. Así, la fase mecanicista en la historia occidental de la humanidad⁷ estaba aparentemente llegando a su fin, superada por un enfoque ecosistémico de la vida.

Sin embargo, esta revolución copernicana no afectó a la vida cotidiana de los hombres y de las mujeres todavía durante mucho tiempo. Después de las dos guerras mundiales, la humanidad se concentró en sí misma, estableciendo un nuevo orden jerárquico internacional entre las naciones. Los ganadores trabajaron para fortalecer sus poderes económicos sobre los vencidos y para crear alianzas con países no aliados, contra sus competidores políticos; como nuevos colonizadores, estaban estableciendo su patrocinio sobre las naciones «subdesarrolladas»⁸. Todo ello legitimado bajo el paraguas del derecho internacional: en primer lugar, con el Pacto de la Sociedad de las Naciones de 1919, que confió «the well-being and development of such peoples» a las naciones avanzadas como «a sacred trust of Civilization» (art. 22); luego, en 1944, con la instauración del llamado sistema de Bretton Woods de «cooperación» internacional para el desarrollo; en 1947, con la firma del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT); y en 1958, con la creación del Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas⁹. En consecuencia, el desarrollo se convirtió en la palabra clave de las dos primeras décadas de la

3 Papa Francisco, «Viviamo una terza guerra mondiale combattuta a pezzi», RaiNews.it, Italia, 13/05/2023, disponible en: <https://www.rainews.it/articoli/2023/05/papa-francesco-viviamo-la-terza-guerra-mondiale-combattuta-a-pezzi-b6b0c330-806c-437e-8a08-848078f7b18b.html>.

4 Leura DALLA RIVA, «The ecologization of environmental protection in the Brazilian System: an analysis of local legislative and jurisprudential protagonism», in Silvia Bagni, Serena Baldin, Veronica Federico (eds), *Law, Nature and the Ecosystem Approach Modelling a Transcultural Eco-Legal Framework across Europe and Latin America*, Routledge, New York/London, en prensa.

5 Alexander von HUMBOLDT, *Il Cosmo. Saggio di una descrizione fisica del mondo* (vol. 1, traducción italiana: Stamperia del Vaglio, 1850), disponible en: <https://archive.org/details/img64A46ocr>. Título original: *Kosmos – Entwurf einer physischen Weltbeschreibung*, Cotta, 1845-62.

6 Ulrich GROBER, *Sustainability. A cultural history*, Green Books, 2012, pág. 104.

7 Fritjof CAPRA, *The Turning Point: Science, Society, and the Rising Culture*, Bantam Books, 1982.

8 Ver el «Point Four Programme» del Presidente de los EE. UU. Harry Truman: <https://www.trumanlibrary.gov/education/presidential-inquiries/challenge-international-aid>

9 Gilbert RIST, *The History of Development. From Western Origins to Global Faith*, 3rd ed., Zed Books, New York, 2008, en part. cap. 5.

posguerra, entendida como «crecimiento económico», «with the raising of GDP as the number one imperative»¹⁰.

En 1987, quince años después de la Conferencia de Estocolmo, las Naciones Unidas, a través de su Comisión sobre Medio Ambiente y Desarrollo, publicaron el conocido Informe Brundtland «Nuestro Futuro Común»¹¹, donde se creó por primera vez el oxímoron del «desarrollo sostenible». La famosa definición «Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs» integraba el concepto ecológico de sostenibilidad, con el concepto económico de desarrollo, indicando a todo el mundo que el crecimiento económico puede conseguirse únicamente logrando la igualdad social y manteniendo la integridad ecológica del planeta.

Después de casi cuarenta años de políticas de desarrollo, deberíamos saber que estaban haciendo magia con las palabras, como lo demuestran el fracaso en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)¹² y la actual triple crisis.

De hecho, poco cambió con el concepto de «desarrollo sostenible»: el PIB siguió siendo el único parámetro para medir el desarrollo hasta 1990, cuando se creó el Índice de Desarrollo Humano (IDH), que integraba los ingresos de una nación con la longevidad y la educación, ofreciendo un enfoque más global para comprender lo que es el «desarrollo»¹³. Sólo en 2022, el IDH se ha ajustado a las presiones planetarias, tomando en cuenta las emisiones de dióxido de carbono por persona (basadas en la producción) y la huella material per cápita, para calcular la presión humana sobre el planeta necesaria para generar «desarrollo humano».

La historia del desarrollo sigue centrada en el bienestar humano, con una base sólida en los ingresos y sólo una reciente atención a las capacidades humanas. Los tres pilares del desarrollo sostenible, claramente enunciados en la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible de 2002 —desarrollo económico, desarrollo social y protección del medio ambiente—, no desempeñan el mismo papel en la configuración del concepto, que no fue acuñado con el objetivo de proteger el medio ambiente, sino para garantizar la primacía del desarrollo (económico), incluso frente al deterioro social y ambiental¹⁴. La insostenibilidad de nuestros modelos de producción y consumo ha sido reconocida hoy por todas las instituciones internacionales, desde la ONU¹⁵ hasta la UE¹⁶.

Por lo tanto, es necesario abandonar el cuento de hadas del desarrollo sostenible, para navegar alternativas verdaderamente sostenibles¹⁷, como ha sido denunciado, una vez más, por muchos

10 *Ibid.*, pág. 79. Véase también Wolfgang SACHS, «Foreword. The Development Dictionary Revisited», in Ashish KOTHARI et al. (eds), *Pluriverse. A Post-Development Dictionary*, Tulika Books, 2019, pág. XI.

11 A/42/427-AR, 4 August 1987, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/139811?v=pdf>.

12 Ver los datos en *The Sustainable Development Goals Report 2025*, disponible en: <https://unstats.un.org/sdgs/report/2025/>.

13 «Human development – or the human development approach – is about expanding the richness of human life, rather than simply the richness of the economy in which human beings live. It is an approach that is focused on people and their opportunities and choices» disponible en: <https://hdr.undp.org/about/human-development>. La UNESCO *Convention on Cultural Diversity* de 2005, en el art. 3.5, reconoce que «culture is one of the mainsprings of development, the cultural aspects of development are as important as its economic aspects, which individuals and peoples have the fundamental right to participate in and enjoy», pero esto no afectó la manera de construir el IDH.

14 Jorge E. VIÑUALES, *Re-orienting the Sustainable Development Snake*, Research Paper n. 16, Geneve, 2013, pág. 1-21, disponible en: <https://www.graduateinstitute.ch/library/publications-institute/re-orienting-sustainable-development-snake>.

15 UNEP/EA.5/3/Rev.1, 17 February 2021, cit., nota 1.

16 «The main reason behind the climate and ecological crisis is an unsustainable pattern of production and consumption, the cumulative effect of an economic model where we design, manufacture, use, and then throw away, rather than reducing, reusing or recycling», disponible en: <https://ec.europa.eu/environment/stories/nature-needs-you/>.

17 Serena BALDIN, «La sostenibilità ecologica e i principi eco-giuridici per la salvaguardia del sistema Terra» en *Rivista di Diritti Comparati*, n. 3, 2022, pág. 239–270.

informes y estudios internacionales¹⁸. Tomando préstamo las palabras de Fritjof Capra, debemos cambiar hacia un paradigma ecológico, para entender cómo funciona el mundo y ajustar a él todas las dimensiones de nuestras vidas, desde nuestro modelo económico hasta nuestras organizaciones políticas y sociales¹⁹.

En el prefacio del libro *Pluriverse. A Post-development Dictionary*, los editores dicen: «What has been missing is a broad transcultural compilation of concrete concepts, worldviews, and practices from around the world, challenging the modernist ontology of universalism in favour of a multiplicity of possible worlds»²⁰. Como abogados, necesitamos abrir nuestras mentes para revisar los orígenes de los conceptos legales más tradicionales y adaptarlos a una nueva forma de relación entre humanos y naturaleza, lo que Capra y Mattei llamaron la «ecología del derecho»²¹.

En el párrafo siguiente, reconstruiremos la base filosófica y cultural de un paradigma jurídico holístico, que representa los DD.NN. Luego, intentaremos enmarcar los DD.NN. en el pensamiento ecosistémico (§ 3) y como Pulgarcito, seguiremos las migajas del enfoque ecosistémico en el derecho ambiental internacional, con un enfoque particular en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB, § 4). En las observaciones finales, destacaremos las ligeras diferencias de significado surgidas en el uso del enfoque ecosistémico en los diversos contextos científicos analizados (filosofía, ecología, derecho), aclarando que el enfoque ecosistémico representa una propuesta innovadora para la construcción de un nuevo marco eco-legal transcultural.

2. La jurisprudencia de la Tierra y las ontologías indígenas: la base cultural de los DD. NN.

Como nos recuerda el filósofo italiano Paolo Vidali, la filosofía occidental nació con el estudio de la *physis*, es decir, de la naturaleza²². Los primeros filósofos griegos se preguntaban sobre el *arché* del mundo, o sea el principio fundamental de la vida. Todos los primeros libros o piezas de trabajo que hemos heredado de la cultura clásica griega se titulaban «Sobre la naturaleza», porque la *physis* era considerada como la asombrosa transformación del caos en orden. La primera concepción de la naturaleza fue el hilezoísmo, que supone la misma «naturaleza» de todo, porque todo está impregnado del principio arquetípico de la vida. Así, los humanos no tenían una posición privilegiada en la búsqueda ontológica de la naturaleza.

Es solo con el Renacimiento, y figuras como Galileo Galilei, Descartes e Isaac Newton, que se introdujo una separación rígida entre los humanos y la naturaleza y el mecanicismo se convirtió en la cosmovisión occidental dominante, al menos hasta el siglo XX²³. En ese siglo aparecieron nuevos movimientos éticos y filosóficos inspirados por el holismo entre los humanos y la naturaleza.

18 «Under the current business-as-usual assumptions, the global economic system is projected to grow at around 3% annually, doubling in size by 2050. To accelerate the achievement of net-zero emissions, it will be essential to limit economic growth (in terms of physical demand) while ensuring welfare and shared prosperity»: IRENA, *World Energy Transitions Outlook 2024: 1.5°C Pathway* (International Renewable Energy Agency, 2024), disponible en: www.irena.org/publications; «The world is undergoing rapid change. Numerous drivers of change interact in a highly complex interplay of human needs, desires, activities and technologies (EEA, 2020) and contribute to the Great Acceleration in human consumption and environmental degradation. Human civilisation is currently profoundly unsustainable»: EEA, *Growth without economic growth*, 2021, disponible en: <https://www.eea.europa.eu/en/analysis/publications/growth-without-economic-growth>.

19 Fritjof CAPRA, *The Tao of physics*, Shambhala Publications, 1975. Traducción italiana: *Il Tao della fisica*, XXVII ed., Adelphi, 2013, pág. 356.

20 Ashish KOTHARI y otros, «Preface», in A. Kothari y otros (eds), (n 9), pág. XVII.

21 Fritjof CAPRA y Ugo MATTEI, *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koehler Publishers, 2015.

22 Paolo VIDALI, *Storia dell'idea di natura. Dal pensiero greco alla coscienza dell'Antropocene*, Mimesis, 2022, pág. 22.

23 Fritjof CAPRA y Ugo MATTEI, *op. cit.* Traducción italiana: *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*. Aboca, 2017, pág. 66.

El precursor de un enfoque holístico de la relación entre los seres humanos y la naturaleza fue Aldo Leopold, fundador de la llamada «ética de la tierra». En su libro seminal *A Sand County Almanac*, denuncia la ausencia de una ética de la tierra, reconociendo que la relación hombre-tierra sigue siendo solo económica²⁴. La ética, dice, es una limitación de la libertad de acción del individuo en nombre del reconocimiento de que el individuo es miembro de una comunidad. «The land ethic simply enlarges the boundaries of the community to include soils, waters, plants, and animals, or collectively: the land»²⁵. La naturaleza, o la tierra en el lenguaje de Leopold, es una comunidad biótica donde los seres humanos ya no son conquistadores, sino ciudadanos. Él une un fuerte conocimiento ecológico con una profunda conciencia ecológica, pintando la tierra como un complejo flujo de energía vital desde la cadena trófica.

Su bastón fue recogido en el siglo siguiente por Thomas Berry, considerado el fundador de la Jurisprudencia de la Tierra. Apoyaba la idea de que los seres humanos comparten una codificación universal con la hierba, las piedras, otros animales, la Tierra, las estrellas y los demás planetas, expresada en la curvatura del Universo, que posee una impresionante energía regenerativa y creativa. Escribió: «Our human destiny is integral with the destiny of the earth»²⁶.

El autor más influyente de la Jurisprudencia de la Tierra en la actualidad es probablemente Cormac Cullinan, discípulo de Berry y abogado sudafricano. Con su best-seller *Wild Law. A Manifesto for Earth Justice*²⁷, trató de fortalecer y desarrollar aún más las ideas de Berry. Su objetivo es construir un nuevo marco legal, aplicable tanto a los seres humanos como a los no humanos, de manera que se pueda garantizar una oportunidad de existir y desarrollarse para todas las especies, respetando la interacción ecológica entre todos los elementos que componen el ecosistema de la Tierra. Habla de «ley salvaje», en el sentido de que la ley debe reflejar las reglas naturales que gobiernan la «naturaleza salvaje», que generalmente se considera fuera del orden legal.

Hasta ahora, hemos considerado la historia del pensamiento filosófico occidental. Los DD.NN. deben ser entendido en perspectiva intercultural, en cuanto su reciente aparición a principios del siglo XXI se debe a la batalla constitucional de los pueblos indígenas, principalmente en América Latina, ya que en Ecuador hay la primera constitución que incorporó los DD.NN. al ordenamiento jurídico. Las ontologías indígenas de todo el mundo comparten una relación monística entre los seres humanos y lo que los occidentales llaman «naturaleza». Muchos de esos pueblos ni siquiera tienen un equivalente para «naturaleza» en su idioma, ya que no tienen ninguna razón para considerar la naturaleza separada de ellos mismos. Su propia ontología (cómo conceptualizan la relación entre el yo y el otro) se construye sobre una interioridad similar (animismo), y a veces también una corporeidad común (totemismo) entre humanos y no-humanos²⁸. Así, en sus mundos, no hay fractura entre todas las formas de vida y su entorno. Cuidan la naturaleza porque son naturaleza o, en palabras de los maoríes, refiriéndose a un ecosistema específico, «somos el río y el río somos nosotros mismos»²⁹.

Por último, también en las principales tradiciones filosóficas y religiosas orientales, como el hinduismo, el budismo y el taoísmo, podemos encontrar una comprensión del universo basada

24 Aldo LEOPOLD, *A Sand County Almanac & Other Writings on Ecology and Conservation*, The Library of America, 2013, pág. 172.

25 *Ibidem*.

26 Thomas BERRY, *The Dream of the Earth*, Sierra Club Edition, 1990, pág. XIV; Thomas Berry, *The Sacred Universe. Earth, spirituality, and religion in the twenty-first century*, Columbia University Press, 2009, pág. 81 y pág.135.

27 Cormac CULLINAN, *Wild Law. A Manifesto of Earth Justice*, Siber Ink & Green Books, 2022. Traducción italiana: *I diritti della Natura – Wild Law*, Piano B, 2012.

28 Philippe DESCOLA, *Oltre natura e cultura*, Raffaello Cortina Editore, 2021, pág. 144. Véase también mis reflexiones en «Diritti della natura nei nuovi costituzionalismi del Global South: riflessi sulla teoria dei formanti» en *DPCE Online* v. 58, n. SP2, 2023, pág. 153–183, disponible en: <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1882>.

29 Sasha BOURGEOIS-GIRONDE, *Être la rivière*, Puf, 2020, pág. 17.

en la idea de interconexión e interdependencia de todas las cosas³⁰, donde la realidad está subsumida bajo la idea de «relacionalidad»³¹. El dinamismo es el otro carácter central del mundo material y espiritual: la danza cósmica de Shiva; el proceso armónico de creación de yin y yang, representado por el Tao, la ruta; la interconexión universal descrita en el Avatamsaka sūtra; todos presuponen el flujo constante de la vida, donde cada parte no tiene significado por sí misma, sino solo como red de relaciones³².

Este breve paseo por la historia del pensamiento humano ha demostrado que un enfoque monista/holístico/ecosistémico sobre la relación entre los seres humanos y la naturaleza está muy extendido en la mayoría de las culturas humanas y es la base del surgimiento del movimiento de los DD.NN. en las últimas dos décadas.

Hasta ahora, hemos abordado el tema desde un punto de vista filosófico/ético/religioso. Enseñada, argumentaremos desde la metodología de la ciencia occidental, para completar los enfoques epistemológicos que pueden ser utilizados para justificar la construcción de un nuevo marco jurídico ecológico y transcultural.

3. Pensamiento sistémico, ciencia de los ecosistemas y enfoque ecosistémico

En muchos de sus best-sellers, el físico Fritjof Capra describe la aparición del pensamiento (eco)sistémico como una revolución epistémica, un nuevo paradigma científico³³ para estudiar y comprender la vida en la Tierra. Utilizó personalmente este enfoque para formular una teoría completa de los sistemas vivos, considerando a los organismos, las sociedades y los ecosistemas como sistemas interconectados e interdependientes. Este nuevo paradigma científico es más que holístico, es ecológico en un sentido amplio: el holismo considera cada objeto como un todo; la ecología, además, considera la relación de cada objeto con el medio ambiente, entendiéndolo, así, como un todo-sistema³⁴.

El desarrollo del pensamiento sistémico se produjo principalmente entre los siglos XIX y XX y fue alimentado por la contribución de científicos de diferentes ramas, tales como la biología organizativa, la física cuántica y el álgebra no lineal, la *Gestaltpsychologie*, la ecología. El pensamiento sistémico es apto para estudiar problemas complejos no lineales, sustituyendo la consideración de eventos individuales y sus causas por el estudio de *pattern* y estructuras del sistema en su conjunto³⁵.

Siguiendo la descripción de Capra³⁶, los principios principales del pensamiento sistémico son:

- 1) El enfoque cambia de las partes a la totalidad. Las propiedades del sistema pertenecen al sistema, no a sus partes, por lo que, si el sistema se descompone en sus partes, sus propiedades esenciales se pierden.

30 Capra (n 17) pág. 118 y pág. 149; Marcello Ghilardi, «L'idea di natura nel pensiero sino-giapponese», in Marcello GHILARDI, Giangiorgio PASQUALOTTO, y Paolo VIDALI, *L'idea di natura tra Oriente e Occidente*, Editrice Morcelliana, 2022, pág. 101.

31 CAPRA (n 17) pág. 237.

32 GHILARDI (n 31) pág.101 y Giangiorgio Pasqualotto, «Buddismo ed ecosofia», in GHILARDI, PASQUALOTTO, y VIDALI (n 31) pág. 139–140.

33 En el uso normal, un paradigma es un modelo o patrón aceptado. Para Thomas Kuhn, los paradigmas tienen dos características: «Their achievement was sufficiently unprecedented to attract an enduring group of adherents away from competing modes of scientific activity. Simultaneously, it was sufficiently open-ended to leave all sorts of problems for the redefined group of practitioners to resolve». Thomas S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions*. UCP, 1962, pág. 10.

34 Fritjof CAPRA, *La rete della vita. Una nuova visione della natura e della scienza*, Bur, 2001, pág. 17. Título original: *The Web of Life*, Doubleday-Anchor Book, 1996.

35 Francesco Gonella, «Basics of Systems Thinking», no publicado.

36 Capra (n 40) pág. 48–49.

- 2) Un sistema puede estar compuesto por diferentes niveles jerárquicos de complejidad. Las propiedades de cada nivel se llaman «emergentes», porque provienen de la relación generada entre las capas subordinadas.
- 3) Las propiedades de las partes deben entenderse en su relación con el medio ambiente donde interactúan.
- 4) Las partes, o los «objetos» deben entenderse como una red de relaciones. Las relaciones determinan el papel de cada parte dentro del sistema. Así, el pensamiento de sistema es también «web thinking».
- 5) El pensamiento sistémico se centra en los procesos que determinan las estructuras de las entidades vivientes.

La ecología es la ciencia que estudia los ecosistemas a través de la interacción de los diferentes niveles en los que se organiza la vida, comenzando por el individuo (organismo) y pasando por poblaciones y comunidades. El mérito de este nuevo enfoque se debe principalmente a los hermanos Odum, Eugene y Howard³⁷. El libro de texto de Eugene Odum sobre ecología (1953 y 1959)³⁸ sigue siendo una obra maestra y una referencia para todos los ecólogos contemporáneos y se organizó en torno al concepto de ecosistemas. Esta palabra ya había sido utilizada por diferentes ecólogos en las décadas anteriores, pero fue a partir del trabajo de Odum que el concepto se convirtió en un fundamental de la ecología y la ciencia del ecosistema se convirtió en uno de sus ámbitos más importantes. Otra publicación de referencia fue el artículo de Francis Evans (1956)³⁹ en el que sugirió utilizar el ecosistema como unidad básica de la ecología.

Este es el marco científico en el que el ecosistema se convirtió en el concepto clave para el estudio del Sistema Tierra (ST) considerado como una «entidad viva», siguiendo la teoría de Gaia de Lovelock y Margulis⁴⁰. Un ecosistema representa las relaciones entre los elementos bióticos y abióticos en un espacio específico⁴¹; conjuntos de ecosistemas componen un bioma, y todos juntos forman la biosfera, esa capa sutil de la Tierra en la que ha podido desarrollarse la vida.

En la misma ola que el uso del pensamiento sistémico dentro de las políticas de desarrollo sostenible está el concepto de «servicios ecosistémicos». «Ecosystem services are the many different benefits that ecosystems provide to people»⁴². Una vez más, el concepto incorpora una perspectiva estrictamente antropocéntrica, en el sentido de que los ecosistemas son valorados y, por consiguiente, protegidos, sólo en la medida en que ofrecen un beneficio para los seres humanos y en la medida en que se les ha reconocido su valor económico⁴³; además, esto ya ha llevado a la mercantilización de la naturaleza, como ocurrió con el mercado del carbono o en el mercado del agua⁴⁴.

37 Kathleen C. WEATHERS, David L. STRAYER, y Gene E. LIKENS (eds), *Fundamentals of ecosystem science*, 2nd ed., Academic Press, 2021, pág. 22 y pág. 323. Ver también: Joel B. HAGEN, *An Entangled Bank: The Origins of Ecosystem Ecology*, Rutgers University Press, 1992; Frank B. GOLLEY, *A History of the Ecosystem Concept in Ecology: More than the Sum of Its Parts*, Yale University Press, 1993, pág. 272; Sharon E. KINGSLAND, *The Evolution of American Ecology, 1890–2000*, Johns Hopkins University Press, 2005.

38 Eugene P. ODUM, *Fundamentals of Ecology*, First edition, W.B. SAUNDERS, 1953; Eugene P. ODUM, y Howard T. ODUM, *Fundamentals of Ecology*, Second edition, W.B. SAUNDERS, 1959.

39 Francis C. EVANS, «Ecosystem as the basic unit in ecology» en *Science*, n. 123, 1956, pág. 1127–1128.

40 James E. LOVELOCK y Lynn MARGULIS «Atmospheric homeostasis by and for the biosphere: the Gaia hypothesis» en *Tellus, Series A*, n. 26(1-2), 1974, pág. 2–10.

41 Antonio PUSCEDDU, Gianluca SARÀ, Pierluigi VIAROLI, *Ecologia*, Utet, 2020, pág. 12.

42 SCIENCE FOR ENVIRONMENT POLICY, *Ecosystem Services and the Environment. In-depth Report 11* (DG Environment by the Science Communication Unit 2015) 3, disponible en: https://ecomilenio.es/wp-content/uploads/2015/10/ecosystem_services_biodiversity_IR11_2015_en.pdf.

43 Sobre la crítica al concepto de «servicios ecosistémicos», ver *ibid.*, pág. 8.

44 *Risks and impacts of the commodification and financialization of water on the human rights to safe drinking water and sanitation*, informe presentado a la 76a Asamblea general de las NN.UU. por el *Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation*, Pedro Arrojo Agudo, A/76/159, 16 July 2021, disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Water/annual-reports/a-76-159-friendly-version.pdf>.

Por último, durante los años noventa del siglo pasado, otro concepto holístico se hizo familiar en la literatura de conservación: el enfoque ecosistémico⁴⁵. Se sugiere no centrarse en la conservación de una sola especie, debido a los múltiples factores y ciclos de retroalimentación que podrían influir en la relación entre una especie y su medio ambiente; en cambio, el enfoque ecosistémico sugiere centrarse en los procesos y sistemas ecológicos. Además, una de las características principales del enfoque ecosistémico es la participación activa de los interesados en la estrategia de conservación, lo que aumenta el papel del conocimiento local y tradicional. En el año 2000, el concepto se incorporó al marco de la CDB. Desde entonces, como advirtieron Waylen y otros «the term has become increasingly popular, but its use is not always associated with the CBD's definition. Instead, it is linked with various initiatives relating to understanding or managing natural resources»⁴⁶.

A los efectos de esta investigación, es fundamental comprender si y cómo se ha incorporado este nuevo enfoque en el sistema jurídico, lo que haremos en el párrafo siguiente.

4. El enfoque ecosistémico como principio jurídico

Entre las declaraciones no vinculantes que han incorporado el pensamiento ecosistémico, podemos citar la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, que proclama que toda forma de vida es única y tiene valor, independientemente de su valor para los seres humanos y tiene un capítulo entero dedicado a la integridad ecológica. Además, la Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra de 2010, que afirma que todos somos parte de la Madre Tierra, una comunidad indivisible y viviente de seres interrelacionados e interdependientes con un destino común, inspirada por cosmovisiones indígenas.

Cuando consideramos los instrumentos vinculantes, los tres tratados más importantes firmados para contrarrestar los efectos ambientales negativos de la triple crisis parecen todos inspirados por el pensamiento sistémico y la ciencia del ecosistema.

El preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) afirma: «Acknowledging that change in the Earth's climate and its adverse effects are a common concern of humankind [...] Determined to protect the climate system for present and future generations». Los art. 2 y 3 consideran el clima como un sistema: art. 2 «...to achieve [...] stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system»; art. 3: «... 1. The Parties should protect the climate system for the benefit of present and future generations of humankind».

El Acuerdo de París de las Naciones Unidas de 2015, en su preámbulo, recuerda los DD.NN. y las visiones holísticas del mundo indígena: «Noting the importance of ensuring the integrity of all ecosystems, including oceans, and the protection of biodiversity, recognized by some cultures as Mother Earth, and noting the importance for some of the concept of 'climate justice', when taking action to address climate change». Además, en el texto hay diferentes referencias a la obligación de todas las Partes de promover la integridad ambiental (preámbulo, art. 4.13, art. 6.1 y 6.2).

Sin embargo, es en el marco jurídico del CDB que el derecho internacional del medio ambiente ha incorporado el enfoque ecosistémico como principio vinculante.

El preámbulo del CDB declara: «Conscious of the intrinsic value of biological diversity and of the ecological, genetic, social, economic, educational, cultural, recreational and aesthetic values of biological diversity and its components...». El Convenio reconoce en primer lugar el «valor intrínseco» de la biodiversidad, y parece abarcar el pensamiento ecosistémico.

45 Tomas M. KOONTZ y Jennifer BODINE, «Implementing Ecosystem Management in Public Agencies: Lessons from the U.S. Bureau of Land Management and the Forest Service» en *Conservation Biology*, vol. 22, 2008, pág. 60–69.

46 Kerry A. WAYLEN Y OTROS, «The Need to Disentangle Key Concepts from Ecosystem-Approach Jargon» en *Conservation Biology*, 28(5), 2014, pág. 1215–1224, pág. 1216. Ver también: Maria HAMMER, «Lost in Translation – Following the Ecosystem Approach from Malawi to the Barents Sea» en *Arctic Review on Law and Politics*, n. 14, 2023, pág. 46–69.

A pesar de ello, este enfoque aparece inmediatamente en una fuerte competencia con el concepto de «recursos biológicos», que incluye «genetic resources, organisms or parts thereof, populations, or any other biotic component of ecosystems with actual or potential use or value for humanity». Por lo tanto, el convenio debe equilibrar constantemente los casos en que se protege la diversidad biológica como un elemento crítico del ST, al tiempo que reconoce el principio de los derechos soberanos del Estado sobre sus propios recursos biológicos.

Como ya se ha mencionado en el párrafo anterior, el anexo A del *Report of the fifth meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity* (UNEP/CBD/COP/5/23) de 2000 incluye explícitamente el enfoque ecosistémico como instrumento para alcanzar los objetivos del Convenio. Por primera vez ofrece una definición del concepto: «An ecosystem approach is based on the application of appropriate scientific methodologies focused on levels of biological organization, which encompass the essential structure, processes, functions and interactions among organisms and their environment» (pág. 104)⁴⁷. Esta definición fue una síntesis derivada de los llamados «principios de Malawi» de 1998, doce principios definidos durante un taller sobre el enfoque ecosistémico celebrado en Malawi y luego presentado en la cuarta Conferencia de las Partes (COP) del CDB. Los participantes trataron de explicar mejor cómo debería aplicarse el enfoque ecosistémico, que implica además reconocer una mayor relevancia para las prácticas de las comunidades locales, fortaleciendo así su papel en los proyectos de conservación (principio 11). Esto crea una fuerte conexión con la comprensión del enfoque ecosistémico dentro de la CDB y la interculturalidad de los DD.NN., dado su origen en las cosmovisiones/ontologías de los pueblos indígenas.

Así pues, el enfoque ecosistémico se introdujo como una nueva metodología aplicable por los encargados de formular políticas para la elaboración de estrategias de gestión de los recursos naturales. Esto significa que el enfoque ecosistémico introducido en el CDB se consideró un instrumento aplicable para la conservación de la naturaleza sin cambiar la perspectiva antropocéntrica del derecho ambiental. La naturaleza seguía siendo considerada un recurso humano, que debía conservarse por los servicios ecosistémicos que ofrece a los seres humanos. Es evidente que hay una mejora cualitativa en las estrategias de gestión, lo que puede garantizar más posibilidades de éxito en la conservación de especies y ecosistemas, debido a una mejor comprensión de los ciclos naturales y del metabolismo. Sin embargo, el enfoque ecosistémico integrado por el CDB sigue estando lejos de la perspectiva de los DD.NN., donde los ecosistemas están protegidos por sus valores intrínsecos. Esta conclusión también es apoyada por la iniciativa de las Naciones Unidas sobre la Evaluación de los Ecosistemas del Milenio (EEM), iniciada en 2001 y centrada en la evaluación de las «consequences of ecosystem change for human well-being and the scientific basis for action needed to enhance the conservation and sustainable use of those systems and their contribution to human well-being». Esta evaluación se llevó a cabo considerando los servicios ecosistémicos⁴⁸. Muchos estudiosos y profesionales observaron que «since the MA [EEM], much of the content and terminology in the CBD's decisions and supporting documents has shifted to incorporate ecosystem services concepts»⁴⁹.

A partir de la EEM, el concepto ha despertado mucho interés entre los políticos, los gobiernos y las instituciones internacionales, que han apoyado otras iniciativas, como la iniciativa «Economía de los ecosistemas y la biodiversidad» (TEEB) por las Naciones Unidas, o la iniciativa «Cartografía y evaluación de los ecosistemas y sus servicios» a nivel de la UE, con el objetivo de producir una evaluación económica de los servicios ecosistémicos en diferentes contextos naturales y geográficos.

47 Sobre el enfoque ecosistémico se pueden ver además: James J. KAY y Henry A. REGIER, «Uncertainty, Complexity, and Ecological Integrity: Insights from an Ecosystem Approach» in Philippe CRABBE Y OTROS (eds), *Implementing Ecological Integrity: Restoring Regional and Global Environmental and Human Health*, NATO Science Series, Environmental Security, Kluwer, 2000, pág. 121-156; James J. Kay y otros, «An ecosystem approach for sustainability: addressing the challenge of complexity» en *Futures*, 31(7), 1999, pág. 721-742; Jon Norberg, «Biodiversity and ecosystem functioning: A complex adaptive systems approach» en *Limnol. Oceanogr.* 49(4, part 2), 2004, pág. 1269-1277.

48 <https://www.millenniumassessment.org/en/About.html#>.

49 WAYLEN (n 49) pág. 1220.

Aun cuando la introducción del pensamiento (eco)sistémico en diversas iniciativas relacionadas con estrategias para la conservación de la biodiversidad podría considerarse un paso significativo hacia una comprensión ecológica de las relaciones entre los seres humanos y la naturaleza, muchos estudiosos han criticado el concepto porque «protection of ecosystem services may not guarantee protection of biodiversity»⁵⁰. La necesidad de ir más allá de la valoración económica ha sido reconocida por muchas partes, que apoyan un cambio hacia una valoración integrada, que puede incorporar múltiples sistemas de valor. Por ejemplo, un instrumento más «ecológico» para «medir» el valor de un ecosistema es la emergencia (con «m»). El concepto fue introducido y su marco estudiado por Odum⁵¹, y algunos estudiosos contemporáneos piensan que sería un enfoque coherente con los DD.NN.⁵²

A pesar de la naturaleza todavía antropocéntrica del enfoque ecosistémico, el desarrollo jurídico aprobado durante la más reciente COP del CDB está cerrando la brecha entre este último y los DD.NN.

En la COP 7, los países miembros consideraron que la aplicación del enfoque ecosistémico para alcanzar los objetivos del Convenio debía considerarse una prioridad y también publicaron directrices para comprender mejor el enfoque (Decisión VII/11, punto 2 de la COP 7).

La COP 10 adoptó el Plan Estratégico para la Biodiversidad 2011-2020, que incluía las llamadas «Metas de Aichi para la Biodiversidad», cinco áreas estratégicas divididas en veinte objetivos para dar mayor impulso a la implementación del Convenio. La estrategia afirmaba que su visión era «... a world of 'Living in harmony with nature' where by 2050, biodiversity is valued, conserved, restored and wisely used, maintaining ecosystem services, sustaining a healthy planet and delivering benefits essential for all people» (Decisión X/2 de la COP 10, punto 11).

La 15a COP aprobó, el 18 de diciembre de 2022, el nuevo Marco Mundial para la Biodiversidad (GBF) de Kunming-Montreal, con objetivos revisados para 2050. El GBF reconoce la interdependencia de los conceptos de «vivir en armonía con la naturaleza», «enfoque ecosistémico» y «servicios ecosistémicos»:

«Nature embodies different concepts for different people, including biodiversity, ecosystems, Mother Earth, and systems of life. Nature's contributions to people also embody different concepts, such as ecosystem goods and services and nature's gifts. Both nature and nature's contributions to people are vital for human existence and good quality of life, including human well-being, living in harmony with nature, living well in balance and harmony with Mother Earth. The framework recognizes and considers these diverse value systems and concepts, including, for those countries that recognize them, rights of nature and rights of Mother Earth, as being an integral part of its successful implementation»⁵³.

Además, y por primera vez, el GBF incluye las «Mother Earth Centric Actions»⁵⁴ entre las acciones colectivas que se potenciarán con recursos financieros del fondo del GBF, siguiendo el Objetivo 19 entre los Objetivos Globales para 2030.

50 Science for Environment Policy (n 45) pág. 5.

51 Howard T. ODUM, Eugene C. ODUM, *Energy Basis for Man and Nature*, McGraw-Hill, 1976.

52 Dario Padovan, Silvio CRISTIANO y Francesco GONELLA, «Strategies of socio-ecological transition for a sustainable urban metabolism», en *Front. Sustain. Cities*, n. 4, 2022, pág. 875912; ver también Michele Carducci, Elif Şeyma Şişman, «La metrica della sostenibilità eco-sociale: l'analisi eMergetica come democrazia partecipata per la «non interferenza» umana sul sistema climatico», en *Federalismi.it*, n. 3, 2025 pág. 381-402.

53 Sec. 7, lett. b), CBD/COP/DEC/15/4, 19 December 2022, disponible en: <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-15/cop-15-dec-04-en.pdf>.

54 «Ecocentric and rights-based approach enabling the implementation of actions towards harmonic and complementary relationships between peoples and nature, promoting the continuity of all living beings and their communities and ensuring the non-commodification of environmental functions of Mother Earth» (nota 13 GBF).

Como ilustra el Libro Blanco «Ecocentrism in the Global Biodiversity Framework», ya existen muchas Estrategias Nacionales y Planes de Acción para la Diversidad Biológica (EPANDB) que reconocen el valor intrínseco de la naturaleza (España, Australia, Eslovenia, Fiji y Aotearoa Nueva Zelanda)⁵⁵. Los EPANDB son los instrumentos nacionales previstos por el GBF con los que cada Estado describe su estrategia para aplicar sus compromisos específicos en el marco del GBF. Así pues, el reconocimiento del valor intrínseco de la naturaleza ya es vinculante para los Estados que lo han mencionado en sus EPANDB.

La creciente importancia del enfoque ecosistémico para la protección de la diversidad biológica y el reconocimiento por parte de la GBF de que los DD.NN. son un instrumento jurídico coherente para aplicar el principio, constituyen sin duda un gran avance hacia el paso de la legislación medioambiental a la ecológica. En la perspectiva de esta investigación, también consideramos que es una señal alentadora hacia la posibilidad de construir un marco jurídico ecológico integral.

5. Conclusiones

El paradigma del desarrollo sostenible está fallando en su objetivo más importante, que es garantizar nuestra supervivencia sobre el ST como especie. El derecho ambiental ha contribuido a este fracaso, porque el concepto de desarrollo sostenible se ha incorporado en los sistemas jurídicos internacionales y nacionales, convirtiéndose así en un principio vinculante. Sin embargo, la división ontológica entre los seres humanos y la naturaleza que supone el concepto de desarrollo sostenible es un serio obstáculo para la conversión ecológica⁵⁶ que necesitamos para el cambio transformador⁵⁷ en nuestro modelo de producción y consumo, que es la causa principal de la triple crisis que estamos viviendo.

Las estrategias de desarrollo sostenible implican la adaptación de los sistemas naturales a los intereses económicos humanos, y esta perspectiva se refleja hoy en día en el equilibrio jurídico de los intereses en los litigios climáticos y ambientales. El fracaso de este tipo de sistema económico y jurídico obliga a los juristas a abandonar los esquemas y conceptos tradicionales, adaptando el orden jurídico al orden de la naturaleza. Desde el punto de vista metodológico, es necesario que los juristas adquieran una educación ecológica, alimentada tanto por la ciencia occidental moderna como por los conocimientos ancestrales de los pueblos indígenas. Como hemos mostrado en el segundo párrafo, las diferentes culturas humanas pueden ofrecer una base sólida para un cambio hacia una comprensión holística/ecosistémica de la relación entre los seres humanos y la naturaleza. La ecología del conocimiento es la base de esta investigación.

La construcción de una sociedad humana justa y sostenible implica necesariamente la imitación de las relaciones y los procesos que caracterizan a los sistemas vivos⁵⁸. Para el jurista, esto implica aplicar el pensamiento ecosistémico en la construcción de un sistema jurídico ambiental diferente, internacional y nacionalmente, de manera que el paradigma subyacente se transforme de meramente «ambiental» a «ecológico». Esto está en consonancia con lo solicitado a los responsables políticos por el PNUMA, en el informe «Making peace with nature», que analiza y resume todos los informes internacionales más recientes sobre la triple crisis mundial y las medidas que deben adoptarse para remediarla:

55 Earth Law Center (ELC), Rights of Mother Earth, Lawyers for Nature, End Ecocide Sweden, and Keystone Species Alliance, *Ecocentrism in the Global Biodiversity Framework. Rights of Nature/Mother Earth, Mother Earth Centric Actions, and the Intrinsic Value of Nature in the Global Biodiversity Framework and NBSAPs*, 2024, disponible en: https://static1.squarespace.com/static/55914fd1e4b0b851a814/t/66fc15972d808310fe64250c/1727796635329/Advisory+Whitepaper+COP16_Final.pdf.

56 *Encyclical letter Laudato si' of the Holy Father Francis on care for our common home*, 24 May 2025, disponible en: https://www.vatican.va/content/francesco/en/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html.

57 Karen O'BRIEN Y OTROS (eds), *IPBES Summary for Policymakers of the Thematic Assessment Report on the Underlying Causes of Biodiversity Loss and the Determinants of Transformative Change and Options for Achieving the 2050 Vision for Biodiversity of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, IPBES secretariat, 2024.

58 Ver Carducci, Şeyma Şişman (n 55) pág. 382.

«Strong environmental laws would protect ecosystems and the human enjoyment of a healthy environment, bolstered by consistent enforcement of laws and independent judiciaries. These three sets of governance interventions have been called the “levers” of transformation to reflect their power to effect change at the specified leverage points and also more broadly»⁵⁹.

Los DD.NN. presuponen una comprensión ecosistémica de la relación entre los seres humanos y la naturaleza. Los DD.NN. son uno de los instrumentos más importantes para hacer cumplir las leyes naturales en los sistemas jurídicos humanos.

En cuanto al enfoque ecosistémico, el § 3 ha ilustrado sus orígenes científicos y su aplicación diferente en las estrategias de gestión para la protección de la biodiversidad. Desde el punto de vista técnico, el enfoque ecosistémico definido por el CDB e ilustrado en el § 4 tiene un ámbito de aplicación muy específico, dentro de los objetivos del Convenio. Además, hemos visto que, como estrategia de gestión conservacionista, sigue inspirándose en la lógica dualista del desarrollo sostenible, aunque los últimos desarrollos normativos de la GBF indican un avance hacia la concepción monista de la relación entre el ser humano y la naturaleza, inspirada a los DD.NN.

El objetivo de construir un marco eco-jurídico transcultural sólo puede alcanzarse a través de un enfoque ecosistémico, en el sentido de que: en primer lugar, el trasfondo científico, filosófico y ético en el que se basa es la idea de interdependencia e interconexión entre todos los sujetos del ST, donde los seres humanos y la naturaleza coexisten y co-evolucionan; en segundo lugar, el sistema jurídico debe reformarse de acuerdo con las leyes naturales que rigen el ST.

6. Bibliografía

- BAGNI, Silvia**, «Diritti della natura nei nuovi costituzionalismi del Global South: riflessi sulla teoria dei formanti» (2023) v. 58, n. SP2, *DPCE Online*, 153-183, available at: <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1882>.
- BALDIN, Serena**, «La sostenibilità ecologica e i principi eco-giuridici per la salvaguardia del sistema Terra» (2022) 3 *Rivista di Diritti Comparati*, 239–270.
- BERRY, Thomas**, *The Dream of the Earth* (Sierra Club Edition 1990).
- BERRY, Thomas**, *The Sacred Universe. Earth, spirituality, and religion in the twenty-first century* (Columbia University Press 2009).
- BOURGEOIS-GIRONDE, Sasha**, *Être la rivière* (Puf 2020).
- CAPRA, Fritjof** and **MATTEI, Ugo**, *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community* (Berrett-Koehler Publishers 2015). Italian translation: *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni* (Aboca 2017).
- CAPRA, Fritjof**, *La rete della vita. Una nuova visione della natura e della scienza* (Bur 2001). Original title: *The Web of Life* (Doubleday-Anchor Book 1996).
- CAPRA, Fritjof**, *The Tao of physics* (Shambhala Publications 1975). Italian translation: *Il Tao della fisica* (XXVII ed., Adelphi 2013).
- CAPRA, Fritjof**, *The Turning Point: Science, Society, and the Rising Culture* (Bantam Books 1982).
- CARDUCCI, Michele**, **ŞEYMA ŞİŞMAN, Elif**, «La metrica della sostenibilità eco-sociale: l'analisi eMerge-tica come democrazia partecipata per la «non interferenza» umana sul sistema climatico» (2025) 3 *Federalismi.it*, 381–402.
- CULLINAN, Cormac**, *Wild Law. A Manifesto of Earth Justice* (Siber Ink & Green Books 2022). Italian translation: *I diritti della Natura – Wild Law* (Piano B, 2012).
- DESCOLA, Philippe**, *Oltre natura e cultura* (Raffaello Cortina Editore 2021). Original title: *Par-delà nature e culture* (Gallimard 2005).

59 United Nations Environment Programme, *Making Peace with Nature: A scientific blueprint to tackle the climate, biodiversity and pollution emergencies*, UNEP, 2021, pág. 25, disponible en: <https://www.unep.org/resources/global-assessments-synthesis-report-path-to-sustainable-future>.

- EARTH LAW CENTER (ELC)**, Rights of Mother Earth, Lawyers for Nature, End Ecocide Sweden, and Keystone Species Alliance, *Ecocentrism in the Global Biodiversity Framework. Rights of Nature/Mother Earth, Mother Earth Centric Actions, and the Intrinsic Value of Nature in the Global Biodiversity Framework and NBSAPs* (2024), available at: https://static1.squarespace.com/static/55914fd1e4b01fb0b851a814/t/66fc15972d808310fe64250c/1727796635329/Advisory+Whitepaper+COP16_Final.pdf.
- EVANS, Francis C.**, «Ecosystem as the basic unit in ecology» (1956) 123 *Science* 1127–1128.
- GHILARDI, Marcello**, «L'idea di natura nel pensiero sino-giapponese», in Marcello Ghilardi, Giangiorgio Pasqualotto, and Vidali Paolo, *L'idea di natura tra Oriente e Occidente* (Editrice Morcelliana 2022).
- GOLLEY, Frank B.**, *A History of the Ecosystem Concept in Ecology: More than the Sum of Its Parts* (Yale University Press 1993).
- GONELLA, Francesco**, «Basics of Systems Thinking», unpublished.
- GROBER, Ulrich**, *Sustainability. A cultural history* (Green Books 2012).
- HAGEN, Joel B.**, *An Entangled Bank: The Origins of Ecosystem Ecology* (Rutgers University Press 1992).
- HAMMER, Maria**, «Lost in Translation – Following the Ecosystem Approach from Malawi to the Barents Sea» (2023) 14 *Arctic Review on Law and Politics* 46–69.
- KAY, James J. and REGIER, Henry A.**, «Uncertainty, Complexity, and Ecological Integrity: Insights from an Ecosystem Approach» in Philippe Crabbé et al. (eds), *Implementing Ecological Integrity: Restoring Regional and Global Environmental and Human Health* (NATO Science Series, Environmental Security, Kluwer 2000) 121–156.
- KAY, James J. et al.**, «An ecosystem approach for sustainability: addressing the challenge of complexity» (1999) 31(7) *Futures* 721–742.
- KINGSLAND, Sharon E.**, *The Evolution of American Ecology, 1890–2000* (Johns Hopkins University Press 2005).
- KOONTZ, Tomas M. and BODINE, Jennifer**, «Implementing Ecosystem Management in Public Agencies: Lessons from the U.S. Bureau of Land Management and the Forest Service» (2008) 22 *Conservation Biology* 60–69.
- KOTHARI, Ashish et al.**, «Preface», in Ashish Kothari et al. (eds), *Pluriverse. A Post-Development Dictionary* (Tulika Books 2019).
- KUHN, Thomas S.**, *The structure of scientific revolutions* (UCP 1962).
- LEOPOLD, Aldo**, *A Sand County Almanac & Other Writings on Ecology and Conservation* (The Library of America 2013).
- LOVELOCK, James E., and MARGULIS Lynn**, «Atmospheric homeostasis by and for the biosphere: the Gaia hypothesis» (1974) 26(1-2) *Tellus, Series A* 2–10.
- NORBERG, Jon**, «Biodiversity and ecosystem functioning: A complex adaptive systems approach» (2004) 49 (4, part 2) *Limnol. Oceanogr.* 1269–1277.
- O'BRIEN, Karen et al. (eds)**, *IPBES Summary for Policymakers of the Thematic Assessment Report on the Underlying Causes of Biodiversity Loss and the Determinants of Transformative Change and Options for Achieving the 2050 Vision for Biodiversity of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services* (IPBES secretariat 2024).
- ODUM, Eugene P. and ODUM, Howard T.**, *Fundamentals of Ecology* (Second edition, W.B. Saunders 1959).
- ODUM, Eugene P.**, *Fundamentals of Ecology* (First edition, W.B. Saunders 1953).
- ODUM, Howard T., ODUM, Eugene P.**, *Energy Basis for Man and Nature* (McGraw-Hill 1976).
- PADOVAN, Dario, CRISTIANO, Silvio, and GONELLA, Francesco**, «Strategies of socio-ecological transition for a sustainable urban metabolism» (2022) 4 *Front. Sustain. Cities* 875912.
- PASQUALOTTO, Giangiorgio**, «Buddismo ed ecosofia», in Marcello Ghilardi, Giangiorgio Pasqualotto, and Paolo Vidali, *L'idea di natura tra Oriente e Occidente* (Editrice Morcelliana 2022).

- PUSCEDDU, Antonio, SARÀ, Gianluca, VIAROLI, Pierluigi**, *Ecologia* (Utet 2020).
- RIST, Gilbert**, *The History of Development. From Western Origins to Global Faith* (3rd ed., Zed Books York 2008).
- SACHS, Wolfgang**, «Foreword. The Development Dictionary Revisited», in Ashish Kothari et al. (eds), *Pluriverse. A Post-Development Dictionary* (Tulika Books 2019).
- SCIENCE FOR ENVIRONMENT POLICY**, *Ecosystem Services and the Environment. In-depth Report 11* (DG Environment by the Science Communication Unit 2015). Available at: https://ecomilenio.es/wp-content/uploads/2015/10/ecosystem_services_biodiversity_IR11_2015_en.pdf.
- SENGE, Peter M.**, *The necessary revolution: how individuals and organizations are working together to create a sustainable world* (Brealey 2008).
- STONE, Christopher D.**, *Should Trees Have Standing?* (William Kaufmann 1974).
- STUTZIN, Godofredo**, «Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza» (1984) 1(1), *AMB. y DES.*, 97–114.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME**, *Making Peace with Nature: A scientific blueprint to tackle the climate, biodiversity and pollution emergencies* (UNEP 2021), available at <https://www.unep.org/resources/global-assessments-synthesis-report-path-to-sustainable-future>.
- VIDALI, Paolo**, *Storia dell'idea di natura. Dal pensiero greco alla coscienza dell'Antropocene* (Mimesis 2022).
- VIÑUALES, Jorge E.**, «Re-orienting the Sustainable Development Snake» (Research Paper n. 16, Geneva, 2013) 1–21, available at <https://www.graduateinstitute.ch/library/publications-institute/re-orienting-sustainable-development-snake>.
- VON HUMBOLDT, Alexander**, *Il Cosmo. Saggio di una descrizione fisica del mondo* (vol. 1, Italian translation, Stamperia del Vaglio 1850), available at <https://archive.org/details/img64A46ocr>. Original title: *Kosmos – Entwurf einer physischen Weltbeschreibung* (Cotta, 1845–62).
- WAYLEN, Kerry A. et al.**, «The Need to Disentangle Key Concepts from Ecosystem-Approach Jargon» (2014) 28(5) *Conservation Biology* 1215–1224.
- WEATHERS, Kathleen C., STRAYER, David L., and LIKENS, Gene E.** (eds), *Fundamentals of ecosystem science* (2nd ed., Academic Press 2021).

DEMOCRACIA Y DERECHOS EN EUROPA EN CONTEXTOS DE TRANSICIONES Y RUPTURAS

Francisco Balaguer Callejón¹

1. Democracia y derechos en su contexto histórico

A pesar de ser en su origen moderno una estructura oligárquica², basada en el sufragio censitario, el constitucionalismo aporta ya, desde la Revolución Francesa, un principio fundamental para la comprensión de la relación entre democracia y derechos, como es el contenido en el artículo 16 de la *Declaración de derechos del hombre y el ciudadano* de 1789, en virtud del cual, existe una relación indisoluble entre ambos, de tal manera que la garantía de los derechos no depende solamente de su proclamación formal sino también de una estructura determinada del poder que permita garantizarlos. Esa estructura es actualmente la democracia constitucional. No puede haber derechos sin democracia y tampoco puede haber democracia sin derechos. Eso es lo que significa en nuestro tiempo la formulación de entonces por la que si no hay separación de poderes ni garantía de los derechos no hay constitución³. Es decir que, para que exista una constitución, tiene que haber conjuntamente dos elementos fundamentales que son: la estructura democrática del poder y la garantía de los derechos. Elementos que no se pueden considerar de manera separada y aislada.

No podemos considerar, por tanto, que los procesos participativos y representativos que nos permiten contribuir a la voluntad común son democráticos si al mismo tiempo no se basan en la idea de democracia constitucional, de respeto de las minorías, de preservación de los valores fundamentales y, por tanto, con la posibilidad de un control jurídico de las decisiones que permita invalidarlas en la medida en que sean contrarias a los principios que definen la existencia de la comunidad política. De ese modo podemos garantizar que se respeten los derechos en una democracia, porque si no se respetan los derechos no hay una auténtica democracia. Eso quiere decir que la democracia sirve, desde luego, para participar y para articular las voluntades distintas que existen en una comunidad política y, por tanto, sirve para algo que también sirve el derecho: para resolver pacíficamente los conflictos, para que los conflictos puedan ser resueltos a partir de la propia democracia, de manera participativa y respetando el pluralismo social y político inherente a la sociedad, como también los derechos constitucionales.

1 Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet ad personam de Derecho Constitucional Europeo y Globalización, balaguer@ugr.es, ORCID: 0000-0001-8084-7890.

2 Según la expresión de Gustavo ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto costituzionale, I. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988, pp. IX-X.

3 Cfr. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, «La interacción entre democracia y derechos en el constitucionalismo y su proyección supranacional y global», en AA. VV., *Memoria del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica ¿Cómo argumentar los derechos humanos?* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013. Cfr. igualmente, FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, «I contesti ordinamentali della tutela multilivello dei diritti», *La cittadinanza europea*, 2/2023.

La idea de democracia, como la del propio constitucionalismo, ha ido unida a los grandes valores que inspiraron el mundo moderno. Pero su fundamento económico tampoco puede desconocerse: la necesidad de construir mercados nacionales mediante la liberación de las fuerzas productivas, capital y trabajo, estaba en la base de la gran transformación de la estructura del Estado y de la creación de los principios esenciales del constitucionalismo: la soberanía popular, las libertades frente al poder público, la igualdad ante la ley, el imperio de la ley y la democracia como forma de organización política que garantiza la realización de esos principios. La revolución se realiza a través del derecho, por medio de la constitución y de la ley, que son los instrumentos que harán posible la superación del mundo estamental, del Antiguo Régimen. La dimensión cultural del constitucionalismo, a través del sistema de valores que lo inspira, está impregnada de historia, se corresponde con las fuerzas de transformación histórica y responde a las necesidades de su época.

La segunda globalización, que se desarrolla en la misma década en que comienza el proceso de integración europea, en los años 50 del siglo XX, evidencia la desigualdad de los mercados nacionales y su distinta capacidad para hacer frente al creciente mercado global. Si la integración europea ha sido una historia de éxito hasta que comenzó el siglo XXI es porque a través de ella se construyó un mercado europeo con capacidad de defender a los mercados nacionales de los Estados miembros frente al mercado global incipiente, frente a la segunda globalización. Al mismo tiempo que Europa protegía la economía de los Estados protegía también sus estructuras democráticas internas y sus sistemas de derechos. Lo habría hecho mejor y de una manera más eficaz con una mayor integración política, con un Estado federal europeo. De esa manera se habría evitado las pérdidas de democracia y de derechos que acompañaban a un modelo supranacional de integración basado en el derecho internacional y no en el derecho constitucional⁴.

Pero en la segunda globalización, pese a esas deficiencias de la integración política europea, fue posible conciliar todavía los intereses comunes de los Estados con el desarrollo tecnológico y con la construcción del mercado global. La integración europea vivió así un periodo de expansión progresiva en la configuración de un mercado europeo que inició la transición de la constitución económica nacional a una incipiente constitución económica europea. No se avanzó lo suficiente, sin embargo, y esa transición se concentró en la regulación del mercado, siguiendo una vía que hacía posible la intervención europea como agente global, pero limitada únicamente a la defensa de los intereses comunes de los Estados miembros, sin capacidad real de incidir en el curso de la globalización. Pese a ello, la segunda globalización fue también, en cierta medida una obra europea, por lo que la Unión Europea pudo seguir protegiendo las condiciones económicas esenciales que hacen posible la democracia y los sistemas de derechos de los Estados miembros. A ello no fue ajeno la posición auxiliar de las economías europeas respecto de la economía estadounidense y el sostén permanente que el marco prestaba al dólar⁵ así como la posición todavía hegemónica de Estados Unidos frente una Unión Soviética en declive y una China en vías de desarrollo.

La tercera globalización, desarrollada esencialmente en el siglo XXI, no será ya una obra en la que participará Europa como una protagonista más, sino que, cada vez más, se está configurando como el resultado de la interacción entre Estados Unidos y China, especialmente por lo que al desarrollo tecnológico se refiere. Lo que estamos viviendo en el siglo XXI no es una transición, sino una ruptura o, más bien, una serie de rupturas que tienen que ver con la configuración del mercado global, con la reciente fragmentación de la globalización y con el desarrollo de la Inteligencia Artificial⁶. La regulación del mercado europeo ya no es suficiente para defender los intereses comunes de los Estados miembros y para proteger sus democracias y sus sistemas de derechos.

4 Cfr. Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, «El Tratado Constitucional a la luz de los principios del moderno constitucionalismo», *RDP*, n. 64, 2005.

5 Cfr. Miguel ARJONA SÁNCHEZ: *El euro, entre la nostalgia postmoderna al oro y un supra-federalismo europeo. Un debate constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2021

6 Cfr. sobre la diferencia entre transición y ruptura en el sentido que aquí se utilizan estos términos, Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «Crisi, transizioni e rotture. Sul futuro del costituzionalismo», *Passaggi Costituzionali*, Anno IV – Numero 2 – Dicembre 2024, *La Costituzione e le transizioni del XXI secolo*, a cura di Anna Papa.

Una auténtica transición constitucional, también en el sentido de la formación de una constitución económica europea es ya la única posibilidad que tiene la Unión Europea en el contexto de la tercera globalización.

La Unión Europea representa hoy un poder político insuficiente, basado en una estructura democrática débil y carente de legitimación⁷, que no consigue realizar las funciones de protección de las estructuras democráticas de los Estados miembros y de sus sistemas de derechos frente a la tercera globalización⁸. La regulación del mercado ya no es suficiente. Ni siquiera en el ámbito de la Inteligencia Artificial y de los programas que se han puesto en marcha para proteger la democracia (el «Plan de Acción para la Democracia Europea» y el «Paquete de Defensa de la Democracia»⁹), así como para reforzar la aplicación de la CDFUE¹⁰ y garantizar el Estado de Derecho¹¹. Estamos viendo cada día como las amenazas siguen creciendo y los movimientos populistas van ampliado su base electoral, pese a esas medidas. La guerra de Ucrania puso en evidencia todas las debilidades de la integración europea y la nueva Administración Trump está aprovechando esas debilidades para presionar a la UE y dificultar la implementación de la regulación europea, especialmente en relación con las grandes compañías tecnológicas que han ayudado a Trump a conseguir el poder¹². La crisis actual de la UE es sistémica y existencial, solo se podrá resolver avanzando en integración política hacia un modelo federal.

Estamos ante transformaciones que requieren nuevas formas de articular tanto la teoría constitucional cuanto la reflexión sobre la integración europea para comprender también cómo debe evolucionar la integración europea para adaptarse al nuevo contexto que supone la tercera globalización. Para eso tenemos que hacer un poco de historia y ver cuándo se desarrolla, cómo se desarrolla, y por qué fue funcional en su momento y ahora no lo es ya el modelo de integración europea que se desarrolló durante la segunda globalización. Un análisis que se hace desde una perspectiva federalista europea¹³. La crítica al modelo europeo actual no va en el sentido euroescéptico de promover menos Europa sino en el de avanzar en el proceso de integración y de promover más de Europa.

7 Como indica Ángela FIGUERUELO, en el proceso de construcción de Europa, no se tiene en cuenta a los ciudadanos que no aparecen como sujetos titulares sin como simples beneficiarios. Cfr. Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, «Acerca del Tratado Constitucional y su reforma: el Tratado de Lisboa», *Ratio Iuris*, n. 7, 2008, p. 119.

8 Cfr. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «Democrazia e Stato di diritto nell'Unione europea», *Rassegna di diritto pubblico europeo* 1/2025.

9 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción para la Democracia Europea, de 3 de diciembre de 2020 y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Defensa de la Democracia, de 12 de diciembre de 2023.

10 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia para reforzar la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales en la UE, de 2 de diciembre de 2020.

11 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 17/7/2019, «Refuerzo del Estado de Derecho en la Unión. Propuesta de actuación».

12 Cfr. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «Aziende tecnologiche e politica, da Zuckerberg a Musk», *fuorico-llana*, 11/4/2025.

13 Análisis que tiene que partir de una metodología muy precisa que debe abandonar un planteamiento centrado en el Estado nacional para abrirse a la diversidad de espacios constitucionales existentes en Europa a y la interacción entre ellos, en el sentido que expresa Peter Häberle. Cfr. Peter HÄBERLE, ¿Tienen España y Europa una Constitución?, Fundación El monte, Sevilla, 2004. Cfr., igualmente, Peter HÄBERLE, «Europa –eine Verfassungsgemeinschaft?», en Peter HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 84 y ss. También, Peter HÄBERLE, «Europa como comunidad constitucional en desarrollo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 11-24, <http://www.ugr.es/~redce/>, y Peter HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 5. Auflage, Baden-Baden-Zürich-St. Gallen, Nomos/Dike, 2008.

2. Origen del modelo de integración europeo en un contexto de transiciones

La integración europea surge con la finalidad de propiciar la paz en el continente y de garantizar que no hubiera nuevos conflictos armados entre las naciones europeas. Sustancialmente podemos decir que esa finalidad se ha conseguido al menos dentro de la Unión Europea, aunque hayan existido y existan conflictos armados fuera de sus fronteras, como fue el caso del conflicto de los Balcanes y lo es ahora el de la guerra de Ucrania. Pero un proceso que se inicia con una finalidad específica después puede revelarse como un proceso que no es funcional y que no se asienta o no se consolida o puede que se manifieste como un proceso que funciona y por ese motivo se desarrolla y se amplía. Es lo que ha ocurrido con la integración europea, que ha tenido una fase de proyección muy importante hasta configurar la Unión Europea actual. Para comprender por qué la integración europea fue funcional a los Estados en su origen tenemos que conectar el proceso de integración europea con otros dos procesos que se desarrollaron en la misma época: por un lado, el proceso de globalización y, por otro lado, el proceso de democratización y de constitucionalización del poder estatal.

En ese momento histórico el poder de los Estados europeos tenía dos grandes desafíos. Por un lado, externo: la globalización, con el desarrollo de grandes empresas multinacionales que tenían a veces más poder que algunos Estados. Por otro lado, interno, en la medida en que se configura un Estado constitucional que alcanza su plena madurez y se consolidan estructuras plenamente democráticas, no solo en los procesos políticos sino también a través de controles jurisdiccionales que se habían intentado en el periodo de entreguerras, pero que fracasaron por el ascenso de los fascismos al poder. Por tanto, tenemos una situación en la que se avanza en la plena democratización del Estado, pero al mismo tiempo se reduce la capacidad de maniobra de los dirigentes estatales al someterlos a controles políticos y jurisdiccionales. Así que los Estados experimentan dos vías de reducción de la capacidad de maniobra de los gobernantes que son, por un lado, la globalización y, por otro lado, la plena democratización del Estado y su constitucionalización a través de constituciones normativas.

Lo que hará la integración europea frente al proceso de globalización y de democratización será ampliar el margen de maniobra que se ha perdido por parte de las autoridades estatales. Por ese motivo, resultará tan funcional a los Estados. Cómo lo hace en lo que se refiere al proceso de globalización lo sabemos porque seguimos teniendo muestras hoy día de su eficacia, aunque no con el grado que necesitaríamos para afrontar los riesgos de los desafíos de los grandes agentes globales del siglo XXI. Pero, entonces como ahora, sabemos que la unión hace la fuerza y que un mercado fuerte permite imponer condiciones a los agentes globales que los mercados más reducidos de cada Estado miembro no pueden imponer. Lo estamos viendo continuamente sobre todo con las multas a las compañías tecnológicas, los grandes agentes globales de nuestro tiempo, como Google o Facebook. Sanciones que permiten controlar por lo menos algunos de los efectos más disfuncionales que estas compañías tecnológicas están generando. Aumentar el volumen del mercado mediante la integración europea permite aumentar el poder económico y eso da también un plus de poder político que los Estados europeos no tienen ya por sí mismos y que a través de la integración europea pueden ejercer.

El segundo desafío para los Estados era el proceso de democratización y constitucionalización, que somete a todos los poderes públicos a la constitución estatal y establece así controles jurídicos junto con los controles políticos desarrollados en un espacio público democrático. Esos controles permiten resolver democráticamente los conflictos políticos, pero al mismo tiempo, reducen el margen de actuación de los dirigentes estatales. Lo que hace el proceso de integración es eludir esos controles al trasladar los conflictos internos que estaban antes sometidos a procesos de decisión democrática dentro del Estado, desplazándolos a Europa. Debemos recordar a este respecto que, como señalara Luigi Ferrajoli, una de las características del Estado nacional es que ha sabido combinar la limitación de soberanía y la realización de los principios democráticos en el ámbito interno junto con el ejercicio de soberanía y la ausencia de sometimiento a criterios democráticos en su actuación internacional¹⁴.

14 «Mientras el estado-nación liberal-democrático se basaba internamente en la sujeción de todos los poderes públicos al Estado de Derecho y a la representación popular, en sus relaciones externas se mantenía libre de todo límite legal». Luigi Ferrajoli, «Más allá de la soberanía y de la ciudadanía: un constitucionalismo global», *ISONOMÍA*, n. 9, octubre de 1998, p. 175.

En efecto, el constitucionalismo alcanza su plena maduración con la idea de democracia constitucional, que permite someter a todos los poderes del Estado a la constitución, lo que supone, como indicara C.J. Friedrich, la imposibilidad de ejercer poder soberano dentro del ordenamiento constitucional¹⁵ reduciendo el ejercicio de la soberanía al momento constituyente como señalara M. Kriele¹⁶ y creando un vínculo insoluble entre democracia y Estado de Derecho dentro del orden constitucional, de manera que ninguno es comprensible sin el otro. Por el contrario, el modelo de integración europeo se configura desde la lógica del derecho internacional y rompe el vínculo entre democracia y Estado de Derecho porque el proceso de integración europea carece de las condiciones de una democracia pluralista y se legitima esencialmente a través de su condición de comunidad de Derecho. Esto explica el crecimiento desmesurado de la dimensión jurídica de la integración sobre la política¹⁷. El modelo de integración se basa en desplazar los conflictos políticos, que antes se resolvían de manera democrática dentro de los Estados, a Europa, donde se resuelven a través de mecanismos típicos del derecho internacional, ahora convertido en supranacional.

Desplazar los conflictos internos a Europa produce varios efectos. Por un lado, las materias sobre las que los controles se ejercían previamente en el marco constitucional y democrático interno ahora se someten al derecho internacional y, por tanto, al acuerdo entre los Estados. Eso significa que en Europa no se pueden controlar las políticas porque se basan en la libre decisión de los Estados y en el interior de los Estados no se pueden controlar porque esas materias han sido elevadas a rango europeo, se han transferido a Europa. Cada vez que había un intento de controlar esas políticas (pensemos por ejemplo en los procesos de reconversión industrial de los años ochenta del siglo pasado) se decía que no era posible porque las decisiones venían de Europa. Con ello se recupera en gran medida el poder de maniobra de los dirigentes estatales, que iban a Europa a acordar por unanimidad decisiones que les habrían supuesto un desgaste político importante o que no se habrían podido acordar en el ámbito democrático y constitucional interno.

Otro efecto de ese desplazamiento del conflicto del ámbito interno al europeo es que cambia la naturaleza del conflicto porque se convierte en un conflicto contra Europa, provocando que se atribuyan a Europa las responsabilidades de las decisiones que se adoptan. Las decisiones se adoptan por los dirigentes estatales reunidos en Europa, pero se imputan a las instituciones europeas (y se aplican a través del Derecho europeo) de una manera tramposa, podríamos decir, porque esa Europa, en realidad, no es otra cosa que los propios Estados. No hay un ámbito europeo de decisión en este modelo de integración en el que se decida democráticamente por la ciudadanía sobre la base de debates europeos y en relación con los intereses europeos. No lo había inicialmente ni lo hay todavía. Los representantes de cada Estado siguen yendo a Europa a defender los intereses de sus Estados y la ciudadanía europea es, en realidad, una ciudadanía nacional que se proyecta en Europa, no una auténtica ciudadanía europea¹⁸.

Por último, otro efecto de este desplazamiento del conflicto interno hacia Europa, sin que exista allí una democracia pluralista similar a la estatal, es que se debilita extraordinariamente la posibilidad de construir una identidad europea. Los Estados siguen controlando el proceso de integración y utilizándolo para sus propios intereses, pero no piensan en avanzar hacia un modelo federal y, por

15 No caben actos de soberanía porque todos los poderes del Estado están sometidos al Derecho, como indicara C. J. FRIEDRICH, *Demokratie als Herrschafts- und Lebensform*, 1959, versión española de C. ZABAL, *La democracia como forma política y como forma de vida*, Tecnos, Madrid, 1961, pp. 36-37 y passim.

16 La incompatibilidad entre soberanía popular y democracia *dentro del ordenamiento jurídico* implica, en efecto, reducir la soberanía popular al único ámbito donde se puede encontrar un poder sin límites en el Estado constitucional: en el *poder constituyente*. Cfr. M. KRIELE, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, 1975, 4.ª edición, Westdeutscher, Opladen, 1990, p. 87.

17 Faltando también la estructura de poder estatal que se legitima a través de una democracia pluralista. De ahí que, como señala Volkmar GESSNER, «El discurso jurídico europeo parece inspirado sobre todo por el paradigma de Walter Hallstein de la Comunidad Europea como *Rechtsgemeinschaft*: la Comunidad es creada por actos jurídicos y su única arma es el derecho, puesto que no existe infraestructura administrativa ni policía que obligue a llevar a cabo las decisiones», Volkmar GESSNER, «La cultura como dimensión de la integración jurídica europea», *Psicología Política*, N. 4, mayo de 1992, p. 49.

18 Cfr. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, «La costruzione di un'identità cittadina europea», en R. Torino, E. Calzolaio, L. Vagni (eds.) *Liber amicorum Luigi Moccia*, Roma, 2020.

ese motivo, les resulta también funcional esta dificultad para construir una identidad europea que se deriva del hecho de que se atribuya a las instituciones europeas la responsabilidad de las decisiones que pueden resultar complicadas de plantear en el espacio democrático interno.

En definitiva, el modelo de integración europea se configura desde su inicio como una formulación muy útil para los Estados, porque les permite ejercer poder político sin control ni responsabilidad, «deslocalizando» las decisiones hacia al exterior de sus sistemas constitucionales y democráticos. Con ello, se genera una inevitable involución democrática en el ámbito interno y se dificulta una evolución democrática de las instituciones europeas al obstaculizar la construcción de una identidad europea. Este modelo, que tuvo un gran éxito durante la segunda globalización porque permitió también hacer frente a los agentes globales de la época, las grandes compañías multinacionales, entrará en crisis con la tercera globalización.

3. Crisis del modelo de integración europeo en un contexto de rupturas

Desde el punto de vista democrático, el modelo de integración europea era y sigue siendo en gran medida, un modelo «tramposo» al atribuir la responsabilidad de las decisiones de los Estados a las instancias europeas. Era también y sigue siendo, un modelo que debilita la democracia interna de los estados y, al mismo tiempo, no trasladaba las decisiones hacia procesos democráticos en el ámbito europeo. Servía y sirve como coartada para ampliar la capacidad de gestión política de las autoridades internas y, como tal, ha resultado un modelo funcional a los Estados durante la segunda globalización.

Pero el siglo XXI va a cambiar radicalmente el contexto global con el desarrollo acelerado de la tercera globalización. Se trata de una transformación que altera incluso las variables del espacio y del tiempo tal y como habían sido percibidas hasta entonces. Desde el punto de vista democrático afecta a las coordenadas en las que se mueve la política, trasladando fuera del Estado una gran parte del poder político en favor de agentes globales, ya sean especuladores financieros, ya sean compañías tecnológicas, que han externalizado el poder del Estado. Aquí, evidentemente, nos falta Europa, una Europa que en lugar de ser un factor de debilidad de la democracia interna tendría que haber sido, ya desde el comienzo del siglo XXI, una Europa federal, si se hubiera tomado conciencia de la entidad de los problemas que tendríamos que afrontar en esta época de la historia.

Una Europa integrada habría evitado los terribles efectos de la crisis financiera y habría dado también una mejor respuesta desde su comienzo a la crisis sanitaria (por más que la gestión de la crisis sanitaria no pueda considerarse negativa a nivel europeo¹⁹) y quizás habría controlado mejor a las grandes compañías tecnológicas. Unas compañías que desde 2016 han interferido en procesos electorales en todo el mundo a través de propaganda subliminal y mediante la configuración oculta de sus algoritmos (que favorecen a los movimientos populistas) y que han conseguido debilitar y en gran medida desestructurar el espacio público mediante procedimientos algorítmicos que producen el llamado efecto burbuja²⁰ y enfrentan de manera radical a los distintos sectores sociales.

Una Europa federal podría haber hecho frente de manera más efectiva a los desafíos de la tercera globalización. Ello sin perjuicio de reconocer el esfuerzo que está haciendo la Unión Europea para intentar controlar los problemas que plantean las grandes compañías tecnológicas²¹. Por tanto, podemos decir que, a pesar de las deficiencias, está haciendo un gran trabajo en ese ámbito. Pero sigue siendo un trabajo insuficiente porque se limita a la regulación del mercado, al carecer de capacidad política para actuar como agente global. Además, es justamente esa falta de capacidad política como agente global lo que está generando dificultades para que esa regulación pueda ser aplicada en la práctica en las condiciones actuales de fragmentación de la globalización, especialmente desde que comenzó la nueva Administración Trump, en enero de 2025.

19 Cfr. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «La gestione della crisi epidemiologica a livello europeo e internazionale», en L. Chieffi, *L'emergenza pandemica da covid-19 nel dibattito bioetico*, Vol. 2, Mimesis Edizioni, Milano, 2021.

20 E. PARISER: *The Filter Bubble*. Penguin Books, Londres 2011. Edición de Kindle.

21 Cfr. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *La constitución del algoritmo*, 2.ª edición, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023.

De la quiebra del modelo de integración europea tuvimos una muestra evidente con la crisis financiera de 2008. En ese momento, el disfraz europeo con el que los Estados se vestían para articular una coartada que les permitiera aplicar políticas impopulares que se atribuían a Europa, cayó porque se convirtió en una realidad. Hasta ese momento era una coartada, pero con la crisis financiera de 2008 ya sí fue real porque entonces sí que se impusieron en toda Europa, por los Estados que tenían más capacidad económica, reglas absolutamente inaceptables desde el punto de vista democrático y constitucional. El equilibrio presupuestario, que es una regla de buen gobierno, se orientó a la limitación de gasto y a los recortes en derechos en lugar de hacerlo al aumento de ingresos a través de, por ejemplo, la lucha contra el fraude fiscal²². Limitaciones y recortes que proyectaron sus efectos negativos años después, como ocurrió con el derecho a la asistencia sanitaria, con la crisis pandémica de 2020.

La crisis financiera se desarrolló de una manera muy negativa para la imagen de la Unión Europea, generando un aumento del euroescepticismo y de los populismos. Un desgaste de la idea de Europa que se intentaría recomponer después poniendo en marcha el Pilar Social Europeo²³. Pero lo cierto es que se trató de una crisis sistémica que se podría haber evitado y que rompió la idea de Europa como comunidad de derecho ya que muchas de las decisiones no se adoptaron a través de procedimientos normativos europeos sino mediante actuaciones informales. Del mismo modo, se produjo un deterioro terrible de la democracia en el interior de los Estados miembros más afectados por crisis, dejando en suspenso sus sistemas constitucionales. Comenzando por los derechos políticos de la ciudadanía, ya que se votaba, pero luego daba igual lo que se votara porque siempre había que aplicar las políticas europeas. En realidad, se omitió la auténtica responsabilidad de la crisis que tenía que ver con la deficiente construcción política del euro.

La imposibilidad de afrontar los problemas de manera democrática en el ámbito interno y la imposición autoritaria de las políticas europeas desencadenará una crisis democrática que todavía se proyecta hoy en algunos Estados miembros. El «no nos representan» fue la reacción a lo que estaba ocurriendo en el espacio público, donde se aplicaban políticas que no se habían adoptado democráticamente, decisiones que venían impuestas desde fuera, ni siquiera por Europa sino, a veces, por agencias oscuras de calificación crediticia que eran las que decidían los intereses que había que pagar para colocar la deuda soberana de cada país.

La crisis financiera generó una mala imagen de Europa que fue acompañada también de una mala imagen de la democracia. Una de las consecuencias inesperadas de las tensiones de esa época sería el Brexit, pese a que el Reino Unido no estaba dentro de la zona Euro y no sufrió de manera tan intensa la crisis financiera. El Brexit podría considerarse así la última manifestación de la crisis financiera de 2008 y la primera de la crisis tecnológica y democrática que va a desarrollarse a partir de 2016 y en la que todavía estamos inmersos. La crisis financiera creó las bases con el «no nos representan» para que los problemas democráticos se plantearan con toda su intensidad posteriormente mediante el impulso que las compañías tecnológicas les dieron a los movimientos populistas a través de sus redes sociales y sus aplicaciones de Internet.

Sería en 2016 cuando se generó esa nueva crisis con la intervención de Cambridge Analytica y de Facebook en el referéndum sobre el Brexit y en las elecciones presidenciales norteamericanas. En esa crisis vimos algo todavía peor de lo que había ocurrido en la crisis financiera, que fue un proceso de externalización de las decisiones económicas, de ruptura de la constitución económica. Porque en la crisis tecnológica y democrática de 2016 lo que se produjo fue una interferencia en procesos democráticos por parte de Facebook y de Cambridge Analytica para decidir, por ejemplo, quién iba a ser el presidente de Estados Unidos. Con la crisis democrática de 2016 las compañías tecnológicas adquirieron la capacidad para decidir quién iba a ser el gobernante de Estados Unidos o de Brasil, entre otros países²⁴.

22 Cfr. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, «Crisis económica y crisis constitucional en Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, mayo-agosto de 2013.

23 Cfr. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, «La prospettiva spagnola sul pilastro sociale europeo», in P. Bilancia (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in «federalismi.it», n. 4, 2018.

24 FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, *Le due grandi crisi del costituzionalismo di fronte all'globalizzazione nel XXI secolo*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, Padova, CEDAM, 2019, 59-82.

Más allá de las interferencias en los procesos electorales, las compañías tecnológicas han generado una transformación esencial de los procesos comunicativos que provoca una fragmentación y radicalización del espacio público, profundizando así la crisis democrática y promoviendo a los movimientos populistas. La idea de que «no nos representan» será potenciada por las redes sociales en sus distintas modulaciones populistas. Los movimientos populistas ofrecen soluciones fáciles a los problemas y sus intereses coinciden con los de las compañías tecnológicas porque la inestabilidad política y el debate permanente en las redes favorecen la interacción permanente con las aplicaciones de Internet de estas compañías lo que les permite obtener mayores ingresos mediante la venta de publicidad.

La involución democrática va acompañada de una desestructuración de los procesos comunicativos que está provocada sobre todo por las redes sociales²⁵ en función de un modelo de negocio basado en la publicidad²⁶. Ese modelo de negocio está en la base de todo el proceso destructivo de la democracia de los últimos años, con la desinformación, la fragmentación y la radicalización que comporta. Atraer la atención del público para obtener mayores beneficios no se consigue con algoritmos que tiendan a fomentar las posiciones más prudentes o racionales en el espacio público. Se trata de un problema estructural que tiene que ver también la configuración de sociedad tecnológica en el marco de la tercera globalización y que se va a potenciar mucho más con la inteligencia artificial generativa, en la medida en que se han introducido en el mercado aplicaciones como ChatGPT sin un previo proceso de control de los efectos que pueden producir. Unos efectos que estamos viendo ya y que son terriblemente disfuncionales porque suponen una propagación sin límite de la desinformación hasta extremos que no podíamos imaginarnos. Es algo que tiene una dimensión sistémica y que afecta a elementos estructurales del sistema económico, jurídico y tecnológico²⁷.

Para afrontar todos estos problemas planteados a las democracias europeas por las grandes compañías tecnológicas, los Estados tienen una limitada capacidad de intervención. Gran parte de las respuestas deben ser europeas y, para que sean eficaces, es necesario avanzar hacia un nuevo modelo de integración que supere las deficiencias del actual. Un modelo con mayor integración política basado en el federalismo y la democracia a nivel europeo. La Unión Europea necesita urgentemente poder político que le permita actuar como un agente global al mismo nivel que China y Estados Unidos. Con capacidad para fomentar el desarrollo tecnológico en Inteligencia Artificial, para tener una política de defensa europea, para controlar a los agentes globales que actúan en Europa y para garantizar la democracia y los derechos en el espacio europeo.

Conclusiones

El modelo europeo de integración vigente se adaptaba bien a las condiciones de la segunda globalización, con el comienzo de una doble transición. Por un lado, la transición del nivel estatal de la democracia hacia un nivel supranacional que no se ha completado con una formulación federal. Por otro lado, con la transición de la constitución económica nacional a la constitución económica europea, igualmente inacabada. Al no haber ultimado de manera natural esas transiciones (hacia un modelo federal y una constitución económica europea), la UE carece de poder político y económico suficiente en el contexto de rupturas de la tercera globalización y tiene una capacidad de acción limitada esencialmente a la regulación del mercado europeo. Una regulación dificultada actualmente por las condiciones de la globalización fragmentada, especialmente a partir del inicio en enero de 2025 de la nueva Administración Trump en Estados Unidos. La Unión Europea tiene que culminar las transiciones pendientes para hacer frente a las rupturas de la tercera globalización. La transición del modelo actual de integración hacia un modelo federal basado

-
- 25 Cfr. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «The Impact of the New Mediators of the Digital Age on Freedom of Speech», en S. HINDELANG y A. MOBERG (eds.), *Yearbook of Socio-Economic Constitutions*, Springer, Berlin, 2022.
- 26 El 98% de los ingresos de Facebook, por ejemplo, procede de la publicidad. Cfr. C. GALINDO: «Las grandes tecnológicas consolidan su liderazgo tras dos años de pandemia», *El País*, 5 de febrero de 2022.
- 27 Cfr. Francisco BALAGUER CALLEJÓN y María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, *Verdad e interpretación en la sociedad digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

en una constitución federal. La transición de la mera regulación del mercado a una constitución económica europea que haga posible una política económica propia en un contexto global cada vez más complicado. Estas transiciones no son, por sí mismas, soluciones a las debilidades de la Unión Europea, pero sí son los instrumentos que harán posible tener los medios para intentar arbitrar esas soluciones.

LA INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA IMAGEN PÚBLICA DE LAS MUJERES DE LA FAMILIA IMPERIAL EN LA AMONEDACIÓN FLAVIA

Cruces Blázquez Cerrato
Universidad de Salamanca

*Angelae, optima magistra et amica
Vitam iubilatam tibi!*

1. Precedentes en la amonedación oficial

En las monedas romanas republicanas las figuras femeninas son muy escasas y corresponden exclusivamente a divinidades o a personajes legendarios. Ese panorama se mantuvo a comienzos de la etapa imperial. De hecho, Augusto nunca representó a Livia, su esposa, en la amonedación oficial¹, aunque su retrato o inscripciones alusivas a ella aparecieron en algunas monedas de las provincias romanas orientales.

La única que está presente en algunas series de denarios augústeos es JULIA, su hija. Un reverso muestra su busto drapeado, con una diadema de tipo *taenia* decorada con joyas y con un carcaj sobre el hombro, esto es, representada como *Diana* (Fig. 1A). En otros denarios, también del año 13 a. C., su cabeza está flanqueada por las de sus hijos, Cayo y Lucio. Es un tipo dinástico que corresponde al periodo inmediatamente anterior a la muerte de Agripa y la finalidad de esas monedas era presentar una posible sucesión imperial (Fig. 1B).

Es Tiberio quien recurre a acuñar la imagen de LIVIA para que, en calidad de emperatriz viuda y de madre del gobernante, contribuyera a validar su posición. Así, en las series oficiales de oro, de plata y de bronce, pero, sobre todo, en las provinciales, aparece, con relativa frecuencia, representada como *Pax*, velada y drapeada, sentada hacia la derecha, sosteniendo *patera* en la mano dcha. y un largo cetro en la izquierda (Fig. 1C).

Además, hay otras figuras que, tradicionalmente, se han interpretado como retratos alegóricos de Livia. Son imágenes presentes en el anverso de varios dupondios tiberianos acuñados en 22-23 d. C., que muestran un busto femenino acompañado de las leyendas PIETAS, SALVS AVGVSTA o bien IVSTITIA (Fig. 1D). El tipo epigráfico de reverso presenta una leyenda referida a Druso, hijo de Tiberio, como heredero, aludiendo nuevamente a la sucesión. Estas acuñaciones de bronce homenajean a Livia, su madre, y al descendiente que Tiberio pretendía que le sucediera, pero que falleció poco después.

También Tiberio acuñó en 22 d. C. una serie de sestercios en honor a la recuperación de su madre tras una enfermedad. En anverso aparece el *carpentum* acompañado de la leyenda S P Q R

¹ Se recurre a la abreviatura RIC I² para referirse a la obra de MATTINGLY, H y otros, *The Roman Imperial Coinage. Volume 1. Augustus to Vitellius (31 BC-AD 69)*, Spink & Son, Londres, 1984 (ed. revis.).

/ IVLIAE / AVGVST (Fig. 1E). Este carruaje era un medio de transporte romano altamente simbólico ya que solo podía ser usado por mujeres con un papel destacado en la sociedad romana.

Más adelante, en 42 a. C., fue Claudio I quien, en calidad de nieto, vuelve a presentar en sus reversos a Livia, ahora como *Diva Augusta*, asociada a la iconografía de Ceres. El anverso de esos dupondios muestra el retrato de *Divus Augustus*, poniendo así de relieve su descendencia divina por partida doble.

Posteriormente, es posible identificar a Livia también en el reverso de una serie de denarios de Galba en cuyos reversos la inscripción *DIVA AVGVSTA* acompaña a la figura en pie que porta *patera* y cetro. De esta forma, cuando Galba se convierte en emperador, honra la memoria de Livia, con quien se dice que estaba emparentado lejanamente. Según Suetonio², ella le había dejado en su testamento 50.000.000 de sestercios, aunque Tiberio, que ya entonces era el emperador, nunca le entregó ese dinero.

Otro personaje femenino que fue clave en la dinastía julioclaudia es *AGRIPINA LA MAYOR*. Hija de M.V. Agripa, tras su matrimonio con Germánico, heredero preferido de Augusto, estuvo a punto de alcanzar un estatus equiparable al de Livia, pero el fallecimiento de Augusto y el ascenso de Tiberio pesaron decisivamente sobre ella. Más tarde aparece en la amonedación de Calígula, donde se la representó en vida en tres series de áureos y en otras cuatro de denarios. A esos retratos se suman los de los sestercios en los que aparece tanto viva como ya fallecida (Fig. 1F).

También *AGRIPINA LA JOVEN* cuenta con una presencia monetar significativa, hecho no sorprendente ya que fue nieta, hermana, esposa y madre de emperadores. Destaca un sestercio en el que aparece junto a las otras dos hermanas de Calígula, Drusila y Julia (Fig. 1G), representadas de forma alegórica. Agripina, como *Securitas*, porta cornucopia en la mano derecha, que apoya en columna y la izquierda en el hombro de Drusila; esta, situada en el centro, como *Concordia*, porta *patera* en su mano derecha y cornucopia en la izquierda; a la derecha, Julia, como *Fortuna*, tiene timón y cornucopia.

Ya durante el gobierno de Claudio I reaparece Agripina en áureos y denarios que presentan los retratos combinados, en anverso y reverso, de la pareja imperial. Pero, su imagen también está en los anversos de denarios acuñados durante el gobierno claudio para presentar a Nerón como *princeps iuventutis*. Más adelante, en la etapa neroniana, el retrato de Agripina comparte el anverso de series de áureos (Fig. 1H) y denarios con el del propio emperador. En una de esas monedas ambos presiden la ceremonia de divinización del fallecido Claudio I, que lo había adoptado como hijo y sucesor (Fig. 1I). Agripina estuvo al frente del ascenso al poder de su hijo y gozó de honores y distinciones hasta entonces solo reservadas a la figura imperial. Los honores concedidos a Claudio I tuvieron su paralelo en los otorgados a ella. Debía ir acompañada de dos *lictors*, como si ella desempeñara una magistratura. Fue nombrada sacerdotisa del culto dedicado a su difunto esposo y se le concedió una guardia de soldados romanos y germanos, al menos durante la primera etapa del gobierno de Nerón. En una última serie de denarios la imagen de Agripina en reverso recuerda la de Tiberio mostrando a Livia como *Pietas* (Fig. 1J).

En resumen, Livia y Agripina la Joven fueron las dos *feminae* julioclaudianas más representadas, casi siempre como madres, una de Tiberio y la otra de Nerón, y gozaron de mayor reconocimiento público, observándose ciertos paralelismos en su iconografía monetar. Ambas se mantuvieron en un primer plano y ejercieron su poder de forma más directa que cualquier otra mujer en Roma³. Como miembros de la *domus Augusta*, pueden ser consideradas creadoras de tendencias que tendrán repercusión en etapas posteriores.

2 Cf. SUETONIO, C., *Vida de los doce Césares. Galba*, 3. Traducción y notas de AGUDO CUBAS, R.M. y otros, Biblioteca Clásica Gredos n.º 167, Madrid.

3 Cf. KUNST, CH., «Livia and the Principate of Augustus and Tiberius», en *The Routledge Companion to Women and Monarchy in the Ancient Mediterranean World* obra colectiva, editoras E. D. CARNEY y S. MÜLLER, Routledge, Londres-Nueva York, 2021, págs. 388-398 y CENERINI, F., «Julio-Claudian Imperial Women», en *The Routledge Companion to Women and Monarchy in the Ancient Mediterranean World* obra colectiva, editoras Elizabeth D. Carney y Sabine Müller, Routledge, Londres-Nueva York, 2021, págs. 399-410, con referencias a publicaciones previas.

2. *Feminae flavias* en la amonedación oficial

Las mujeres de esta dinastía han recibido escasa atención en la investigación sobre esta etapa, pero también en los propios textos antiguos, dando la sensación de que, a diferencia de las julioclaudias, sobre ellas ha pesado un afán de silenciamiento, tanto durante la etapa antigua como en fechas contemporáneas, cuyo complejo significado aun no es posible descifrar⁴. En las obras de referencia, desde hace décadas, el espacio que se les ha concedido raramente sobrepasa un par de páginas, mientras que a las mujeres julioclaudias se les dedica más de medio centenar. Afortunadamente el panorama investigador se ha revertido desde inicios de este siglo y ahora se dispone de una mayor cantidad de trabajos que están comenzando a rellenar algunos vacíos informativos. A pesar de ello, hay que reconocer que la pérdida de información resulta, en muchos casos, prácticamente irreparable y que es difícil responder a la cuestión de si hubo o no «grandes mujeres» de la talla de las de la anterior dinastía. Este trabajo se centra exclusivamente en aquellas que mantuvieron un vínculo por lazos de sangre o por matrimonio con los emperadores gobernantes, ya que, precisamente ese es el motivo por el que aparecen en las monedas romanas⁵.

Con esta nueva dinastía se produjo un cambio que permite distinguir entre la representación imperial de carácter oficial y la no oficial, hecho que podría ser consecuencia de la institucionalización del poder⁶. Esto termina repercutiendo también sobre la iconografía imperial, ya que mientras los julioclaudios habían conservado la apariencia de una *gens* republicana, tanto desde la perspectiva política como desde la social, todo indica que los flavios se mantuvieron entre dos aguas; es decir, se apoyaron en la tradición de sus predecesores y trataron de ser contemplados y valorados dentro de ella, pero, al mismo tiempo, trataron de presentarse como un nuevo comienzo.

Cada uno de los emperadores flavios mostró una actitud diferente a la hora de configurar la imagen pública de la dinastía, dado que el punto de partida de sus respectivos gobiernos difería, pero en su amonedación todos utilizaron tipos que remitían a la etapa julioclaudia y los vinculaban con algunos de esos emperadores, mediante la recuperación y adaptación de tipos previos o bien recurriendo a las series de restauración⁷.

En la amonedación oficial solo están presentes tres mujeres de la familia flavia: Domitila, esposa y madre de emperadores; Julia, hija de Tito; y Domicia Longina, esposa de Domiciano. Sus retratos y sus nombres aparecen en las acuñaciones de Tito y de Domiciano, como se comenta a continuación.

DOMITILA LA MAYOR, esposa de Vespasiano, al igual que su única hija, Domitila la Menor, fallecieron antes de que él ascendiera al poder⁸. Según Suetonio⁹, tanto la madre como su hija murieron antes de la aclamación de Vespasiano como emperador, desconociéndose la fecha exacta y la causa. Sobre ambas pesan discrepancias a la hora de identificar sus retratos y también es

4 Cf. FOUBERT, L., «Vesta and Julio-Claudian Women in Imperial Propaganda», en *Ancient Society*, núm. 45, 2015, págs. 187-204.

5 Se ha recurrido a la abreviatura RIC II-2 para referir la obra de CARRADICE, I. A. y BUTTREY, T. V., *The Roman Imperial Coinage. vol. II, part. I. Vespasian to Domitian*. Spink, Londres, 2007 (ed. revis.)

6 Cf. ALEXANDRIDIS, A. «The Other Side of the Coin: The Women of the Flavian Imperial Family», en *Tradition and Erneuerung: Mediale Strategien in der Zeit der Flavii*, obra colectiva, editores N. Kramer and Ch. Reitz, De Gruyter, Berlín-Nueva York, 2010. págs.191-237 y WOOD, S., «Public Images of the Flavian Dynasty: Sculpture and Coinage», en *A Companion to the Flavian Age of Imperial Rome*, obra colectiva, editor A. ZISSOS, Wiley BLACKWELL, Chichester, 2016, págs. 129-147.

7 Cf. BALBUZA, K., «Flavian Restitution Coins (*nummi restituti*). Memorative and Ideological Aspects», en *Memory and Oblivion in the Ancient World –the Ancient World in the Memory and Oblivion*, obra colectiva, editoras K. BALBUZA, M. MUSIELAK y K. KRÓLCZYK, Poznań, 2019, págs. 73-102.

8 Cf. WOOD, S., «Who was Diva Domitilla? Some Thoughts on the Public Images of the Flavian Women», en *American Journal of Archaeology* núm. 114, 2010, págs. 45-57.

9 Cf. SUETONIO, C., *Vida de los doce Césares. Domitianus*, 3. Traducción y notas de Agudo Cubas, R.M. y otros, Biblioteca Clásica Gredos n.º 167, Madrid.

discutido su estatus, que ha sido revisado reiteradamente a partir de la información contenida en los textos¹⁰.

En la amonedación romana oficial solo está presente la primera, exclusivamente en series acuñadas por sus dos hijos; es decir, Vespasiano nunca las representó en sus acuñaciones, salvo que se acepte la propuesta de Mattingly¹¹ de identificar como Domitila la figura que aparece en una serie de dupondios vespasianos (Fig. 2A) de posible tipo *mule*, acompañando a dos figuras infantiles y rodeada por la leyenda TVTELA AVGVSTI¹².

Otro caso, que también se considera de tipo *mule*, corresponde a un denario acuñado por Domiciano, en 82-83 d. C., cuyo anverso muestra el retrato de su madre rodeado por la leyenda DIVA DOMITILLA AVGVSTA; en reverso se representa a Pax-Nemesis portando caduceo y serpiente.

Además, hay tres series de sestercios acuñadas por Tito en 80-81 d. C. para honrar la memoria de Domitila, su madre. En anverso aparece el *carpentum* conducido hacia la dcha. por una pareja de mulas y la leyenda MEMORIAE/ DOMI / TILLAE / S P Q R o la variante DOMITILLAE/ IMP/ CAES VESP/ AVG / S P Q R (Fig. 2B). Los reversos tienen tipo epigráfico con la abreviatura S C en el centro y alrededor la leyenda IMP T CAES DIVI VESP F AVG P M TR P P P COS VIII. Es evidente que el modelo tomado como punto de inspiración es el sestercio tiberiano dedicado a Livia (Fig. 1D), aunque en ese caso su madre estaba aún viva. También recuerda al diseño usado por Calígula para honrar a Agripina, su madre, o después por Claudio I para Agripina la Joven, casos ambos en los que ya se la presenta como *divae*¹³.

Las mujeres de la familia imperial habían estado completamente ausentes en las monedas y esculturas públicas de Vespasiano. Domitila, madre de Tito, fallecida hacía tiempo, aún sin haber sido deificada, era honrada con esa escena del carro tirado por una pareja de mulas que transportaba su imagen en la procesión. Así se convierte en la primera mujer flavia que recibió honores públicos.

Los planes familiares de Vespasiano estuvieron enfocados más hacia el futuro que en el pasado, por lo que él no veía la necesidad de rendir honores póstumos a su mujer ni a su hija. Para Tito, en cambio, dos padres deificados resultaban mejor que uno solo. Probablemente, debido a los humildes orígenes de su madre, Tito consideró poco decoroso pedir al Senado que la consagrara al mismo tiempo que a Vespasiano, según justifica Suetonio¹⁴. Por ello, la presentó en público con honores más modestos, tratando de preparar el camino para su posterior consagración; sin embargo, su temprano fallecimiento en el año 81 d. C. dejó la culminación de dicho proceso en manos de su hermano Domiciano. Las monedas acuñadas durante los primeros años del gobierno de Domiciano demuestran que Domitila fue deificada poco después de su ascenso al poder, probablemente en 82-83 d. C., al mismo tiempo que Tito. Entonces aparece en los reversos de áureos que honran a su esposo deificado (Fig. 2C), pero también en los anversos de sus propias series de denarios donde se la califica de *Augusta* y se la asocia a *Fortuna* (Fig. 2D).

10 Cf., ANAGNOSTOU-LAOUTIDES, E. y CHARLES, M.B., «Suetonius, Vespasianus 3: The Status of Flavia Domitilla», en *Acta Classica* núm. 53, 2010, págs. 125-143. También La MONACA, V., «Flavia Domitilla as *delicata*. A new interpretation of Suetonius, Vesp. 3», en *Ancient Society*, núm. 43, 2013, págs. 191-212, entre otros trabajos.

11 Cf. MATTINGLY, H., *Coins Of The Roman Empire In The British Museum Vol. 2. Vespasian to Domitian*, Londres, 1930, pág. xlv, modificó esa interpretación, observando que la figura sentada es femenina y podría ser Domitila, y que las figuras infantiles, que están togadas y son, por tanto, masculinas, podrían representar a Tito y Domiciano. Sin embargo, también es posible que la personificación de Tutela esté acompañada por una representación de los ciudadanos romanos.

12 COHEN, H., 1880-1892, *Description des monnaies frappées sous l'Empire romain communément appelées médailles impériales. Tome 1*, Paris-Londres, M. M. Rollin & Feuadent, Paris, 1880, pág. 534, sugirió una interpretación dinástica de este reverso, que la figura sentada representaba a Vitelio sentado con sus dos hijos, un niño y una niña; esta propuesta obligaba a considerar que se trataba de una producción de tipo *mule*, que combinaría un cuño de anverso de Vespasiano con un cuño de reverso anterior.

13 Se trata de las series de sestercios tiberianos RIC I², 50-51 de 22-23 d. C.; la de Calígula RIC I², 55 fechada en 37-41 d. C.; y la de Claudio I RIC I², 103 datada entre 50 y 54 d. C.

14 SUETONIO, C., *Vida de los doce Césares. Vespasianus*, 3. Traducción y notas de AGUDO CUBAS, R.M. y OTROS, Biblioteca Clásica Gredos n.º 167, Madrid.

Hay que aludir aquí a la polémica identificación de estos retratos de Domitila Augusta como la hermana de Domiciano, fallecida antes del 69, que aún persiste en algunas obras de referencia. Sorprende que en la segunda edición del RIC II2 ni siquiera se mencione la existencia de esta controversia; sin embargo, las evidencias numismáticas con un evidente paralelo retratístico y la necesidad política de Domiciano de glorificar sus orígenes proporcionan argumentos a favor de la identificación como su madre. Así, concediendo el rango divino a sus familiares difuntos Domiciano, trataba de legitimar su propio gobierno¹⁵.

Además, en estas leyendas monetales Domitila aparece calificada de *Augusta*, título que fue concedido desde los inicios de la etapa imperial a los familiares femeninos del emperador gobernante¹⁶. En realidad, era el único título que podían llevar las mujeres de la *domus imperial* e iba unido al desempeño de una labor sacerdotal; sin embargo, en este caso se trataba de un nombramiento *ad honorem*, dado que se concedía a un miembro ya fallecido. Esto pone de relieve su funcionalidad legitimadora para sus descendientes¹⁷.

Los perfiles monetarios rodeados por su nombre parecen ser los retratos más fiables. Muestran un peinado con grandes rizos planos y pegados a ambos lados de su rostro carnoso, mientras el resto del cabello se recoge en una coleta sobre la nuca. Wood ha relacionado esta imagen con una colosal tallada en mármol, actualmente en Copenhague y, probablemente estuvo montada en un marco circular, a modo de *imago clipeata*¹⁸. Este formato estaba reservado para los venerados ancestros y el basto cincelado que presenta la zona posterior de esa escultura indica que esa cabeza marmórea debió tallarse para ser fijada sobre otra superficie. Los rasgos generales de la pieza sugieren que estaría colocada por encima de la altura de los ojos y su gran tamaño hace pensar en ella como elemento decorativo de una construcción pública. Wood (2016: 139) propone que pudo haber acompañado a una *imago clipeata* similar de Vespasiano. De ser así, los padres del emperador aparecerían como «pareja divina», tanto aquí como en los áureos antes comentados.

Otra mujer representada en las acuñaciones flavias es DOMICIA LONGINA, esposa de Domiciano, que nació entre 50 y 55 d. C., aunque se desconoce la fecha concreta. Era descendiente de una familia rica e ilustre ya que su madre descendía de Augusto y su padre era Gneo Domicio Corbulo, cónsul en el año 39 d. C. al que Nerón ordenó suicidarse. Casada por primera vez con Lucio Elio Lamia Plaucio Silvano, cónsul en el año 80 d. C., se divorció de su marido, c. 70-71 d. C., para casarse con Domiciano, hijo del ya emperador Vespasiano. La celebración de este matrimonio respondía, sobre todo, a intereses políticos, ya que con ello Domiciano conseguía nuevos y potentes aliados, reubicaba a la familia de Domicia en el punto más relevante del poder político de ese momento y establecía un vínculo entre la *gens Flavia* de rango ecuestre y la *gens Domitia* de rango senatorial.

Cuando Domiciano se convirtió en emperador, ella recibió el título de *Augusta*. Tuvo un hijo que murió en la infancia, *circa* 82-83 d. C., y sobrevivió al asesinato de su marido, falleciendo mayor, c. 130 d. C. Su retrato aparece en distintas acuñaciones mostrada como matrona y como garante del futuro de la dinastía, al aparecer vinculada a *Virtus*, pero también a personificaciones, como *Concordia*, y a deidades, como *Venus*. Esa imagen monetaria ha sido de gran utilidad ya que sus representaciones escultóricas son complejas de identificar y de clasificar; su atuendo, el peinado, la edad, los signos distintivos ya también algunos rasgos fisionómicos resultan excesivamente

15 Wood, S., «Public Images of the Flavian Dynasty: Sculpture and Coinage», en *A Companion to the Flavian Age of Imperial Rome*, obra colectiva, editor A. Zissos, Wiley Blackwell, Chichester, 2016, págs. 49-51.

16 Cf. un detallado análisis del uso y evolución de este título desde las mujeres imperiales julioclaudianas a las severas realizado por CENERINI, F., *Dive e donne. Mogli, madri, figlie e sorelle degli imperatori romani da Augusto a Commodo*, Angelini Editore, Bolonia, 2009, págs. 83-87.

17 Cf. CÍD LÓPEZ, R.M., «Las Augustae en la dinastía Julio-Claudia: marginalidad política, propaganda religiosa y reconocimiento social», en *Marginación y mujer en el imperio romano*, obra colectiva, editora P. Pavón Torrejón, Quasar, Roma, 20218, págs. 154-155.

18 Cf. WOOD, S., «Public Images of the Flavian Dynasty: Sculpture and Coinage», en *A Companion to the Flavian Age of Imperial Rome*, obra colectiva, editor A. ZISSOS, Wiley BLACKWELL, Chichester, 2016, págs. 137-139.

similares a los de Julia, la hija de Tito¹⁹. Así, Hausmann señala que Domicia tiene un rostro ancho y relleno y sus ojos son almendrados. La nariz es recta y fina; la transición entre la frente y la nariz es suave; y su boca es pequeña, a diferencia de la típicamente flavia que resulta más carnosa y grande.

Dado que su matrimonio con Domiciano tuvo lugar cuando este era *Caesar*, no hay retratos monetarios suyos hasta el ascenso de este al rango de *Augustus*. Un buen ejemplo del papel desempeñado por ella como garantizadora de la sucesión dinástica es el tipo de reverso en el que Domicia aparece sentada hacia la izqda. y extendiendo la mano dcha. hacia un niño que está en pie, situado a su izqda., mientras sujeta un cetro con la mano izqda.; la escena está rodeada por dos leyendas, DIVI CAESAR MATRI/ S C en dos series de sestercios (Fig. 2F) o con DIVI CAESARIS MATER/ S C en otras dos series más acuñadas en 81-82 d. C. El hijo de Domicia y de Domiciano ya había fallecido y, por ello, se alude a su papel como madre de ese niño ya deificado.

En los anversos aparece el retrato de Domicia; es un busto drapeado hacia la dcha. con el cabello concentrado sobre la frente y en la parte posterior presenta un trenzado que acaba en un voluminoso moño (Fig. 2F) o bien en una coleta (Fig. 2G) en la parte posterior de la cabeza; la imagen está rodeada por las leyendas DOMITIAE AVG IMP CAES DIVI F DOMITIAN AVG o bien DOMITIA AVG IMP CAES DIVI F DOMITIAN AVG.

Además, Domiciano acuñó en 81-82 d. C. una serie de dupondios en cuyos reversos Domicia aparece en pie hacia la izqda. sujetando cetro en la mano izqda. y sacrificando sobre un altar, con *patera* en la mano dcha., está acompañada por la leyenda DIVI CAESARIS MATER/ S C (Fig. 2E). Su anverso muestra el busto drapeado de *Domitia* hacia la dcha. más la leyenda DOMITIA AVG IMP CAES DIVI F DOMITIAN AVG.

También el pequeño Domiciano y Domicia está presente en series de áureos (Fig. 2H) y de denarios en los que aparece deificado en el reverso, como un bebé sobre el orbe terráqueo y dentro de una orla de estrellas, vinculado al retrato de su madre en anverso. Tanto en esas como en otras series de oro y de plata el busto drapeado de *Domitia* está orientado hacia la dcha., con su cabello concentrado en la parte superior de la cabeza y recogido en una trenza que cae sobre la espalda. Esa imagen está acompañada por dos leyendas distintas: DOMITIA AVGVSTA IMP DOMIT grabada en áureos y en denarios datados en 82-83 d. C.; y otra leyenda, DOMITIA AVGVSTA, que fue empleada en cistóforos del 82 d. C.

En otras series de áureos y de denarios (Fig. 2I-J) datados en 83 d. C. se combinan los retratos de Domiciano y de Domicia, en anverso y reverso respectivamente.

Finalmente, se menciona la utilización del retrato de Domicia en vinculación con un tipo de reverso en el que aparece un pavo real parado hacia la derecha y acompañado de la leyenda CONCORDIA AVGVSTI. Este diseño fue usado en abundantes series de metales nobles desde el 83 hasta el 89 d. C., en las que es posible observar que los rasgos y el cabello de la emperatriz van modificándose con el paso de los años. El pavo real es un ave criada en distintas áreas del Mediterráneo oriental desde el siglo V a. C., que no llegó a la península itálica hasta el siglo I a. C., como testimonian las fuentes literarias. Su integración en el mundo occidental y su asociación con Juno se produjeron de forma prácticamente simultánea. La introducción de este animal asociado a Juno, en el lenguaje visual oficial tenía un doble propósito: por un lado, formaba parte de una representación programática de la pareja imperial como Júpiter y Juno, aludiendo a la concordia conyugal; por otro, correspondía a la nueva forma de visualizar la tríada divina venerada en el *Capitolium*, restaurado por Domiciano²⁰. En este caso es evidente que la iconografía remite a la primera opción en una escena que debe relacionarse con la tallada en un camafeo de calcedonia depositado en el British Museum en el que Domicia Longina es transportada a lomos de un pavo real.

19 Cf. HAUSMANN, U., «Zu den Bildnissen der Domitia Longina und der Julia Titi», en *Mitteilungen des Deutschen Archäologischen Instituts*, núm. 82, 1975, págs. 315-328 y DE ROSSO, E., «Giulia Augusta, figlia di Tito, nipote di Domiziano», en *Augustae: Machtbewusste Frauen am römischen Kaiserhof?: Herrschaftsstrukturen und Herrschaftspraxis II*. Akten der Tagung in Zürich 2008, editora A. Kolb, A., Zürich, 2010, págs.192-210, contrastando las piezas de bulto redondo con los relieves monetales han permitido avances notables en su diferenciación.

20 Cf. BETJES, S. Y FOUBERT, L.L., «Flavian feathers. Expressing dynasty and divinity through peacocks», en *Journal of Ancient History*, núm. 13 (1), 2025, págs. 159-176.

La tercera mujer representada en la amonedación oficial flavia es JULIA, hija de Tito, nacida en 64 o 65 d. C., y sobrina de Domiciano. Su participación en ceremonias oficiales fue temprana, dada la ausencia de la esposa imperial. Entonces fue presentada como *Titi Caesaris Imperatoris Filia*. Según las fuentes escritas, Tito propuso a su hermano Domiciano el matrimonio con su hija, propuesta que este no aceptó, debido a su preferencia por Domicia Longina, y ella acabó casándose con otro miembro de la *gens Flavia*, su primo segundo paterno Tito Flavio Sabino²¹, tratando así de reforzar la continuidad de esta *gens*²². Cuando su padre se convierte en emperador ella obtuvo el título de *Augusta*, fortaleciendo así su presencia y su imagen pública. La presencia de Julia en las acuñaciones de su padre se reduce a esta rara serie de divisores; sin embargo, su retrato fue mucho más frecuente en las acuñaciones de Domiciano, tanto en vida como una vez fallecida y en diferentes valores.

En apartados anteriores ya se ha comentado que su imagen en reverso solo se utilizó en 80-81 d. C. para acuñar 2 series de cuadrantes, donde se la presenta sentada hacia la izqda., portando *patera* y cetro, y acompañada de la leyenda *IVLIA-AVGVSTA* (Fig. 3A). Después, en las acuñaciones de Domiciano, cuando el retrato de Julia aparece en anverso, está vinculado a reversos con divinidades, como *Ceres*, *Venus* y *Vesta* (Fig. 3B-D) y también personificaciones como *Concordia*, *Pax* y *Salus*. En estos retratos puede observarse el cambio en su peinado; se mantiene el pesado tupé sobre la zona alta de la frente, pero el recogido del pelo pasa de una trenza a un moño en la nuca, más o menos grande y más o menos elevado (Fig. 3B-D). También los rasgos faciales se van modificando, a medida que alcanza su madurez.

El último periodo de la vida de Julia plantea diversas cuestiones debido a su nueva vinculación y relación con Domiciano. Las fuentes narran la actitud de Domiciano hacia su sobrina, primero de seducción y, después, de abandono, incluso acusándole de causar su temprana muerte debido a un aborto forzado, vinculando este suceso con la historia paralela de la relación de Domicia Longina con un actor, lo que decidió al emperador a divorciarse de su esposa para, poco después, solicitar su regreso. Esas narraciones han tenido una importante revisión pudiendo tratarse de una falsa acusación para denostar la figura del último flavio, tras su asesinato. No se conoce con certeza la fecha del fallecimiento de Julia, pero debió producirse a comienzos del año 91 d. C. En cuanto a las causas de la muerte de Julia, es muy improbable que estuviera embarazada de Domiciano, quien había estado ausente en campaña militar durante muchos meses en el momento de su muerte. En ese momento el Senado votó su deificación y comenzaron a acuñarse series monetales de carácter póstumo. Domiciano acuñó dos series de sestercios para honrar la memoria de su sobrina, con tipos que recuerdan los utilizados para algunas juliocladias y también para sus familiares flavias (Fig. 3E).

Además, el retrato de Julia deificada aparece en áureos y denarios cuyos reversos muestra, el pavo real, como también sucede en los de Domicia; sin embargo, en estos el ave está en posición frontal y con la cola desplegada (Fig. 3F). Más tardío parece ser el retrato también póstumo grabado en una serie de áureos, en cuyo reverso se representa el carro fúnebre que transportó su imagen en los juegos celebrados en su honor, tirado por un par de elefantes (Fig. 3G).

Julia parece haber disfrutado de un lugar privilegiado en cuanto su representación en las monedas, manteniendo distinciones ininterrumpidamente desde la muerte de Vespasiano a la de Domiciano. Su representación en la amonedación oficial es totalmente equiparable a la de Domicia, aunque no sucede lo mismo en las acuñaciones provinciales, en las que se muestra su clara preferencia por rendir honores a la emperatriz. Domicia aparece en más de un centenar de series realizadas en más de cincuenta ciudades diferentes, porque las autoridades provinciales debieron considerar que sería más ventajoso mostrarse partidarias de la esposa del emperador que de su sobrina, mientras Julia aparece solo en tres series de dos ciudades²³.

21 Cf. más detalles en GREGORI, G. L. Y ROSSO, E., «Giulia Augusta, figlia di Tito, nipote di Domiziano», en *Augustae: Machtbewusste Frauen am römischen Kaiserhof? Herrschaftstrukturen und Herrschaftspraxis. Akten der Tagung in Zürich-2008*, obra colectiva, editor A. Kolb, Berlín, 2010, págs. 193-210.

22 Cf. FERNÁNDEZ URIEL, P., «Domicia Longina. Análisis de una difícil iconografía», en *Anas*, núm. 29-30, 2021, págs. 151-160, especialmente pág. 113.

23 Cf. WOOD, S., «Public Images of the Flavian Dynasty: Sculpture and Coinage», en *A Companion to the Flavian Age of Imperial Rome*, obra colectiva, editor A. ZISSOS, Wiley BLACKWELL, Chichester, 2016, págs. 141-142.

Esta revisión conjunta de los tipos monetales que representan a las mujeres de la *domus imperial* ha permitido constatar su ausencia durante la etapa vespasiana, así como el nuevo rumbo adoptado en el programa iconográfico durante el gobierno de Tito. Domiciano continuó y amplió la introducción de esos retratos familiares, representando a su madre, ya divinizada, a su esposa, a su hijo, también fallecido y divinizado y a la hija de su hermano y predecesor en el cargo. La cuidada calidad de estas series monetales es indiscutible, pero son retratos que no lograron llegar a transmitir el deseado mensaje de concordia dentro de la *domus imperial*.

3. Valoración final

Los retratos de los miembros femeninos de la familia imperial ya aparecen en algunas monedas de época augústea y julioclaudia, es decir, entre 27 a. C. y 68 d. C. Se trata fundamentalmente de mujeres que, aunque no desde una primera línea, ejercieron el poder y actuaron como verdaderos referentes dentro del sistema político imperial. Su papel también fue fundamental a la hora de establecer vínculos entre los gobernantes y sus predecesores o sucesores.

Muy diferente es el panorama correspondiente a la dinastía flavia que gobernó Roma entre 69 y 96 d. C., constituyendo el único caso en el que la sucesión dinástica se mantuvo mediante filiación directa y contando con vínculos de sangre. Ese debió ser el principal motivo por el que no se consideró necesario presentar en las monedas los retratos de las mujeres de la *domus imperial* y solo se recurre a ellos ya en una etapa avanzada. Son los dos hijos de Vespasiano, primero Tito, pero, sobre todo, Domiciano, los que comienzan a acuñar esas imágenes como un claro recurso para mejorar su imagen pública. Tito hace uso de los retratos deificados de sus padres para, así, mostrar su ascendencia divina. Sin embargo, fue su hermano Domiciano quien, al sucederle, decide acuñar una mayor cantidad de monedas en las que claramente se instrumentaliza la imagen de las *feminae imperiales*, ya que le permiten ampliar significativamente las honras públicas y los procedimientos del culto imperial en aquellos casos en los que las representaciones corresponden a sus familiares femeninas ya fallecidas y convertidas en *divae*. También deificó a su propio hijo, fallecido a temprana edad, convirtiéndose así en el *princeps* que divinizó a mayor cantidad de miembros de la *domus imperial*.

Parece que evidente que cuando este recurso se puso en práctica fue precisamente en la etapa en la que el gobierno de Domiciano comienza a encontrar mayor oposición, buscando con ello el apoyo que la imagen pública de las mujeres de su propia familia podría proporcionarle.



Fig. 1. A-B) Denarios augústeos con retratos de Julia, RIC I2, 403 y 404; C) dupondio de Tiberio con Livia en reverso: RIC I2, 46; D) Livia en sestercio de Tiberio RIC II2, 51; E) Agripina la Mayor en sestercio de Calígula, RIC I2, 55; F) Agripina la Menor en sestercio de Calígula, RIC I2; H-J) Agripina la Joven en aureos de Nerón, RIC I2, 2 y 7; K) Agripina la Joven en denario de Nerón, RIC I2, 608

(según https://www.wildwinds.com/coins/ric/augustus/RIC_0403.2.jpg;
https://www.britishmuseum.org/collection/object/C_1921-0612-1;
<https://www.flickr.com/photos/antiquitiesproject/16106497930>).
https://media.coinarchives.com/04561472f0b2faa5fa71809d2fec768/img/leu_winterthur/017/image00413.jpg)
<https://www.cngcoins.com/Coin.aspx?CoinID=72667>;
<https://ancientromanhistory31-14.com/nero/agrippina-mother-of-the-emperor/>;
<https://www.arsclassiacoins.com/bidder/#!/auction/lot?a=66&l=114&c=853>;
<https://numismatics.org/ocre/results?q=agrippina+the+younger>).



Fig. 2. Monedas flavias en las que aparece Domitila: A) dupondio de Vespasiano RIC II2, 282; B) sestercios de Tito RIC II2, 264; C) áureo de Domiciano RIC II2, 146; D) áureo de Domiciano RIC II2, 150; E) denario de Domiciano RIC II2, 157; F) sestercio RIC II2, 132; G) dupondio RIC II2, 136; H) áureo RIC II2, 152; I) áureo RIC II2, 148; J) denario RIC II2, 149

(según [https://numismatics.org/ocre/id/ric.2_1\(2\).ves.282](https://numismatics.org/ocre/id/ric.2_1(2).ves.282);
https://www.britishmuseum.org/collection/object/C_1902-0403-2;
<https://es.numista.com/catalogue/pieces251576.html>;
https://www.icollector.com/Roman-Empire-Domitia-Aureus-82-83-AV-7-60g_i9258058;
https://numismatics.org/ocre/id/ric.2_1%282%29.dom.157;
<https://es.numista.com/catalogue/pieces251562.html>; <https://numismatics.org/collection/1967.153.181>;
https://www.britishmuseum.org/collection/object/C_R-11462; <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b10448174t>; <https://ikmk.smb.Museum/object?id=18214058>)



Fig. 3. Monedas de Domiciano con retratos de Julia: A) denario RIC II2, 388; B) cistóforo RIC II2, 848; C) dupondio RIC II2, 398; D) dupondio RIC II2, 391; E) sestercio RIC II2, 717; F) áureo RIC II2, 683; G) áureo RIC II2, 718

(según <https://media.coinarchives.com/3778e6b254a3025cefcfbf07ffc5958a7/img/nac/154/image01381.jpg>;

<https://www.wildwinds.com/coins/sear5/s2914.html>;

<https://www.cngcoins.com/Coin.aspx?CoinID=138710>;

https://www.wildwinds.com/coins/ric/julia_titi/RIC_0391.jpg).

<https://www.jesuvico.com/es/lote/1165-2462-2462/2379-427-imperio-romano-julia-titi-bajo-domiciano-sestercio-roma-90-91-dc-a-carpentum-tirado-por-2-mulas-a-d>;

https://www.wildwinds.com/coins/ric/julia_titi/RIC_0683.jpg;

https://www.wildwinds.com/coins/ric/julia_titi/RIC_0718.jpg).

IGUALDAD Y JUSTICIA ALGORÍTMICA: REFLEXIONES DESDE UNA DOBLE PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL

Federico Bueno de Mata

Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca

1. Prefacio: en homenaje a la profesora Ángela Figueruelo Burrieza

Rendir homenaje a la profesora Ángela Figueruelo Burrieza, catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, constituye un acto de reconocimiento a su figura, pero también de profunda gratitud. No solo por su admirable trayectoria intelectual, siempre firme en la defensa de los derechos fundamentales y, más concretamente, del principio de igualdad, sino también por su calidad humana, su generosidad y su permanente cercanía.

Hoy, en el momento en que inicia la etapa de su jubilación, no se cierra un capítulo, sino que se abre otro en el que su legado académico seguirá presente, al tiempo que servirá como guía a nuevas vocaciones científicas que quieran encaminar su carrera en el ámbito de Derecho Constitucional.

Ángela ha sido, para mí, mucho más que una compañera y maestra. Siempre estuvo cerca, con palabras sabias, con su apoyo incondicional desde que era becario de investigación hasta el día de hoy, con esa fuerza serena que caracteriza a quienes enseñan por vocación. Tenerla al lado ha sido, y sigue siendo, un regalo: una especie de madre dentro de la academia, siempre dispuesta a tender la mano, a escuchar y a darte los consejos necesarios y adecuados.

Desde ese vínculo humano y académico, me resulta imposible no mencionar su incansable compromiso con una visión crítica, garantista e igualitaria del Derecho. Su obra, su pensamiento y su ejemplo son y seguirán siendo referentes indispensables también para los procesalistas que aspiramos a insertar la tecnología en el Derecho sin comprometer los principios y las garantías procesales. Gracias, Ángela, por tu sabiduría, tu compromiso y tu generosidad. Pero, sobre todo, gracias por estar siempre presente a lo largo de mi trayectoria académica desde su inicio. Este pequeño homenaje en forma de capítulo de libro nace desde la gratitud, la admiración y el cariño.

Ha sido y será siempre un orgullo poder haber compartido ratos y buenos momentos en la Facultad y fuera de ella, así como ser tu «vecino» de despacho en esta última década, pues siempre has sido de las primeras personas a las que he ido corriendo a contar cualquier mérito o buena noticia que me ocurriría y siempre recibía de ti buenos y sabios consejos.

En este sentido, el presente trabajo intenta conectar con uno de los temas trabajados por la homenajeada, y por ello se propone analizar la igualdad como derecho fundamental desde una doble perspectiva: por un lado, como igualdad sustantiva y efectiva entre mujeres y hombres, consagrada en el marco constitucional nacional; y por otro, como principio rector del proceso, entendido como igualdad de armas y equilibrio entre las partes en el ámbito de las garantías procesales. El estudio pretende mostrar cómo ambas dimensiones de la igualdad, aunque distintas en su naturaleza, convergen en la exigencia de un sistema jurídico más equitativo y justo. Así, el artículo ofrecerá una reflexión crítica desde una doble mirada constitucional y procesal, con el fin de cuestionar cómo puede garantizarse una verdadera igualdad en tiempos de transformación digital del derecho.

2. Una primera mirada constitucional: la algoritmización de la justicia y el principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres

Esta primera parte del artículo se centrará en el análisis del principio de igualdad desde su dimensión constitucional, con especial atención a la igualdad entre mujeres y hombres, y cómo esta se ve tensionada en el contexto de la progresiva algoritmización de la justicia¹. El derecho a la igualdad, consagrado como un derecho fundamental en el artículo 14 de la Constitución española, reconoce la igualdad jurídica de todas las personas y prohíbe expresamente cualquier forma de discriminación, incluida la fundada en razón de sexo².

Este principio no se limita a una igualdad formal, sino que exige una igualdad efectiva, orientada a corregir las desigualdades estructurales que históricamente han afectado a las mujeres. Así lo recoge la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que desarrolla y concreta este mandato constitucional, imponiendo a los poderes públicos la obligación de promover activamente condiciones de igualdad real en todos los ámbitos de la vida pública y privada: social, económico, laboral, político y jurídico.

En el marco de la transformación digital que atraviesa el sistema judicial, la incorporación de tecnologías como los sistemas algorítmicos y la Inteligencia Artificial representa un desafío complejo para garantizar este derecho constitucional. Por ello, la digitalización, que redefine los procesos y decisiones judiciales, debe ser analizada desde una perspectiva crítica que considere la igualdad de género como un principio medular, pues de lo contrario, existe el riesgo de reproducir o incluso acentuar desigualdades preexistentes, invisibilizando y discriminando a mujeres, así como a diversos grupos vulnerables³.

Aunque parezca una obviedad, debemos partir de que los algoritmos y sistemas automatizados no son neutrales⁴. En numerosos casos, estas tecnologías reflejan y perpetúan sesgos de género, dado que su diseño, entrenamiento y aplicación suelen basarse en datos históricos que contienen patrones basados en micromachismos. Esto puede traducirse en decisiones judiciales que lleguen al vulnerar el principio de igualdad ante la ley y afectando el acceso equitativo a la justicia. Por ejemplo, un algoritmo utilizado para evaluar riesgos procesales o para predecir comportamientos judiciales podría subestimar o sobreestimar ciertos factores relacionados con género, generando así discriminación indirecta.

La opacidad algorítmica, es decir, la dificultad para comprender y auditar cómo los sistemas de IA procesan información y toman decisiones, agrava esta problemática. Sin mecanismos claros de supervisión y transparencia, es posible que sesgos de género pasen inadvertidos y no sean corregidos, consolidando desigualdades estructurales dentro del propio sistema judicial. Esta situación plantea una amenaza seria a la tutela judicial efectiva y al derecho a un proceso justo, pues dificulta la identificación de decisiones sesgadas y limita la capacidad de los ciudadanos para impugnar resultados injustos⁵.

Así, la digitalización de la justicia no puede abordarse exclusivamente desde una lógica tecnocrática o instrumental, sino que debe ser encauzada dentro de un marco normativo que incorpore de manera explícita y transversal los valores y principios constitucionales, entre los que destaca, de forma prioritaria, el principio de igualdad entre mujeres y hombres. La incorpo-

1 BARONA VILAR, S., «Una justicia digital y algorítmica para una sociedad en estado de mudanza», *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Valencia, 2021, págs. 21-64.

2 MARTÍN GUARDADO, S., «El derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE)», *Manual breve sobre derechos fundamentales y seguridad pública 2025*, págs. 105-118.

3 FIGUERUELO BURRIEZA, A., «La igualdad compleja en el constitucionalismo del siglo XXI: (referencia especial a la no discriminación por razón de sexo)», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, ISSN 0413-2963, N.º 38 (enero), 2008, págs. 37-60.

4 DEL POZO PÉREZ, M., «¿Los algoritmos sirven para proteger a las víctimas de violencia de género?», *El impacto de las tecnologías disruptivas en el derecho procesal*, Navarra, 2022, págs. 155-181.

5 BUJOSA VADELL, L., «Función jurisdiccional e inteligencia artificial», *Inteligencia artificial y derecho: Argentina, Brasil, España y México*, 2023, págs. 49-71.

ración de tecnologías basadas en algoritmos al funcionamiento del sistema judicial exige una profunda reflexión jurídica sobre su diseño, aplicación y supervisión, de modo que no solo se garantice su eficacia técnica, sino también su compatibilidad con los derechos fundamentales. Esto implica adoptar una perspectiva de igualdad de género desde la fase inicial del diseño de los sistemas algorítmicos, que asegure que los criterios y fuentes de datos utilizados no reproduzcan ni refuercen sesgos históricos o estructurales. Igualmente, debe exigirse una evaluación previa y periódica del impacto de género en el uso de estas tecnologías, mediante mecanismos normativos que operen como salvaguardas preventivas ante posibles vulneraciones de derechos. Asimismo, resulta esencial promover la diversidad y la representación equilibrada en los equipos multidisciplinarios que participan en la creación y validación de estas herramientas, para incorporar perfiles técnicos, jurídicos y sociales que aporten una comprensión crítica de las desigualdades de género. A su vez, los órganos encargados del control, la auditoría y la rendición de cuentas de estos sistemas deben integrar a personas expertas en igualdad y derechos humanos, capaces de identificar y corregir desviaciones que comprometan el principio de igualdad constitucional.

Solo desde este enfoque normativo con perspectiva de género será posible avanzar hacia una digitalización del sistema judicial que no solo sea eficiente, sino también justa, inclusiva y respetuosa de los valores democráticos que rigen nuestro Estado de Derecho.

En este sentido, la Ley 15/2022, de 12 de julio, representa un avance significativo en la consolidación del principio de igualdad de trato y la no discriminación en el ordenamiento jurídico español, al establecer un marco legal integral y transversal a nivel algorítmico. Desde esta óptica, la ley adopta una clara perspectiva de género, entendida como una herramienta analítica para identificar y corregir desigualdades que históricamente han afectado a las mujeres y otros grupos vulnerables. En particular, su art. 24 constituye un reconocimiento expreso de los riesgos que plantea la aplicación de algoritmos y sistemas automatizados en el ámbito de las administraciones públicas, en relación con los derechos fundamentales y, especialmente, con el principio de igualdad y no discriminación.

El apartado primero establece que las administraciones públicas deben impulsar mecanismos que garanticen la minimización de sesgos, la transparencia y la rendición de cuentas en los algoritmos utilizados. Lo notable aquí es la inclusión explícita del potencial impacto discriminatorio como un factor a tener en cuenta, no solo en los resultados de los algoritmos, sino desde su fase de diseño y entrenamiento de datos. Esta previsión refuerza la necesidad de aplicar evaluaciones de impacto, potencialmente con enfoque de género, que identifiquen y prevengan decisiones automatizadas que puedan vulnerar el principio de igualdad efectiva.

De igual modo, el tercer apartado plantea el respeto a los marcos éticos promovidos por la Unión Europea, al apostar por una IA confiable y respetuosa con los derechos fundamentales, lo que conecta directamente con el enfoque de la igualdad como principio constitucional, y con la obligación de los poderes públicos de garantizar que la innovación tecnológica no sirva de vehículo para perpetuar desigualdades. Y de igual modo, en su último apartado se habla de un «sello de calidad algorítmica», lo que abre la puerta a mecanismos certificadores que podrían incluir criterios de no discriminación, impacto de género y respeto a la igualdad efectiva⁶.

Podemos decir que esta regulación marca la senda a seguir, la cual se alinea con las exigencias constitucionales de promover activamente la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

No obstante, tal y como hemos apuntado, pensamos que uno de los desafíos pendientes será la implementación efectiva de estos mandatos, particularmente en lo que respecta a las evaluaciones de impacto de futuras normas, pues la perspectiva de género debe estar presente no solo en la norma, sino también en los criterios técnicos, las metodologías de evaluación y los órganos técnicos de supervisión de las futuras normativas que se implementen a consecuencia del desarrollo vertiginoso de tecnologías disruptivas.

6 FIGUERUELO BURRIEZA, A., «Legislado hacia la igualdad. Un apunte en el décimo aniversario del fallecimiento de María Telo», *Estudios sobre Derecho Constitucional Español, Comparado y Europeo «Liber Amicorum»* Yolanda Gómez Sánchez / coord. por Francisco Balaguer Callejón, Carlos Vidal Prado, Cristina Elías Méndez; Yolanda Gómez Sánchez (hom.), 2025, ISBN 9788434030237, págs. 697-710.

3. Una segunda mirada procesal: la igualdad de armas procesales ante la inclusión de la inteligencia artificial en el sistema judicial

Como estamos comprobando, la aplicación de la IA en la administración de justicia representa un fenómeno en constante expansión, con un impacto cada vez mayor en las diferentes etapas del proceso. Desde la gestión automatizada de expedientes, la programación de vistas y plazos procesales, hasta la generación asistida de borradores de resoluciones o el análisis predictivo de casos, los algoritmos están ganando un protagonismo creciente en el ecosistema jurídico. No obstante, el debate trascendental no se reduce a una cuestión técnica, sino que es fundamentalmente jurídico, ético y político: ¿cómo garantizar que esta transformación tecnológica no comprometa las garantías esenciales del debido proceso, tal y como lo consagra el art. 24 CE?

Por este motivo, no hablaríamos del principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, sino propiamente del principio de igualdad de armas procesales, pilar del proceso contradictorio, puede verse vulnerado si una de las partes tiene acceso a herramientas algorítmicas avanzadas, tales como sistemas de predicción jurisprudencial o evaluación automatizada de pruebas, mientras la otra parte carece de dichos recursos. Esta desigualdad tecnológica puede traducirse en una desigualdad real y tangible frente al juez, afectando la igualdad formal y material en el proceso, con lo que realmente podríamos tener un cruce de miradas.

De esta manera, surge la necesidad urgente de promover una igualdad tecnológica procesal que garantice la participación equitativa de todas las partes, lo cual implica revisar y adaptar las reglas relativas a la carga de la prueba, el acceso a la información y la efectiva contradicción, lo que a su vez garantizaría una igualdad de armas procesales.

Este riesgo se intensifica en los casos de decisiones automatizadas cuya lógica interna es opaca, un fenómeno conocido como «caja negra», lo que dificulta no solo la comprensión sino también la impugnación efectiva por parte de quienes se ven afectados. La opacidad algorítmica representa una amenaza directa al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, a la publicidad del proceso, a la posibilidad de impugnación eficaz y al principio fundamental de interdicción de la indefensión. Si una parte no puede entender ni cuestionar la lógica que ha guiado una decisión judicial basada en IA, se le niega el acceso real a la tutela judicial efectiva.

En el ámbito probatorio, la utilización de IA plantea asimismo desafíos significativos. La valoración automatizada de indicios o la clasificación de pruebas mediante algoritmos podría reemplazar parcialmente el juicio humano, con consecuencias potencialmente negativas en la valoración libre y razonada de la prueba por parte del juez. Esto exige un control riguroso sobre la admisibilidad de las pruebas generadas o analizadas por IA, un mecanismo judicial para supervisar su fiabilidad y un derecho efectivo de contradicción para todas las partes en igualdad de condiciones⁷.

A nivel normativo, el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea (RIA) ha abordado algunos de estos retos introduciendo principios como la responsabilidad proactiva, la supervisión humana obligatoria y la proporcionalidad en el uso de sistemas de alto riesgo. Sin embargo, la verdadera eficacia de estas medidas dependerá de su integración práctica en el desarrollo de las garantías procesales constitucionales a través de asegurar la transparencia algorítmica y la explicabilidad de las decisiones, lo que a su vez conecta con asegurar garantías vinculadas al principio de contradicción y, por tanto, al resto de garantías procesales constitucionales que aglutina el art. 24 CE.

A razón de lo expuesto, creemos que es indispensable que el juez mantenga su rol como garante de los derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad de armas, y no se convierta en un mero validador de decisiones automatizadas. Esto implica la necesidad de formación específica en IA para operadores jurídicos y la creación de protocolos para evaluar la legalidad y fiabilidad de los sistemas algorítmicos utilizados en el proceso. Asimismo, deben articularse mecanismos procesales específicos que permitan impugnar la intervención algorítmica, ya sea mediante incidentes de nulidad, recursos autónomos o acciones de amparo.

7 MARTÍN DÍZ, F., «Inteligencia artificial y derecho procesal. Luces, sombras y cábalas en clave de derechos fundamentales» en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea* (Dir. MORENO CATENA, V.; ROMERO PRADAS, M. I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 969-1006.

Por tanto, la legitimidad y aceptación social de la justicia algorítmica dependerá de su integración con los principios estructurales del debido proceso y que la transformación digital se convierta una oportunidad para fortalecer una justicia accesible, transparente y verdaderamente igualitaria, también a nivel técnicamente procesal.

En dicho sentido, si volvemos a hacer referencia a la Ley 15/2022, de 12 de julio, vemos como su segundo apartado refuerza una de las exigencias centrales de una justicia algorítmica alineada con los valores constitucionales: la transparencia y la explicabilidad de los sistemas de IA. Para que los afectados puedan impugnar decisiones automatizadas que consideren discriminatorias, es indispensable que estas puedan ser comprendidas y auditadas. Esto es especialmente relevante para detectar discriminaciones indirectas por razón de género, que muchas veces se manifiestan de forma estadística o estructural, lo que a su vez combinaría estas dos miradas, la constitucional y la procesal, y que nos lleva a conectar con el tercer punto a través de una conclusión previa: la normativa nacional es insuficiente para abordar este problema. Tendremos que acudir a normativa supranacional, la cual empieza a dar sus primeros avances desde el año pasado a través de propuestas de *hardlaw* en forma de Reglamento de Inteligencia Artificial, en adelante RIA, y que no aborda de manera completa este planteamiento de respeto por el derecho de igualdad en ambos planos o perspectivas.

4. Un cruce de miradas ante una base normativa incompleta en materia de inteligencia artificial

En el contexto europeo, la entrada en vigor del RIA⁸ en 2024 representa, sin duda, un avance significativo hacia la regulación de los sistemas algorítmicos en los servicios públicos. Una de sus contribuciones más notables es la clasificación de los sistemas de IA en función del riesgo que implican para los derechos y libertades fundamentales. Especial mención merece la inclusión de los sistemas utilizados en el ámbito judicial dentro de la categoría de «alto riesgo», lo que implica una serie de exigencias reforzadas en materia de transparencia, trazabilidad, posibilidad de auditoría y supervisión humana constante. Estas exigencias no son meras formalidades técnicas, sino salvaguardas esenciales para proteger la dignidad humana, la igualdad ante la ley y el derecho a un proceso justo, lo que desemboca en ese cruce de miradas.

Sin embargo, y a pesar de los avances regulatorios, el marco normativo sigue presentando carencias importantes desde la perspectiva constitucional. La arquitectura jurídica del RIA, por ambiciosa que sea, no termina de responder adecuadamente a una cuestión crucial: ¿qué mecanismos concretos de defensa tiene un ciudadano cuando es víctima de una decisión injusta o discriminatoria adoptada, total o parcialmente, por un sistema algorítmico?

Ni el RIA ni las legislaciones nacionales que ya lo han desarrollar, como es el caso de España con la citada Ley 15/2022, de igualdad de trato y no discriminación, abordan con claridad qué ocurre cuando una herramienta algorítmica incurre en lo que se ha venido denominando discriminación algorítmica. ¿Puede una persona ampararse en el principio de igualdad para impugnar una resolución judicial influida por un modelo estadístico opaco?, o de igual modo, ¿qué medios tiene para acceder a la lógica del algoritmo, para comprenderla, cuestionarla y exigir reparación efectiva si ha sido perjudicada? Estas dos preguntas, de las cuales podrían derivarse muchas más, plantean aún que queda mucho camino por recorrer en este plano, tanto desde el punto de vista constitucional como procesal.

Además, detrás de todo ello, se esconde algo más importante pues deriva en saber qué tipo de justicia que queremos construir: una justicia deliberativa, atenta a las circunstancias del caso concreto y al valor de la equidad o la igualdad, o una justicia estadística, despersonalizada, que prioriza la eficiencia sobre los principios fundacionales del Estado de Derecho.

8 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). «DOUE» núm. 1689, de 12 de julio de 2024, páginas 1 a 144 (144 págs.)

Llegamos a la conclusión de que el ideal ilustrado de justicia como garantía de igualdad y tutela efectiva se ve comprometido si los ciudadanos no pueden conocer ni controlar los procedimientos algorítmicos que influyen en sus causas judiciales, donde el ciudadano, al no comprender cómo funciona el algoritmo, se convierte en una especie de sujeto pasivo frente a una maquinaria cuya lógica le resulta ininteligible, lo que en último término acaba mermando su derecho de defensa desde una perspectiva global⁹.

Respecto a este planteamiento, a nivel nacional es particularmente preocupante la aprobación del Real Decreto-ley 6/2023, que introduce importantes cambios en la organización judicial, incluyendo elementos que afectan directamente a derechos fundamentales, y cuya forma no concuerda con el cauce exigido por el art. 81 CE, que reserva esta materia a leyes orgánicas para introducir actuaciones judiciales proactivas, asistidas y automatizadas y que no se paran a pensar en cómo garantizar ni la igualdad efectiva en su aplicación y arquitectura algorítmica, ni la evaluación de impacto sobre derechos fundamentales constitucionales como los derechos emanados del debido proceso, al plantearse como IA de alto riesgo. Podríamos decir así que este RD no es solo contrario a la CE sino al propio RIA.

Partiendo de que ambas visiones de la igualdad, la constitucional de igualdad sustantiva y la procesal respecto a la igualdad de armas, se ven desafiadas por la creciente incorporación de algoritmos en el sistema de justicia, debemos reflexionar sobre el encaje de esta triple tipología de actuaciones introducidas por el RD.

Si bien la automatización de tareas repetitivas como notificaciones o citaciones puede mejorar la eficiencia sin comprometer la equidad, el riesgo surge cuando estas tecnologías se extienden a funciones más complejas como la adopción de medidas cautelares a través de criterios de peligrosidad o reincidencia, pues en estos casos, si los algoritmos son entrenados con datos que reflejan prejuicios históricos o que invisibilizan las diferencias específicas entre hombres y mujeres, podrían reproducir esas mismas desigualdades bajo una apariencia de neutralidad técnica.

De igual modo, la problemática se agrava en las actuaciones proactivas, como los sistemas predictivos que buscan anticipar comportamientos, al volver sobre parámetros de reincidencia o peligrosidad, o incluso en las actuaciones asistidas, donde creemos que los algoritmos no reemplazan al juez, pero influyen en su razonamiento. Si estas herramientas replican patrones históricos sin incorporar una perspectiva de género, pueden limitar la capacidad del operador judicial para ejercer su juicio crítico y autónomo y que en último lugar también acabe afectando a la igualdad de armas procesales, y en último lugar, al derecho de defensa¹⁰.

Por ello, asegurar la igualdad en la justicia algorítmica requiere una doble visión: garantizar que la arquitectura constitucional del derecho no se vea erosionada por decisiones automatizadas que perpetúan desigualdades, y proteger la igualdad de armas dentro del proceso judicial, con el fin de evitar que las partes enfrenten barreras tecnológicas que comprometan su derecho a una defensa plena. Así, podemos decir que la solución no pasa únicamente por introducir auditorías o crear sellos éticos, sino por garantizar efectivamente que cualquier decisión judicial, aunque apoyada en IA, siga siendo comprensible, revisable y atribuible a un ser humano con responsabilidad jurídica.

Debemos ser conscientes de que incorporar IA en la justicia no puede entenderse como un atajo tecnocrático hacia una supuesta y mal llamada eficiencia, sino como un espacio de verdadero riesgo normativo que debe abordarse con rigor, prudencia y, sobre todo, con un compromiso inquebrantable con los principios del Estado de Derecho. Somos partidarios de que solo a través de una supervisión crítica, interdisciplinar y con enfoque de género, será posible avanzar hacia una justicia verdaderamente justa, inclusiva y libre de sesgos de todo tipo, incluidos por supuesto los de género.

9 BARRIO ANDRÉS, M., «Objeto, ámbito de aplicación y sentido del Reglamento Europeo de Inteligencia artificial», *El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Valencia, 2024, págs. 21-48.

10 BUENO DE MATA, F., «Sistemas de gestión procesal, inteligencia artificial generativa y justicia orientada al dato: retos y desafíos», *IUS ET SCIENTIA*, 10(2), 2024, págs. 11-32. <https://doi.org/10.12795/IESTSCIEN-TIA.2024.I02.01>

5. Conclusiones

La IA, lejos de ser solo una innovación técnica o un avance tecnológico, interpela de manera directa a los cimientos del constitucionalismo y el procesalismo contemporáneo. Su incorporación creciente en las esferas públicas y privadas obliga a repensar categorías jurídicas fundamentales desde una mirada que conjugue la eficacia instrumental con una adhesión firme a los principios normativos del Estado de Derecho, particularmente al de igualdad. Esta igualdad, sin embargo, debe ser entendida en su doble dimensión: como principio constitucional estructural y como garantía procesal efectiva. En su dimensión constitucional, la igualdad no se limita a una declaración formal ante la ley, sino que exige una acción positiva del Estado para dismantelar estructuras históricas de exclusión y discriminación de la mujer frente al hombre. En el plano procesal, la igualdad se manifiesta como la exigencia de que todo proceso parta del cumplimiento básico de contracción y que por ende garantice condiciones las mismas oportunidades procesales a ambas partes.

Desde esta doble óptica, resulta imperativo construir una arquitectura jurídica robusta, capaz de anticipar y regular los impactos estructurales de la inteligencia artificial en el sistema judicial. Dicha normativa debe imponer límites claros a la reproducción o profundización de desigualdades, especialmente de género, por parte de algoritmos y sistemas automatizados, así como al mismo tiempo, asegurar la trazabilidad de los algoritmos y la transparencia de sus lógicas de funcionamiento para asegurar de manera global el derecho de defensa.

Ello implica adoptar una mirada crítica y garantista, que no ceda a la fascinación tecnológica sin evaluar sus consecuencias en términos de justicia, equidad y derechos. Solo con normativas visionarias que aseguren que los sistemas digitales sean transparentes, auditables y libres de sesgos de género, se podrá avanzar hacia una justicia respetuosa con los principios y garantías procesales, por un lado, e igualitaria para mujeres y hombres por otro.

En este contexto de transformación digital, el pensamiento de maestras del derecho constitucional como la aquí homenajeada, la profesora Figueruelo Burrieza, se muestra de una vigencia indiscutible. Su enfoque doctrinal, profundamente garantista, comprometido con la defensa de la igualdad entre mujeres y hombres y también desde una perspectiva de respeto a los principios procesales constitucionales, proporciona herramientas conceptuales imprescindibles para abordar los desafíos que plantea la inteligencia artificial desde una perspectiva humana e inclusiva a aquellos que deban legislar sobre la materia.

El gran reto, entonces, consistirá en diseñar una justicia digital que no sacrifique sus fundamentos, principios y garantías en nombre de una mal llamada eficiencia, sino que los reafirme desde una perspectiva igualitaria, tanto en su acepción constitucional como en la procesal. Para dicha tarea, el legado doctrinal de la profesora Figueruelo Burrieza será necesario para avanzar hacia la construcción de una idea de justicia que no solo reacciona «en caliente» a los avances tecnológicos, sino que se anticipa, que no se limita a reconocer derechos, sino que los realiza y salvaguarda.

INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y OBLIGACIONES TRIBUTARIAS¹

Lorenzo M. Bujosa Vadell

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca*

Sumario. 1. Introducción. 2. El domicilio como espacio constitucionalmente protegido. 3. La restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el ámbito tributario y sus presupuestos. 3.1. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3.2. La exigencia de proporcionalidad. 3.3. La conveniente previsión legal. 3.3.1. Regulación general. 3.3.2. Regulación en la legislación tributaria. 3.3.3. Regulación específica en el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria. 3.4. La necesaria jurisdiccionalidad de la diligencia. 3.5. La concreción de otros presupuestos formales y materiales. 3.5.1. La cuestión de la exigencia de requerimiento previo. 3.5.2. La necesidad de justificación y de motivación. 4. Obligaciones tributarias y derecho al entorno virtual.

1. Introducción

En los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno se proclama el deber general de contribuir —que en el caso español se sitúa al máximo nivel constitucional—. Así el apartado primero del artículo 31 CE dispone que «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá carácter confiscatorio».

Para asegurar el cumplimiento de este deber público, la propia Administración cuenta con un importante despliegue normativo y orgánico que, aún en el ámbito de la ley fundamental española, debe completarse con el principio de eficacia proclamado en el artículo 103.1 CE². En este entramado institucional es posible observar diversas manifestaciones de la potestad administrativa que, desde el punto de vista del obligado tributario, se concretan en una serie de derechos y deberes configurados legalmente. Entre estos últimos, se encuentra la obligación de suministrar la información que sea requerida, tal y como establece el artículo 93 de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT)³.

1 Ha sido un privilegio compartir durante muchos años la vida académica en nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca con la ilustre Dr.^a Figueruelo Burrieza, mi querida Ángela, cuya magnanimidad y alto espíritu universitario han sido, y siguen siendo, modelicos para mí y para una larga sucesión de generaciones de estudiantes y de profesores.

2 Este primer apartado del artículo 103 establece que «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

3 El artículo 30.2.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, establece que «Los obligados tributarios

A su vez, se atribuye a la Administración tributaria la función de «comprobar e investigar los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones, negocios, valores y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria para verificar el correcto cumplimiento de las normas aplicables» (art. 115.1.I LGT). Ante el ejercicio de estas actividades de comprobación e investigación, el obligado tributario debe «atender a la inspección», a la que deberá prestar «la debida colaboración en el desarrollo de sus funciones» (art. 142.3.I LGT).

En este sentido se añade que «El obligado tributario que hubiera sido requerido por la inspección deberá personarse, por sí o por medio de representante, en el lugar, día y hora señalados para la práctica de las actuaciones, y deberá aportar o tener a disposición de la inspección la documentación y demás elementos solicitados» (art. 143.3.II LGT). Pero, en ocasiones, a los inspectores, con el objetivo de investigar los supuestos de hecho de las obligaciones tributarias, comprobar la veracidad y exactitud de las declaraciones presentadas, entre otras finalidades⁴, se les permite entrar «en las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen, existan bienes sujetos a tributación, se produzcan hechos imponibles o supuestos de hecho de las obligaciones tributarias o exista alguna prueba de los mismos» (art. 142.2.I LGT).

En todo caso, como continúa diciendo el mencionado precepto, para el acceso a tales lugares, será preciso un acuerdo de entrada de la autoridad administrativa que se determine reglamentariamente, salvo que el obligado tributario o la persona bajo cuya custodia se encontraren otorguen su consentimiento para ello. Puede suceder, no obstante, que la entrada a la que se dispongan los funcionarios de la inspección coincida con el espacio al que la propia Constitución otorga una protección especial, por desarrollarse en él buena parte de la privacidad⁵, con lo que se hace imprescindible conciliar cuidadosamente ambos intereses de alto nivel en los casos concretos: el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

2. El domicilio como espacio constitucionalmente protegido

El artículo 18.2 CE, en la sección que goza de mayor protección en nuestro texto fundamental, reconoce que «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito». La inviolabilidad del domicilio se reconoce, por tanto, como derecho fundamental en el máximo nivel constitucional.

El ámbito de vigencia habitual de este precepto es, naturalmente, la investigación penal, como ya deja ver el texto que se acaba de transcribir. La comprobación de los hechos y la averiguación de los delincuentes conlleva con frecuencia la necesidad de buscar elementos probatorios escondidos en espacios donde se desarrolla la privacidad constitucionalmente protegida⁶. Pero también en la aplicación de las normas tributarias se plantea la necesidad de asegurar el

que realicen actividades económicas, así como aquellos que satisfagan rentas o rendimientos sujetos a retención o ingreso a cuenta, intermedien o intervengan en operaciones económicas, profesionales o financieras, deberán suministrar información de carácter general en los términos que se establezca en la normativa específica y en este capítulo» y el apartado tercero añade, entre otras disposiciones, que «El cumplimiento de la obligación de información también podrá consistir en la contestación a requerimientos individualizados relativos a datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas».

- 4 Como se afirma en artículo 145.3 LGT: «La investigación tendrá por objeto descubrir la existencia, en su caso, de hechos con relevancia tributaria no declarados o declarados incorrectamente por los obligados tributarios».
- 5 Como señalaba el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC), entre otras, en su sentencia 10/2002, de 17 de enero, «es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima».
- 6 Así, por ejemplo, GIMENO SENDRA, V., en *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2.ª ed., 1997, p. 437: «Se entiende por diligencia de entrada la resolución judicial por la que se restringe el derecho fundamental a la “inviolabilidad del domicilio” con objeto de practicar la detención del imputado o de asegurar el cuerpo del delito».

cumplimiento del deber de contribuir y para ello puede ser necesario autorizar restricciones al derecho fundamental en casos suficientemente justificados y sometidos a los parámetros de proporcionalidad.

Es necesario ante todo determinar qué entender por domicilio. En un principio, el artículo 40 del Código Civil español recoge la definición más utilizada que, para las personas naturales, lo hace coincidir con el lugar de la residencia habitual. Hay, además, una definición más amplia aplicable al ámbito tributario: En principio el apartado primero del artículo 48 LGT dispone que el domicilio fiscal «es el lugar de localización del obligado tributario en sus relaciones con la Administración tributaria», lo cual dista de ser realmente una definición. Es el apartado segundo el que desmenuza diversas posibilidades y, para cada una de ellas, llena de contenido esa primera regla: Para las personas físicas, será también el lugar donde tengan su residencia habitual, pero con una ampliación que conviene destacar: «para las personas físicas que desarrollen principalmente actividades económicas, en los términos que reglamentariamente se determinen, la Administración tributaria podrá considerar como domicilio fiscal el lugar donde esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de las actividades desarrolladas. Si no pudiera establecerse dicho lugar, prevalecerá aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado en el que se realicen las actividades económicas». Por lo que se refiere a las personas jurídicas, se entiende que es «su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en el que se lleve a cabo dicha gestión o dirección»⁷. Todo ello entre otros supuestos que no interesan directamente a nuestro estudio.

El Tribunal Constitucional, no obstante, ha destacado que ninguna de estas definiciones coincide con la que se deriva de la Constitución⁸, pues no se trata de proteger el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella (STC 22/1984, de 17 de febrero, 5.º). Y aún de manera más desarrollada: «este derecho fundamental de la persona se ha establecido «para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública» y, por tanto, si «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima» (STC 22/1984, fundamento jurídico 5.º)» (STC 171/1999, de 27 de septiembre, F.J. 9.º).

Hay una conexión directa entre este derecho fundamental y la proclamación situada en el frontispicio del Título I de la CE («De los derechos y deberes fundamentales») por la que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE)⁹. Pero ni siquiera los derechos que se encuentran en la sección más protegida del texto constitucional son inmunes a limitaciones o restricciones que se deriven de otros intereses públicos también constitucionalmente relevantes. Por tanto, dentro de los márgenes de lo imprescindible, y con el cumplimiento de los presupuestos formales y materiales¹⁰, será legítima

7 Se añade, para los casos en que no pueda determinarse el lugar del domicilio fiscal de acuerdo con los criterios anteriores, que prevalecerá aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado.

8 Así, la STC 10/2002, de 17 de enero: «la idea de domicilio que utiliza el art. 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado y en especial en el art. 40 del Código Civil como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones»; en segundo lugar, que el concepto constitucional de domicilio tiene «mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo» (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, Fundamento Jurídico —en adelante FJ— 2.º; 94/1999, de 31 de mayo, F.J. 5), y no «admite concepciones reduccionistas [...] como las] que lo equiparan al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación» (STC 94/1999, de 31 de mayo, F.J. 5.º)».

9 Como destaca GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J., *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 57: «Se considera la inviolabilidad de domicilio como una consecuencia inmediata de la seguridad personal, en cuanto que domicilio (sic) que se habita se entiende como una prolongación de la personalidad».

10 CABEZUDO BAJO, M.J., *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Iustel, Madrid, 2004, pp. 37-40, resume con claridad las exigencias en este sentido: «Conforme al principio de legalidad, toda restricción de derechos fundamentales debe encontrarse legalmente prevista, tal y como lo ha manifestado el Tri-

la restricción. Los artículos 545 y ss. de nuestro código de procedimientos penales, es decir, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) articulan una serie de garantías para canalizar las posibilidades para una válida limitación del derecho a la inviolabilidad del domicilio¹¹, que han sido, a su vez, desarrolladas por una amplia jurisprudencia.

3. La restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio en el ámbito tributario y sus presupuestos

3.1. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

En el caso *Funke* (STEDH 25 de febrero de 1993), se examinó el caso de tres agentes de aduanas de Estrasburgo (Francia) que, acompañados por un agente de la policía judicial, se dirigieron al domicilio del reclamante y de su esposa para obtener «datos sobre sus bienes en el extranjero», a partir de la información facilitada por los servicios fiscales de Metz.

Recuerda el Tribunal europeo que los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) gozan de un cierto margen de apreciación para valorar la necesidad de la injerencia en el derecho humano, pero junto a ello existe un control supranacional por parte del TEDH; en este asunto, con base en el apartado segundo del artículo 8 del Convenio¹². En este contexto, se recuerda que las excepciones deben interpretarse de manera estricta y su necesidad en el caso concreto debe justificarse de manera convincente.

De manera muy pertinente para lo que estamos tratando en estas páginas, se afirma que, en el ámbito de la lucha contra la evasión de capitales y contra la evasión fiscal, los Estados encuentran serias dificultades derivadas de la extensión y la complejidad de las redes bancarias y de los circuitos financieros, así como de las múltiples posibilidades de transferencias internacionales que se ven facilitadas por la relativa permeabilidad de las fronteras. Por ello, puede considerarse necesario recurrir a determinadas medidas como las visitas domiciliarias y las incautaciones con el fin de obtener pruebas materiales respecto a las infracciones cometidas y así poder perseguir a sus autores. No obstante, se exige que la legislación y la práctica en esta materia ofrezcan garantías adecuadas y suficientes contra los abusos (§ 56).

Por ello, la Corte reconoce que pueden considerar necesario recurrir a determinadas medidas, como visitas domiciliarias e incautaciones, para establecer pruebas materiales de los delitos de cambio y continuar con el caso de los posibles autores. Su legislación y su práctica en este ámbito también deben ofrecer garantías adecuadas y suficientes contra los abusos¹³.

Pero, en el caso concreto el Tribunal entiende que hay una vulneración del artículo 8.2 CEDH, pues en el momento de los hechos la Administración aduanera tenía, conforme a la ley vigente, amplios poderes para evaluar la idoneidad, el número, la duración y la intensidad

bunal Constitucional y el TEDH. En particular, el principio de legalidad constituye un presupuesto formal de las restricciones de derechos fundamentales, sin perjuicio de que la ley deba incluir un determinado contenido» y «en virtud del principio de justificación teleológica, las medidas restrictivas de derechos fundamentales tienen que orientarse a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo».

11 Así, el artículo 545 dispone: «Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes».

12 En efecto, el mencionado artículo 8 lleva como encabezamiento: «Derecho al respeto a la vida privada y familiar» y establece que: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

13 Se remite el TEDH a este respecto al caso *Klass y otros contra Alemania* (S de 6 de septiembre de 1978), donde, en relación con un caso de vigilancia secreta de comunicaciones, se determina que la injerencia es admisible solo en tanto que sea estrictamente necesaria para la salvaguarda de las instituciones democráticas.

de las operaciones de control. En ausencia de una autorización judicial, las restricciones y las condiciones previstas legalmente aparecen como demasiado laxas e incompletas para que la interferencia en los derechos sea considerada estrictamente proporcional al objetivo legítimo que se pretendía perseguir. Además, en ningún momento esta Administración interpuso denuncia alguna contra el Sr. Funke por infracción de las normas sobre relaciones financieras con el extranjero.

Son muy numerosas las resoluciones del alto tribunal europeo que abundan en la cuidadosa restricción excepcional de los derechos que proclama el CEDH. Ciertamente, ni siquiera los derechos fundamentales son absolutos¹⁴, pero aparecen como elementos esenciales de las sociedades democráticas de modo que las limitaciones deben estar proporcionalmente justificadas. Valga el caso citado como un valioso punto de partida para considerar cómo se pueden articular estas restricciones en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones tributarias.

3.2. La exigencia de proporcionalidad

Recordemos que, de la formulación constitucional del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), se derivan tres vías para la injerencia, o como dice el propio texto constitucional, para la entrada o registro del espacio que calificamos como «domicilio»: la flagrancia, el consentimiento y la autorización judicial. Respecto a la flagrancia la propia LECrim nos ofrece una definición en el artículo 795 a efectos de la aplicación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos¹⁵ que, por el propio contexto y finalidad del Derecho tributario, en principio no sería aplicable¹⁶.

En segundo lugar, el ejercicio del derecho a la inviolabilidad del domicilio es disponible, de modo que su titular puede autorizar el acceso a los lugares donde desarrolla su privacidad, sin que se vea vulnerado el contenido esencial del derecho constitucionalmente protegido. Pero, como es obvio, no sería realista hacer depender el cumplimiento del deber de contribuir al sostenimiento de los fondos públicos del consentimiento del obligado tributario; es más, desde el punto de vista jurídico, la proclamación del artículo 31 CE perdería sentido y se desnaturalizaría del todo su condición de deber constitucional. Sin embargo, las especiales circunstancias que deberán considerarse en caso de ausencia de consentimiento —en particular, la relevancia del derecho que se pretende restringir— obligan, desde las propias exigencias constitucionales, a reforzar las garantías, de modo que sólo sujetos que gocen de las características de la jurisdicción puedan autorizar válidamente las limitaciones con alcance constitucional. De ahí que la tercera opción que expresamente prevé el apartado segundo del artículo 18 para la entrada o registro de un domicilio es una resolución judicial.

14 En este sentido, el Auto del Tribunal Constitucional (en adelante ATC) 29/1990, de 26 de marzo, F.J. 4.º, señala: No existen derechos ilimitados y la restricción de un derecho fundamental tiene su fundamento, bien directamente en la Constitución o bien en el respeto de otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos como es el deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos del art. 31.1 de la C.E., a cuyo fin el ordenamiento atribuye a la Administración tributaria un haz de potestades, entre ellas las de inspección y comprobación de los hechos imposables, que podrá realizarse, en los casos y modos previstos por la Ley, dentro del domicilio particular del sujeto pasivo o de terceras personas donde pueda existir alguna prueba de los mismos.

15 El artículo 795.1.1.º LECrim establece que: «A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él».

16 Decimos «en principio» porque habría que considerar si es posible cometer alguno de los delitos contra la Hacienda Pública tipificados en el Código Penal con las circunstancias de flagrancia descritas en el artículo 795.1.1.º LECrim. En cualquier caso, estos supuestos interesarían a la vertiente de persecución penal, y no a los que consideraremos en el texto, referidos a la actuación inspectora de la Administración y, por tanto, derivados de las previsiones de la LGT.

Refiriéndose a la amplia discrecionalidad de que ha de gozar la actividad administrativa de policía y a la necesidad, en ocasiones, de hacer uso de la coacción para limitar la libertad individual, PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO destacan que «ha de verse contrapesada con la proporcionalidad, si queremos que esté en adecuada relación con el mal que se trata de evitar, para lo que ha de adoptar las medidas menos perjudiciales a los derechos e intereses de los ciudadanos»¹⁷. Como continúan diciendo, compete a la jurisdicción la aplicación de este baremo, como instrumento de control en el caso concreto, «a fin de constatar si el sentimiento subjetivo de la Administración sobre lo que es el interés colectivo justifica suficientemente la limitación de derechos privados o meramente individuales».

3.3. La conveniente previsión legal

3.3.1. Regulación general

En la actividad de control al que los órganos jurisdiccionales competentes deben someter a las diferentes Administraciones, por supuesto, aquéllos están sujetos a la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), y especialmente al sometimiento exclusivo al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Es la ley, por consiguiente, la primera encargada de suministrar los parámetros para la concreción de las consideraciones de proporcionalidad. En muchas ocasiones, el legislador ha obviado esta exigencia lógica, haciendo derivar con ello la responsabilidad política que conllevan las respectivas opciones legales a sujetos a los que no les corresponderían, pero que se ven obligados a resolver necesariamente los asuntos que se les plantean¹⁸. Por ello, respecto a la necesidad de que la inspección tributaria pueda entrar en un lugar constitucionalmente protegido es preciso verificar si contamos con habilitaciones legales suficientes.

En términos generales, es la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) la que fija la primera base de naturaleza legal. Así, al referirse a la ejecución forzosa de decisiones administrativas, «respetando siempre el principio de proporcionalidad», prevé varios medios de limitación de derechos, entre los que debe elegirse el menos restrictivo, y especialmente, en el apartado tercero del artículo 100 se refiere a lo que más nos interesa: «Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado o en los restantes lugares que requieran la autorización de su titular, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial». Como puede verse, el nivel de generalidad es prácticamente el mismo que el del artículo 18, pero debemos más allá, buscando en la legislación tributaria.

3.3.2. Regulación en la legislación tributaria

El párrafo tercero del apartado segundo del artículo 142 LGT contiene algunas precisiones para lo que nos interesa, aunque todavía muy generales. Establece que, cuando en el ejercicio de las actuaciones inspectoras sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido del obligado tributario¹⁹, se aplicará lo dispuesto en el artículo 113 de esta misma Ley, y que a la solici-

17 PEDRAZ PENALVA, E., y ORTEGA BENITO, V., «Principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», en PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid, 1990, pp. 279-280. En este mismo sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR, SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pp. 43-44, afirma que «La atribución de discrecionalidad a la Administración la habilita para elegir entre dos o más soluciones alternativas, ajustadas todas ellas a Derecho. Su tipo ideal lo constituyen las denominadas "disposiciones de poder" (Kann-bestimmungen). Sin embargo, desde hace algún tiempo ya, se tiende a limitar la discrecionalidad mediante el criterio de la proporcionalidad».

18 Ejemplo claro de lo que está señalando en el texto está en el gran retraso en cuanto a la regulación normativa de las interceptaciones de comunicaciones, que dio lugar a varias condenas a España por el TEDH y también, en diversos casos, a ácidas polémicas en la opinión pública ante las consecuencias jurídicas de la aplicación de la doctrina sobre las pruebas ilícitas.

19 Es importante señalar que entre estos obligados tributarios están también las personas jurídicas, como destaca la STS 795/2023, Sala 3.ª, de lo contencioso-administrativo, de 14 de junio: «Ninguna duda hay

tud de autorización judicial deberá incorporarse el acuerdo de entrada que haya suscrito la autoridad administrativa que reglamentariamente se determine²⁰.

El eje de la regulación pertinente se encuentra, pues, en el artículo 113 LGT, que lleva como encabezamiento el de «Autorización judicial para la entrada en el domicilio de los obligados tributarios». Recoge en el primer párrafo la necesidad de que la Administración Tributaria obtenga, bien el consentimiento, bien la oportuna autorización judicial, cuando en las actuaciones y en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo. Algún paso más se da en los siguientes párrafos: se exige que la solicitud de autorización judicial para la ejecución del acuerdo de entrada en el domicilio esté «debidamente justificada» y deberá motivar la finalidad, la necesidad y la proporcionalidad de dicha entrada. Es, por tanto, la propia Administración la que debe ofrecer la base material para la decisión jurisdiccional.

En el párrafo final de este artículo, se añaden algunas importantes consideraciones sobre el momento procedimental oportuno, al establecer que es posible presentar la solicitud, y también conceder la autorización judicial para la entrada y registro, aun con carácter previo al inicio formal del correspondiente procedimiento, siempre que se contengan unos elementos concretos, lo que contribuye a la seguridad jurídica. En el acuerdo de entrada deben contenerse: la identificación del obligado tributario, los conceptos y períodos que van a ser objeto de comprobación y se aporten al órgano judicial.

3.3.3. Regulación específica en el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria

Como era de esperar, más minucioso es el desarrollo reglamentario de estas disposiciones, en particular por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

Entre las disposiciones generales de este Reglamento se determina que en los requerimientos de información se concederá un plazo para la aportación de lo solicitado, pero cuando se trate los órganos de inspección o recaudación podrán iniciarse inmediatamente, incluso sin previo requerimiento escrito, en caso de que lo justifique la naturaleza de los datos a obtener o de las actuaciones.

de que este es uno de los derechos fundamentales de los que pueden ser titulares las personas jurídicas, según reiterada jurisprudencia que no es preciso recordar. Por tanto, tampoco la hay de que Frío, Calor y Electricidad, S.L. tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio de manera que en él no se puede entrar sin el consentimiento expreso de su representante legal o sin autorización judicial. No se discute que la entrada fue consentida y no consta reserva a la misma.

Ciertamente, ese acceso al domicilio por parte de los funcionarios actuantes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria sólo tenía por objeto examinar la documentación tributariamente relevante. Ahora bien, a efectos de la garantía del artículo 18.2 de la Constitución, ninguna infracción cabe imputar a la sentencia por no haber advertido lesión de este derecho fundamental ya que no la hubo, tal como destacan el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. La entrada fue consentida y la Inspección de Tributos se circunscribió a la búsqueda de la documentación relativa a los tributos sin que se haya acreditado que fuera más allá —o se presentaran indicios de ello— y se hiciera con información distinta».

- 20 Es interesante tener en cuenta el contexto literal del apartado segundo en su conjunto: «Cuando las actuaciones inspectoras lo requieran, los funcionarios que desarrollen funciones de inspección de los tributos podrán entrar, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, en las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen, existan bienes sujetos a tributación, se produzcan hechos imponibles o supuestos de hecho de las obligaciones tributarias o exista alguna prueba de los mismos. Para el acceso a los lugares mencionados en el párrafo anterior de los funcionarios de la inspección de los tributos, se precisará de un acuerdo de entrada de la autoridad administrativa que reglamentariamente se determine, salvo que el obligado tributario o la persona bajo cuya custodia se encontraren otorguen su consentimiento para ello. Cuando para el ejercicio de las actuaciones inspectoras sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido del obligado tributario, se aplicará lo dispuesto en el artículo 113 de esta Ley. La solicitud de autorización judicial requerirá incorporar el acuerdo de entrada a que se refiere el mencionado artículo, suscrito por la autoridad administrativa que reglamentariamente se determine».

nes a realizar y el órgano actuante se limite a examinar documentos, elementos o justificantes que deban estar a su disposición. Si se trata de información que no deba estar a disposición de esos órganos, se concederá el plazo para la aportación o para dar las facilidades necesarias a los órganos de inspección o de recaudación actuantes para que puedan obtenerla directamente (art. 55.2).

Conforme al artículo 173 de este mismo legal, configura el deber de atender a los órganos de inspección, cuando el personal inspector se persone sin previa comunicación en el lugar donde deban practicarse las actuaciones²¹. El obligado tributario o su representante deberán hallarse presentes en las actuaciones inspectoras cuando a juicio del órgano de inspección sea preciso para la adecuada práctica de aquellas. Y, entre otras disposiciones, se faculta al personal inspector, realizar mediciones o tomar muestras, así como obtener fotografías, croquis o planos; exigir la exhibición de objetos determinantes de la exacción de un tributo; analizar los sistemas y equipos informáticos mediante los que se lleve a cabo, total o parcialmente, la gestión de la actividad económica..., actividades todas ellas que pueden afectar a la noción constitucional de domicilio.

Aunque estos preceptos parecen estar dirigidos a conminar la colaboración del obligado tributario, priorizando el deber de contribuir, no puede desconocer las normas constitucionales, y por eso, como no podía ser de otra manera, el Reglamento General también exige para esos casos, bien el consentimiento del interesado²², bien la autorización judicial²³. En este último caso, las actuaciones deberán ajustarse a lo que disponga la autorización en relación con la jornada y el horario para realizarlas (art. 90.3).

En efecto, el artículo 172 se refiere, de manera pormenorizada, a la entrada y reconocimiento de fincas, y atribuye esta facultad a los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración tributaria que desarrollen actuaciones inspectoras, y en ello se incluye la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido del obligado tributario. Incluso, en estas diligencias, se les permite adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias. Es importante resaltar, además, que el control jurisdiccional no solo es previo, para otorgar la autorización de entrada y reconocimiento, sino también posterior: de este modo, los funcionarios que se han realizado la diligencia, una vez finalizada la entrada y reconocimiento, deberán comunicar al órgano jurisdiccional que emitió la resolución de autorización las circunstancias, las incidencias y los resultados obtenidos.

21 Se añade que, en caso de no encontrarse allí el obligado tributario, cualquiera de las personas encargadas o responsables tales lugares deberán colaborar en las actuaciones, sin perjuicio de que en el mismo momento y lugar se pueda requerir la continuación de las actuaciones en el plazo que se señale y adoptar las medidas cautelares que resulten procedentes

22 Respecto a la emisión del consentimiento, el apartado 5 del artículo 172 del Reglamento General introduce una presunción de consentimiento, cuando el obligado tributario o la persona bajo cuya custodia se encuentre el domicilio constitucionalmente protegido ejecuten los actos normalmente necesarios que dependan de ellos para que las actuaciones puedan llevarse a cabo. Se admite, por tanto, no solo el consentimiento expreso, sino también el tácito, pero para expresarlo no es suficiente la ausencia de oposición a la entrada y reconocimiento, sino que exige la realización de alguna actividad dirigida a facilitar la actuación inspectora. En todo caso, el consentimiento es revocable, incluso antes de la finalización de las actividades inspectoras que se estén llevando a cabo. En estos casos, la defensa del interés público justifica la atribución a los funcionarios de inspección de la facultad de adoptar las medidas cautelares aplicables conforme al artículo 146 LGT, es decir, las dirigidas a impedir que desaparezcan, se destruyan o alteren las pruebas determinantes de la existencia o cumplimiento de obligaciones tributarias o que se niegue posteriormente su existencia o exhibición, y que podrán consistir, en su caso, en el precinto, depósito o incautación de las mercancías o productos sometidos a gravamen, así como de libros, registros, documentos, archivos, locales o equipos electrónicos de tratamiento de datos que puedan contener la información de que se trate. Deberán ser proporcionadas y limitadas temporalmente, sin que puedan adoptarse aquellas que puedan producir un perjuicio de difícil o imposible reparación.

23 Se dispone asimismo que el acuerdo de entrada incorporado a la solicitud de autorización judicial corresponderá a las autoridades siguientes:
«En el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, cuando el obligado tributario o la persona bajo cuya custodia se encontraran los mencionados lugares (sic) se opusiera a la entrada de los funcionarios de inspección, se precisará de un acuerdo de entrada del delegado o del director de departamento del que dependa el órgano actuante, sin perjuicio de la adopción de las medidas cautelares que procedan.
En el ámbito de la Dirección General del Catastro el acuerdo a que se refiere el párrafo anterior corresponderá al Director General» (art. 172.2 y 3).

3.4. La imprescindible jurisdiccionalidad de la diligencia

Como excepción a la potestad de autotutela administrativa, debido a la relevancia constitucional y supranacional del derecho restringido, es necesaria la autorización judicial de su restricción, basada en las propias características de la Jurisdicción, en particular la de independencia, y de su corolario la imparcialidad²⁴. Pero esta función atribuida a ciertos órganos jurisdiccionales dista de implicar un mero control formal o de trámite automático.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su STC 137/1985, de 17 de octubre, F.J. 5.º: «esa resolución judicial de algún modo cabría reputar que se inserta en el procedimiento administrativo de ejecución forzosa, sin que se hallen ausentes determinadas posibilidades de formación de juicio por parte del titular del órgano jurisdiccional, juicio conducente al otorgamiento o denegación de lo instado, por plurales causas o motivos, que aquí no vamos a enumerar exhaustivamente, pero que tanto pueden ser discordancias en orden a la debida individualización del sujeto pasivo tributario, como a irregularidades trascendentes observadas en las actuaciones que se reflejan en los documentos que la Administración tributaria ha de presentar ante el Juzgado, con su solicitud de mandamiento de entrada en un domicilio» y, en el mismo sentido, conforme a la STC 144/1987, de 23 de septiembre, F.J. 2.º, se trata del «Juez garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiera efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que *prima facie* aparece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones de esa (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa»²⁵.

En la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, el artículo 130 establecía que «los Jueces de paz, comarcales o municipales, según el que exista en cada localidad» eran los competentes para autorizar la entrada del recaudador en el domicilio de los deudores responsables». A su vez, la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, otorgó la competencia a los jueces responsables de la investigación penal, es decir, a los Jueces de Instrucción. Hasta que la STC 76/1992, de 14 de mayo, declaró la inconstitucionalidad del artículo correspondiente «por considerarse ilegítima su inclusión en la Ley de Presupuestos por exceder de las atribuciones propias de su contenido». A su vez, la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ) introdujo el artículo 87.2, por el que se mantenía la competencia los Juzgados penales de Instrucción²⁶. No fue hasta que la Ley Orgánica 6/1998,

24 CALVO SÁNCHEZ, M.C., *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 23-24, respecto a la independencia e imparcialidad, afirma que se trata de: «dos características que están indisolublemente unidas y aparecen entre las denominadas garantías básicas y fundamentales, de tal manera que si la Jurisdicción no es independiente y los Jueces y Magistrados no son imparciales no puede decirse que se administre verdadera Justicia, consustancial con el Estado de derecho, que exige la tutela judicial efectiva por un órgano imparcial a través del debido proceso». Y añade: «Independencia e imparcialidad aparecen así como caracteres de los momentos desde los que puede ser contemplada la Jurisdicción; la independencia hace referencia al momento constitucional, a la Jurisdicción como Potestad; la imparcialidad se refiere al momento procesal, a la Jurisdicción como Función».

25 En palabras de la STC 76/1992, de 14 de mayo, F.J. 3.º, la ley, al encargar esta atribución a un órgano jurisdiccional, pretende «garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución de los actos administrativos, por lo que antes que imponerle la obligación de autorizar mecánicamente esas entradas, que ninguna garantía ofrecería a los derechos fundamentales, le ha otorgado la potestad de controlar, además de que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización, la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración, que éste sea dictado —por la autoridad competente—; que el acto aparezca fundado en Derecho y necesario para alcanzar el fin perseguido, y, en fin, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto».

26 En realidad, el artículo 87.6 se refería a «la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente de su titular, cuando ello proceda para la *ejecución forzosa de los actos de la Administración*» (la cursiva es nuestra). Pero el Tribunal Constitucional avaló la interpretación análoga por la que se podía aplicar también al procedimiento de inspección tributaria (Sentencia 50/1995, de 23 de febrero de 1995. F.J. 6.º).

de 13 de julio, cuando de manera mucho más razonable, la competencia pasó al orden contencioso administrativo, donde se residencia en la actualidad²⁷.

Así pues, los artículos que a día de hoy establecen la competencia para autorizar la entrada y reconocimiento en un domicilio son el artículo 91.2 LOPJ y el 8.6. 1 y IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo (LJCA). Conforme a ambos, serán los Juzgados de lo Contencioso-administrativo los que podrán autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración. Y, específicamente, el párrafo cuarto del apartado sexto del artículo 8 LJCA establece que conocerán también de las autorizaciones para la entrada en domicilios y otros lugares constitucionalmente protegidos, que haya sido acordada por la Administración Tributaria en el marco de una actuación o procedimiento de aplicación de los tributos aún con carácter previo a su inicio formal cuando, requiriendo dicho acceso el consentimiento de su titular, este se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición²⁸.

3.5. La concreción de otros presupuestos formales y materiales

Aún no es suficiente la concurrencia de una previsión legal y la atribución a un verdadero órgano jurisdiccional de la función de autorizar la decisión de entrada y reconocimiento en un domicilio, pues deben darse asimismo una serie de condiciones tanto formales como materiales.

3.5.1. La cuestión de la exigencia de requerimiento previo

Entre las primeras, aunque pudiera resultar evidente, debemos recordar que se encuentra la de que la autorización debe concederse respecto a un procedimiento de inspección que se está tramitando respecto a un determinado obligado tributario. Más discutida ha sido la exigencia de que el procedimiento inspector haya tenido que estar abierto previamente, e incluso notificado al inspeccionado²⁹. Sin embargo, como recuerda el ATC 129/1990, de 26 de marzo, basándose en el artículo 37.4 del ya derogado Reglamento General de la Inspección de los Tributos, las actuaciones de obtención de información pueden iniciarse «inmediatamente o incluso sin previo requerimiento escrito, cuando lo justifique la índole de los datos a obtener»³⁰, pues precisamente «la eficacia de la actuación de la Administración Tributaria —que es uno de los principios a que debe responder la actuación de la Administración Pública (art. 103.1 de la Constitución)— podría frustrarse injustificadamente, si la investigación de la inspección de los Tributos, que precisamente pretendió, según se indica expresamente en la solicitud de autorización judicial, personarse sin previo aviso, hubiera de aplazarse aun estando provista de autorización judicial, hasta la constancia formal de la denegación del consentimiento del titular del domicilio, que éste podría postergar sine die o dificultad en extremo; o cabe añadir ahora, si fuesen inexcusables dos personaciones

27 Vid. más ampliamente sobre esta evolución, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J., *La inviolabilidad del domicilio ante la inspección de los tributos*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 248-271.

28 La redacción procede del artículo duodécimo de la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

29 La STS, Sala 3.ª, de lo Contencioso-administrativo, 1231/2020, de 1 de octubre de 2020, refiriéndose a la existencia de un acto administrativo previo, de cuya ejecución se trata, afirma «que la ausencia de ese acto de decisión —máxime si es deliberada— impide el ejercicio de la competencia judicial, pues decae la finalidad explícita que justifica en la ley, la autorización de la Administración a entrar En el domicilio de las personas cuyo acceso requiera consentimiento del titular. Si no hay nada que ejecutar, amparado en un acto precedente, difícilmente se puede acceder a lo pedido».

30 Con las mismas expresiones y el mismo sentido, rige ahora el artículo 55.2.II del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio).

de la inspección, una de requerimiento y, sólo tras la negativa en ésta del titular del domicilio, otra con autorización judicial»³¹.

Desde la perspectiva de una investigación penal, que donde con mayor frecuencia se tienen que realizar las valoraciones relativas a la legitimidad de la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio aparece claramente que no es necesario recabar previamente el consentimiento. Es decir, entre las distintas opciones que justifican la limitación del derecho fundamental no hay una relación de subsidiariedad, porque lo contrario podría frustrar en la mayor parte de las veces la efectividad de la diligencia dirigida a la comprobación de los hechos y a la averiguación de los delincuentes (art. 299 LECrim)³².

La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de julio de 2023, se resume que en la evolución jurisprudencial, se enmarcan diversas sentencias, entre las que están las que se han citado más arriba y añade: «Pero como toda doctrina jurisprudencial, se construye a partir de las cuestiones litigiosas planteadas y para resolver los conflictos jurídicos planteados, en los términos de las alegaciones de las partes, y en la etapa en que se produjo la solicitud de entrada y el auto de autorización de este caso, la doctrina jurisprudencial no excluía la posibilidad de simular la notificación de aquel acto con la entrada en el domicilio».

3.5.2. La necesidad de justificación y de motivación

Aparte de las exigencias formales, ya consideradas, es importante detenernos brevemente en las de orden material o de fondo, que podrían resumirse, como hace la jurisprudencia, en la necesidad de justificación y de motivación de la autorización judicial. Pero, al referirnos a ellas, es necesario recordar algunos aspectos generales que inciden en la legitimidad de la diligencia de entrada y reconocimiento, y por tanto en la restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

En primer lugar, es preciso destacar la excepcionalidad, como se deriva de la abundante jurisprudencia del TEDH respecto a las limitaciones de los derechos humanos admitidas en una sociedad democrática. La situación ordinaria es la incolumidad del derecho y sólo en los casos en que esté estrictamente justificado se entenderá legítima la restricción. Aún más cuando tales medidas se adoptan *inaudita parte*, en cuyo caso se requerirá una explicación reforzada y específica³³.

Como se dispone respecto a las medidas tecnológicas de investigación penal que pueden también restringir derechos en el artículo 588 bis a) LECrim, la medida que se adopte debe estar relacionada con la investigación de una infracción concreta. Por tanto, no son admisibles medidas que tengan por objeto prevenir o descubrir infracciones o despejar sospechas sin base objetiva. Si se limita el disfrute de un derecho del más alto nivel, debe hacerse con suficiente y sólida justificación, por tanto, respecto a unos hechos específicos de los que se pueda derivar una sanción. Se trata del principio de especialidad, que actúa como una garantía frente a reminiscen-

31 En el FJ 6.º de la misma resolución: «Tampoco cabe admitir la argumentación principal en que el recurrente apoya su demanda de amparo, a saber: que la autorización judicial para la entrada de la inspección tributaria en el domicilio personal ha de ser siempre y en todo caso posterior (y subsidiaria al previo requerimiento del consentimiento de su titular y la subsiguiente negativa de éste. Es cierto que, por el juego mismo de los requisitos que el art. 18.2 de la C.E. exige para la entrada en domicilio, resultará así en la mayoría de los casos en que deba solicitarse la autorización del órgano judicial, pero ello no impide que, atendiendo a las circunstancias de cada caso, que el Juez debe ponderar —como así ha acontecido ahora—, pueda autorizarse la entrada en el domicilio sin previo aviso de su titular».

32 La citada STS 1231/2020, de 1 de octubre de 2020, precisa a este respecto: «... una cosa es *no anunciar la visita* —(...) cuando el conocimiento previo pudiera frustrar su eficacia— y otra bien distinta es no dar noticia de un procedimiento inspector, no solo no notificado sino no abierto aún, sólo dentro del cual cabría la adopción de tal medida de instar la solicitud de entrada. Admitir lo contrario sería tanto como vulnerar *a priori* el derecho fundamental, dejando la decisión en las exclusivas manos de la Administración (vid. arts. 87 y 90 RGAT)».

33 La repetida STS 1231/2020, de 1 de octubre de 2020 se refiere a una «justificación singular y razonada de por qué, en un asunto dado, la finalidad de la entrada sería vana de darse conocimiento al interesado, sustrayéndole así no sólo su derecho al domicilio inviolable, sino el conexo de exclusión o consentimiento; y además poniendo en riesgo la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que no consiente que el titular de un derecho fundamental sea un mero espectador pasivo de lo que pide la Administración y acuerda un juez».

cias de naturaleza inquisitiva³⁴. Por ello, en el ámbito tributario se proscriben las investigaciones prospectivas o con fines estadísticos o indefinidos (STS, Sala 3.ª, núm. 1231/2020 FJ 4.º).

El punto de partida debe ser, por tanto, siempre la existencia de indicios «concretos, precisos y objetivos» de la comisión de la infracción tributaria y, en consecuencia, no pueden servir de base los datos o informaciones generales o indefinidos procedentes de estadísticas, cálculos o, como abunda la jurisprudencia, procedentes de la comparación de la situación supuesta del titular del domicilio con la de otros indeterminados contribuyentes o grupos de estos, o con la media de sectores de actividad en todo el territorio nacional, sin especificación o segmentación detallada alguna que avale la seriedad de tales fuentes.

Es necesario articular, por consiguiente, valoraciones a partir de las circunstancias concretas del caso, en las que fundamentar la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad de caso concreto. Debe justificarse también la subsidiariedad de la medida, en el sentido que no ha sido posible aplicar otra diligencia menos restrictiva que cumpliera la misma finalidad perseguida.

A diferencia de lo que ocurre con las aludidas medidas de restricción de derechos de carácter penal que introdujo en la LECrim la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, no existe en la legislación española una construcción legal de los parámetros a tener en cuenta para la justificación de la legitimidad de la medida, con lo que una vez más se deriva al buen entendimiento de los jueces la determinación de la discrecionalidad que conllevan estos casos, con los riesgos que ello conlleva.

Los criterios que se tengan en cuenta para justificar la medida adoptada deben aparecer claramente en la motivación de la resolución que se dicte, con el fin de satisfacer esa doble función característica de la motivación: *inter partes*, para facilitar su control por un órgano superior, y *coram populo*, para mostrar a la propia comunidad social que se está administrando la justicia de una forma respetuosa con los derechos fundamentales³⁵.

4. Obligaciones tributarias y derecho al entorno virtual

Los avances tecnológicos nos sitúan ante contextos novedosos a los que el Derecho debe adaptarse. En los tiempos actuales la mayor parte de la información que pueda interesar a la inspección tributaria está en el ámbito virtual: es posible que se encuentre alojada en un ordenador personal que se encuentra en el domicilio del obligado tributario, o incluso ni siquiera eso, porque puede estar en la famosa nube, y por tanto relacionada con un servidor que, con gran probabilidad, está fuera de las fronteras de nuestro país o aún más, fuera de los límites territoriales de nuestro continente.

Ha habido interesantes propuestas en el sentido de asumir los cambios en la posición jurídica de cada justiciable, teniendo en cuenta la necesidad de una evolución en la conformación concreta de los derechos y de los deberes de todos³⁶. Así, se habla de un nuevo derecho, que es pertinente para este análisis: el derecho al entorno virtual³⁷. Como resulta evidente, la privacidad no se desa-

34 Vid. ampliamente AGUILERA MORALES, M., *Proceso penal y causa general. La inquisitio generalis en el Derecho español*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, en particular sus referencias a la afección de los principios de intervención indiciaria, legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y a los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad.

35 TARUFFO, M., *La motivación de la sentencia civil*, Trotta, Madrid, 2011, p. 361: «... la motivación no puede concebirse solamente como un trámite de control "institucional" (o sea, en los límites y en las formas reglamentadas por el sistema de impugnaciones vigente), pero también, especialmente, como un instrumento destinado a permitir un control "generalizado" y "difuso" del modo en el que el juez administra justicia»

36 Por ejemplo, la Carta de Derechos Digitales, como texto programático aprobado por el Gobierno de España en julio de 2021: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

37 Como afirmaba ya la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, 204/2016 de 10 de marzo: «La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que

rolla únicamente en un espacio físico, sino también, o en una medida mucho mayor, en dispositivos de almacenamiento masivo de información, que son los pueden contener aquello que pueda interesar a la inspección tributaria.

En fecha reciente, en la STS 1207/2023, de 29 de septiembre, el Tribunal Supremo se refiere al copiado de la información contenida en el disco duro de un ordenador personal. El Alto Tribunal considera que «no estamos ante un problema de inviolabilidad de domicilio (art. 18.1 CE) pues ni un ordenador es un domicilio, ni su variado contenido informático almacenado guarda una relación directa y necesaria con los bienes jurídicos que hacen del domicilio un lugar digno y necesitado del máximo nivel de protección constitucional. Antes, al contrario, nos encontramos ante la afectación posible de otros derechos fundamentales, mencionados en el auto de admisión —en principio, la intimidad personal y familiar, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos—. Cosa distinta es que la doctrina nuestra en relación con el artículo 18.2 CE sea o no extensible a un caso distinto del allí tipificado, el de copiado, incautación o precinto de datos dispositivos electrónicos que cita el auto de admisión como posibles (ordenadores, teléfonos móviles, tabletas, memorias, etc.)».

La ausencia de regulación legislativa específica complica la respuesta en el ámbito de lo contencioso-administrativo, a diferencia de los avances contenidos en la LECrim para las diligencias de investigación tecnológica en el proceso penal. Pero la Sala consigue fijar unos interesantes criterios interpretativos:

Dispone que las reglas de competencia y procedimiento para la autorización judicial de la entrada en domicilio constitucionalmente protegido «son *prima facie* inidóneas para autorizar el copiado, precinto, captación, posesión o utilización de los datos contenidos en un ordenador, cuando esa actividad se produce fuera del domicilio del comprobado y puede afectar al contenido de derechos fundamentales». Sin embargo, la doctrina legal ya elaborada relativa a estas diligencias «es extensible a aquellas actuaciones administrativas que, sin entrañar acceso al domicilio constitucionalmente protegido, tengan por objeto el conocimiento, control y tratamiento de la información almacenada en dispositivos electrónicos (ordenadores, teléfonos móviles, tabletas, memorias, etc.) que pueda resultar protegida por los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar; al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos». Es preciso para ello un juicio ponderativo por parte del juez, que deberá contrastar la información que aporta la Administración, pues esta por sí sola es insuficiente³⁸.

se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital» y concluía: «Siempre tomando en consideración que estas injerencias policiales directas deben ser examinadas con especial atención, dado que la multifuncionalidad de los datos que se albergan en estos dispositivos provoca una extrema debilidad de la tutela jurisdiccional del derecho del investigado a la reserva de su propio entorno virtual, pues una vez realizado el acceso al dispositivo, superando la barrera de la contraseña, todos los datos, incluidos los relacionados con el secreto de las comunicaciones están al libre alcance del investigador».

Vid. al respecto DELGADO MARTÍN, J., «Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015», *Diario La Ley*, núm. 8693, 2 de febrero de 2016, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.P., «Algunas consideraciones a partir de la regulación del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información», *Diario La Ley*, núm. 9433, 11 de junio de 2019.

38 Vid. un comentario crítico a esta sentencia en GARCÍA FRÍAS, M.A., «Luces y sombras de la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre el acceso a un ordenador personal durante el desarrollo de un procedimiento de inspección tributaria», *Taxlandia*, Blog Fiscal y de Opinión Tributaria, 14 de noviembre de 2023. <https://www.politicaifiscal.es/equipo/maria-angeles-garcia-frias/luces-y-sobras-de-la-reciente-doctrina-del-tribunal-supremo-sobre-el-acceso-a-un-ordenador-personal-durante-el-desarrollo-de-un-procedimiento-e-inspeccion-tributaria-sts-3978-2023-de-29-de-septiembre-ecli-es-ts-2023-3978>

IGUALDAD Y CORRESPONSABILIDAD: NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR (1994-2025)

Enrique Cabero Morán

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca*

*A la profesora Ángela Figueruelo Burrieza,
que tanto ha contribuido a la igualdad efectiva*

Sumario: 1. De la incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal) a las situaciones de maternidad y paternidad (Ley 42/1994 y Ley Orgánica 3/2007). 2. La creación de la situación de nacimiento y cuidado de menor por el Real Decreto-ley 6/2019. 3. La ampliación de la duración del permiso de nacimiento y cuidado de menor por el Real Decreto-ley 9/2025. 4. El permiso parental del artículo 48 bis TRLET y del artículo 49.g) TREBEP y su conexión con la situación de nacimiento y cuidado de menor.

1. De la incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal) a las situaciones de maternidad y paternidad (Ley 42/1994 y Ley Orgánica 3/2007)

Comienza la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2025, de 29 de julio, por el que se amplía el permiso de nacimiento y cuidado, mediante la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, afirmando que «El trabajo retribuido no puede ni debe impedir que las mujeres y los hombres ejerzan su derecho a los cuidados ni tampoco condicionar las decisiones de las personas que quieren formar una familia». Menciona el derecho de las personas a los cuidados, pendiente ciertamente de proclamación y construcción sistemática de su titularidad y contenido. Es el derecho a cuidar, tal y como se enuncia en estas primeras líneas, pero también lo es a ser cuidado en igualdad, como esgrime la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 140/2024, de 6 de noviembre de 2024 (BOE 6 de diciembre de 2024), pensando en los hijos e hijas en supuestos de monoparentalidad. En esta especie de derecho *in pectore*, entroncado en la dignidad de la persona (artículo 10 de la Constitución Española), se basan las previsiones que han conducido al reconocimiento, en el seno de la legislación laboral, de toda una generación de derechos de las personas trabajadoras vinculados a los cuidados. Se trata de «Poder trabajar sin por ello dejar de cuidar», lo que «es un elemento central para dar lugar a sociedades corresponsables y, por ello, se deben garantizar derechos suficientes para que no se obligue a la ciudadanía a escoger entre los hijos y el trabajo. Un ordenamiento laboral en nuestros días no puede obviar las necesidades de conciliación en las que hemos avanzado en los últimos

años y en las que hemos de seguir insistiendo hasta garantizar un verdadero derecho a los cuidados» (también de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2025).

No obstante, las dobles jornadas, laboral y de cuidados familiares, se han convertido en una fuente de malestar para las personas trabajadoras (especialmente para las mujeres), hasta de situaciones patológicas de estrés y ansiedad que repercuten negativamente en su salud y en el ambiente de trabajo y el rendimiento laboral. La adecuada ordenación de la jornada y el horario de trabajo, teniendo en cuenta estos factores condicionantes personales y sociales, redundaría en beneficio de la productividad de la empresa y de la seguridad, la salud y el bienestar de las personas trabajadoras. Las modificaciones más recientes en el reconocimiento y la regulación de los derechos laborales en materia de maternidad, paternidad y cuidados en corresponsabilidad de hijos e hijas y familiares, incluidos los relativos a la prevención de riesgos laborales, y de los de conciliación de la vida familiar, laboral y personal, acompañados por los correlativos derechos de Seguridad Social, tratan de evitar los efectos indeseados y las tendencias aplicativas torticeras que se hallan en el origen de discriminaciones de segundo grado. Ahora se ha sumado el objetivo de satisfacer con igualdad real y efectividad en su garantía los derechos de las personas receptoras de los cuidados prestados por las personas trabajadoras. Y es que el derecho a recibir cuidados, directamente unido al mandato a los poderes públicos del artículo 9.2 CE, ha ido cobrando relevancia y configuración jurídica, económica y social. En definitiva, fundados en derechos constitucionales inespecíficos, se han concretado en una nueva generación, de no más de treinta años, de derechos laborales de origen legal. Dada su importancia, en una posible revisión del Estatuto de los Trabajadores estos derechos habrían de contar con un apartado propio, que facilite el conocimiento y la aplicación de todas estas previsiones, pues los artículos 37 y 48 se han visto superados ampliamente a causa de estos profundos cambios desde su primera versión de 1980.

El preámbulo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, explica, en este sentido, que «los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros, en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos». Por ello, «se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa». Se piensa que la «medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral es el permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo. Se trata de un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento. También se introducen mejoras en el actual permiso de maternidad, ampliándolo en dos semanas para los supuestos de hijo o hija con discapacidad, pudiendo hacer uso de esta ampliación indistintamente ambos progenitores. Estas mismas mejoras se introducen igualmente para los trabajadores y trabajadoras autónomos y de otros regímenes especiales de la Seguridad Social». La Ley Orgánica 3/2007 transpuso al ordenamiento interno la Directiva 2002/73, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, de modificación de la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

En consecuencia, entre los criterios generales de actuación de los poderes públicos fijados por la Ley Orgánica 3/2007 para el cumplimiento de sus fines, se encuentra «El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia» (artículo 14.8). También se prevé la facilitación por las Administraciones públicas de «la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional» (artículo 51.b), así como la creación «de una red de servicios sociales para atender a menores, mayores y dependientes como medida de conciliación de la vida laboral, familiar y personal de hombres y mujeres en el mundo rural» (artículo 30.4). Con todo, la novedad más reseñable es el reconocimiento sistemático de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (artículo 44):

«1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.

2. El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.

3. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social».

Algunos de los entonces nuevos derechos laborales de conciliación se recogen en la misma Ley Orgánica 3/2007: permisos y beneficios de protección a la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (artículo 56), conciliación y provisión de puestos de trabajo (artículo 57), licencia por riesgo durante el embarazo y la lactancia (artículo 58) y la aplicación en las Fuerzas Armadas (artículo 66) y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículo 68). Los planes de igualdad de empresas y Administraciones, definidos en el artículo 46 de la Ley Orgánica 3/2007, han de contemplar en su contenido los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. La disposición final décima de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha reformulado el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, que ha transformado su rúbrica inicial, «Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo», en la vigente, «Medidas específicas para prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo», para describir adecuadamente su renovado contenido.

Son numerosas las normas con rango de ley de contenido laboral y reguladoras de la función pública, al igual que en materia de Seguridad Social, que resultaron reformadas por la Ley Orgánica 3/2007 con el fin de introducir los principios y derechos reconocidos en la misma. Deben citarse, por lo que se refiere a la ampliación de los derechos laborales de conciliación, las reformas del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en sus artículos 34 (jornada de trabajo), 37 (permisos), 38 (vacaciones), 45 (causas de suspensión del contrato), 46 (excedencias), 48 (suspensión con reserva de puesto de trabajo), así como 53 y 55 (garantías frente al despido). Se añadieron, además, el artículo 48 bis (suspensión del contrato de trabajo por paternidad) y la disposición adicional decimoséptima (discrepancias en materia de conciliación).

La innovación más destacable introducida por la Ley Orgánica 3/2007 se produce, sin embargo, en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con la modificación en su título II, «Régimen General de la Seguridad Social», del capítulo IV bis, «Maternidad» (introducido por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social), que pasa a estar integrado por los artículos 133 bis a 133 septies, y la adición de un nuevo capítulo IV ter, «Paternidad» (artículos 133 octies a 133 decies). Con anterioridad, se subsumían en la entonces llamada incapacidad laboral transitoria (ILT, que pasó a ser incapacidad temporal precisamente por la reforma operada por la Ley 42/1994) «Los períodos de descanso que procedan en los casos de maternidad, de adopción o de acogimiento previo, con la duración que reglamentariamente se determine y que, en ningún caso, podrá ser inferior a la prevista para los mismos en el apartado 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, y en el apartado 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto [de medidas para la reforma de la Función Pública] [artículo 128.1.c) de la versión original del TRLGSS de 1994].

Se renumeraron los anteriores capítulos IV ter y quater, que se convirtieron, respectivamente, en los capítulos quater, «Riesgo durante el embarazo», y quinquies, «Riesgo durante la lactancia natural». Más tarde se añadió el capítulo IV sexies, «Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave», por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011. En el TRLET, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y el TRLGSS, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, ambos ahora vigentes, aunque con modificaciones, se reordenaron y renumeraron estos capítulos y artículos, a fin de facilitar su localización, comprensión y aplicación. Aquel artículo 48 bis del TRLET de 1995, que no es el actual 48 bis, quedó refundido en el artículo 48 TRLET de 2015. Aquellos capítulos IV bis y IV ter y, por ende, sus artículos 133 bis a 133 decies, resultaron ser los capítulos VI, «Maternidad» (artículos 177 a 182), y VII, «Paternidad» (artículos 183 a 185), del TRLGSS de 2015,

modificados ampliamente en su planteamiento, terminología y contenido por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

La introducción por la Ley Orgánica 3/2007 en el TRLGSS de 1994, como figura diferenciada, de la situación protegida de paternidad pretendió contribuir a la consecución de, al menos, dos objetivos:

- a) La reducción de posibles efectos discriminatorios debidos a la valoración torticera de la maternidad: si el cuidado de los menores recién nacidos, adoptados o acogidos da lugar a un derecho individual y exclusivo del padre, se disminuye la probabilidad de que se produzca una discriminación de segundo grado para con la madre trabajadora ante algunas decisiones empresariales, empezando por el proceso de selección que desemboca o no en la contratación.
- b) La ampliación de la función estructural de la situación de maternidad: junto a su naturaleza protectora de la salud, adquiere inequívocamente, al complementarse con la paternidad, la función de instrumento al servicio del ejercicio corresponsable de los cuidados y, con ello, de los derechos laborales de conciliación de la vida familiar y laboral.

2. La creación de la situación de nacimiento y cuidado de menor por el Real Decreto-ley 6/2019

El Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, afirma en su preámbulo, justificando así su promulgación, que, si bien la Ley Orgánica 3/2007 se considera «una ley pionera en el desarrollo legislativo de los derechos de igualdad de género en España», sus «previsiones no han permitido garantizar la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y en tanto persisten unas desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres, al menos si una sociedad aspira a ser plenamente democrática, resulta necesaria la elaboración de un nuevo texto articulado integral y transversal en materia de empleo y ocupación, que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo tal principio, con base en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española». Entre las novedades se halla la extensión de «la exigencia de redacción de los planes de igualdad a empresas de cincuenta o más trabajadores [antes se exigía a empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores], creando la obligación de inscribir los mismos en el registro que se desarrollará reglamentariamente» (véase el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo). Siempre formará parte del contenido del diagnóstico y de las medidas del plan de igualdad el ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

El artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2019 reformó de nuevo los artículos del TRLET modificados por la Ley Orgánica 3/2007, ampliando el contenido de los derechos, para, en palabras del preámbulo, «remarcar el derecho de los trabajadores a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral». En igual sentido actuó el artículo 3 en relación con el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Con estos cambios se procede a equiparar, «en sus respectivos ámbitos de aplicación, la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Esta equiparación responde a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esta demanda que, por otro lado, es una exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De esta forma se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos» (del preámbulo del Real Decreto-ley 6/2019).

Los mencionados capítulos VI, «Maternidad», y VII, «Paternidad», del título II del TRLGSS, que habían sido notablemente reordenados por la Ley Orgánica 3/2007, vuelven a ser objeto de un profundo replanteamiento. Sobresale, en consecuencia, con el propósito de insistir en la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como en la idea del ejercicio corresponsable de los cuidados familiares y, por ello, de los derechos laborales de conciliación, la dedicación del capítulo VI al «Nacimiento y cuidado de menor», de tal manera que, «A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público» (artículo 177 TRLGSS). Por otro lado, el capítulo VII pasó a regular la «Corresponsabilidad en el cuidado del lactante», mediante la cual «se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 37.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad» (artículo 183 TRLGSS).

El contenido vigente del artículo 48.6 TRLET quedó fijado por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, en estos términos: «En el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, la suspensión del contrato a que se refieren los apartados 4 y 5 tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada una de las personas progenitoras. Igual ampliación procederá en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo o hija distinta del primero. En caso de haber una única persona progenitora, esta podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas en este apartado para el caso de familias con dos personas progenitoras».

3. La ampliación de la duración del permiso de nacimiento y cuidado de menor por el Real Decreto-ley 9/2025

Mediante el Real Decreto-ley 9/2025 «se completa la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo» (disposición final segunda). Se da nueva redacción artículo 48.4 TRLET a fin de ampliar a diecinueve semanas, y de regular con detalle su distribución y el ejercicio del derecho, la duración de la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo por el nacimiento, que comprende el parto y el cuidado del menor, tanto de la madre biológica, como del progenitor distinto de ella. La regla general es la siguiente: «La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor se distribuye de la siguiente manera:

- a) Seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto serán obligatorias y habrán de disfrutarse a jornada completa.
- b) Once semanas, veintidós en el caso de monoparentalidad, que podrán distribuirse a voluntad de la persona trabajadora, en periodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto.

- c) Dos semanas, cuatro en el caso de monoparentalidad, para el cuidado del menor que podrán distribuirse a voluntad de la persona trabajadora, en periodos semanales de forma acumulada o interrumpida hasta que el hijo o la hija cumpla los ocho años.

Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor». No obstante, «En caso de fallecimiento de uno de los progenitores, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso».

Se reforma con igual finalidad el artículo 48.5 TRLET, dedicado a los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d) TRLET, cuya regla general es que «La suspensión del contrato de cada persona adoptante, guardador o acogedora por el cuidado de menor se distribuye de la siguiente manera:

- a) Seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida, inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.
- b) Once semanas, veintidós en el caso de monoparentalidad, que podrán distribuirse, a voluntad de la persona trabajadora, en periodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.
- c) Dos semanas, cuatro en el caso de monoparentalidad, para el cuidado del menor que podrán distribuirse, a voluntad de la persona trabajadora, en periodos semanales de forma acumulada o interrumpida hasta que el menor cumpla los ocho años.

En ningún caso un mismo menor dará derecho a varios periodos de suspensión en la misma persona trabajadora». Asimismo, «Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor». Sin embargo, «En caso de fallecimiento de una de las personas adoptantes, guardadoras con fines de adopción o acogedoras, la otra persona podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso».

En los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 también se regulan los casos de parto prematuro, de hospitalización u otras condiciones clínicas del neonato, de adopción internacional, de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, de adopción, de situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, de carácter múltiple del nacimiento, la adopción y la situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento y de fallecimiento del hijo o hija.

La Directiva (UE) 2019/1158 define el permiso de paternidad como la «ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los padres o, cuando y en la medida en que esté reconocido por la legislación nacional, un segundo progenitor equivalente con ocasión del nacimiento de un hijo a fin de facilitarle cuidados», así como el permiso parental como la «ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores que sean progenitores por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo, para cuidar de este» [artículo 3.1.a) y b)]. La terminología utilizada por la directiva no comporta que la solución normativa concreta, en el marco de la legislación laboral española, sea necesariamente la regulación de un nuevo permiso en el artículo 37 TRLET. Aunque en el rótulo del Real Decreto-ley 9/2025, de 29 de julio, se mencione la ampliación del permiso de nacimiento y cuidado [de menor], ciertamente se centra, como se sabe, en el caso de suspensión contemplado en el recién citado artículo 45.1.d) TRLET, cuyo texto vigente procede de la disposición final decimotercera de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo («Nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, de menores de seis años o de menores de edad mayores de seis años con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes»). Esta previsión se desarrolla, entre los supuestos de suspensión con reserva de puesto de trabajo, en los ahora nuevamente modificados artículos 48.4 y 5 TRLET, así como en el 6 (no afectado por este último cambio). Adviértase que las «suspensiones previstas en las letras b) y c) podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o

de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente» (así se indica en el inicio, con idéntica redacción, del penúltimo párrafo del apartado 4 del artículo 48 y del último del apartado 5).

El Real Decreto-ley 9/2025 incorpora en los apartados 4 y 5 del artículo 48 TRLET el fallo de la STC 140/2024, citada en el inicio de estas páginas, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 6694-2023, planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con el referido artículo 48.4, 5 y 6 TRLET, en conexión con el artículo 177 TRLGSS. Esta STC sienta una interesante doctrina sobre el supuesto de monoparentalidad, basada en los derechos constitucionales no tanto de las personas trabajadoras, sino de quienes reciben los cuidados prestados por ellas. En su fallo el TC «ha decidido estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad núm. 6694-2023 y, en consecuencia, declarar inconstitucionales los arts. 48.4 LET y 177 LGSS, con el alcance señalado en el fundamento jurídico séptimo».

Resulta oportuno realizar «una precisión en relación con el alcance de la presente declaración de inconstitucionalidad, en tanto que, al vincularse a una omisión del legislador, esto es, al hecho de que la norma no contemple aquello que debió ser necesariamente incluido, la inconstitucionalidad declarada no debe llevar aparejada la nulidad de los preceptos cuestionados. Aunque el art. 39.1 LOTC [Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional] prevé que las disposiciones consideradas inconstitucionales por este tribunal han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 38.1 LOTC), esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad no es siempre necesaria, quebrando, «entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de este, sino en su omisión» (por todas, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 9)». Así, «aunque el Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que no es su tarea la de definir positivamente cuáles sean los posibles modos de ajuste de una ley al texto constitucional, el Tribunal considera necesario (como lo hizo en la STC 15/2020, de 28 de enero, FJ 3, y las allí citadas) precisar que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto [el Real Decreto-ley 9/2025 se acaba de pronunciar, ampliando la duración a treinta y dos semanas en el supuesto de monoparentalidad, como ya se ha comentado], en las familias monoparentales el permiso a que hace referencia el art. 48.4 LET, y en relación con él el art. 177 LGSS, ha de ser interpretado en el sentido de adicionarse al permiso del primer párrafo para la madre biológica (dieciséis semanas [diecinueve tras la reciente ampliación]), el previsto en el segundo para progenitor distinto (diez semanas [trece tras la reciente ampliación], al excluirse las seis primeras)».

No se pretende únicamente, así las cosas, el fomento y garantía de la corresponsabilidad de los progenitores en el cuidado de los hijos e hijas y, en general, de las personas trabajadoras en el cuidado de los familiares, sino también, dada la inexistencia de un completo y asequible sistema público de cuidados (servicios sociales, sociosanitarios y socioeducativos, dependencia, etc.), de posibilitar que las personas receptoras de los mismos puedan ser atendidas sin la expulsión de las personas cuidadoras de la actividad laboral. En definitiva, los derechos laborales unidos a los cuidados de familiares han adquirido otra dimensión, complementaria de la anterior, que supone la atención de las necesidades de terceros, de personas ajenas a la relación laboral, con los vínculos con la persona trabajadora que determine la ley.

El Real Decreto-ley 9/2025 dota de nueva regulación en esta materia al personal laboral de las Administraciones públicas. Se han modificado los apartados a), b) y c) del artículo 49 TREBEP, sobre los «permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», con el objeto de dotar a estos apartados de un contenido con el mismo alcance que lo señalado para el artículo 48 TRLET. Recuértese que el artículo 7, párrafo segundo, cuyo texto se ha actualizado también, establece que, «en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica, de lactancia y parental, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el presente Estatuto [TREBEP], no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho».

Naturalmente se modifica, en concordancia, el TRLGSS en sus artículos 181 (personas beneficiarias del subsidio por nacimiento y cuidado de menor en el supuesto especial, es decir, sin el

período mínimo de cotización establecido en el artículo 178) y 182 (prestación económica en este supuesto) para adecuarlos a los cambios citados, así como se añade, en sintonía con la condición general exigida en el artículo 165.1, un nuevo apartado 4 al artículo 178, acerca del supuesto general («Al inicio de cada uno de los periodos de descanso la persona trabajadora deberá encontrarse en situación de alta o asimilada a la de alta»). La disposición transitoria única del Real Decreto-ley 9/2025 regula la aplicación a los hechos causantes anteriores a la entrada en vigor de estas modificaciones, que se produjo el 31 de julio de 2025, día siguiente al de su publicación en el BOE (disposición final tercera).

4. El permiso parental del artículo 48 bis TRLET y del artículo 49.g) TREBEP y su conexión con la situación de nacimiento y cuidado de menor

El artículo 48 bis TRLET, añadido por el Real Decreto-ley 5/2023, establece que «Las personas trabajadoras tendrán derecho a un permiso parental, para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años. Este permiso, que tendrá una duración no superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, podrá disfrutarse a tiempo completo, o en régimen de jornada a tiempo parcial conforme a lo establecido reglamentariamente» (apartado 1). En la Directiva (UE) 2019/1158 se entiende por permiso parental la «ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores que sean progenitores por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo, para cuidar de este» [artículo 3.1.b)]. A él dedica su artículo 5, que, entre otros extremos, señala que «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga un derecho individual a disfrutar de un permiso parental de cuatro meses que debe disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años, que se especificará por cada Estado miembro o por los convenios colectivos. Los Estados miembros o los interlocutores sociales determinarán dicha edad de modo que se garantice que cada progenitor pueda ejercer efectivamente su derecho a un permiso parental de manera efectiva y en condiciones equitativas» (apartado 1). Además, «Los Estados miembros se asegurarán de que dos de los meses de permiso parental no puedan ser transferidos» (apartado 2). Asimismo, «En lo que respecta al permiso parental a que se refiere el artículo 5, apartado 2, el Estado miembro o los interlocutores sociales definirán dicha remuneración o prestación económica, y lo harán de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental» (artículo 8.3).

El artículo 48 bis TRLET no contempla para el permiso parental remuneración salarial, ni prestación económica de Seguridad Social. El Real Decreto-ley 9/2025 ha añadido en el artículo 49.g) TREBEP, acerca del permiso parental reconocido al personal laboral de las Administraciones públicas, que «no tendrá carácter retribuido» y, con ello, en palabras de la exposición de motivos, «se clarifica la naturaleza no retribuida que mantenía desde su inclusión en el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio». Con todo, para justificar la plena transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, el preámbulo del Real Decreto-ley 9/2025 afirma que «Con la ampliación del permiso de nacimiento y cuidados en tres semanas —dos de ellas flexibles hasta que el menor cumpla ocho años— se completa íntegramente la transposición del permiso parental retribuido previsto en el artículo 8.1 y 3 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. Sin perjuicio de lo anterior, el Gobierno se compromete a extender hasta las veinte semanas la duración global de este bloque de permisos en el futuro». Existe un interés especial por explicarlo, dado «el avanzado estado de tramitación en el que se encuentra el procedimiento de infracción contra España por falta de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en lo referente al permiso parental retribuido regulado en su artículo 5». Y es que, como también recuerda la exposición de motivos, «El plazo para proceder a la transposición de seis de las ocho semanas retribuidas expiró el día 2 de agosto de 2022», por lo que «La Comisión Europea demandó por esta causa a España ante el TJUE [Tribunal de Justicia de la Unión Europea] el día 7 de febrero de 2024, solicitando la imposición de una multa a tanto alzado hasta el momento en que se transponga íntegramente la Directiva, así como una multa coercitiva diaria por día de retraso en la transposición desde la sentencia del TJUE hasta el momento de la transposición completa de la directiva. En relación con las dos semanas restantes, el plazo de transposición concluyó el día 2 de agosto de 2024. Ello ha dado lugar a que la Comisión haya iniciado nuevo procedimiento de infracción por medio de carta de emplazamiento de 25 de septiembre de 2024».

Por consiguiente, tanto la letra c) del séptimo párrafo del artículo 48.4 TRLET, como la letra c) del quinto párrafo del artículo 48.5 TRLET, previenen con idéntico texto, como ya se ha indicado, en la distribución de las semanas de la suspensión lo siguiente: «Dos semanas, cuatro en el caso de monoparentalidad, para el cuidado del menor que podrán distribuirse a voluntad de la persona trabajadora, en períodos semanales de forma acumulada o interrumpida hasta que el hijo o la hija cumpla los ocho años». Lo mismo sucede con el nuevo contenido del artículo 49 TREBEP en su letra a) [permiso por nacimiento para la madre biológica], su letra b) [permiso por adopción, por guarda con fines de adopción, o acogimiento, tanto temporal como permanente] y su letra c) [permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija].

MEDIO SIGLO DE LIBERTAD Y DE CAPACIDAD DE OBRAR DE LA MUJER ESPAÑOLA: A LO MARÍA TELO

Prof.ª Dr.ª María Dolores Calvo Sánchez

Universidad de Salamanca

Por estas tierras castellano y leonesas, venimos afirmando que es de bien nacido el ser agradecido, permítanme pues que mis primeras palabras sean de agradecimiento a la maestra de maestra, desde luego la mía, la Prof.ª Dra. Angela Figueruelo Burrieza, catedrática de la universidad ocho veces centenaria de Salamanca (España), gracias en nombre de todas las personas que entendemos la *Igualdad* como compromiso, esencial para la existencia de una sociedad más justa. Este capítulo no tiene otra intención que la de conmemorar a otra María Telo, otra mujer ejemplar, entrañable, luchadora, trabajadora, leal, honrada y con enorme vocación de servicio universitario, nuestra querida Angela Figueruelo, ella facilitó que mi «última lección oficial» tratara sobre la mujer desde el ámbito jurídico-sanitario al que le he dedicado mi vida académica, su publicación la he reservado para ella.

Comenzaré argumentando que María Telo Núñez, fue bisagra entre dos siglos (1915-2014), celebrándose este año el 8 de octubre, su 110 aniversario de nacimiento, fue jurista española de reconocido prestigio que destacó fundamentalmente por su activismo en defensa de la democracia y la lucha por la igualdad de la mujer, perteneció al Cuerpo Técnico de Administración Civil del Ministerio de Agricultura, siendo la primera mujer en entrar en el mismo, pese a las reticencias del tribunal a consentirlo. Tras años de duro trabajo sería también la primera mujer en ocupar en dicho Cuerpo Administrativo, una Jefatura de Sección.

Abogada de ejercicio con especialidad en derecho de familia, fue fundadora de la Asociación de Mujeres Juristas de España, Premio Clara Campoamor, Doctora Honoris Causa de esta Universidad de Salamanca¹, entre otras muchas distinciones todas ellas más que merecidas y siempre insuficientes.

A esta Ilma. Dra. le guardo una profunda y especial admiración, no solo por ser un ejemplo de mujer jurista comprometida y trabajadora en la lucha por los derechos de igualdad, sino por otra serie de razones sumatorias que potencian este sentimiento.

Una de ellas, es que tuve el privilegio de participar en el proceso de solicitud de su merecida mención de honoris causa, desde la coordinación del Centro de Estudios de la Mujer de la Usal (máximo galardón que otorga la Universidad), conseguimos que a una mujer notable se le concediera tal honor (tan solo tres mujeres en 790 años habían sido reconocidas), pero la sensibilidad y sabiduría del entonces rector Alonso Peña, lo hizo posible, aquel día (10-6-2008) permanecerá en mi recuerdo como una de las mayores experiencias vividas en materia de igualdad, la humanidad que desprendía Dña. María, su sencillez y su cercanía, con un trasfondo de sabiduría reposada, han influido en mi persona de manera especial (una mujer tan grande y a la vez tan sencilla... señora ejemplar sin duda), indiscutiblemente un patrón de conducta a seguir.

1 <https://sac.usal.es/role-member/mujeres-honoris-maria-telo/> (recuperado el 19-3-2025)

Me enorgullece sobremanera también ser colega de academia de ella, aunque fuera un montón de años después, porque comenzó sus estudios de jurista en mi querida facultad de derecho, nuestra emblemática facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, debiendo interrumpir los mismos en 1936, cuando le faltaban tan solo dos asignaturas para terminar la carrera, a consecuencia del estallido de la Guerra Civil española, licenciándose en Zaragoza en el año 1940. En esta facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, se la tiene muy presente, como bien sabéis, Dña. María tiene un aula con su nombre, así como una placa de reconocimiento en el que yo llamo muro de los ilustres².

Recordemos que Doña María fue destacada protagonista de las decisivas reformas habidas en el Código Civil de los años 1975 y 1981, sus esfuerzos como ponente legislativo de la Comisión General de Codificación, se vieron recompensados con la promulgación de tres leyes de gran trascendencia para la mujer:

La primera, tres años antes de la promulgación de la Constitución española, vio la luz la **Ley 14/1975, de 2 de mayo** (fecha emblemática en la historia de España)³, **sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio, sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges**, esta ley otorgó a la mujer española su mayoría de edad, al eliminar la licencia marital y la obediencia al marido, pues la mujer por esos años recordemos que tenía trato de «*sujeto de derecho análogo al incapaz*». A partir de entonces la mujer podía disponer libremente de sus propios bienes, aceptar o repudiar herencias, ser albacea, tutora, defender en juicio y fuera de él sus intereses, abrir cuentas corrientes bancarias, sacar su pasaporte, no perder su nacionalidad por razón de matrimonio y si se hubiera perdido la nacionalidad... recuperarla, u otorgar capitulaciones matrimoniales.

Pudo también la mujer casada ejercer el comercio, pues se modificó a tal fin el Código de Comercio... pero *al Cesar lo que es del Cesar* ... dato histórico irrefutable es que fue firmada por Francisco Franco siendo Presidente de las Cortes, Rodríguez de Varcárcel y Nebreda, aunque sabemos que tal cesión se realizó por las enormes presiones internacionales habidas, como bien nos recuerda el Prof. Esteban de Vega⁴.

Compartiré con ustedes un enorme regalo que guardo celosamente de María Telo y esta ley, nada más ni menos, que el tener a bien comentar personalmente con un pequeño grupo en el que yo estaba, cual fue el sentir y vivencias de la redacción literal del comienzo de la Ley del 75 en su texto original, que mejor foro y fecha al celebrarse el cincuenta aniversario de su promulgación para compartirlo:

El comienzo de las leyes nos dijo Dña María, es premonitorio, pues posiciona al lector inevitablemente a favor, con duda, o en contra, de la norma, en esta ley y en la Comisión redactora se detectaba una enorme tensión, por un comienzo controvertido, recordemos que *ad littere* dice:

*«Una de las corrientes de opinión fuertemente sentidas en nuestros días en el ámbito del derecho privado, reflejo de auténticas necesidades de carácter apremiante, es la que incide sobre la situación jurídica de la mujer casada. **Sufre ésta señaladas limitaciones en su capacidad de obrar que, si en otros tiempos pudieron tener alguna explicación, en la actualidad la han perdido**».*

Parece ser que esas frases incomodaron a más de un miembro varón, que se negaban a esa redacción, creando un ambiente extremadamente hostil (curiosamente esos mismos que años más tarde presumían del logro y avance realizado y aquí nos dio algún nombre), nos contó que por ello se justifica el tenor literal del segundo párrafo, intentando dulcificar el efecto adverso causado, que dice:

2 Pared en piedra de entrada a la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, donde destacados e ilustres juristas vinculados con nuestro estudio, son reconocidos a través placas de honor o Vitores.

3 Fuente: *Fundéu BBVA*, ed. (28 de octubre de 2010): El **Levantamiento del 2 de Mayo** de 1808, es el nombre por el que se conocen los hechos acontecidos esa fecha en la ciudad de Madrid contra la invasión francesa de España. Posteriormente a que se reprimiera la protesta por las fuerzas napoleónicas presentes en la ciudad, por todo el país se extendió una ola de proclamas de indignación y llamamientos públicos a la insurrección armada que desembocarían en la guerra de la independencia española.

4 Esteban de Vega Mariano, catedrático de Historia contemporánea de la Universidad de Salamanca.

«Tal propósito, sin embargo, sólo debe **acometerse de manera prudente**, tras un atento y detenido estudio de las posibles soluciones, un análisis de la realidad y de las necesidades verdaderamente sentidas, con la guía también de los elementos que puede aportar el derecho comparado y **sin desconocer en ningún caso las exigencias éticas** que de modo muy particular inciden sobre este sector del derecho».

Párrafo redactado de respiro para los juristas masculinos díscolos ya que, ante la declaración del carácter apremiante... la prudencia, ante las necesidades sentidas... la influencia del derecho comparado y todo sobre el colchón de la ética, sin embargo, proseguía Dña. María, el sosiego dura dos líneas en el texto (percibí yo cierta sonrisa de picardía y triunfo en Dña. María,) ya que con enorme valentía se proseguía proclamando (la recuerdo levantando el dedo índice, por cierto con cierta artrosis de la mano derecha, síntoma anatómico, sin duda, de los mucho trabajado):

«Sobre todo importa **reconocer** a la mujer un ámbito de libertad y de capacidad de obrar en el orden jurídico que es consustancial con **la dignidad** misma de la persona, proclamada en las Leyes Fundamentales».

¡Ahí es nada! No fue nada fácil, afirmó rotundamente, pero ahí está. Os dejo el testigo: **Cuidar que esto no se cambie** nos encomendó ... yo hoy se lo encargo también a ustedes.

Toda una experiencia de vida, créanme, compartir esas vivencias con la protagonista por excelencia, no la más famosa, sino la que verdaderamente trabajó incansablemente por darle cuerpo a la norma, fue una pasada.

Aprendan mis queridos estudiantes que en las leyes hay que leerlas e interpretarlas en todo su contenido y no solo la parte dispositiva. Pues como diría la Mafalda del genial Quino, «*lo peligroso de vivir sin leer, es que te obliga a creer en lo que te digan*»⁵.

Fijense, libertad, capacidad de obrar, dignidad, leyes fundamentales hace 50 años... a mi juicio y con esta declaración legislativa **comenzó la revolución contemporánea de reconocimiento jurídico de los derechos de la mujer en España**, de la mano inteligente de María Telo Núñez.

Otras dos leyes reconociendo el derecho de la mujer, promulgadas estas ya en la transición a la democracia, pues están firmadas su promulgación por el Rey Juan Carlos I, siendo presidente del Gobierno, Calvo Sotelo y Bustelo, bajo el paraguas de la Constitución de 1978, fueron:

La Ley 11/1981, de 13 de mayo (V. de Fátima⁶), **de modificación del Código Civil en materia de Filiación, Patria potestad y Régimen económico del matrimonio**, norma milagrosa que estableció la patria potestad conjunta (antes solo la ostentaba el padre), y la igualdad jurídica de toda clase de hijos (legítimos, ilegítimos, putativos), regula la determinación y prueba de filiación, así como la igualdad de los cónyuges en la administración de los bienes gananciales en el régimen económico matrimonial (recordemos que, la mujer no tenía acceso ni a la cuenta bancaria aunque fueran suyos todos los bienes), régimen de capitulaciones, donaciones, impugnación, administración, disolución, liquidación de gananciales, todo un reconocimiento revolucionario para la época.

A través de Dña. María se hizo posible que los hijos —todos iguales— y desde entonces sean también de las madres, que, junto a poder disponer del capital, ¡no me digan que no fue todo un milagro! 13 de mayo, Fátima!

La relevante tercera norma, donde participó activamente nuestra referente, ni más ni menos, fue:

La Ley 30/1981, de 7 de julio (San Fermín⁷), **por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, sepa-**

5 Mafalda personaje a modo de comic cuyo autor QUINO, deposita el pensamiento y crítica audaz e inteligente de la vida cotidiana.

6 Día de celebración a la Virgen de Fátima, muy milagrosa, , también llamada Nuestra Señora del Rosario de Fátima es una advocación de la Virgen María que surge de las apariciones de Nuestra Señora a tres pastorcillos (Lucía, Jacinta y Francisco) en 1917 en Portugal. <https://fundacioncarf.org/es/quien-es-la-virgen-de-fatima-historia-aparicion-y-donde-esta/> (recuperado el19-025).

7 https://www.larazon.es/cultura/toros/que-viste-blanco-rojo-san-fermin_20240710668e4b01301df0001000414.html.

ración y divorcio, resolviendo con su regulación situaciones de conflicto marital y eximiendo de obligación la promesa dada de matrimonio.

También reconoce las dos formas de celebración del matrimonio civil y religioso. Recordemos que con la Constitución de 1978, se establece de nuevo la aconfesionalidad del Estado y dejó de ser necesario certificar el abandono de la Iglesia para poder contraer matrimonio civil. En 1982 se celebraron casi 23.000 bodas civiles. En 2009 los matrimonios civiles superaron, por primera vez en la historia de España, a los religiosos⁸. En 2023 se casaron personas de distinto sexo 165.658⁹, 22.632 civiles (6.772 del mismo sexo), Divorcios 12.490¹⁰. Un fenómeno parejo a la secularización de la sociedad y que se sitúa en el contexto de los cambios sociales de la familia, tan relevante para la sociedad y el ámbito sanitario de género¹¹.

Entenderemos a la codificadora de estas leyes, conociendo la rica doctrina que nos dejó Dña. María y su legado internacional, pues traspasa las fronteras en sus muchos viajes por América latina y frecuentes encuentros con países de habla hispana. Fue autora de abundantes publicaciones, destacando:

- «La evolución de la mujer española en el campo jurídico»¹².
- «Pensamiento feminista de Concepción Arenal: I Centenario de su muerte, 1893-1993»¹³.
- «La mujer en la gestión y vida del Código Civil» Centenario del Código Civil. 1889-1999¹⁴.
- «La desigualdad y la violencia contra la mujer», ¡Veinte años, veinte!¹⁵.
- «Mi lucha por la igualdad jurídica de la mujer»¹⁶.
- «Concepción Arenal y Victoria Kent, las prisiones, vida y obra»¹⁷, entre otros.

Su obra manifiesta claramente sus fuertes convicciones y la tenacidad con la que las defendía, José Andrés Rojo escribía «*se le metió entre ceja y ceja cambiar el código civil*»¹⁸.

Su figura y trascendencia ahora puede ser mejor estudiada a través de su archivo personal, hoy público, que generosamente donara su hija en 2017 al Archivo Histórico Nacional (53 cajas con manuscritos, recortes de prensa, correspondencia, separatas y monografías de 1933 a 2006), así como para el estudio del conocimiento de la situación legal, social y política de las mujeres espa-

Tradicionalmente en la ciudad de Pamplona –España– se celebran el 7 de julio la fiesta de San Fermin (Sanfermines, que dura 9 días), tradicionalmente se viste de blanco y rojo perpetuando el legado de **valentía y solidaridad a pesar de las adversidades**, encontrando una forma de resistir y afirmar su identidad en tiempos difíciles), si bien algunos pueden identificarlo a la fiesta, la juerga y excesos. Tras incidentes de agresiones a las mujeres se fomenta insistentemente el respeto y la convivencia.

8 En 2009 los matrimonios civiles superaron, por primera vez en la historia de España, a los religiosos: 94 993 bodas civiles frente a 80 174 bodas por el rito católico. En 2017 los matrimonios civiles superaron el 80 % de los enlaces en España. En el año 2019 se celebraron en España un total de 166 530 matrimonios de los cuales 131 231 fueron exclusivamente civiles, 34 615 se oficiaron por el rito católico y 684 según los ritos de otras religiones

9 https://elpais.com/diario/1983/08/18/sociedad/430005607_850215.html

10 <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/19140-en-2023-el-92-de-las-parejas-optaron-por-la-separacion-de-bienes/>

11 https://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_civil#:~:text=En%20Espa%C3%B1a%20el%20matrimonio%20religioso,considerado%20algo%20excepcional%2C%20pero%20legal. Recuperado (20-3-2025).

12 *Revista Análisi e Investigaciones Culturales*, n.º 11, 1982, pág.63-82.

13 *Revista Poder y Libertad*, n.º 21, 1993, pág.6-11.

14 Alicante, Universidad Popular Tierno Galvan, 1999, pág 405-437.

15 *Revista Poder y Libertad*, n.º 31, 2000.

16 Edit. Aranzadi,2009.

17 Instituto de la mujer, 1995.

18 Rojo J.A., https://elpais.com/diario/2008/06/26/ultima/1214431202_850215.html#?rel=mas Recuperado (19-3-2025)

ñolas y su evolución a lo largo del siglo XX, insto a que se haga., como bien pudiera ser a través de las becas de formación María Telo¹⁹ que el Instituto de la Mujer convoca en concurrencia competitiva anualmente.

Mis estudiantes saben que todos los años en la presentación de las asignaturas de derecho de la mujer en la Administración pública sanitaria, que llevo impartiendo desde 2006, siempre cito a Dña., María como la gran desconocida, a la que todos y en especial las mujeres españolas debemos un merecido reconocimiento y estar especialmente agradecidas por su silencioso, sosegado y transcendente trabajo de conquista del derecho efectivo de la mujer.

Así he concebido y concibo yo la lucha por los derechos de la mujer «a lo María Telo», sin ruido ni estridencias, tampoco vulgaridades, sin honores, ni contraprestación alguna... desde el esfuerzo, desde el trabajo activo silencioso, sosegado, tenaz, paso a paso, sin prisa y sin dilación, como corresponde a mi juicio, se deben hacer las actuaciones trascendentes que son de justicia, «*festina lente*», reza un lema de nuestra Universidad de Salamanca.

Aunque a día de hoy, yo confieso me siento con mucha menos radicalidad en planteamientos, más tranquila, quizás fruto de la experiencia y del lógico mayor conocimiento y quizás con mayor temor a escribir o decir lo inoportuno, lo inexacto, incluso no hacerlo por mor de ofender... ya que la autocritica que impone la exigencia de las políticas de género hoy día, hace que dude, pero si les garantizo que el compromiso sigue intacto, quizás sea yo de la generación del «NO es NO», pero si lo piensan abrimos camino de autonomía, poniendo en valor el consentimiento como elemento clave de las relaciones, aunque debo manifestarles que a veces me revuelva de rabia ante el tratamiento y deriva del «*Si es Si*» y los pasos que para atrás a mi juicio provoca.

Pertenezco a una *generación bisagra*, pasamos de la represión estricta a la libertad relajada, del temor a Dios a hacerlo colega, de la ignorancia al conocimiento desde la formación obligatoria, de la dependencia a la independencia dominante, del NODO²⁰ a la hiperinformación, del negro al blanco.

Me asusta sinceramente que no haya tonalidades de grises y quizás sea uno de los retos a futuro, aun siendo consciente que los derechos de la mujer caminan a otro ritmo...que bien pudiera asemejarse al consejo que la Reina Roja le da a la Alicia de Carroll Lewis cuando se detiene extenuada y dice:

«(...) cuando uno corre se suele llegar a alguna parte», «tu país debe ser lento —le indica la Reina Roja—. Aquí, tienes que correr a toda velocidad para poder permanecer en el mismo lugar, y si quieres desplazarte a otro... ¡Entonces debes correr el doble de deprisa!»²¹.

Pues bien, como diría el poeta Machado²²: «caminante no hay camino se hace camino al andar» ... Convendrán conmigo que el doble de deprisa, si para la mujer se trata, a pesar de que cuantitativamente seamos una tropa.

Fijémonos en el ámbito académico de la salud en la Usal, la feminización de las profesiones sanitarias se evidencia, manteniéndose en cabeza, Enfermería y Farmacia y va ganando enteros Medicina, esto se traduce en que la profesionalización de la salud descansa mayoritariamente sobre la mujer.

Recordarles que el legislador de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo²³, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres, junto a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre²⁴ de medidas de Protección integral contra la violencia de género y su desarrollo, (ambas justifican a mi jui-

19 <https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/convocatorias/2025/BecasFormacionMariaTelo.htm> (23-3-2025).

20 **Noticiero Cinematográfico Español**, más conocido como NO-DO (acrónimo de Noticiarios y Documentales) o nodo, tal y como lo registra el diccionario de la Real Academia Española, 1 fue un noticiero propagandístico semanal del régimen franquista que se proyectaba en los cines españoles antes de la película en sí, entre 1943 y 1981.

21 Lewis CARROLL (1871), *Alicia en el país de las maravillas* y *Alicia detrás del espejo*.

22 Antonio MACHADO, autor del poema *se hace camino al andar*.

23 **Día internacional del agua. Elemento esencial de supervivencia humana.**

24 **Día de celebración de los Santos inocentes.**

cio una legislatura en materia de género), establecen la exigencia de que en los ámbitos curriculares de estos estudios universitarios sobre salud se incorporen contenidos de género.

Pero créanme que no resultó ni resulta, nada fácil la implantación académica...las primeras costaron sudor y lágrimas, demasiados detractores (pero cuanto une cruzar el desierto) y, aun así, se incorporaron en Salamanca, Ávila y Zamora (en los grados de Enfermería y Fisioterapia desde 2010) los estudios obligatorios de Igualdad, los primeros en toda España. ... ¡A lo María Telo!, (se nos metió entre ceja y ceja que se cumpliera la Ley Orgánica).

Quiero pensar que a las nuevas generaciones de mujeres les hemos dejado una sanidad con profesionales mejor formados, más igualitaria en acceso, más equitativa, y sinceramente estimo que su resultado ha ido a mejor.

Se incorporan derechos de la mujer en la cartera de servicios sanitarios, protocolos, guías de actuación, investigación, diagnóstico precoz, tratamiento específicos para mujeres vulnerables, víctimas de violencia machista, tratamientos específicos para agresiones sexuales, seguimiento y prevención de la posible mutilación genital femenina, de las Enfermedades de transmisión sexual, debiendo resaltar *lo importantísimo que resulta detectar la angustiosa e invisible trata de personas*, asignatura pendiente por excelencia.

Se *universaliza gratuitamente* a través del SNS para toda mujer y menores: las urgencias, el parto, embarazo y puerperio... la última conquista es en materia de salud mental (depresiones, suicidios, ansiedades, tan frecuentes como efectos adversos a la mala convivencia de pareja) ... piensen que hace nada la mujer era la histérica que había que encerrar en un psiquiátrico. (Cuanto hemos avanzado y trabajado), lejos queda el permiso por paternidad del año 90, tan cuestionado, pues poco o nada se entendía de la corresponsabilidad o de la conciliación.

La protección de la mujer a través del derecho sanitario, es un hecho, que nos acompaña desde antes de nacer (reproducción asistida, embarazo subrogado, cuidados a la gestación, interrupción voluntaria del embarazo (ojo otra asignatura pendiente... la barra libre de las 14 primeras semanas hay que darle una vuelta, el IVE no puede ser un anticonceptivo más), protección de la mujer desde la propia concepción del ser, hasta la tumba (eutanasia/derecho a cuidados paliativos, sanidad mortuoria) y aún más allá, a través de los herederos legítimos o el testamento vital (filiación, autopsia, antecedentes genéticos, donación de órganos...). Todo se halla perfectamente regulado.

Pero tenemos que hacerlo mejor, desde la eficacia, eficiencia, el respeto, la convivencia y la ética. No en vano Miguel de Unamuno²⁵ nos aconsejaba:

«hacer riqueza, haced patria, haced ciencia, haced ética»

Derecho y sanidad, en estos 50 años de libertad y capacidad de obrar, son ciencias paralelas que se miran con el rabillo en su evolución estableciendo intersecciones, como resulta del ámbito de los derechos de la mujer.

Así, el derecho sanitario de género goza de extraordinaria amplitud, solo acotado por el término sanidad y mujer, bajo el paraguas competencial del derecho Administrativo en el ámbito público.

Sepan que esta universidad ha realizado un enorme esfuerzo, por la igualdad como elemento esencial de democracia, de justicia y por ende de libertad. No en vano, cuantitativamente se puede decir que tenemos una universidad feminizada (aunque no se consiga tener una mujer rectora electa), más del 65 % de nuestros estudiantes son mujeres y en los estudios jurídicos, como viéramos en los sanitarios se sobrepasa.

Al respecto recordemos a Shakespeare, en su obra maestra *El mercader de Venecia* (S.XVI) cuando pone en valor la inteligencia de la mujer respecto a la justicia y al derecho, con una más que ingeniosa y efectiva defensa en juicio. (Porcia su protagonista defiende disfrazada de abogado al amigo de su enamorado Antonio, salvándole la vida a este, frente al cruel prestamista Shylock, que consigue dejarlo sin patrimonio, mediante una defensa que a priori, ningún abogado, ni al propio Dux se le había ocurrido.)

Hoy, cinco siglos más tarde hay muchas Porcias que sin tenerse que disfrazar se hallan curriendo Derecho, un 67 % son mujeres en el ámbito jurídico según datos del CGPJ; y respecto a los

25 Rector de nuestra Universidad de Salamanca, por excelencia y referencia universal de conocimiento.

Dux de cada 10 jueces- magistrados, 6 son mujeres en España, ante estos datos no me digan que no imaginan sonriendo socarronamente a William Shakespeare.

Moliere en su obra *El burgués gentilhomme*, recuerden que Jourdain, su protagonista, un nuevo rico ignorante e ingenuamente ambicioso, estafado por astutos sablistas, pronuncia una frase que se ha hecho proverbial «*Hacia prosa sin saberlo*», así fue toda una generación de familias ... nuestras referentes...fuimos, fueron, feministas sin saberlo, luchamos por la igualdad, sin decirlo, solo haciendo... sobre todo en las familias donde el número de niñas predominaba.

Sinceramente creo que cuando de derechos de la mujer hablamos, me niego a que se patrimonialice por ninguna fracción, ideología o tendencia política, los derechos de la mujer son de justicia y como Francisco de Vitoria desde su cátedra de prima del estudio salmantino siguiendo las enseñanzas de Ulpiano, nos enseñó:

«justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho»,

Hablo desde la vivencia, nos educaron a mis tres hermanas y a mí en la preservación de la dignidad de la mujer como valor supremo, con principios y valores cristianos propios de la cultura occidental, donde la igualdad de la persona sin distinciones era la máxima, es de justicia, «*nadie es más que nadie...tampoco tú*» nos decían, y así crecimos, procurando dar a cada uno su derecho desde el respeto al prójimo.

Mi madre, sin duda otra María Telo con mayúsculas (como la mayoría de madres supongo), siempre vinculada familiarmente a las ciencias jurídicas supo transmitirnos la valía de la independencia, del conocimiento, de la utilidad del derecho y de la cultura del esfuerzo, mostrando enorme malestar ante las desigualdades, luchando inteligentemente a su manera... desde unos tacones de aguja, vestida elegantemente, perfectamente peinada y poniendo en valor el color rosa, venciendo la cultura patriarcal que le tocó vivir, no sé en sus casas, pero en la mía, era «casa de orden»... parecía y solo parecía que mandaba mi padre... que lecciones de vida!... la vida me ha puesto cerca de otras mujeres que por sí solas han sacado familias adelante, mi admiración, cariño, respeto y reconocimiento aquí a todas ellas, ¡valientes!, no podáis faltar en el relato.

La educación que recibimos tuvo sus frutos, la Prof.^a Carmen Calvo Sánchez, de enorme influencia jurídica y personal sobre muchos juristas, fue la primera mujer catedrática de derecho procesal de España, en tiempos que el derecho era cosa de hombres... mujer trabajadora (como buena zamorana/alistana), siempre seria y rigurosa, sin descanso en sus enseñanzas emitía frases lapidarias como

«el derecho es una ciencia unitaria... si algo no aprendes te fallará el pilar básico de cualquier jurista... el razonamiento jurídico correcto», y esto tomando una Coca-Cola...

«A la universidad no se viene solo a aprender una ciencia, —me decían— sino también los principios y valores que marcan la identidad de la institución», esta frase la recuerdo tomando café en el bar de la facultad con mi hermana y Dña. Gloria Begué, otra María Telo, mujeres cuya sabiduría se destilaba en cada palabra.

«Estar de pie, sobre hombros de gigantes», ...que Newton dijera. Si es que he de confesar que somos privilegiados, ¡solo tenemos que escuchar!

Pero sigamos sus enseñanzas y antes de finalizar, repasemos nuestros principios de la Universidad de Salamanca y les pido los tengan bien presentes, ya que siempre deberán estar vinculados a los estadios universitarios: **Democracia, igualdad, justicia y libertad.**

Lamentablemente parece que muchos o no lo saben o se les han olvidado, por ello y desde aquí, propongo a los ponentes de reformas estatutarias pendientes, que no solo mantengan el párrafo in fine del artículo 1 de los Estatutos de nuestra universidad de Salamanca, sino que se desarrollen con fines didácticos, convencida que su esfuerzo podrá de manifiesto el compromiso de la universidad (esta ocho veces centenaria), con el humanismo, la democrática y la igualdad.

Pero no puedo finalizar sin dejar de nombrar a otras-os María Telo, (cojo quedaría el capítulo/ homenaje): la Prof.^a Díaz Medina, docente pionera en la defensa de los derechos de la mujer en esta universidad, siempre decía, «*solo desde las aulas lo conseguiremos*», pero la historia está llena de anécdotas que también es bueno que se conozcan, y que hacen comprender el *iter* que hemos tenido, y es que hay muchas historias que ocurren fuera de los focos y que son las que verdaderamente cambian las cosas... les cuento, iniciados mis primeros días en el área de Derecho admi-

nistrativo, de esta facultad de Derecho, tras años en la docencia, investigación y gestión en la hoy facultad de Enfermería y Fisioterapia y de la mano de la compañera y amiga la Prof.^a Zulima Sánchez, me incorpore como miembro al Centro de Estudios de la Mujer (CEMUSA), corrían entonces tiempos donde en la programación docente opcional, se podía impartir asignaturas transversales sobre materias que voluntariamente se ofertaban, tras el trámite y admisión en el CEMUSA, parecía que por coherencia y compromiso, yo debía ofertar una asignatura que se sumara a la causa, y así fue y se titulaba *Derechos Sanitario y Mujer*, debido a mi escasa experiencia administrativa en este tipo de materias, no cerré en la propuesta docente el cupo de matriculación.

Una mañana toca la puerta de mi despacho una señora (en todos los sentidos) que se presenta como compañera y Directora del CEMUSA²⁶, para mostrarme el agradecimiento por haber «salvado» de un mal trago al Centro de estudios... era la Prof.^a Dr.^a Ana Díaz Medina, docente pionera en la defensa de los derechos de la mujer desde la universidad, como ya indique.

Según me relató, el CEMUSA no tenía ni espacio físico dentro de la Usal, ni mucho menos dotación de apoyo administrativo, ni económico,, por ello, había pedido para el Centro al Vicerrector de turno un mínimo de subsistencia, habiendo el Vicerrector impuesto que para conceder la dotación que le pedía, debería al menos contar con 200 estudiantes matriculados en materia vinculada con la mujer (listo el gestor académico, quedó estupendamente no negándole la justa pretensión, pero condicionando con algo necesario, incluso llegó a condicionar a este número la existencia del centro).

Nuestra querida Ana, siendo incasablemente luchadora, calculó que, entre suficiencias investigadoras, doctorados y algún curso extraordinario, no llegarían a 30 matriculados, no obstante, fue a Secretaría general para que le dieran el número exacto de matrículas vinculadas con la mujer... y le dieron un listado con 446 estudiantes (28 del Seminario de estudios de la mujer y 418 de una asignatura que impartía una tal Profesora María Dolores Calvo Sánchez), ¡no daba crédito! Y recuerdo perfectamente su expresión gestual al decirlo, con ello y sin dilación alguna abordo al sr. Vicerrector y este no tuvo más narices (y así lo decía ella) que atender las pretensiones solicitadas, pues el número sobrepasaba con mucho a titulaciones de diplomaturas oficiales, (confieso que yo ignoraba todo y que intente disimular el desasosiego de la responsabilidad de impartir a 418 estudiantes de titulaciones distintas, sobre una materia en que había hecho pinitos, pero he de confesar que era nobel). Años más tarde y ya jubilada la Prof.^a Díaz Medina, y siendo directora del CEMUSA la Prof.^a Martínez Quinteiro y Vicedirectora la Prof.^a Figueruelo y a propuesta de esta última, fui nombrada Coordinadora del centro (¿justicia natural?, ya les digo yo que no, Figueruelo nunca deja cuentas atrás).

Imposible no citar también a la Prof.^a Pilar Marqués, de la U. León, en ella descansa el tesón y la virtualidad investigadora, su apoyo en las defensas de tesis doctorales y su aportación en la elaboración ha sido decisiva. y como de defensa de la igualdad se trata, no puedo finalizar sin destacar la labor de los Profs. Bujosa, Martín Diz, Cabero, Sánchez Barrio y del Pozo, trabajadores y luchadores incansables de la causa, compañeros todos, de nuestra merecida homenajeada Prof. Figueruelo, sin ellos nos hubiera costado mucho más llegar donde estamos, cincuenta años de libertad y capacidad de obrar. Pero es de justicia que reconozca públicamente, que toda la motivación para trabajar sobre los derechos de la mujer ha sido gracias a la Prof.^a Zulima Sánchez y Figueruelo, pues de sus manos me inicié en este empeño y con su incondicional apoyo he perseverado. ¡Gracias!

Cierro este capítulo, agradeciendo a otras mujeres y hombres que no han sido citados y son referencia sin duda, pero bien saben ellos que lo son... y cierro entonando un canto de esperanza, haciendo nuestro el pensamiento y buen deseo del ilustre escritor García Márquez²⁷ cuando dirigiéndose a la académica de los noveles, dijo:

«(...) espero una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otros hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad, y donde las estirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segunda oportunidad sobre la tierra».

UNIVERSITAS STUDII SALMANTINI ... VITOR... ANGELA

26 CEMUSA: Centro de Estudios de la mujer en la Universidad de Salamanca.

27 Discurso de recogida del Premio Nobel de Literatura en 1982

CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO: MITOS Y REALIDADES

Raúl Canosa Usera

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense*

1. El laboratorio constitucional iberoamericano

Siempre se dijo que Francia era el laboratorio constitucional porque, a diferencia de los países anglosajones que prefieren mantener sus formas constitucionales y variar la sustancia, Francia cambiaba con constancia sus reglas constitucionales y así experimentaba nuevas instituciones. Como apuntaba Ortega un pueblo tan inteligente como el francés no se contentaba con vivir en las instituciones del pasado, sino que cada generación gustaba de reinventarse con nuevas fórmulas constitucionales. Mientras esto sucedía en Francia, al otro lado del canal de la Mancha, los británicos se aferraban a sus ancestrales fórmulas y las adaptaban para acabar creando un constitucionalismo sin constitución. Francia mientras tanto acumulaba constitución tras constitución, y en su estela también España lo hacía.

Acaso se deba a su vitalidad de pueblos jóvenes y a la esperanza de que con nuevas normas se pueda mejorar una realidad insatisfactoria, pero ahora es en Iberoamérica donde la democracia avanza más —no necesariamente siempre a mejor— en el camino de la innovación. Está por ver si sus hallazgos cuajan y llegan a ser exportables a otros lares y los europeos acabamos importándolos para mejorar unas instituciones que no siempre funcionan bien.

Es verdad que en Europa se despliega el experimento histórico mayor de la integración supranacional, sin parangón en América, pero también es cierto que los europeos no acabamos de definirlo, ni siquiera teóricamente, y nos contentamos con un desarrollo paulatino que no siempre parece progresar.

Sin duda, una de las debilidades del constitucionalismo iberoamericano radica en que su prurito innovador lo aleja en ocasiones de la realidad cuando las disposiciones normativas carecen de efectividad. Hasta el propio Kelsen afirmó que la efectividad de las normas acaba siendo condición de su validez. Se espera de las constituciones que sean razonablemente eficaces, pues de lo contrario, convertidas en semánticas —según la nomenclatura de Loewenstein—, se degradaría el orden jurídico cuya norma cimera no se aplicara, es decir, no regulara con mínima eficacia la realidad política. Este riesgo de degradación normativa está presente en el constitucionalismo iberoamericano, en la medida en la que se lleva a la más alta potencia el componente utópico que caracteriza, en general, al constitucionalismo y, en particular, al constitucionalismo social.

Se produce así un vivo contraste entre el constitucionalismo europeo y el iberoamericano, el primero muy contenido en sus fórmulas constitucionales ya clásicas y sin tanta carga social, y el segundo, pleno de promesas de transformación. Y mientras el europeo se ufana de sus efectivos logros sociales, en su mayoría de rango legal, el iberoamericano aspira a transformar la sociedad con una superlativa regulación constitucional de lo social.

En esta comparación no es extraño que el observador europeo se muestre escéptico con los experimentos americanos que le parecen ingenuos porque depositan en las normas constitucio-

nales una capacidad taumatúrgica, transformadora de la realidad que no poseen y, lo que es más grave, porque pueden menoscabar la esencia del constitucionalismo clásico.

2. Algunas patologías de los sistemas políticos iberoamericanos

2.1. Principio democrático y separación de poderes

En el actual constitucionalismo iberoamericano resalta la importancia que recibe el componente democrático —que incluso ha derivado recientemente en México en la elección popular de todos los jueces—. Es cierto que, en la peripecia histórica de estos países, las fórmulas democráticas que sus constituciones reflejaban eran burladas de una u otra suerte mediante subterfugios que las envilecían para acabar conformando regímenes más o menos autoritarios que, a despecho de lo establecido por las normas, postergaban a la inmensa mayoría de la población. O se falsificaban las elecciones o se implantaba la hegemonía de un solo partido o una familia detentaba el poder durante varias generaciones.

En la estela de su vecino del norte, los Estados Unidos, las demás repúblicas americanas fueron adoptando el sistema presidencialista de gobierno. Este sistema presentaba el potencial problema de la permanencia indefinida del máximo gobernante, lo que acarrearba un gravísimo peligro. En efecto, los colonos americanos, súbditos de Gran Bretaña, copiaron al independizarse el sistema de separación de poderes de su antigua metrópoli, pero descartaron darse una monarquía y optaron por la república, así que la cabeza del poder ejecutivo no era un rey sin un ciudadano elegido para asumir tan importante tarea. En lo sustancial, sin embargo, coincidían con los británicos en que el poder ejecutivo reposaba en una sola persona.

Los ingleses evolucionaron por su parte y el poder ejecutivo, formalmente mantenido en su Corona, pasó a ser ejercido por un primer ministro designado por el parlamento, aunque nombrado por el rey. Este nombramiento pasó a ser un acto debido, de confirmación de la voluntad parlamentaria. El resultado fue la invención inglesa del sistema de gobierno parlamentario.

Naturalmente los Estados Unidos y en su senda las demás repúblicas americanas, no tuvieron el problema de la legitimación democrática de sus presidentes porque éstos eran elegidos, así que la más alta magistratura del Estado no quedaba de forma antidemocrática en manos de una sola familia, sino que todo ciudadano podía aspirar a ocuparla. Sin embargo, subsistía la concentración de un inmenso poder, todo el ejecutivo, en una sola persona. En esas circunstancias era natural que el presidente fuera reelecto si lo deseaba, pues a mayor permanencia más posibilidades de ello. Si esa reelección era posible guardando las más puras fórmulas democráticas, más aún si el presidente empleaba la fuerza de su posición para asegurarse la reelección.

El presidencialismo entraña, pues, una pulsión monárquica agravada paradójicamente por su elección democrática. Un solo sujeto con todo el poder ejecutivo en sus manos y elegido por el pueblo es terrible si no es controlado eficazmente. Y de inmediato se admitió que, además de los controles que tanto el poder legislativo como el poder judicial pudieran ejercer sobre el presidente, muy importante era el límite temporal, es decir, la acotación del tiempo en el que pudiera permanecer en la presidencia. La permanencia, potencialmente indefinida, reducía las posibilidades de alternancia y ya sabemos que ésta constituye uno de los pilares de la democracia. Washington, renunciando a una segunda reelección, estableció la convención constitucional de no poder aspirar más que a dos mandatos, convención que fue respetada por sus sucesores hasta el muy popular Roosevelt que la rompió. La Enmienda XXII convirtió en norma la limitación de dos mandatos.

La problemática surgida en los Estados Unidos se reproduce en las demás repúblicas americanas y es resuelta en ocasiones de manera más tajante, con la prohibición absoluta de reelección. El célebre lema de la revolución mexicana «sufragio efectivo, no reelección», que aún impera en aquel país, es ejemplo señero de esa combinación entre democracia política real y no reelección. Esta resulta así el control más fuerte para el gobernante. Ciertamente es que en México la prohibición no impidió el desarrollo de un hiperpresidencialismo que encarnaban por turno personas distintas, aunque bajo la hegemonía de un solo partido.

Otros países del continente americano aún persisten en la no reelección de los presidentes, aunque en algunos sea posible una posterior candidatura como en Perú, la República Dominicana o Chile. Otros estados, como Brasil, Colombia o la Argentina consienten una sola reelección, fruto

de las reformas constitucionales de los años noventa, promovidas para asegurar una mayor estabilidad política. Es cierto que en algunos casos se discutió si el primer mandato, comenzado bajo la prohibición de la reelección, contaba a los efectos de aplicar la nueva limitación, lo que podría suponer excepcionalmente que el mandatario pudiese permanecer un total de tres mandatos consecutivos. Véase el caso de Uribe en Colombia resuelto en su contra por el Tribunal Constitucional.

La limitación constitucional de mandatos afecta al derecho fundamental de sufragio pasivo pues impide a un sujeto presentar su candidatura cuando supera el límite, al tiempo que se imposibilita también a los ciudadanos para votarle. Se trata de una aporía porque, en beneficio de la democracia, se impide la elección de un sujeto, acaso deseado por los electores.

Curiosamente fue Venezuela, al segundo intento de reforma constitucional, donde se eliminó la limitación temporal permitiendo la reelección indefinida del presidente de la República, en contra del pensamiento de Bolívar que tanto se invoca por lo demás. Venezuela es el ejemplo más claro de esa tendencia «monárquica» que se advierte en otros países como Bolivia, Ecuador y de manera fallida en la Argentina.

La Corte Interamericana (Opinión consultiva OC-28/21, de 7 de junio de 2021, solicitada por la República de Colombia), en la estela del Informe requerido por el secretario general de la OEA a la Comisión de Venecia (Informe sobre los límites a la reelección. Parte I —presidentes—, aprobado por la Comisión de Venecia en su 114.ª sesión plenaria de 16 y 17 de marzo de 2018), presenta la limitación de mandatos como garantía de la democracia y, desde luego, no validó la estupefaciente interpretación del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, según la cual la limitación constitucional de mandatos era contraria al derecho convencional de participación política.

2.2. Debilidad del parlamento y de los partidos políticos

El sistema presidencialista de gobierno, al personalizar el poder ejecutivo en un sujeto, acaba haciendo menos necesaria la presencia de partidos políticos fuertes. Estos no serían sino una irradiación de la personalidad del líder (peronismo) o un entramado de intereses alrededor de él (PRI). Por lo general los partidos en Iberoamérica no han alcanzado la consistencia de los partidos europeos, ello debido a la diversa condición de los respectivos sistemas políticos y a la cultura política respectiva. La iberoamericana ha favorecido históricamente el caudillismo que encajaba a la perfección en el molde del presidencialismo, así que la esencia política radicaba en la persona del líder, del presidente, del caudillo, en suma. En estas condiciones la presencia de partidos políticos fuertes resultaba superflua y no eran necesarios ni siquiera para garantizar la continuidad cuando no existía la reelección presidencial. La excepción mayor acaso sea la del PRI mexicano, pero no tanto en demérito del personalismo tradicional del hiperpresidencialismo histórico mexicano (Carpizo), sino como estructura sobre la que ese poder personal del presidente descansaba.

No hay desde luego un patrón uniforme de sistemas de partidos en Iberoamérica, pero parecen concurrir dos corrientes fundamentales: por un lado, la tradicional personalización del poder en el presidente y, por otra, un cierto reforzamiento de los partidos como consecuencia de la revitalización reciente del parlamento allí donde se ha producido. Podría pues concluirse que en Iberoamérica el hiperpresidencialismo, la tendencia histórica asociada a la personalización del poder político, debilita al parlamento y a los partidos que en él operan, todos subordinados al presidente.

2.3. La aporía de un activismo judicial no independiente

También la independencia judicial tiende a ser sacrificada en el hiperpresidencialismo y no se recupera tampoco si el orden constitucional tiene que ser activado por los jueces, pues estos habrían de promover la ideología oficial, tal y como la decide una mayoría «democrática», formada, sin embargo, con limitaciones de derechos. Si, además, hay un control sobre los jueces para asegurarse de que cumplen ese cometido, esta espuria democracia contravendría la separación de poderes y el panorama sería a la postre desolador. Pues bien, esto parece suceder en algunos lugares del continente americano donde la formal separación de poderes, que era pervertida por un presidencialismo de base oligárquica, parece estar siendo sustituido por una hipervaloración del principio democrático que acaba considerando la separación de poderes una antigüalla. Coro-

lario de lo anterior es la relajación completa de los controles sobre el poder. Puesto que éste es democrático, no cabe en rigor control alguno ya que, de haberlo, sería una traba inaceptable de la voluntad popular.

El panorama trazado, que parece vislumbrarse en aquellos países del llamado socialismo del siglo XXI, no se acomoda a la separación de poderes y por ende desconoce el entendimiento cabal de la democracia que radica en el control de los poderes (Diego Valadés) para preservar la libertad. Cuando las relaciones entre los distintos poderes del Estado se hallan bajo la aplastante hegemonía del presidente electo nos hallamos en una suerte de monarquía democrática, el gobierno de uno que ha sido elegido por todos, pero que, tras la elección, ejerce un poder absoluto o casi absoluto. Y aun cuando se admitiera la vinculación entre el líder y la masa, no cabría hablar de democracia sino de lo que ya Tocqueville y luego Stuart Mill teorizaron como tiranía de la mayoría: la irresistible voluntad del líder seguido por la mayoría aplasta a las minorías y los derechos individuales, como la libertad ideológica, de expresión, información o el mismo de participación democrática. En el contexto descrito no hay lugar para la independencia judicial que no puede oponerse a la voluntad «democrática» irresistible expresada por el presidente.

Cosa distinta es lo que ocurre en otros países de la región donde los tribunales constitucionales han encontrado un margen de decisión y asumen la misión de defender el valor normativo de sus respectivas constituciones. Han podido entonces ejercer sus facultades interpretativas desvelando el sentido normativo de esa pléyade de preceptos constitucionales que caracteriza al constitucionalismo promisorio. Y al hacerlo corren el riesgo de suplir al legislador democrático que por impericia o por otros motivos no acierta a desarrollar las cláusulas constitucionales. Sin embargo, tampoco está última anomalía es aceptable porque, sin negar la separación de poderes, la perturba al erigirse un órgano judicial en pseudolegislator.

El experimento mexicano de elección popular de todos los jueces es la ultimísima innovación iberoamericana. Introducida tras reforma constitucional, el sistema deja muchas dudas, pues su materialización no ha deparado la elección necesariamente de los mejores, aunque haya notables excepciones; y en todo caso los elegidos han tenido que contar con apoyos políticos, en su mayor parte provenientes del Poder Ejecutivo, como demuestra el origen de la mayoría de los candidatos elegidos. La proximidad de estos últimos al oficialismo del partido ahora hegemónico —que parece reverdecer los laureles del viejo PRI— causa recelos justificados y no parece contribuir a la necesaria independencia de los jueces.

3. El constitucionalismo promisorio iberoamericano

3.1. El contraste, a veces lacerante, entre norma y realidad

El rasgo más polémico e identificador del Estado social es haber originado un constitucionalismo promotor que trata de anticipar una transformación social regulándola en su norma fundamental. Pero esta pretensión transformadora no es producto sólo de los acontecimientos de la segunda postguerra mundial, como tantas veces se apunta, ni siquiera de los precedentes de entreguerras, sino que germina ya en los primeros momentos de la revolución francesa. En efecto, el iusnaturalismo racionalista, base filosófica de la revolución, suponía, en el estado de naturaleza, la igualdad entre todos los hombres. Trasunto de esa igualdad natural es la igualdad ante la ley, es decir, la igualdad formal que implica la universalización de los derechos y la misma ley para todos. Si el paso dado fue auténticamente de gigante, quedó de inmediato patente que la pura igualdad formal no satisfacía plenamente la exigencia de reproducir, en el plano jurídico, la igualdad natural anterior al pacto social. Y ello porque subsistían desigualdades materiales que venían a impedir a muchos el ejercicio de los derechos en favor de todos proclamados. Así las cosas, el reconocimiento de derechos sólo beneficiaba a quienes tenían medios de vida bastantes para ejercerlos.

La contradicción apuntada fue advertida desde el primer momento por algunos; se plantea de inmediato la necesidad de promover la *égalité de fait* y la Constitución francesa de 1793 consagra principios y derechos de corte social. Desde el primer instante se inauguraba una línea de liberalismo radical, consciente de las contradicciones a las que podía conducir el puro formalismo de la igualdad ante la ley, ayuno de cualquier componente sustancial.

El encuentro entre tradición jurídico-política liberal y justicia social se generaliza con las constituciones de la segunda posguerra mundial. La solución política, el Estado social, significaba el compromiso entre un liberalismo exhausto que en muchos lugares no había resistido el avance de sus enemigos y un socialismo dispuesto a aceptar un compromiso constitucional que no cerrarse la puerta a una profunda transformación social y económica. El resultado es un gran pacto histórico que se concretaba en la constitución con un auténtico proyecto de transformación social asegurado con las normas promisorias, promotoras (Lucas Verdú), cuya materialización progresiva significaría la realización efectiva de la justicia social. Las Constituciones descubrían una finalidad para las que no fueron inventadas; además de organizar las instituciones y resguardar un ámbito de libertad para todos frente al Estado, venían ahora a concretar los fines de la futura transformación social e incluso económica, y dotar al Estado de los instrumentos necesarios para ello. Los partidos socialistas, incluso algunos comunistas —como el italiano— abrazaban decididamente el reformismo, abandonando toda veleidad revolucionaria. Las dos almas de aquel liberalismo revolucionario de finales del siglo XVIII se encontraban de nuevo y se hermanaban en la constitución del Estado social. Los productos normativos fueron sin embargo desiguales; algunas Constituciones presentan menos carga social (Ley Fundamental de Bonn) que otras (Constitución portuguesa de 1976). Pero en todas ellas podía identificarse la cláusula social más o menos explícita.

El nuevo tipo de constitución no imponía una forma de organización social acabada, sino que permitía, en un campo axiológico muy amplio, las alternativas que auspiciasen las distintas mayorías. Era, pues, el legislador democrático el que podía operar. No obstante lo anterior, al legislador no se le permite cerrar las alternativas que el constituyente deseó mantener abiertas, introduciéndose entonces una contradicción inevitable y derivándose hacia lo que podría llamarse constitucionalismo alternativo.

3.2. Debilidad de los derechos de libertad y promoción de los derechos sociales

Al ser el fruto de un compromiso entre posiciones políticas diferentes, las Constituciones modernas no podían dejar de presentar contradicciones que se han revelado insolubles y que se mantienen —alimentando el debate doctrinal— a pesar de que los márgenes muy flexibles del orden constitucional han permitido, en cada momento, un reacomodo de la situación que ha sido mucho más fácil en sociedades prósperas, como las europeas, lo que ha evitado la exacerbación de esas contradicciones, y mucho más difícil en las sociedades iberoamericanas donde la desigualdad social, mucho mayor, ha llevado la contradicción entre normatividad y realidad hasta sus últimas evidencias. Pero en todas partes las aporías del Estado social se han puesto de manifiesto en el plano jurídico.

La causa última de nuestros problemas la encontramos en la radical diferencia existente entre los fines del Estado liberal y los del Estado social. El primero pretende salvaguardar la libertad, garantizada como ámbito intangible para el Estado al que se impone la intervención mínima, sólo la necesaria para preservar —en el plano preferentemente formal— la libertad de todos individualmente considerados. El Estado social promueve en cambio la acción de los poderes públicos, de tal suerte que su actividad deja de ser meramente negativa y presupone políticas de promoción que compensen la desigualdad material, relativizándola poco a poco; para ello se sirve de los derechos económicos de prestación, así como de instrumentos de socialización en lo económico.

Las políticas sociales encuentran su límite, impreciso pero insoslayable, en el respeto a lo esencial el ámbito de las libertades negativas de estirpe liberal. Esta situación resultante, tan compleja, no podía dejar de producir contradicciones, pues las normas promisorias tienden siempre a confligir con la exigencia de no intervención en la esfera de libertad. El camino emprendido para superar la situación consistió en abordar una teoría de los derechos fundamentales en la que se fundieran los clásicos derechos de libertad con los recién llegados derechos sociales. El intento, loable sin duda, no puede empero soslayar las diferencias estructurales entre unos y otros. Los de libertad son esencialmente derechos negativos y su realización —efectivo ejercicio— es inmediato, sin necesidad de concreción legal, y fueron considerados en principio ilimitados (Carl Schmitt), mientras que los derechos sociales operan como normas promotoras y su realización depende en gran medida de su concreción en la ley. Los derechos sociales son en realidad mandatos de optimización (Böckenförde) puesto que su contenido puede, y debe, siempre mejorarse. Además, como ya se ha

dicho, en tanto que los derechos de libertad se afirman frente al Estado, los derechos sociales son en su mayor parte prestacionales, y reclaman la actividad de los poderes públicos que niegan los derechos de libertad. En definitiva, a la moderna teoría de los derechos fundamentales (Alexy) no le resulta sencillo amalgamar ambos tipos de derechos en una estructura verdaderamente común, lo que inexorablemente lleva a construirla sobre presupuestos formales con los cuales sustentar su fundamentalidad: rango constitucional, resistencia frente al legislador, posibilidad de exigirlos ante los tribunales. La apelación a la dignidad para derivar de ella tanto los derechos de libertad como los derechos sociales, es loable, pero acaba siendo una burla cuando, como desafortunadamente acontece con frecuencia en Iberoamérica, los derechos sociales son desatendidos. En resumidas cuentas, la polémica, perfectamente centrada por Forsthoff, a propósito de la naturaleza de los derechos sociales, nunca ha perdido actualidad.

Los derechos sociales sirven, obvio es decirlo, a la consecución de la igualdad sustancial, subyacente a todo el constitucionalismo social (constitucionalismo de la igualdad, como lo denominó Pedro de Vega), y proclamada expresamente en algunas Constituciones (la italiana y la española, por ejemplo). Pero no sólo los derechos sociales sirven a la igualdad, también lo hacen los principios constitucionales que programan la transformación social auspiciada. Se da la paradoja de que no siempre que un texto constitucional proclama con detalle derechos y principios sociales, la realidad constitucional se aproxima más a lo regulado. Puede ocurrir lo contrario, como demuestra tristemente la realidad iberoamericana, a mayor abundancia de lo social en las cartas constitucionales, menor realización de la igualdad sustancial. Podemos hablar entonces de una colosal insinceridad constitucional.

A las contradicciones apuntadas y que aparecen en la constitución de todo Estado social, se suman en Iberoamérica algunas otras de alcance mayor que debilitan la calidad misma de la democracia. Justamente invocando el principio democrático se imponen límites al ejercicio de algunos derechos fundamentales clásicos que nacieron al tiempo del Estado constitucional. En particular, me preocupa la minusvaloración de las libertades de expresión y de información que degrada uno de los valores de las sociedades democráticas: el pluralismo político. Porque si la constitución se entiende como la imposición de una ideología cerrada, hay justificación para limitar la expresión de posiciones críticas. El pluralismo posible estaría entonces ceñido a esa ideología constitucional socializante y todo punto de vista contrario o simplemente crítico podría ser proscrito.

También se ve afectada la libertad política cuando pretende articular candidaturas alternativas a los oficiales. Establecida una ideología oficial en la constitución, toda alternancia política debe ser combatida legalmente, a despecho de la posibilidad de reforma que toda constitución contempla. El pluralismo político es sustituido por un uniformismo que acaba afectando a la misma libertad ideológica y a la esencia del principio democrático.

Se produce así un vaciamiento de la democracia, y donde esto sucede la constitución no merecería llamarse tal sino simplemente norma política de dominación, porque el constitucionalismo implica, desde luego, respeto del orden jurídico, pero siempre que se reconozcan como derechos la libertad ideológica, las de expresión e información y el derecho de participación. La limitación o directa proscripción del ejercicio de tales derechos cuando se ejercen críticamente supone una conculcación del pluralismo, lo que es incompatible con la democracia.

3.3. La defensa jurisdiccional del Estado social

Aunque no pensada en origen para la defensa de las cláusulas sociales sino para fines bien diversos, la institución de la jurisdicción constitucional ha resultado, al cabo, inseparable de la existencia del Estado social. Claro está que, a los tribunales constitucionales u órganos con funciones equiparables, no les corresponde en primer término afrontar la promoción anunciada por la constitución ya que el principal protagonista ha de ser el legislador democrático, pero tampoco hay duda de que el máximo intérprete está llamado a defender la fuerza normativa de la constitución, incluso frente al legislador y también en lo que atañe al despliegue de las cláusulas sociales de la ley fundamental.

Paradójicamente el mayor consenso social suscitado en torno a la constitución acaba produciendo limitaciones para el legislador, en la medida en que constituciones más extensas —resultado inevitable de ese consenso— deciden más y menos puede, por tanto, decidir libremente el

legislador. Entre las cosas ya decididas se halla la transformación más o menos planificada, pero desde luego preanunciada, por el constituyente. Esta circunstancia adquiere una dimensión más grave en el constitucionalismo iberoamericano porque en este la prolijidad del texto constitucional reduce el margen del legislador democrático y esto implica, por un lado, reforzar al poder ejecutivo y, por otro, aumentar el protagonismo del órgano encargado del control de constitucionalidad. Este es el riesgo que presenta el constitucionalismo iberoamericano cuya minuciosa anticipación del futuro reduce el margen para potenciales alternativas que democráticamente podría encarnar el legislador democrático de cada momento si la Constitución fuese más abierta. Al no serlo las potenciales alternativas solo podrían articularse mediante la reforma constitucional.

El prurito de las Constituciones por ofrecer, prefigurada, una sociedad ideal, a despecho de las contingencias futuras, complica la relación entre legislador y constitución y, sobre todo, la del primero con el tribunal constitucional. Aquella memorable construcción teórica del egregio profesor portugués Gomes Canotilho, refiriéndose a un constitucionalismo dirigente, no deja de impresionar por su intento de sometimiento férreo del legislador a la constitución promisoría. Semejante concepción y otras parecidas acaban colocando al tribunal constitucional en el arriesgado papel de activo protagonista de la transformación social auspiciada en la constitución. Al tribunal constitucional correspondería determinar por consiguiente los límites de la acción del legislador democrático.

En contraste, el constitucionalismo europeo tiende a mantener órdenes abiertos, una ductilidad (Zagrebel'sky) que permite a legisladores democráticos de distinto signo que se vayan alterando en la constitución de mayorías la realización a través de la ley de sus respectivos programas. En este contexto la tarea del tribunal constitucional es salvaguardar la alternancia, es decir, el derecho de la minoría a convertirse en mayoría, y el núcleo esencial de los principios y derechos constitucionales. Al respecto de estos últimos cabe todavía polemizar acerca de si la garantía constitucional de los derechos sociales permite al intérprete supremo imponer al legislador obligaciones de hacer. Conviene recordar que unos mínimos vitales universalizados son el presupuesto indispensable de la libertad.

Interpretación y desarrollo legislativo de la constitución guardan pues una estrechísima relación. Si se admite que la tarea del legislador cumple el principio democrático protegido por la constitución, la realización de aquél reclama la mayor libertad para el legislador, en el entendido de que, obvio es recordarlo, éste no está autorizado para aprobar leyes antidemocráticas, pues si lo hiciera, incurriría en inconstitucionalidad. Y las más antidemocrática de las legislaciones sería aquella que conculcara los derechos fundamentales.

Las cosas se complican aún más, si tal y como sucede en el Estado constitucional contemporáneo, todos los jueces, ya no sólo en los sistemas de control difuso de constitucionalidad, son jueces de la constitución del mismo modo que el tribunal constitucional acaba siendo también juez de la ley. Entonces la relación ya no se ciñe, como pretendía el modelo ideal de control concentrado, a la mantenida por el tribunal constitucional y el legislador; otros operadores jurídicos, los jueces sobre todos, interpretan y aplican la constitución y, disipada la tajante separación entre los planos de la constitucionalidad y de la legalidad, el tribunal constitucional también interpreta la ley. Los conflictos aparecen ahora también entre el legislador y los jueces y entre éstos y el tribunal constitucional.

La cuestión última que hemos de plantearnos es tan sencilla de exponer como problemática de responder ¿A quién corresponde la efectiva puesta en marcha de la transformación social anunciada por la constitución? La respuesta resulta en apariencia evidente: toca al legislador desarrollar en la ley esos contenidos sociales. Lo diáfano de la explicación desaparece cuando comprobamos la frecuencia con que los legisladores dejan *non nata* la cláusula social convirtiéndola en mera hoja de papel. ¿Qué hacer entonces? ¿Permitir que los jueces o los tribunales constitucionales exijan al legislador el cumplimiento de su tarea haciendo valer un constitucionalismo dirigente? ¿Permitir incluso que los propios jueces o tribunales constitucionales suplan al legislador en la realización de la transformación social pendiente, aunque sea caso a caso?

Cuando el legislador incumple las tareas que le impone la constitución incurre en incumplimiento que resulta, sin embargo, muy difícil de verificar y, por tanto, de sancionar. Sólo el máximo intérprete estaría legitimado para esa comprobación, pero ¿cómo hacerlo? Únicamente mediante instrumentos de inconstitucionalidad por omisión y muy enérgicamente concebidos, cabría ago-

tar el proceso de control de tales omisiones. Sin embargo, a despecho de impecable lógica que conduciría a aceptar dicho control, este control escasea o es incidental, al hilo de la protección de los derechos fundamentales. Analizado fríamente tal proceder semeja una colosal audacia que no por frecuente deja de ser estupefaciente: lo establecido en las constituciones es ignorado a veces paladinamente y cuando esto sucede, allí donde las desigualdades sociales son mayores, este acontecimiento equivale a una burla. La solución bajo ningún concepto puede consistir, a mi parecer, en reconocer implícitamente a los jueces o tribunales constitucionales una espuria función de suplencia del legislador —una tentación que ofrece implícitamente el constitucionalismo iberoamericano— pues, de actuar así, la exacerbación del principio de constitucionalidad conduciría sin remedio a la más grave conculcación del principio de separación de poderes.

4. La creación de *ius commune* iberoamericano en materia de derechos fundamentales: el control de convencionalidad

La Corte de San José, a pesar de haber dictado muchísimas menos sentencias que su homólogo europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha aportado hitos extraordinarios, tanto en lo que hace a la interpretación de los derechos convencionales como en lo que atañe a la posición de la Corte. Acerca de lo primero, recuérdese su creación del concepto de desaparición forzada de personas. Por lo que toca lo segundo, la exuberante y revolucionaria teoría y práctica del control de convencionalidad, tanto de la Corte misma, como el control, que, por imposición de la Corte, deben desplegar internamente los tribunales nacionales. A lo anterior hay que añadir la más reciente ampliación del bloque de la convencionalidad, ex artículo 26 CADH (Caso Lagos del campo c. Perú, de 2017), sumando a este todos los derechos sociales del Protocolo de San Salvador. A escala interamericana se venía a realizar la indivisibilidad, siempre aludida, entre derechos civiles y derechos sociales, amén de plasmar, en la esfera internacional, la dimensión subjetiva del Estado social que las constituciones de la región recogen tan generosamente.

El modelo resultante implica la plena constitucionalización del Derecho internacional con la puesta a disposición del órgano internacional destinado a interpretar y aplicar los tratados de una jurisdicción obligatoria con la extensión que la misma Corte de San José ha determinado (lo que ha hecho muy intensamente), y unos Estados dispuestos a abrirse al Derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo en esta apertura la aceptación de la superioridad de las interpretaciones llevadas a cabo por la Corte y la obligación de depurar internamente el derecho nacional a la luz del bloque de la convencionalidad. De nada hubiera servido el activismo de la Corte si los Estados no hubieran dispuesto la indispensable apertura de sus ordenamientos y sus tribunales no hubieran acatado y hecho valer frente al legislador nacional la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Este doble movimiento, de la Corte y de los Estados se ha conjugado en un fenómeno que causa asombro y admiración entre los europeos.

Lo asombroso de la experiencia interamericana consiste en la amplitud con que la Corte de San José ha extendido sus exigencias a los Estados y la docilidad con la que los máximos intérpretes de muchos Estados las han aceptado. La evolución ha sido espectacular en el ámbito de la Corte de San José porque, en casi todos los casos resueltos por ella, el control de actos presuntamente lesivo de los derechos convencionales se transforma en un control normativo, el llamado control de convencionalidad. Pero lo verdaderamente relevante es que ha ordenado también en sus fallos, tras argumentaciones irreprochables, que las autoridades nacionales, en especial los jueces, llevarán a cabo un control de convencionalidad del derecho interno. Ha convertido a los jueces nacionales en jueces del sistema interamericano.

Es verdad que la ubicación de la Convención en el orden jurídico nacional o la disposición de los supremos intérpretes nacionales ayuda o perjudica la irradiación del control de convencionalidad, pero asombra la rotundidad con la que la Corte ha trazado el paralelismo entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad para deducir que este último es también tarea de los Estados y no sólo de la Corte. Y como ésta es suprema en lo relativo al control de convencionalidad, lo que hagan los Estados deberá seguir las pautas marcadas por la Corte. Rotundidad de unos argumentos que comenzó a exponer el juez mexicano de la Corte Sergio García Ramírez (voto concurrente en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, de 25 de noviembre de 2003) y que asumió la mayoría en el célebre caso *Almoacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, de 26 de septiembre de 2006.

5. Conclusión

Subsiste en Iberoamérica una dificultad para decantar una constitución sustancial abierta donde todos los intereses sociales importantes y valiosos estén en condiciones de influir, primero, con la incorporación de sus demandas en la constitución formal, y, después, con la oportunidad de acceder al poder, en alternancia con otras fuerzas políticas, para decantar la interpretación eficaz de los preceptos constitucionales. Para tal labor serían útiles unos partidos políticos más fuertes que articularan esos intereses sociales distintos; no quedaría todo el albur de los líderes, esos hiperpresidentes, auténticos caudillos, sobre cuyos hombros reposa la carga excesiva de sostener todo el sistema político.

Pero una sociedad abierta, en cuyo seno los intereses en tensión operen eludiéndose la tentación de eliminar al adversario, necesita ciertas dosis de justicia social que encauce los conflictos y genere una mínima concordia, aquella suprema virtud política de la antigua Roma que hace posible la existencia misma de las *civitas*. Porque sin concordia irrumpe la discordia y entonces, disuelta la sociedad, es imposible que funcionen unas instituciones donde todas se vean reconocidos.

No hay duda de que Iberoamérica ha intentado crear esas condiciones a través del constitucionalismo promisorio, incluso mediante la creación de un *ius commune* en materia de derechos humanos, gracias a la labor deslumbrante de la Corte de San José. En estas tareas se ha derrochado ingenio, al punto de convertir la región en una suerte de laboratorio constitucional. Empero, el riesgo es el de conformar un constitucionalismo mágico, en cierto modo nominal, al margen de la nuda realidad de unas constituciones sustanciales cerradas. Porque la perfección de los artilugios constitucionales, la afinación de ingeniería constitucional, no son suficientes. Aunque aceptemos que las normas constitucionales promotoras, que tanto abundan en las leyes fundamentales de la región, pueden encauzar la transformación social deseable, siempre será necesario partir de una base social donde reine ese mínimo de concordia indispensable.

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS CONSUMIDORES: EL DERECHO A UNA CONTRATACIÓN ECONÓMICA EN CONDICIONES DE IGUALDAD MATERIAL

Ivette Cardona Amaya¹

Introducción

El presente estudio está inspirado en las enseñanzas y doctrina impulsada por la profesora Ángela Figueruelo Burrieza, quien más que una maestra del programa de doctorado en Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca, donde realicé mis estudios, ha sido una amiga, con quien a lo largo de estos años he tenido la oportunidad de intercambiar conocimientos y experiencias, especialmente relacionadas a la práctica del Derecho Constitucional. Y fue, justamente, sus clases y sus publicaciones sobre la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares² los que me impulsaron a profundizar sobre este tópico hasta realizar mi tesis doctoral en esa área del Derecho. El principio de igualdad material que subyace en la eficacia de los derechos fundamentales ha sido el *leit motiv* de su obra, el cual se ha concretado en los últimos años en varias de sus actividades académicas en la Universidad de Salamanca e investigaciones sobre la igualdad efectiva o real entre el género femenino y el masculino. El principio de igualdad como valor y derecho dentro del marco del Estado Social de Derecho es extensivo a un ámbito que ha requerido de la promulgación de normas especiales para tutelar los derechos de quienes se posicionan en una posición de desventaja respecto del que domina el mercado: el consumidor. De ahí que este pequeño y sucinto estudio esté dedicado a su obra, a su legado como catedrática de Derecho Constitucional y a su persona como maestra y amiga.

Sobre el tema que nos ocupa, éste se enfoca en el constitucionalismo salvadoreño, cuya Constitución vigente incluyó un precepto sin precedentes en nuestra historia y es el relativo a la protección que ha de brindarse al interés de los consumidores, positivado en el artículo 101. Dicho compromiso constitucional de índole económico debe explicarse a partir del pórtico axiológico y teleológico de la propia Constitución, cuya visión humanista determina la intervención del Estado en el desarrollo económico y cómo dentro de este ámbito los derechos de los consumidores encuentran la legitimidad de su reconocimiento legal. Pese a que únicamente la parte final del mencionado precepto hace alusión a la materia de consumo, se trata de un postulado relevante que, interpretado junto con el preámbulo y los primeros artículos de nuestra Constitución entre los que se incluye el derecho a la igualdad, permite inferir que el Estado debe fomentar el equilibrio en las

1 Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesora en la Maestría de Derecho Constitucional, Universidad Dr. José Matías Delgado.

2 FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela (1996): «Los derechos fundamentales en el Estado Social y su eficacia en las relaciones entre particulares», en *Memorias del Congreso Internacional sobre Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: Perspectivas para el Próximo Milenio*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

relaciones de mercado protegiendo, con una visión tuitiva, a quien se encuentre en una posición de desigualdad material en los vínculos contractuales, que suele ser el consumidor.

Para el desarrollo de este estudio, se realizará un rápido recorrido histórico sobre la evolución de los derechos fundamentales desde su consagración en el Estado liberal, su evolución en el Estado Social hasta llegar al siglo XXI, en el que las democracias occidentales bajo el concepto de constitución normativa han propugnado la expansión de aquellos derechos básicos de índole individual, político, social, económico y cultural, a derechos de tercera y cuarta generación, entre los que se encuentran facultades reconocidas en favor de la persona frente a los abusos del mercado global, la influencia del internet, dentro del marco del comercio electrónico y hasta proteger el medio ambiente como derecho difuso, la defensa de la inclusión y la igualdad entre géneros, entre otros.

A partir de esta nueva concepción de derechos, se abordará el derecho de los consumidores a contratar en una relación simétrica, cuya regulación va más allá de los postulados del contractualismo privado en aras de potenciar la justicia social en la economía, y el rol concreto que juega el Derecho de Consumo en El Salvador, tomando como base referencias doctrinarias, normativas y jurisprudenciales.

1. Los derechos fundamentales dentro del constitucionalismo moderno

Previo a realizar el análisis sobre el derecho de los consumidores a contratar en condiciones de igualdad, es oportuno hacer una breve referencia sobre los postulados axiológicos y teleológicos del constitucionalismo moderno, pues dentro de dicho marco se ha protegido el interés de los consumidores dentro de las normas económicas de la carta magna.

Sobre la base del constitucionalismo moderno surgido a partir del Estado liberal y continuado por el Estado social de Derecho, se han reconocido los derechos típicamente relacionados con la personalidad del individuo (libertad, igualdad y propiedad), así como también facultades que le han permitido a la persona participar en los asuntos públicos del Estado o derechos políticos (sufragio activo y pasivo y optar a cargos públicos)³, y categorías que permiten a la sociedad desarrollar sus potencialidades en el ámbito económico, social y cultural. Tales derechos reflejan el compromiso del Estado moderno, del cual ya no solo se requiere su abstención sino su intervención para llevar a cabo una serie de tareas enfocadas en la realización de actividades o implementación de políticas en el ámbito económico y social a fin de potenciar la igualdad material de los miembros de la colectividad y, por tanto, de hacer efectivos los derechos del individuo en la sociedad⁴.

Este amplio catálogo de derechos regulados a nivel constitucional se ha fortalecido mediante su internacionalización tras la Segunda Guerra Mundial a iniciativa, en principio, de la Organización de las Naciones Unidas la cual, a través de su Declaración Universal y pactos, ha proclamado «estándares mínimos», en la medida que existe una uniformidad sobre el núcleo común de los

3 TORRES DEL MORAL, Antonio (2000): *Fundamento del sistema constitucional de los derechos* en «La experiencia constitucional», Centro de Estudios Constitucionales, pág. 211. Se trata de derechos que la doctrina califica como de la primera generación desde la perspectiva de su constitucionalización integrada por libertades frente al Estado con un limitado derecho de participación política. Dice el profesor Antonio Torres del Moral que «su fundamento reside en la concepción del hombre como individuo abstracto y de la humanidad como género integrado por individuos aislados». El objetivo de su constitucionalización en el siglo XIX no consistía más que en su reconocimiento jurídico. Primaba una concepción negativa de la libertad cuyo ejercicio importaba una superioridad de las libertades civiles sobre las políticas, donde éstas se ponían al servicio de las primeras, tal como sostiene J. Rawls y J. Habermas.

4 TORRES DEL MORAL, Antonio, *Ob.Cit.* Pág. 212 y 213. Dicho autor se refiere al fundamento de esta «tercera» generación de derechos, haciéndola residir en una concepción diferente del hombre y de la libertad. Al respecto señala con absoluta claridad: «El hombre es un ser concreto, que se encuentra en una determinada situación social (trabajo, familia, nivel de instrucción, asociaciones) y, por tanto, con unas necesidades similares a las de otros, pero diferentes también de las de personas de diversa situación. No se renuncia a la libertad-resistencia, a los derechos individuales, pero para hacerlos efectivos se demanda la intervención de los poderes públicos a fin de que presten los medios conducentes a ello. No se trata sólo de que el Estado no impida al hombre actuar y desarrollarse, sino de que lo ayude para que pueda hacerlo. Bajo este prisma, los derechos declarados no son ya una barrera levantada frente al poder, sino una justificación de sus intervenciones».

valores expresados en dichos estándares para procurar una democracia constitucional. Son valores que han sido asumidos también por colectivos regionales como la Organización de Estados Americanos, la Unión Europea a través de su normativa y la Organización para la Unidad Africana con su Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (aprobada en 1981 en Nairobi, Kenia), que se adhiere a los principios de libertad, igualdad y justicia que proclaman las demás declaraciones y pactos⁵.

A este importante patrimonio jurídico que se ha venido construyendo a lo largo de tres centurias, catalogados como de primera y segunda generación, pronto se sumaron otros, clasificados como de tercera generación, que deviene de la evolución natural del ejercicio de los derechos en sociedad y que se postulan con una nueva fundamentación jurídica: la solidaridad, es decir la cooperación mutua o comunidad de esfuerzos y responsabilidades, lo que incluye el eventual sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas en virtud de la satisfacer las necesidades y aspiraciones globales comunes relativos a mejorar la calidad de vida —tal como lo sostiene el jurista Antonio Pérez Luño⁶—.

De esta manera, se abre paso a la convicción de que actualmente, en el siglo XXI nos encontramos ante una tercera y cuarta generación de derechos complementarios de las generaciones anteriores —derechos individuales, políticos, y sociales—, que se presentan como una respuesta al fenómeno de la realidad actual que aquejan a los derechos fundamentales, como es el caso de la incidencia de la informática en las relaciones comerciales y personales, la explotación irresponsable del medio ambiente que incide en la calidad de vida de las personas, situaciones bélicas que atentan contra la paz mundial y la seguridad ciudadana, discriminaciones a colectivos determinados, así como los derechos de consumidores para frenar la voracidad del mercado⁷.

Ese amplio patrimonio de derechos se ha ido positivando en el ordenamiento salvadoreño paralelamente al desarrollo del constitucionalismo, los cuales no se circunscriben a lo estrictamente regulado, pues el artículo 52 inciso segundo prevé el principio de expansión de los derechos sociales, según el cual, podemos afirmar que tenemos más derechos de los que explícitamente se encuentran contemplados constitucionalmente⁸. Además, mediante la interpretación valorativa e integrativa de la normativa constitucional, pactos internacionales de derechos humanos e información que le aporta la legislación interna, la jurisdicción constitucional, ha ampliado la tabla de derechos fundamentales, los cuales se presentan actualmente como **pretensiones morales y**

5 FERRAJOLI, Luigi (2003): *Pasado y Futuro del Estado de Derecho en Constitucionalismo (s)*, Trotta, pág. 25.

6 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (2006): *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson Aranzadi, págs. 34 y 35.

7 *Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes*, (2012), *Legal Principles of a New World Governance*. <https://www.idhc.org/publicaciones/declaracion-universal-de-derechos-humanos-emergentes.php>. Es importante mencionar este valioso documento que reconstruye los postulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos situándolos en la realidad actual, que es una propuesta ciudadana surgida del Foro Universal de Culturas que tuvo lugar en Barcelona en 2004, denominado Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes. Dicha declaración dio lugar a que en Monterrey en 2007 se aprobara el «Proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes» con el subtítulo «Los derechos humanos en un mundo globalizado». Lo importante de la elaboración de dichos documentos por parte de sus organizadores, fue el aporte dogmático al sistema de los derechos fundamentales ya reconocidos, cuyo fin era «construir un nuevo horizonte de derechos destinados a los entes públicos e institucionales y organizaciones sociales y culturales para promover una nueva relación entre la sociedad civil global y el poder; y esto debido a que desde que se promulgó la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, se ha producido muchos cambios a nivel social, económico, cultural, tecnológico, político, ideológico y científico que han permeabilizado los derechos fundamentales, por lo que es necesario replantearse nuevos derechos, y nuevos sistemas de garantías dadas las cada vez más complejas relaciones sociales y actos de dominio de entes, privados. En definitiva, a hacer resurgir los principios y valores que subyacen en la Declaración Universal de Derechos Humanos y que instauraron la democracia constitucional en nuestros Estados.

8 El artículo 52 inciso segundo de la Constitución prescribe: «La enumeración de los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere [capítulo relativo a los derechos sociales], no excluye otros que se deriven de los principios de justicia social». Además, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la consagración de derechos explícitos e implícitos que se derivan de la dignidad y la visión personalista del Estado. Al respecto Vid. Sentencia de amparo Ref. 242-2001 de 26/junio/2003.

auténticos deberes para los poderes públicos, que expresan los valores superiores sobre los que se asienta el desarrollo de la sociedad moderna, estructura a su vez del sistema democrático; y que se perfilan como facultades subjetivas derivadas de la dignidad humana —su epicentro axiológico— los cuales requieren de una concreta protección jurídica para potenciar su eficacia⁹.

De ahí que, la finalidad esencial del Estado constitucional no es otro que garantizar el desarrollo digno de toda persona, tanto en su ámbito individual, como político, social, económico y cultural, para cuya tarea aquél deberá orientar su actividad, sus políticas públicas y sus mecanismos jurídicos de control para que los derechos fundamentales de toda persona sean debidamente atendidos, viabilizados y protegidos.

2. La construcción de derechos de los consumidores a contratar en condiciones de igualdad material

Insuficiencia del contractualismo privado

Históricamente, las obligaciones entre sujetos privados han estado encomendado tradicionalmente al contractualismo del Derecho Privado, por ser este ámbito del derecho el que, en general, ha sido el único capaz de regular y limitar los alcances de las relaciones interpersonales y de regir el desarrollo natural de la vida de los individuos. Dentro del Estado liberal, esa era la manera de establecer un orden en las relaciones entre sujetos particulares y, por tanto, potenciar la seguridad jurídica.

Un principio básico del Estado liberal en todos los ámbitos y en particular en las relaciones jurídicas civiles, era el de «dejar hacer dejar pasar», con lo cual el ejercicio de todos los derechos derivados de la libertad dependía únicamente de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos o particulares —igualdad formal—, cuyo único límite era el respeto a la libertad del otro y la fuente de derechos y obligaciones entre ellos era sólo su libre voluntad debidamente pactada. El Estado, en este contexto, únicamente debía garantizar la convivencia social tomando como base el valor de la personalidad del individuo, siendo la ley parlamentara la norma encomendada por la Constitución para regular y limitar la libertad de los individuos en función de los demás¹⁰.

Es decir, en el constitucionalismo liberal, según lo expresara muy bien el constitucionalista español García Pelayo, la autonomía privada era la fuente por excelencia de las relaciones jurídicas entre particulares, y el Estado se limitaba a prestar su aparato jurídico y jurisdiccional para que los acuerdos fijados libremente por los particulares fueran cumplidos¹¹. En ese ámbito, el Derecho Público sólo participaba en dichas relaciones jurídicas preservando el orden y la paz social a través de la regulación normativa de las instituciones civiles.

Entrado el siglo XX, bajo el concepto de Constitución normativa que regula los fundamentos del Estado democrático de derecho, aparece un modelo de sociedad muy diferente a la del Estado liberal, más heterogénea y compleja que se explica, entre otros aspectos, por el surgimiento de grupos organizados de poder capaces de incidir en la vida política y social y a partir de ese aconte-

9 La jurisprudencia constitucional salvadoreña al respecto ha sostenido que «Los derechos fundamentales «son las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación materia de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución» (Sentencia del 23/marzo/2001 en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 8-97). Dicha posición jurídica primaria también implica que los derechos fundamentales fungen como principios informadores o normas estructurales del ordenamiento jurídico, como lo sostiene la sentencia del 6/junio/2008 en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 32-2004 y entre las más recientes, la sentencia del 30/septiembre/2022 en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 62-2018/50-2019. También, la doctrina se remite a la «doble dimensión» de los derechos fundamentales, según la cual los derechos se perfilan como normas que atribuyen derechos subjetivos y normas que consagran valores objetivos. Vid. SOLOZABAL ECHAVARRÍA, Juan José (1998): *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*, Revista de Estudios Políticos, No. 71, UNED, *passim*.

10 HESSE, Konrad (1995): *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, pág. 33 y ss.

11 GARCÍA PELAYO, Manuel (1987): *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alanza editorial, pág. 22.

cer se comienzan a cuestionar los principios centrales que rigen las relaciones interpersonales. Y, en efecto, es un hecho evidente que, en el mundo contemporáneo, existen corporaciones empresariales y financieras, colegios profesionales, partidos políticos y grupos en general, que, en sus relaciones jurídicas pueden actuar no en una relación de paridad o alteridad, sino con un grado de superioridad sobre sus miembros, potenciándose con ello una clara desigualdad material que supera la igualdad formal que rige el Derecho Privado. En tal sentido, la libertad o autonomía de la voluntad del que se pueda encontrar en una situación de desventaja se ve comprometida frente al que tiene el poder de decisión real en la relación jurídica¹². Los casos típicos son las contrataciones laborales y de consumo.

De acuerdo a ello, la ley civil que se había mantenido fuerte como el estatuto representativo de la voluntad general, ya no es capaz de regular de manera uniforme y bajo el principio de la generalidad de la misma, aquel tipo de supuestos estrictamente privados, pues el comportamiento social ha requerido cada vez más marcos normativos especializados dependiendo de los intereses en juego, como el derecho mercantil, bancario, laboral, administrativo, por citar algunos, los cuales, si bien atienden a principios que le son propios, deben adecuarse al sistema de valores que postula el constitucionalismo democrático, de lo que son deudores la mayoría de estados occidentales, y el Estado salvadoreño no es la excepción.

En ese orden, siendo actualmente la Constitución la base de estas ramas jurídicas, ella establece los postulados que las han de regir, lo cual no implica que tales disciplinas abandonen su fundamento, su técnica, su lógica, sino que deben adherirse a los principios y valores de la Constitución¹³.

El derecho a una contratación económica de consumo en condiciones de igualdad real o material

Tomando en cuenta el marco histórico reseñado y el objetivo primordial del Estado moderno, en el que la persona es el origen y fundamento de su actividad, el artículo 3 de la Constitución reconoce la igualdad ante la ley, sin restricción alguna basada en diferencias discriminatorias. En ese sentido, dicho precepto como principio, valor y derecho fundamental implica un mandato a los poderes públicos tanto en la formulación de la ley como en su aplicación para evitar tratamientos desiguales carentes de fundamentación, el cual interpretado conjuntamente con el artículo 101 que postula la protección a los intereses de los consumidores, da como resultado la siguiente inferencia: que el Estado se compromete a velar, tutelar y garantizar los derechos básicos de la sociedad para potenciar una vida digna tanto en el ámbito individual y político como en el social, económico y cultural debiendo el orden económico responder a los principios de justicia social, promover el desarrollo económico y social y defender los intereses de los consumidores. A dicha regulación constitucional —art. 3 y 101—, le subyace la convicción de que existen relaciones jurídicas entre consumidores y agentes económicos que requieren de la tutela del Estado para que se garanticen contrataciones equilibradas, proporcionadas y justas fundadas en el principio de igualdad real¹⁴, de tal manera que exista una relación adecuada entre el mercado y la justicia social,

12 Sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas particulares y su efecto de irradiación hacia todos los sectores, por su carácter objetivo *Vid.* FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: «Los derechos fundamentales en el Estado Social y su eficacia en las relaciones entre particulares», *Ob. Cit.* Y también, *Cfr.* DE VEGA, Pedro (1994): «Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (El caso de la eficacia de los derechos fundamentales)»; *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad de Murcia*, No. 4, Pág., 53.

13 Ferrajoli, Luigi (2003): *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, en AA. VV.: «Neoconstitucionalismo (s)», Trotta, pág. 18. Sostiene Ferrajoli que con el paso del Estado «legislativo» al Estado constitucional de derecho, «cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales».

14 La profesora Ángela Figueruelo Burrieza ha sostenido que procurar una igualdad real o material en la sociedad es una nueva forma de entender el concepto de ciudadanía en la democracias constitucionales, debido a que dicho concepto se refiere a potenciar la igualdad real de derechos y deberes de los miembros de la sociedad, lo cual constituye un mandato para los poderes públicos, especialmente cuando

tutela que en el ordenamiento salvadoreño se le encomienda concretamente a la Ley de Protección al Consumidor y otras normas relacionadas¹⁵.

Dicha ley trata de enfrentar la problemática central del Derecho de Consumo: la situación fáctica de la desigualdad real de los participantes en el tráfico económico, permitiendo la interferencia del poder público en la regulación del mercado, en defensa de los intereses de los consumidores, ya sea a nivel individual, colectivo o difuso.

Se trata de dotar al consumidor de un conjunto de derechos, como diría la doctrina, a la altura de los tiempos y de las necesidades¹⁶, desde una visión tuitiva; es decir, otorgándole al consumidor una posición subjetiva de ventaja respecto del proveedor, para lograr la equiparación entre ambos. Y es que, en la práctica, en múltiples casos podemos observar que se ha dado una especie de manipulación de los derechos derivados de la libertad en el ámbito de los negocios por los propios particulares en posición de incidencia en la relación jurídica, lo que puede ser cuestionado por el Estado a través de la normativa consumo, y ser sujeto de pronunciamiento tanto por los tribunales administrativos como judiciales, incluyendo la Sala de lo Constitucional cuando se vulneren derechos fundamentales, como renunciaciones anticipadas impuestas en las cláusulas generales de los contratos de adhesión.

En este orden, el primer obligado es el legislador en cuanto a establecer las causas lícitas de las relaciones jurídico-privadas, que, en materia de consumo, van más allá de las referencias a la licitud de la causa y objeto de los negocios según lo establece el Código de Comercio, determinando derechos, obligaciones, motivos de infracción a los que le subyace abusos de los derechos económicos de los consumidores, y el régimen sancionatorio.

dicha disparidad se da en el ámbito de la vida cotidiana, específicamente entre el género femenino y masculino lo cual se ha desprotegido por los poderes públicos en el ordenamiento español; en su obra (2007): *Políticas públicas previstas para la igualdad real y efectiva en la compilación «Igualdad ¿Para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres»*, Ed. Comares, pág. 206-207.

15 El artículo 101 como base del Derecho de Consumo, se enmarca dentro del denominado Derecho Constitucional Económico del que se ha hecho eco la jurisprudencia constitucional. En ese sentido la sentencia de inconstitucionalidad de 10/4/2013 Ref. 9-2010 ha sostenido: «*El Derecho Constitucional Económico es un área jurídica referida a un conjunto de preceptos de rango primario relativos a la ordenación de la vida económica; es decir, normas que pretenden orientar los comportamientos de los agentes económicos, tanto públicos como privados, cuya conducta o comportamiento deben estar sujetos a límites y garantías, de forma tal que la ordenación del mercado sobre la base de la justicia social contribuya a acrecentar la riqueza nacional, se fomente el bien común y con ello el desarrollo social y la realización del ser humano en el ámbito social y económico*». Sobre la tutela a los derechos de los consumidores se ha sostenido: «*la protección de los derechos del destinatario final del mercado no puede considerarse como una política aislada del Estado; es más, el Estado puede y debe intervenir en la solución de controversias producidas por las desigualdades que generan de modo inevitable el libre juego de las fuerzas del mercado, en las que, generalmente, son los consumidores los principales afectados. La intervención del Estado, entonces, a través de la normativa jurídica, debe dirigirse a corregir las eventuales fallas de la dinámica comercial, y, a partir de esa dinámica, resguardar o tutelar los niveles básicos de satisfacción de las necesidades de los individuos, para, con ello, lograr un nivel de justicia social coherente con los valores garantizados en la Constitución*». Dicho criterio fue sustentado también en el proceso de amparo Ref. 230-2013 del 5/junio/2015, y en la resolución de admisión de un amparo Ref. 20-2016 del 6/enero/2017. Esta última, sintetiza con especificidad la teleología de la protección constitucional de los derechos de los consumidores en la economía global. Al respecto, indica: «*...en el sentido actual de la economía global, la protección de los derechos del destinatario final del mercado no puede considerarse como una política aislada del Estado, más bien se encuentra relacionada directamente con la política de competencia, lo anterior con la finalidad de lograr el crecimiento económico y, principalmente, el bienestar de la población. Así, el conjunto de normas que integran el denominado derecho del consumidor obedece a la tendencia de resguardar o tutelar los niveles básicos de satisfacción de las necesidades de los individuos para, con ello, lograr un nivel de justicia social coherente con los valores garantizados en la Constitución. Mediante este tipo de normas el poder público puede y debe intervenir en la solución de controversias producidas por las desigualdades que generan de modo inevitable el libre juego de fuerzas del mercado, en las que generalmente son los consumidores los principales afectados. Así, se establecen las condiciones necesarias para que los agentes económicos —públicos o privados— involucrados en una relación comercial puedan desarrollarse de forma armónica*».

16 CASCAJO CASTRO, J.L. (1979): *El problema de la protección de los derechos humanos*, en «Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema», pág. 272.

En este sentido, el resultado del negocio que incorpora alguna violación a derechos inherentes a la persona como podría ser la libertad o autonomía de la voluntad para contraer obligaciones y de la igualdad material en la contratación, debería considerarse constitucionalmente inválido, desde la jurisdicción constitucional; y, legalmente sancionable, desde el ámbito de la legalidad de consumo, cuya sanción puede graduarse dependiendo de la gravedad de la conducta ilícita y de los criterios legalmente previstos¹⁷.

Evidentemente, la situación de subordinación e indefensión de los consumidores y usuarios habilita y justifica la necesaria intervención de los poderes públicos, a los que les corresponde impulsar la protección de los consumidores.

Por otra parte, cabe señalar que no solo la normativa constitucional ha influido en la regulación de consumo en el sistema salvadoreño sino también las «Directrices de la ONU para la Protección al Consumidor», aprobadas por la Asamblea General de dicha entidad internacional el 16 de abril del año 1985, las cuales propugnaron, desde su inicio, el deber de los gobiernos parte, para promover y mantener una política de protección efectiva de los consumidores. La adopción de estas normas no fue un hecho aislado a nivel internacional, pues le precedió un ingente movimiento global consciente de los riesgos que implicaba para los consumidores la diversificación de la producción industrial y los avances de la tecnología que ya se advertía desde los inicios del siglo XX¹⁸.

Para viabilizar el cometido constitucional e internacional reseñado, la Ley de Protección al Consumidor —vigente desde el 8 de octubre de 2005¹⁹—, creó una institución autónoma e independiente: la Defensoría del Consumidor que cuenta con una organización horizontal de sus organismos de dirección entre los que se distribuye la función general de dicha institución, esto es la Presidencia de la Defensoría, el Consejo Consultivo y el Tribunal Sancionador, en una relación de coordinación y no de subordinación. Se suma a esta novedad, la instauración del Sistema Nacional de Protección al Consumidor como un mecanismo que cohesionó esfuerzos con el gobierno central, para llevar a cabo políticas públicas puntuales en aras de fortalecer la protección al consumidor en todas las áreas relacionadas con sus derechos²⁰.

17 El Título II de la Ley de Protección al Consumidor establece el régimen de las infracciones y sanciones imputables a los proveedores de bienes y servicios, cuya conducta atribuible debe estar típicamente establecida en la tipología de infracciones que regula el artículo 4. Dicho precepto señala que las infracciones a dicha ley se clasifican en leves, graves y muy graves, a la cual le corresponde la respectiva sanción, la cual se establece a partir de los criterios que la misma normativa indica en su artículo 49.

18 Defensoría del Consumidor (2015): *Institucionalidad y derecho de consumo en El Salvador*, pág. 11 y siguientes. La Defensoría en dicho estudio sostiene que las primeras proclamas sobre la protección de los consumidores las sustentaron organizaciones surgidas en los Estados Unidos, en la primera mitad del siglo pasado, a la que le siguieron organizaciones en Europa y Australia, lo que dio paso a la federación mundial de organizaciones de consumidores denominada *Consumers International*. También señala que un punto de referencia a nivel mundial que marcó la pauta para la regulación de los derechos de consumo fue el famoso discurso del expresidente Kennedy de los Estados Unidos, quien, en esencia, proclamó que el grupo económico más importante de la sociedad, los consumidores debían gozar plenamente del derecho a la seguridad, a ser escuchado, a ser informado y a elegir. De ahí que, en el continente europeo se iniciara sendos esfuerzos para reconocer derechos fundamentales de los consumidores que hoy por hoy están plasmados en el Tratado de la Unión Europea suscrito en Maastricht, Holanda, en febrero de 1992 y posteriormente en el Tratado de Ámsterdam en 1997. Sobre la implementación del derecho de consumo en la Unión Europea desde sus orígenes Cfr. Reyes López, María José (2009): *Manual de Derecho Privado de Consumo*, 2.ª Ed. La Ley, pág. 56 y sig.

19 A dicha le precedió la primera Ley de Protección al Consumidor promulgada en 1992 que fue sustituida por la vigente.

20 El Sistema Nacional de Protección al Consumidor se encuentra regulado en el Título V de la Ley de Protección al Consumidor, y tiene la función de impulsar el trabajo conjunto que integre las instituciones públicas (entre ellas el Ministerio de Salud Públicas y Asistencia Social, Consejo Superior de Salud Pública, Ministerio de Agricultura y Ganadería, Ministerio de Economía, Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, Viceministerio de Transporte, Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, Superintendencia del Sistema Financiero y Superintendencia de Competencia), asociaciones de consumidores e instituciones de apoyo como la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la República. Dicho sistema lo coordina la Defensoría del Consumidor, que es el enlace entre las mencionadas entidades para generar sinergias a fin de que el consumidor encuentre la debida protección de sus derechos, de forma ágil, sumando recursos y evitando duplicidad de funciones. Vid:

En el contexto indicado, los bienes jurídicos constitucionales que encuentran un reforzamiento a través de la Ley de Protección al Consumidor y otras normas relacionadas son varios, empezando por el valor de la dignidad en las relaciones comerciales, el derecho de libertad contractual, de igualdad real, de propiedad, seguridad jurídica y física, salud, educación, información, control de datos, entre otros, cuya regulación se encuentran establecidos diáfananamente en todo su texto. Sus efectos se despliegan, de modo intenso, frente a los particulares y poderes públicos, en cuanto proveedores de bienes y servicios²¹.

Y es que, como dice el tratadista Ángel Acedo, los consumidores es el sector más numeroso de la población, que celebra más contratos día a día, por cuanto las relaciones económicas van desde la compra del pan, o de un teléfono móvil hasta los contratos más formales pasando por el comercio electrónico²². Realiza, asimismo, adquisiciones que inciden en su salud si el producto no responde a la calidad esperada, compras que comprometen el patrimonio cuando se adquiere un bien con desperfectos y sin garantía, así como también servicios esenciales prestados de forma irregular o bajo o una publicidad engañosa o promoción inexistente, entre otras de diferente índole.

Un aspecto relevante que cabe destacar es el tipo de contratación de servicios como telecomunicaciones, electricidad o servicios financieros cuyo común denominador es la uniformidad de cláusulas generales impresas a las que el consumidor debe adherirse para suscribir el contrato, por lo que, en general, dispone de un «espacio vital dominado», como diría el jurista alemán Böckenförde, en cuanto a negociar los términos del contrato²³. Y es que habría una limitación a la libertad en cuanto sólo a decidir contratar o no, debiendo aceptar el consumidor las condiciones impuestas por injustas o desproporcionadas que sean, o renunciar al bien pretendido, y todo ello, dentro de la legalidad de la normativa civil o mercantil, por la validez formal de la contratación. Tal como lo hemos sostenido, ello es insuficiente para proteger realmente la plena autonomía de la voluntad y la igualdad real entre las partes. Por dicha circunstancia, la normativa de consumo busca la sistematización de las situaciones contractuales más comunes en los que se puede encontrar el sector consumidor, regulando su debida protección.

De ahí que, la doctrina sostiene que las relaciones jurídicas de consumo se extraen del contorno normativo del derecho puramente mercantil y se ubican en esa área especializada, dada su finalidad tuitiva que postula una serie de derechos para los consumidores frente a los proveedores de bienes y servicios quienes, en general, conocen el producto, tienen el dominio sobre su información y determina las reglas de contratación, y, por tanto, ocupan una posición de ventaja en la relación contractual. Se pretende entonces que los consumidores puedan reaccionar al suministro de esos bienes y servicios, desde la atenta tutela por parte del Estado mediante un marco normativo que equipare real o sustancialmente los derechos y obligaciones entre las partes. Por ello, cuando se hace referencia a la protección de los consumidores, se alude a brindar la protección de sus intereses económicos, dada la variedad de la oferta contractual y de la diversidad de objetivos contractuales²⁴.

Ley de Protección al Consumidor (versión comentada), 2008, págs. 167 y sig. Asimismo Cfr. Defensoría del Consumidor: *Institucionalidad y derecho de consumo en El Salvador*, San Salvador, 2015, págs. 105 y sig. En dicho documento se establece que en el período de funciones de 2005 a 2009, las instituciones que integraron el Sistema en mención impulsaron la implementación de una primera Política Nacional de Protección al Consumidor el 14 de agosto de 2007, la cual se compuso de 9 sectores, 7 ejes trasversales y 246 acciones específicas. El objetivo de su creación fue: «Establecer las líneas de acción para promover y desarrollar la efectiva tutela de los derechos del consumidor, procurando equilibrio, certeza y seguridad jurídica en sus relaciones con los proveedores, un mejor funcionamiento del mercado y la consolidación del Sistema Nacional de Protección al Consumidor».

- 21 Así lo ha señalado la Sala de lo Constitucional en la sentencia 9-2010 referida.
- 22 ACEDO PENCO, Ángel (2012): *Derecho de Consumo. Análisis jurídico-privado de la Ley General para la Defensa de los Consumidores de 2007*, Dykinson, pág. 18.
- 23 BÖCKENFÖRDE, Ernest W. (1993): *Aseguramiento de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema*, en «Escritos sobre Derechos Fundamentales», Baden-Baden, págs. 84-86.
- 24 ACEDO PENCO, Ángel: *Derecho de Consumo*. Ob Cit. pág. 21. El autor señala que el derecho de consumo es una normativa con unas particularidades que la diferencian del derecho mercantil y civil en razón de

Dentro de este marco, la conducta que tenga a la base el desequilibrio en la relación contractual, por cualquier conducta que típicamente se establezca en la ley, puede ser considerada como infracción merecedora de una sanción pecuniaria y hasta el cierre del establecimiento, en ciertas circunstancias, entre otras, según la gravedad de la conducta prevista legalmente. La persecución de estas conductas tiene como telón de fondo, la discusión de los caracteres reales, volitivos o del consentimiento del afectado, lo cual puede ocasionar, incluso, una persecución de oficio, como los casos colectivos o difusos. Dicha consecuencia jurídica de tipo administrativa difiere de la sanción jurídica prevista para alguna discrepancia en las relaciones contractuales típicamente mercantiles o civiles entre sujetos que disponen de la misma libertad contractual y que se encuentran en una posición jurídica simétrica para pactar sus condiciones.

3. A manera de conclusión

Dentro del constitucionalismo moderno, encontramos principios informadores del sistema económico, correctores de la función reguladora del mercado y condicionantes de la dignidad e igualdad material entre las partes contratantes y del ejercicio de la libertad de empresa, lo cual, a su vez, coadyuva en la ordenación de la economía. En ese marco, el Derecho de Consumo surge por la necesidad de defender a los particulares que adquieren bienes y servicios en el mercado para su uso o consumo, estableciéndose la obligación del poder público de proteger los intereses de los consumidores, lo cual se ha desarrollado en la Ley de Protección al Consumidor, que garantiza la tutela a todo adquirente o usuario de bienes y servicios para su uso final a fin de que lleve a cabo contrataciones en condiciones de equidad, con lo cual se asegura la finalidad constitucional de equilibrar el desarrollo económico entre consumidores y proveedores de servicios.

Hay que proteger entonces al sector consumidor en sus relaciones mercantiles, por la presunción *iuris tantum* de que el consumidor se encuentra, en la generalidad de los casos, en una situación de desventaja frente al proveedor, bajo una lógica uniforme, de ahí que surge el derecho fundamental a proteger los derechos de los consumidores a efectuar contrataciones teniendo como telón de fondo la igualdad material entre las partes.

Bibliografía

- ACEDO PENCO, Á.** (2012): *Derecho de Consumo. Análisis jurídico-privado de la Ley General para la Defensa de los Consumidores de 2007*, Dykinson.
- BÖCKENFÖRDE, E. W.** (1993): «Aseguramiento de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema», en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden.
- CASCAJO CASTRO, J.L.** (1979): *El problema de la protección de los derechos humanos*, en «Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema».
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS EMERGENTES**, (2012), *Legal Principles of a New World Governance*. <https://www.idhc.org/publicaciones/declaracion-universal-de-derechos-humanos-emergentes.php>.
- DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR** (2015): *Institucionalidad y derecho de consumo en El Salvador*.
- DE VEGA, P.** (1994): «Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (El caso de la eficacia de los derechos fundamentales)»; *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad de Murcia*, No. 4.
- FERRAJOLI, L.** (2003): «Pasado y Futuro del Estado de Derecho», en AA. VV.: *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta.
- GARCÍA PELAYO, M.** (1987): *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alanza editorial.

los destinatarios de la norma: los consumidores, a quienes la ley les otorga «de manera individual o colectiva, determinados mecanismos de defensa de sus intereses en sus relaciones jurídico-privadas con otros sujetos, esto es, los empresarios y profesionales». Y esto es así porque antes de la aparición de dicha normativa especializada, si bien existía cierta protección en la esfera contractual, los medios de defensa no eran suficientes al compararlos con los que disponía el profesional o productor, dada la asimetría real de las posiciones jurídicas de ambas partes.

- FIGUERUELO BURRIEZA, Á.** (1996): «Los derechos fundamentales en el Estado Social y su eficacia en las relaciones entre particulares», en *Memorias del Congreso Internacional sobre Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: Perspectivas para el Próximo Milenio*, Universidad Externado de Colombia.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A.** (2007): «Políticas públicas previstas para la igualdad real y efectiva» en la compilación *Igualdad ¿Para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Ed. Comares.
- HESSE, K.** (1995): *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Cívitas, Madrid.
- LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR** (versión comentada), Defensoría del Consumidor.
- PÉREZ LUÑO, A. E.** (2006): *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson Aranzadi.
- REYES LÓPEZ, M. J.** (2009): *Manual de Derecho Privado de Consumo*, 2.ª Ed. La Ley.
- SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J. S.** (1998): «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, No. 71, UNED,
- TORRES DEL MORAL, A.** (2000): «Fundamento del sistema constitucional de los derechos» en *La experiencia constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales.

Resoluciones

- Resolución de admisión de un amparo Ref. 20-2016 de 6/enero/2017.
- Sentencia de amparo Ref. 242-2001 de 26/junio/2003.
- Sentencia en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 8-97 del 23/marzo/2001.
- Sentencia en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 32-2004 del 6/junio/2008.
- Sentencia en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 62-2018/50-2019 del 30/septiembre/2022.
- Sentencia de amparo Ref. 230-2013 del 5/junio/2015.
- Sentencia de inconstitucionalidad Ref. 9-2010 de 10/4/2013.

NUEVOS ESCENARIOS, VIEJAS DESIGUALDADES. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA TECNOLOGÍA

Lorena Chano Regaña

Universidad de Extremadura

El principio de igualdad ha acompañado la historia de la humanidad como un ideal inacabado. Sus primeras manifestaciones se remontan a las sociedades antiguas, donde aparecía como criterio de reparto de tierras y recursos¹. A lo largo de los siglos, la igualdad se ha proclamado reiteradamente. Así, encontramos definiciones y reivindicaciones de la igualdad en la filosofía griega, en las teorías del contrato social, en las revoluciones liberales a uno y otro lado del Atlántico; y, más tarde, en el Estado social². No obstante, cada etapa ha estado marcada por un mismo patrón: la coexistencia de la igualdad formal con desigualdades materiales profundamente arraigadas.

En la Grecia clásica, Aristóteles formuló una idea de justicia que vinculaba la igualdad al tratamiento proporcional de los iguales y desiguales. Allí surgieron nociones como la *isonomía* (igualdad ante la ley), la *isegoría* (igualdad de expresión) y la *isotimía* (igualdad en el acceso a los cargos públicos). Sin embargo, se trataba de una igualdad política, restringida a los ciudadanos varones libres, sin alcance universal. Durante la Edad Media, el orden estamental reforzó la desigualdad, y no será hasta el Renacimiento y el contractualismo del siglo XVII cuando la igualdad se vincule a la dignidad humana. Las teorías de Hobbes, Locke o Rousseau proclamaron que los seres humanos nacen libres e iguales en derechos, pero bajo un sesgo masculino que excluyó a las mujeres del pacto social³. El Estado liberal del siglo XVIII trajo consigo las primeras declaraciones de derechos de las personas. Así, las declaraciones de derechos de Virginia (1776)⁴ y Francia (1789)⁵ proclamaron la igualdad ante la ley como límite al poder, pero lo hicieron de manera formal, ignorando las diferencias sociales y económicas. Solo la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana redactada por Olympe de Gouges (1791)⁶ desafió explícitamente la

1 Manuel GARCÍA PELAYO, *Las formas políticas en el Antiguo Oriente*, Monte Ávila Editores, Caracas (Venezuela), 1969, págs. 66 y ss.

2 Vid. María Ángeles MARTÍN VIDA, *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Universidad de Granada, Granada, 2004.

3 Lorena CHANO REGAÑA, «La igualdad y la prohibición de discriminación», en *Manual de Derecho Constitucional español con perspectiva de género. Vol. II: Derechos, deberes y garantías constitucionales*, obra colectiva, coordinadoras Asunción Ventura Franch y María Mercedes Iglesias Báñez, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, págs.82-85.

4 Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, 12 de junio de 1776 [en línea]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>

5 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 26 de agosto de 1789 [en línea]. Disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

6 Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, 5 de septiembre de 1791 [en línea]. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-derechos-de-la-mujer-y-de-la-ciudadana.pdf>

exclusión de las mujeres, aunque su eco fue sofocado durante siglos. Si el Estado liberal inició el proceso de constitucionalización de los derechos de las personas, el Estado social del siglo XX lo consolidó e introdujo la idea de igualdad material o efectiva, reconociendo que para alcanzar la justicia era necesario tratar de manera diferente a los desiguales⁷. La Constitución española de 1978 (en adelante, CE)⁸ se inscribe en esa tradición, proclamando la igualdad como valor superior (art. 1.1 CE), como derecho subjetivo y principio de no discriminación (art. 14 CE), y como mandato a los poderes públicos de promover la igualdad real (art. 9.2 CE). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido consolidando esta lectura, recordando que la igualdad no puede quedarse en el plano formal, sino que exige medidas activas y diferencias justificadas objetiva y razonablemente en base a la superación de un examen de proporcionalidad para remover los obstáculos que impiden su efectividad⁹.

La trayectoria histórica demuestra que cada proclamación de igualdad ha convivido con mecanismos de exclusión. La igualdad ante la ley en la Grecia clásica excluía a mujeres y esclavos; la igualdad proclamada por el contractualismo olvidaba a las mujeres; la igualdad liberal se tradujo en un principio abstracto que perpetuaba desigualdades materiales y volvía a excluir a las mujeres de la condición de ciudadanas con derecho a voto. Incluso la igualdad material del Estado social se ha mostrado insuficiente para erradicar discriminaciones estructurales, en especial las de género.

La igualdad que hoy consagran las constituciones contemporáneas y los instrumentos internacionales de derechos humanos no puede comprenderse sin esta trayectoria histórica. Su evolución muestra tanto avances significativos como discriminaciones persistentes hacia algunos colectivos, en particular hacia las mujeres, quienes han sido sistemáticamente relegadas de la plena titularidad de los derechos. Estas desigualdades históricas no han desaparecido hoy, sino que se transforman y se perpetúan en las nuevas realidades. Las asimetrías y violencias ejercidas en el ámbito digital constituyen expresiones contemporáneas de estas desigualdades históricas. No se trata de fenómenos radicalmente nuevos, sino de la persistencia de mecanismos de exclusión y dominación que encuentran en los entornos tecnológicos actuales nuevas formas de manifestación. La inteligencia artificial (IA), las redes sociales o las plataformas digitales, lejos de ser ámbitos neutrales, reproducen patrones de sesgo y generan dinámicas de violencia y discriminación como el ciberacoso, los discursos de odio, la discriminación algorítmica, las exclusiones simbólicas, la difusión no consentida de contenidos íntimos o el hostigamiento coordinado en redes, entre otros, que prolongan en el presente desigualdades forjadas históricamente. Lo novedoso no es el objetivo ni el resultado de esta violencia y de estas formas de discriminación, sino el medio a través del cual se ejercen. El entorno digital multiplica el alcance del daño, elimina las fronteras temporales y espaciales, y genera nuevas formas de revictimización; además de plantear nuevas problemáticas jurídicas relacionadas con las evidencias probatorias y con los límites y garantías de los derechos y libertades fundamentales. Estas realidades vienen a confirmar un mismo patrón estructural, esto es, la resistencia de nuestras sociedades a reconocer y garantizar de manera efectiva la igualdad sustantiva. De ahí que este brevísimo ensayo quiera ser una invitación a la reflexión, no solo sobre la continuidad histórica de las desigualdades y el papel de la jurisprudencia en su superación, sino sobre la importancia de mantener vivo este debate en el ámbito académico y social. En este sentido, el trabajo pretende rendir un modesto homenaje a la profesora Ángela Figueruelo, cuya trayectoria ha iluminado con rigor y compromiso el camino hacia una igualdad más real y efectiva, y cuya labor investigadora y docente constituye un referente imprescindible para quienes seguimos transitando este terreno.

El marco normativo europeo y español ha avanzado en la última década en la construcción de una arquitectura legal destinada a prevenir y corregir las desigualdades de los entornos digitales. Ahora bien, la mera existencia de un entramado normativo extenso no asegura por sí sola la efectividad de la igualdad. El verdadero reto reside en la implementación por parte de los poderes

7 Vid. Manuel GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, págs. 13-91.

8 Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.

9 Vid. Lorena CHANO REGAÑA, *La igualdad en el control de constitucionalidad en España*, Dykinson, Madrid, 2024.

públicos de esta normativa; y, en la aplicación e interpretación de este marco jurídico. Es en la aplicación e interpretación de la norma donde la jurisprudencia despliega su capacidad innovadora del derecho, convirtiendo los mandatos abstractos de igualdad en garantías reales y operativas, es decir concretando el principio de igualdad en el caso concreto. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha desarrollado un papel decisivo en la construcción jurisprudencial del principio de igualdad, al dotarlo de un contenido material flexible y capaz de adaptarse a la evolución de las realidades sociales. Su aplicación no se concibe de manera abstracta, sino contextualizada, mediante un ejercicio de ponderación entre los bienes constitucionales en conflicto y a través de una técnica que en otros trabajos más específicos hemos denominado «juicio de igualdad»¹⁰. Este juicio se desarrolla a partir de una estructura ordenada que se dota de argumentos jurídicos y de fundamentación ajustada al caso concreto que se somete a examen de constitucionalidad. En tal esquema, la igualdad opera con una doble vertiente: como derecho subjetivo de carácter público y como límite que condiciona la actuación de los poderes públicos¹¹. Al mismo tiempo, el Tribunal ha perfilado los contornos de este principio al considerar parte de su núcleo tanto la admisión de diferencias legítimas como, en situaciones excepcionales, el recurso a medidas de acción positiva orientadas a equiparar a determinados grupos o a «compensar» determinadas desigualdades y pretericiones históricas¹².

La evolución de esta jurisprudencia, alimentada también por la recepción de estándares europeos e internacionales en materia de igualdad, ha terminado proyectándose en el ordenamiento interno, encontrando una expresión singular en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante, Ley 15/2022)¹³. Esta norma recoge la exigencia del juicio de igualdad desarrollado por el Tribunal Constitucional, utilizándolo para determinar cuándo una diferencia resulta constitucionalmente legítima e incorporándolo al contenido material del derecho. De esta forma, se establece legislativamente cómo trazar los límites de la igualdad, al mismo tiempo que se concreta su alcance en los distintos ámbitos de aplicación. Ello implica un avance de gran calado en la configuración del principio de igualdad, pues permite clarificar tanto su proyección como sus interacciones con el conjunto de derechos y libertades reconocidos constitucionalmente. En este marco, la Ley enfatiza la necesidad de entender la igualdad como un derecho autónomo, con sustantividad propia y no subordinado a otros, lo que resulta llamativo dada su naturaleza de ley ordinaria. Desde una perspectiva integral, general y garantista la Ley aborda la compleja realidad de la discriminación, ofreciendo un marco normativo factible para trabajar y avanzar en la igualdad de trato, marco normativo que encuentra encaje en los estándares internacionales de protección de la igualdad y de los derechos humanos, pero que puede resultar de difícil aplicación en la práctica si no se cohesiona con una adecuada asignación de recursos,

10 *Ibid.* En particular, *vid.* guías esquemáticas del juicio de igualdad y un resumen de sus fases de aplicación en: *Ibid.*, págs. 79, 392 y 382-390.

11 Lorena CHANO REGAÑA, «La configuración y el desarrollo constitucional de la igualdad de trato y la no discriminación a propósito de la Ley 15/2022 y de la STC 89/2024», en *Afianzando igualdades*, obra colectiva, coordinador Mariano Vivancos Comes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, págs.109-111. *Cfr.* Carles SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Salamanca, 1996, págs. 175-179; Peter HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 73-124. En la doctrina española, *vid.* José María BAÑO LEÓN, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, págs. 155-179; y, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, obra colectiva, coordinadores Sebastián Martín-Retortillo Baquer, Eduardo García de Enterría Martínez-Carande, Civitas, Madrid, 1991, págs. 635-650.

12 El análisis detallado de la casuística puede consultarse en: Lorena CHANO REGAÑA, *La igualdad... ob. cit.*, págs. 272-280. En concreto, sobre el factor de diferenciación «sexo»: Lorena CHANO REGAÑA, «Los aportes de la justicia constitucional española para la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres: hitos, retrocesos, avances y retos», en *Reflexiones y propuestas para el liderazgo femenino*, obra colectiva, coordinador Sergio Martín Guardado, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor-Navarra, 2023, págs. 243-267. *Cfr.* María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, «Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de Derecho Político*, núm. 33, 1991, págs. 99-134.

13 BOE núm. 167 de 13 de julio de 2022.

con la participación del resto de agentes y actores sociales y con la adecuada voluntad política para dar impulso a la norma¹⁴.

Como novedad en el tema que nos ocupa, y haciendo gala de sus pretensiones garantistas, la Ley 15/2022 aborda la igualdad de trato y no discriminación en el ámbito de la IA y mecanismos de toma de decisión automatizados, siendo la primera norma en el ordenamiento jurídico español que regula de forma expresa el uso de algoritmos en el sector público y que conecta directamente el derecho antidiscriminatorio con la gobernanza tecnológica, lo que le otorga un valor estratégico para interpretar y fiscalizar el uso de IA en procesos judiciales. Y lo hace básicamente a través de dos preceptos: señalando su ámbito objetivo de aplicación en el art. 3.1. «Esta ley se aplicará en los siguientes ámbitos: [...] o) Inteligencia Artificial y gestión masiva de datos, así como otras esferas de análoga significación»; y, en el art. 23, donde introduce obligaciones concretas: i) minimizar sesgos discriminatorios, ii) garantizar la transparencia y explicación de los sistemas automatizados, iii) asegurar la rendición de cuentas, y iv) establecer evaluaciones de impacto que valoren los efectos discriminatorios antes y durante la aplicación de la tecnología. De esta manera, el legislador conecta de forma directa la protección frente a la discriminación con la gobernanza tecnológica, y convierte a la igualdad en un criterio operativo en la administración digital.

La integración de la perspectiva de género en el ámbito de la justicia digital no es una mera opción política. Estamos ante un mandato normativo de rango constitucional e internacional. España está vinculada por compromisos europeos e internacionales (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵, Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁶, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁷, Convenio de Estambul¹⁸, Agenda 2030¹⁹, por citar los más representativos), que exigen la prohibición de discriminación y la adopción de medidas activas de corrección y de transversalidad de género. En el plano interno, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LO 3/2007)²⁰, constituye el eje central: su artículo 4 proclama la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como un principio informador del ordenamiento jurídico, que debe integrarse e interpretarse en todo el sistema normativo. Y el artículo 15 consagra expresamente la transversalidad (*gender mainstreaming*), imponiendo que todos los poderes públicos integren el principio de igualdad en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas y en su actividad cotidiana. A estas normas debemos sumar en el ámbito de los entornos digitales y con carácter jurídico no vinculante la Carta de los Derechos Digitales²¹ elaborada a partir del trabajo realizado por el Grupo asesor de Expertas y Expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de

14 Lorena CHANO REGAÑA, «La configuración...», ob. cit., págs. 124-138.

15 Versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, en adelante, DOUE, núm. C-202/02 de 7 de junio de 2016.

16 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979.

17 Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, BOE núm. 69 de 21 de marzo de 1984.

18 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica Estambul, 11 de mayo de 2020, DOUE núm. 143, de 2 de junio de 2023.

19 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* [en línea]. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

20 BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2007.

21 Grupo asesor de Expertas y Expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Gobierno de España, *Carta de los derechos Digitales* [en línea]. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

Asuntos Económicos y Transformación Digital del Gobierno de España, incardinada en el marco de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial²². Si bien la Estrategia de 2023 y 2024 solo cita de manera tangencial a la igualdad, la Carta le dedica una sección específica, incidiendo en su numeral VIII en la igualdad, no discriminación y no exclusión y, en particular, en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y en la aplicación de la perspectiva de género «adoptando, en su caso, medidas específicas para garantizar la ausencia de sesgos de género en los datos y algoritmos usados».

A nivel europeo, el Reglamento de Inteligencia Artificial (AI Act)²³ persigue fomentar una IA «centrada en el ser humano y [que sea] fiable», objetivo para el cual pretende garantizar un alto nivel de protección de los derechos fundamentales de la Carta, entre ellos la igualdad y la no discriminación. El texto señala que la utilización de determinados sistemas puede producir «resultados sesgados y efectos discriminatorios», especialmente según la edad, etnia, raza, sexo o discapacidad, de modo que el marco se diseña explícitamente para prevenir estas derivas. El artículo 5 tipifica varias prohibiciones directamente conectadas con la tutela de la igualdad y la prevención de discriminaciones y tratos desproporcionados. Así protege a los colectivos vulnerables frente a la manipulación y el trato desfavorable prohibiendo i) la explotación de vulnerabilidades por edad, discapacidad o situación social o económica con ánimo o efecto de alterar sustancialmente la conducta causando perjuicios considerables. ii) Proscribe también la «puntuación social» (*social scoring*) de personas físicas por autoridades u operadores, cuando dé lugar a tratos perjudiciales en contextos no relacionados o injustificados y desproporcionados. El propio Considerando 31 del AI Act vincula esta práctica con la dignidad, no discriminación, la igualdad y la justicia. iii) La «predicción del delito» basada únicamente en perfiles o en rasgos y características de la personalidad (*predictive policing* sin base fáctica), al considerar que puede contravenir la presunción de inocencia y favorecer sesgos y estereotipos. iv) La extracción no selectiva de imágenes faciales de internet o «CCTV» para crear y ampliar bases de datos de reconocimiento facial (*scraping*), por vulnerar gravemente derechos, incluido el derecho a la intimidad. v) El reconocimiento o inferencia de emociones en el trabajo y en centros educativos, salvo fines médicos o de seguridad debido a su fiabilidad limitada y a que puede producir resultados discriminatorios y tratos desfavorables a personas o colectivos enteros en contextos con desequilibrios de poder. vi) La categorización biométrica por atributos sensibles para inferir raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual u orientación sexual, práctica prohibida con el objetivo de evitar clasificaciones que estatuyan sesgos contra categorías especialmente protegidas (o en términos del Tribunal Constitucional español, «categorías sospechosas de discriminación»). vii) Además, el uso «en tiempo real» de identificación biométrica remota en espacios de acceso público con fines policiales queda prohibido salvo en supuestos tasados y estrictamente necesarios, pues sus imprecisiones pueden ser desproporcionadas y generar sesgos y efectos discriminatorios, desalentando el ejercicio de los derechos.

A esto hay que sumar que el AI Act introduce una clasificación por niveles de riesgo. Tipifica como «alto riesgo» con requisitos reforzados aquellos sistemas en ámbitos donde la desigualdad y la discriminación son más probables o gravosas, como la biometría (identificación remota, categorización por atributos sensibles, reconocimiento de emociones); la educación y la formación (admisión, evaluación de resultados, nivel educativo, vigilancia de exámenes); el empleo y gestión de personas trabajadoras (reclutamiento, selección, promoción, despido, asignación de tareas, evaluación y supervisión); el acceso a servicios esenciales públicos y privados (prestaciones públicas, crédito/solvencia, seguros de vida y salud, emergencias); y, la garantía del cumplimiento del derecho (uso policial), con listados de finalidades y delitos tasados. Estos sectores se cruzan directamente con la igualdad material porque decisiones algorítmicas en admisión educativa, contratación, crédito o acceso a prestaciones pueden producir tratos desiguales y exclusiones sistémicas.

22 Ministerio para la Transformación digital y de la Función Pública del Gobierno de España, Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial [en línea]. Disponible en: https://avance.digital.gob.es/es-es/Documents/201202_ENIA_V1_0.pdf

23 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 300/2008, (UE) núm. 167/2013, (UE) núm. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial), DOUE núm. L-1689, de 12 de julio de 2024.

En lo que respecta a la justicia, los sistemas utilizados por jueces, juezas o autoridades judiciales para interpretar hechos o derecho, o aplicar la ley a casos concretos, se catalogan como de alto riesgo. Esto activa una serie de exigencias reforzadas de gobernanza a lo largo de todo el ciclo de vida del sistema: calidad y representatividad de los datos de entrenamiento, pruebas y validación periódica, gestión continua de riesgos, documentación exhaustiva, mecanismos de transparencia y, sobre todo, la presencia de una supervisión humana cualificada. Se reconoce así que la aplicación de la IA en la justicia incide directamente en derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva, el juez o jueza imparcial y el principio de igualdad; y, por tanto, requiere un escrutinio riguroso.

Este marco normativo vinculante se complementa con desarrollos de *soft law* que han ejercido gran influencia en la configuración de estándares éticos y jurídicos. Entre ellos destacan: en 2018 las Directrices de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) sobre el uso de la IA en sistemas judiciales²⁴, que insisten en la transparencia, la explicabilidad y la no discriminación; las Directrices éticas de la Comisión Europea (2019) sobre IA confiable, que fijan los principios de justicia, equidad y respeto de los derechos fundamentales²⁵; el Libro Blanco sobre IA (2020)²⁶, que formula la estrategia europea hacia una IA centrada en el ser humano; y la Recomendación de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre la ética de la IA (2021)²⁷, que dedica un apartado específico a la igualdad de género y a la necesidad de evitar que la IA consolide patrones de dominación.

A pesar de la densidad del marco jurídico descrito, el gran interrogante reside en su capacidad real para producir igualdad. La regulación, aun siendo imprescindible, solo constituye el primer paso de un proceso más complejo que implica políticas públicas, mecanismos judiciales y transformaciones culturales. El riesgo es que la igualdad digital se quede en una igualdad declarativa y formal, mientras los algoritmos continúan operando sobre datos y lógicas que perpetúan la exclusión. La clave está en reconocer que la neutralidad tecnológica no existe: todo diseño algorítmico implica decisiones políticas sobre qué datos se seleccionan, qué variables se priorizan y qué objetivos se optimizan. Así, la arquitectura de la IA no solo reproduce, sino que codifica y amplifica las desigualdades existentes. En este contexto, puede hablarse de una brecha algorítmica de poder como forma contemporánea de desigualdad estructural. Dicha brecha se manifiesta en tres niveles: i) En primer lugar, en el control sobre la producción de conocimiento: los grandes modelos de IA son desarrollados por un número reducido de corporaciones tecnológicas situadas en el norte global, lo que concentra el poder epistemológico en manos privadas y culturalmente homogéneas. ii) En segundo lugar, en el acceso a los beneficios del desarrollo tecnológico, pues las innovaciones algorítmicas se aplican preferentemente en sectores rentables como la publicidad, las finanzas, la vigilancia, etc., mientras que las necesidades sociales (educación, cuidados, servicios públicos) quedan relegadas. iii) Y, en tercer lugar, en la asimetría de la transparencia y rendición de cuentas, ya que los algoritmos se ocultan tras el secreto comercial, haciendo casi imposible el control ciudadano o judicial. Esta brecha de poder transforma la desigualdad jurídica en una desigualdad cognitiva: solo quienes diseñan y controlan los sistemas comprenden los criterios que rigen la toma de decisiones, mientras que el resto queda reducido a la opacidad del «dato».

A ello se añade otra problemática que no podemos obviar: la vulnerabilidad interseccional digital. Los sistemas de IA no discriminan a las personas de manera uniforme; los sesgos se entrecruzan con factores de género, etnia, edad, discapacidad o estatus migratorio, produciendo exclu-

24 CEPEJ – CONSEJO DE EUROPA, *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, Estrasburgo (Francia), 2018 [en línea]. Disponible en: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>

25 GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE IA - COMISIÓN EUROPEA, *Directrices éticas para una IA fiable* [en línea]. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>

26 COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, COM (2020) 65 final, de 19 de febrero de 2020 [en línea]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065>

27 UNESCO, *Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial*, 9-24 de noviembre de 2021, 41.ª reunión [en línea]. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381133/PDF/381133eng.pdf.multi.page=62>

siones múltiples. Así, los algoritmos de reconocimiento facial presentan tasas de error mucho mayores en mujeres negras o en personas transgénero, mientras que las herramientas de contratación automatizada penalizan a mujeres con interrupciones en su carrera laboral o a personas mayores por patrones estadísticos que asocian juventud con productividad. Este fenómeno pone de relieve que la igualdad digital exige una mirada interseccional que el derecho aún no ha incorporado plenamente. La regulación europea, pese a sus avances, sigue basándose en categorías homogéneas de discriminación, sin considerar los efectos acumulativos que se producen cuando varios factores se entrelazan. De ahí que la efectividad del principio de igualdad dependa no solo de la prohibición formal del sesgo, sino de la capacidad institucional para reconocer las formas múltiples y cambiantes de la desigualdad. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha avanzado de forma paulatina en el reconocimiento de las desigualdades²⁸; sin embargo, sus resoluciones siguen ancladas en contextos analógicos. Lo que demanda el futuro es trasladar ese análisis al terreno digital, donde la discriminación se produce sin contacto humano y con efectos acumulativos invisibles.

La jurisprudencia constitucional española aún no ha abordado directamente un caso de discriminación algorítmica, pero su doctrina previa ofrece herramientas interpretativas para ese futuro inevitable. El Tribunal Constitucional ha consolidado un canon de enjuiciamiento de la igualdad que podría aplicarse a la IA: el juicio de comparabilidad, la existencia de justificación objetiva y razonable, la proporcionalidad y la interdicción del resultado desproporcionado²⁹. Aplicado al ámbito algorítmico, este esquema exigiría examinar si el tratamiento diferencial derivado de un sistema automatizado responde a una finalidad legítima, si los medios son idóneos y necesarios, y si el resultado no produce efectos desproporcionadamente adversos sobre grupos protegidos. En otras palabras, el control judicial de los algoritmos debe evolucionar hacia un «juicio de igualdad algorítmico», que someta la tecnología al mismo escrutinio de racionalidad y proporcionalidad que el derecho impone a las normas humanas.

La integración de la perspectiva de género en ese control no puede ser una cláusula retórica. La CE, junto a la LO 3/2007 y a la Ley 15/2022, así como las directrices internacionales citadas, ofrecen una base normativa clara para exigir la transversalidad de género en todas las fases del ciclo de vida de la IA: diseño, entrenamiento, implementación y supervisión. Esto implica no solo evitar sesgos en los datos, sino garantizar la participación de mujeres y minorías en los equipos de desarrollo, incorporar metodologías de evaluación sensibles al género y asegurar la representación de perspectivas diversas en la toma de decisiones sobre el uso de algoritmos públicos. De poco sirve una regulación sofisticada si el diseño de la tecnología permanece capturado por una lógica androcéntrica y economicista. La igualdad, en este sentido, debe concebirse como criterio de diseño democrático de la IA.

Asimismo, la eficacia del marco normativo depende de la capacidad judicial y administrativa para fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Ley 15/2022 y por el AI Act. Los órganos judiciales requieren de formación técnica para comprender el funcionamiento de los algoritmos, mientras que las autoridades de supervisión (como la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial —AESIA—) requerirán recursos suficientes y autonomía institucional para imponer sanciones y realizar auditorías independientes. Sin estas condiciones, el derecho corre el riesgo de quedar subordinado a la tecnocracia. La rendición de cuentas algorítmica debería ser una exigencia ineludible del derecho público contemporáneo.

28 Encarnación CARMONA CUENCA, «La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un reconocimiento tardío con relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015, págs. 297-328; Encarnación CARMONA CUENCA, «Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 311-334; y, Lorena CHANO REGAÑA, «La perspectiva de género y la memoria democrática en la jurisprudencia constitucional española y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Perspectiva de género en la reparación de graves violaciones de los derechos humanos y su aplicación a las víctimas de la represión franquista. Análisis jurídicos, estudios históricos y enfoques comparados*, obra colectiva, coordinadores Marcos Criado de Diego y Lorena Chano Regaña, Dykinson, Madrid, 2022, págs. 418-427.

29 Juicio de igualdad que se configuró plenamente en un trabajo previo ya citado: Lorena CHANO REGAÑA, *La igualdad... ob. cit.*, págs. 79, 392 y 382-390.

Por su parte, los tribunales europeos comienzan a incorporar la dimensión tecnológica en su jurisprudencia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en casos como *Big Brother Watch and Others vs. United Kingdom*³⁰, ha subrayado que la vigilancia masiva mediante algoritmos de interceptación de comunicaciones puede vulnerar no solo el derecho a la intimidad, sino también la igualdad y la libertad de expresión, por su efecto desalentador sobre grupos específicos. Aunque no se trate de un caso de discriminación algorítmica en sentido estricto, la sentencia anticipa un estándar: las tecnologías de control deben someterse a un test de necesidad y proporcionalidad reforzado, precisamente porque sus efectos no son neutrales. La lógica es trasladable a la IA judicial: cualquier herramienta automatizada que pueda influir en decisiones sobre acceso a derechos debe superar un escrutinio constitucional especialmente riguroso.

Un elemento adicional que empieza a emerger en la doctrina europea es el derecho a la explicación algorítmica (*right to explanation*)³¹. Derivado del artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)³², este derecho permite a las personas obtener información significativa sobre la lógica utilizada en decisiones automatizadas. Sin embargo, la experiencia demuestra que su aplicación práctica es limitada: la explicación suele consistir en descripciones técnicas ininteligibles o genéricas. En consecuencia, la igualdad efectiva requiere explicaciones comprensibles y contextuales, que permitan identificar cómo se produce el trato desigual y ofrecer vías reales de impugnación. En este sentido, el derecho a la igualdad y el derecho a la información deben entenderse de forma integrada porque sin transparencia, no hay posibilidad de reparación.

A la luz de estas reflexiones, puede afirmarse que el desafío actual no radica en la ausencia de normas, sino en la falta de apropiación democrática del proceso tecnológico. La regulación de la IA, tanto en España como en la Unión Europea, debe orientarse hacia una gobernanza participativa, donde los colectivos afectados (mujeres, personas racializadas, personas con discapacidad, minorías lingüísticas) puedan incidir en las decisiones sobre cómo se diseñan y utilizan los algoritmos que condicionan su acceso a los derechos. La igualdad no se garantiza únicamente mediante la prohibición del sesgo, sino mediante la inclusión efectiva en los procesos de toma de decisiones tecnológicas. En este sentido, la IA puede ser también una oportunidad: los algoritmos bien diseñados, auditados y explicables podrían ayudar a detectar discriminaciones estructurales que escapan a la mirada humana. Pero ello exige un compromiso ético y jurídico sostenido con los valores constitucionales.

El avance hacia una IA justa y no discriminatoria requiere, por último, un cambio cultural en la formación jurídica. Los operadores del derecho, es decir, jueces, juezas, fiscales, abogados, abogadas y la misma academia deben adquirir competencias en alfabetización digital y ética tecnológica. La comprensión de los sesgos algorítmicos, la interpretación de modelos predictivos o la evaluación de impactos automatizados no son habilidades técnicas accesorias, sino condiciones para ejercer la justicia en el mundo actual. La universidad, y en particular las facultades de derecho tienen aquí un papel esencial, cual es integrar la perspectiva de género, la igualdad digital y la ética de la tecnología en la enseñanza jurídica básica. Solo así podrá consolidarse un constitucionalismo verdaderamente transformador.

En resumen y a modo de conclusión, la IA no inaugura una era de desigualdad inédita, sino que reconfigura las viejas estructuras de exclusión en un nuevo entorno tecnológico. Los sesgos de género, clase, raza o edad no son anomalías del sistema, sino manifestaciones de su diseño y

30 TEDH. Gran Sala, Sentencia de 25 de mayo de 2021 (Demandas núm. 58170/2013, 62322/2014 y 24960/2015), caso *Big Brother Watch and Others vs. United Kingdom*, §495-514.

31 Eleftheria PAPADIMITRIOU, «Derecho a la explicación en el tratamiento de datos personales con el uso de sistemas de IA», en *Internacional de Derecho en un Mundo Cambiante: (The IJLCW)*, Vol. 2, núm. 2, 2023 (Ejemplar dedicado a: The International Journal of Law in Changing World Issue 2), 2023, págs. 43-55; y, José LÓPEZ CALVO, «Inteligencia artificial y Derecho de «explicación» en RGPD», en *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, obra colectiva, coordinador José López Calvo, Wolters Kluwer España, Madrid, 2019, págs. 1033-1040, entre otros.

32 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), DOUE núm. L-119-1 de 4 de mayo de 2016.

funcionamiento histórico. Por ello, la igualdad en la era digital no puede reducirse a la corrección de errores técnicos: exige una transformación profunda del modo en que concebimos el poder, el conocimiento y la justicia.

El marco normativo europeo y español constituye un paso significativo hacia esa dirección, pero su eficacia depende de la voluntad política, la capacidad institucional y la cultura judicial. Además de la normativa se precisa contar con mecanismos de control jurisdiccional efectivos y con una participación social que asegure su implementación sustantiva. Sin auditorías independientes, sin recursos adecuados y sin perspectiva de género, la regulación corre el riesgo de convertirse en un ejercicio declarativo. El papel que desempeñen los tribunales será decisivo. De ellos depende que el principio de igualdad se proyecte sobre los nuevos escenarios digitales con la misma fuerza que en el constitucionalismo clásico. Para ello, tendrían que: i) Interpretar la igualdad de forma sustantiva o material, reconociendo la violencia digital y laboral como expresiones contemporáneas de discriminación estructural. ii) Desarrollar criterios probatorios adaptados a la complejidad tecnológica, que visibilicen las formas pasivo-agresivas y automatizadas de exclusión. iii) Exigir a los Estados y a las empresas el cumplimiento de sus obligaciones de prevención, supervisión y transparencia, no solo de sanción. iv) Integrar la perspectiva de género y la mirada interseccional en la evaluación de impactos de la IA y en la interpretación constitucional.

En última instancia, no se trata únicamente de ofrecer protección frente a este tipo de discriminación, sino de redefinir el pacto democrático en el nuevo ecosistema digital. La tarea del derecho es, como siempre, volver a poner límites al poder; hoy, a un poder que se ejecuta en líneas de código. La historia de la igualdad, por tanto, no es lineal ni está terminada, sino que discurre en tensión permanente entre proclamaciones formales y resistencias prácticas. En la era de la IA, esa tensión se libra en los márgenes invisibles de la tecnología. El desafío de nuestro tiempo consiste en reconstruir la igualdad como principio operativo del mundo digital, de modo que ninguna innovación técnica justifique el retroceso en los derechos humanos.

LA EFICACIA JURÍDICA EN ESPAÑA DE LAS RESOLUCIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS DE DETERMINADOS COMITÉS DE LA ONU: LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Manuel Delgado-Iribarren G.³-Campero
Magistrado de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo

1. Dedicatoria y objeto del trabajo

Este trabajo va dedicado a la profesora Ángela Figueruelo, con mi agradecimiento por su rigor intelectual, tolerancia y respeto a las opiniones académicas ajenas y una inmensa generosidad, ejemplo del genuino talante universitario.

Pretendo en estas líneas dar cuenta de algunas recientes decisiones jurisdiccionales que han incidido en una cuestión hasta ahora bastante pacífica en la doctrina constitucional: la eficacia jurídica en España de las resoluciones sobre derechos humanos de determinados comités de la Organización de Naciones Unidas. La limitación de espacio de este tipo de obras colectivas me obliga a limitarme a reseñar esta jurisprudencia y a apuntar la que creo que es la situación actual.

2. La eficacia jurídica de las resoluciones de organismos internacionales

1.- La segunda mitad del siglo XX refleja un impulso definitivo al proceso de internacionalización de los derechos humanos. Las trágicas experiencias vividas en diferentes países con regímenes totalitarios fue sin duda el acicate más decisivo. Se inició tras la Segunda Guerra Mundial, pero tuvo un nuevo impulso tras la caída de los regímenes comunistas en la última década del siglo. Las constituciones surgidas en esos periodos se hicieron eco de ese fenómeno e introdujeron cláusulas de reconocimiento de esa internacionalización.

2.- En nuestro caso, es significativo que fuera el art. 10 de nuestra norma fundamental quien lo hiciera, precisamente el que abre el Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales. Ese precepto comienza reafirmando lo que de forma condensada había anticipado el art. 1 al proclamar que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Cierto es que esta cláusula no enuncia propiamente un derecho fundamental, pero «enuncia los fines del Estado democrático», «opera como criterio interpretativo (SSTC 120/1990 y 91/2000)» y «establece una cláusula general de libertad que preside el entero ordenamiento jurídico», y «que significa que todo lo que no está prohibido u ordenado está permitido»¹.

1 DIEZ-PICAZO, Luis Maria: *Sistema de derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 62 a 64.

Después el apartado 2 del citado art. 10 CE, lleva a cabo una apertura y recepción del derecho internacional de los derechos humanos como criterio hermenéutico capital al señalar que «*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*». Lo hace como criterio interpretativo y nuestra jurisprudencia constitucional lo ha limitado a ese extremo al señalar que no pueden crear derechos fundamentales nuevos en nuestro ordenamiento (SSTC 84/1989 o 28/1991) y su eficacia jurídica dependerá de lo que se recoja en el propio tratado. Recordemos que conforme a protección constitucional que el art. 96 de nuestra carta magna otorga a los «*tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España*», «*formarán parte del ordenamiento interno*» y «*sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*».

De igual manera, las decisiones de los órganos creados por organizaciones internacionales a las que se haya incorporado España tendrán la eficacia jurídica que se reconozca en sus tratados constitutivos.

3.- Sucede así que en la Unión Europea esta eficacia es la mayor posible, pues gozan de la fuerza adicional que el art. 93 de la Constitución les dota, al permitir la cesión de competencia constitucionales. Por ello, en el orden normativo, el reglamento aprobado por las instituciones comunitarias tiene «*un alcance general y es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro*» (art. 288 TFUE), sin necesidad de medida de recepción. Obligatoriedad que comparte con las decisiones, pero que en el caso de las directivas la vinculación se ciñe al Estado miembro, que dispondrá de un plazo para su trasposición al ordenamiento interno (art. 288 TFUE), sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la eficacia de las directivas no transpuestas en plazo o de forma incorrecta. De igual manera, en el ámbito jurisdiccional las sentencias del TJUE tienen fuerza ejecutiva (art. 280 y 299 del TFUE) y obligan en los términos previstos en los tratados para cada procedimiento.

4.- En lo que se refiere al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la situación es diferente: las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tienen fuerza obligatoria en el sentido de que «*Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes*». (art. 46 CEDH). Carecen por tanto de la fuerza ejecutiva que tienen la sentencias del TJUE, sino que corresponde a cada Estado determinar la forma de su ejecución (además de las medidas que el art. 46 del CEDH prevé que puede adoptar el Comité de Ministros del Consejo de Europa). En España en 2015 el nuevo art. 5 bis de la Ley Orgánica del Poder acabó la incertidumbre normativa sobre el procedimiento de ejecución de las sentencias del TEDH, al establecer que en aquellos supuestos en que la violación del derecho fundamental declarada por el TEDH, «*por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo*», podrá interponerse un recurso de revisión ante el Tribunal Supremo. Con la particularidad de que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el art. 102.2 de su Ley Jurisdiccional limita los efectos de la ejecución estas sentencias, de manera que «*no pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas*».

5.- Por el contrario, las decisiones de otros organismos internacionales, la regla es la contraria y las resoluciones que adopten carecen de fuerza vinculante en nuestro ordenamiento interno.

Así sucede respecto a las resoluciones del Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. En dicho sistema de protección internacional, los Estados que hayan reconocido expresamente la competencia de este Comité y hayan suscrito el Protocolo facultativo n.º 1, aceptan que tramite demandas individuales, siempre que se hayan agotado los recursos internos de ese Estado y que el asunto no se haya sometido a otro procedimiento de arreglo internacional. Pese a ello, las resoluciones de este Comité «*las "observaciones" que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia*» (STC 70/2002, FJ 7).

En ese contexto normativo y jurisprudencial veremos a continuación algunas decisiones de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que queremos reseñar.

3. La jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo hasta la STS 786/2023

1.- Los hechos que dieron lugar al litigio resuelto por la sentencia que vamos a glosar consistieron sucintamente en lo siguiente: la interesada, detenida en 2013 en la estación de ferrocarril de Córdoba, alegó agresión y lesiones en su detención, presentando denuncia contra los cuatro policías que la detuvieron. El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Córdoba acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones relativas a su denuncia, al tiempo que declaró que reputaba falta contra el orden público y falta continuada de hurto los hechos que se atribuían a la denunciante. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Córdoba por la condenada, fue desestimado, indicando que *«aprecia indicios de la posible existencia de una denuncia falsa»*. Tras la desestimación del incidente de nulidad de actuaciones, la interesada interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue inadmitido.

2.- Agotados los recursos judiciales internos, la interesada presentó queja ante el Comité contra la Tortura (CAT) por los hechos relatados acaecidos y tras la correspondiente sustanciación, dicho Comité dictó su decisión de 15 de enero de 2020, con fundamento en el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificada por España. En ella recuerda que en esta materia rige la inversión de la carga de la prueba, y hace recomendaciones al Estado parte para que adopte medidas necesarias que garanticen exámenes médicos, por lo que concluye que *«los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación del artículo 2, párrafo 1, leído conjuntamente con el artículo 16, y de los artículos 11, leído solo y conjuntamente con el artículo 2, y 16 de la Convención. (...) El Comité insta al Estado parte a que: a) proporcione a la autora una reparación plena y adecuada por los sufrimientos que le han causado, incluidas medidas de indemnización por los daños materiales y morales causados, y medidas de rehabilitación; y b) tome las medidas necesarias, incluyendo adoptar medidas administrativas contra los responsables, e imparta instrucciones precisas a agentes de policía en las comisarías, para evitar que se cometan infracciones semejantes en el futuro. De conformidad con el artículo 118, párrafo 5, de su reglamento, el Estado parte deberá informar al Comité, dentro de un plazo de 90 días a partir de la fecha de envío de la presente decisión, sobre las medidas que haya adoptado para dar curso a la presente decisión»*.

3.- Invocando esa decisión del CAT, la interesada el 23 de febrero de 2021 presentó reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ante el Ministerio del Interior, alegando el funcionamiento anormal de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, reclamación que fue desestimada por silencio. Interpuesto el recurso contencioso-administrativo por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, alegó la lesión de los artículos 15, 17 y 20 de la CE, así como de los artículos 1, 3, 8 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y solicitaba que se cumpliera la decisión del CAT de 15 de enero de 2020 mediante el abono de la indemnización de 8.931 euros.

4.- La sentencia de 27 de abril de 2022 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 5.ª) de la Audiencia Nacional estimó en parte el recurso contencioso-administrativo reconociendo el derecho de la recurrente a ser indemnizada en la cantidad de 3.000 euros, *«por los días de recuperación, por el agravamiento del trastorno ansioso depresivo diagnosticado con anterioridad a los hechos y por la desviación leve de la pirámide nasal»*. Considera la sentencia que *«de los posibles mecanismos de reparación de los daños causados, según se ha expuesto anteriormente, uno de ellos puede ser el de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, dado que es posible admitir en este caso que ese Dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración»*, como aquí se ha hecho valer. Lo relevante en este supuesto es que *mientras no se proceda a la reparación plena y adecuada de los daños causados en ejecución de la Decisión del CAT, se mantiene, persiste y se perpetúa la vulneración de derechos humanos que aquélla declara, (...)»*.

5.- La sentencia de la Sección 4.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo 786/2023, de 13 de junio, por el contrario, rechaza esta argumentación y estima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, anulando la sentencia de la Audiencia Nacional y, respecto al proceso de instancia, desestima el recurso contencioso-administrativo planteado por la interesada. No

obstante, la resolución se acompaña de un voto particular de dos de los cinco Magistrados que compusieron la Sala².

A) La decisión mayoritaria se apoya en la reiterada doctrina de la propia Sala sobre las decisiones o los dictámenes de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el sentido de que **«carecen de fuerza ejecutoria directa para determinar la nulidad de resoluciones judiciales firmes de los jueces y tribunales nacionales»**. Y ello porque *«el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contiene ninguna cláusula, ni previsión específica, que establezca ese efecto ejecutorio de las resoluciones de los Comités. Tampoco en nuestro ordenamiento jurídico interno se ha establecido un cauce concreto y específico que permita a los jueces y tribunales revisar los autos o sentencias penales firmes como consecuencia de la decisión o dictamen de un Comité»*.

Recuerda la sentencia de la propia Sala 3.^a de 6 de febrero de 2015 (rec.120/2013), que declaró que estos dictámenes no tienen carácter vinculante, pues el Pacto *«no diseña un órgano jurisdiccional, con facultades de carácter jurisdiccional, es decir, para determinar el Derecho de forma definitiva en caso de conflicto e imponerse frente a todos. Ni tampoco se le atribuye al mismo el monopolio para la interpretación y aplicación de sus normas»*. Y trae a colación también las SSTC 70/2002 y 23/2020, que advirtieron que *«las “observaciones” que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que, en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia»*.

De ello infiere que **«el valor jurídico de las decisiones o dictámenes del Comité, por tanto, no es vinculante a los efectos que ahora examinamos, no sujetan a una obligación, y no tienen fuerza ejecutiva, lo que no significa que no produzcan ninguna consecuencia jurídica. Así es, estas decisiones deben ser tenidas en cuenta como indicadores relevantes sobre la observancia de los derechos previstos en el Pacto, que mediante las medidas que proponen eviten o limiten las lesiones de tales derechos y contribuyan a su mejor protección. De igual modo que deben ser tenidos en cuenta por los Estados para encauzar su acción legislativa, de forma que se cumplan las exigencias derivadas de la interpretación que, de las normas del Pacto, hace el Comité»**.

Añade que *«el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos forma parte de nuestro Derecho interno según el artículo 96.1 de la CE, pues los tratados internacionales suscritos por España forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, es algo que no admite discusión. Ahora bien, ello no significa que un acto derivado dictado en su aplicación, como la decisión del Comité, deba tener una fuerza ejecutiva idéntica, que no reconoce ni regula el propio tratado. Se trata, en definitiva, de dos planos distintos, de un lado se encuentra la obligación del Estado de cumplir con los derechos humanos que se relacionan el Pacto, a lo que se encuentra convencionalmente obligado; y de otro está la naturaleza de las decisiones del Comité, su carácter obligatorio, vinculante o no, que desde luego no tienen necesariamente la misma fuerza jurídica que las obligaciones normativas que impone el Tratado»*.

B) Sentado ese criterio, analiza a continuación si el dictamen del CAT que aprecia una vulneración de un derecho previsto en el Pacto constituye por sí mismo un título de imputación suficiente para dar lugar a la responsabilidad patrimonial como un medio de dar efectividad a la infracción apreciada. La respuesta es negativa, invocando las sentencias de la propia Sala de 6 de febrero y 8 de junio de 2015 (rec.120/2013 y 1841/2013), por entender que *«no se han articulado en nuestro Derecho interno los mecanismos específicos para llevar a término el cumplimiento de estas decisiones del Comité, mediante el diseño del correspondiente cauce de ejecución»*.

En el mismo sentido, invoca la Sentencia de 12 de febrero de 2020, de la Sala Especial del art. 61 del Tribunal Supremo que rechazó *«equiparar las sentencias del TEDH con las recomendaciones o dictámenes de los distintos Comités de las variadas organizaciones internacionales que se pronuncian sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por España en materia de derechos humanos. (...) La ley española sólo atribuye a las sentencias del TEDH, y en determinadas condiciones, la condición de título habilitante para un recurso de revisión contra una resolución judicial firme (artículo 102 LJCA, artículo 954. 3 LECrim, 510.2 LEC)»*.

2 La ponencia fue de la Magistrada Pilar Teso y el voto particular del Presidente Pablo Lucas y del Magistrado Jose Luis Requero.

Concluyendo que *«ante la inexistencia de una previsión normativa sobre la vía específica que debe seguirse para el cumplimiento y ejecución de tales decisiones del CAT, no puede entenderse, a tenor de nuestra jurisprudencia, que deban canalizarse, con carácter general, a través del cauce de la responsabilidad patrimonial en sus diversas versiones, otorgando a la decisión del CAT, cuando aprecia una infracción del derecho invocado, el carácter de título bastante y autónomo para haber lugar a la responsabilidad patrimonial»*.

C) No obstante la resolución comentada se refiere también a la sentencia de la Sala de 17 de julio de 2018 (rec.1002/2017), en la que había también un dictamen de un Comité de Naciones Unidas, en concreto del Comité sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que declaraba que el *«Estado parte ha infringido los derechos de la autora y su hija fallecida»*. Entiende que esta resolución no es contradictoria con la doctrina reseñada pues resolvió un caso singular, pues, *tomando en consideración el resto de las circunstancias del caso que resultaban decisivas, con mayor relevancia que el propio dictamen*, determinó la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. En aquella sentencia, tras declarar que aunque no hay cauce específico para exigir autónomamente el cumplimiento de los dictámenes del Comité, añade que ***«es posible admitir en este caso que ese Dictamen sea el presupuesto habilitante para formular un reclamación de responsabilidad patrimonial»***, pero advirtiéndole que *«ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e, incluso de la posible procedencia de otros en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse»*. Lo que no eximió a la Sala Tercera de examinar, en ese caso, la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial.

D) Por el contrario, considera que esa singularidad no se aprecia en el caso examinado, puesto que no se concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial, ya que la Sala *«no puede tener por cierto, a tenor del expediente administrativo y de los hechos que se infieren de las resoluciones judiciales firmes antes citadas y de la firmeza de la resolución del Tribunal Constitucional que inadmitió el amparo, que la lesión que esgrime la recurrente sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal —en este caso se trataría de un funcionamiento anormal— de los servicios públicos, en una relación que no olvidemos ha de ser inmediata, y sea exclusiva o no, ha de resultar relevante para la relación causa a efecto, sin intervención de elementos ajenos que pudieran ser capaces de alterar el nexo causal»*.

Concluye declarando doctrina casacional que *«en el supuesto de las decisiones del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas que concluyen en la lesión de un derecho reconocido en el Pacto y por ello en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, no pueden considerarse que vinculan a la Administración ni a los órganos jurisdiccionales españoles a los efectos de constituir prueba suficiente y bastante de la procedencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues para que haya lugar a la responsabilidad patrimonial han de examinarse, en todo caso, los requisitos propios de esta institución a cuya concurrencia se anuda esa responsabilidad patrimonial»*.

E) El voto particular disiente únicamente en la conclusión de la sentencia, no en la doctrina casacional. Sostiene que *«cualquiera que fuera la calificación penal de los hechos y pese a la exclusión por el Juzgado y por la Audiencia Provincial de la responsabilidad de esa naturaleza de los agentes que intervinieron, lo cierto es que la recurrente sufrió una lesión en el período en que estuvo a disposición policial. Y que no fue asistida médicamente mientras permanecía detenida. Estas circunstancias, no controvertidas, y la ausencia de explicación de lo sucedido por las autoridades españolas, son las que llevan a la resolución del Comité. Unas y otra debieron ser atendidas por la Sala y, antes, por la Administración»*. (...) Añadiendo que la clave de este litigio reside en *«los hechos que ha puesto de manifiesto el Comité contra la Tortura. Hechos, ya consignados en las resoluciones penales y que el Tribunal Supremo no puede ignorar pues reclaman por sí mismos una respuesta distinta de la que han recibido en la medida en que denotan la infracción del artículo 15 de la Constitución. No podemos aceptar que una persona detenida sufra lesiones de las que, además, no sea atendida médicamente mientras permanece privada de libertad, cualquiera que fuere la causa de las mismas. No hace falta que lo diga un Comité de la Organización de las Naciones Unidas pues resulta sin dificultad de nuestro ordenamiento jurídico. El Estado no puede no ser responsable de lo sucedido. Así lo imponen las razones objetivas derivadas de estar la recurrente bajo custodia policial y la falta de una explicación por parte de la Administración del origen de la lesión»*.

Coincidiendo por tanto con la mayoría de la Sala en la estimación de la casación, pero disintiendo en el juicio sobre el fallo del recurso contencioso-administrativo planteado por la interesada, que debía haberse estimado, en el mismo sentido en que lo hizo la Audiencia Nacional.

4. El criterio de la sala tercera del Tribunal Supremo en las posteriores SSTs 1597/2023 y 657/2025

1.- Unos meses después de dictar la sentencia 786/2023, la misma Sala y Sección tendría la oportunidad de volver sobre un caso parecido relativo a otro comité internacional. Los hechos del litigio consistieron en una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en la vulneración de derechos fundamentales de los reclamantes por un cúmulo de actuaciones que giran en torno a la denegación de la solicitud de los padres de escolarización de su hijo menor discapacitado en un centro ordinario con las medidas de apoyo necesarias, en lugar de en un centro de educación especial defendido por la Administración educativa. Concurrían otras circunstancias relevantes como los malos tratos recibidos por el menor durante el tiempo en que estuvo escolarizado y la posterior persecución penal seguida contra los padres por retirar a su hijo del centro ordinario asignado, actuaciones judiciales finalmente archivadas. Un asunto complejo que dio lugar a un tortuoso camino para los afectados, aspecto que sin duda fue tenido en cuenta en la decisión de la Sala.

La reclamación se sustentaba en una alegación central referida a que el Estado Español había incumplido las recomendaciones y obligaciones impuestas por el Dictamen de 18 de septiembre de 2020, del Comité sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad (CDPD), emitido en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Protocolo Facultativo), ratificado por España. Dicho dictamen concluía que el Estado español había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 7, 15, 17, 23 y 24, en relación con el artículo 4 de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España. La pretensión esencial de la reclamación patrimonial era el cumplimiento íntegro de las obligaciones a cargo del Estado Español que se establecieron en el mencionado dictamen del Comité de la ONU.

2.- La pretensión fue desestimada primero por la Administración y después, en vía jurisdiccional, por la Audiencia Nacional que, en su sentencia de 17 de septiembre de 2022, concluyó, en lo que aquí interesa, que *«las violaciones de derechos fundamentales que se denuncian, con fundamento en el tan citado Dictamen, fueron examinadas y desestimadas por las instancias competentes con carácter firme y, por lo tanto, no cabe la estimación del recurso con base en el Dictamen», (...), pues «el Dictamen, de acuerdo con las determinaciones del Tratado que crea el Comité y las funciones que se le atribuyen, carece de eficacia para anular y dejar sin efecto el fallo de la sentencia que desestimó el recurso para la protección de derechos fundamentales —cuya protección se pretende de nuevo— o las investigaciones de la Fiscalía».*

3.- La STS 1597/2023, de 29 de noviembre, estima el recurso de casación y devuelve los autos a la Sala de instancia para que entre en el análisis de las cuestiones suscitadas y valore los demás presupuestos necesarios para la apreciación de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la administración de justicia. Tiene también un voto particular disidente³.

A) La resolución parte de la doctrina acuñada por la ya reseñada STS 786/2023, que no repetiremos, añadiendo que, *«dado que la existencia de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales, es posible admitir que ese dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e, incluso, de la posible procedencia de otros cauces en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse».* Ello

3 La ponencia fue del Magistrado Antonio Fonseca-Herrero, que no participó en la deliberación de la STS 786/2023 por integrar en ese momento la Sección de Admisión, y el voto particular del Magistrado Luis María Díez-Picazo, integrante de la mayoría de la Sala que aprobó la referida resolución.

por entender que *«aunque ni la CDPD ni su Protocolo Facultativo regulan el carácter ejecutivo de los dictámenes del Comité, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que les atribuyen la propia Convención y su Protocolo en el artículo 4.1»*.

Añadiendo que *«la declaración del organismo internacional se ha producido en el seno de un procedimiento expresamente regulado, con garantías y con plena participación de España», (...) y «que no puede privarse de efecto al dictamen del Comité por contraponerlo al efecto vinculante de la Convención ya que ello podría, si no dejarla sin efecto, sí limitar su valor y alcance real y efectivo. Podrán considerarse sus efectos como diferentes, pero no que exista uno y no el otro»*. Por ello, *«consideramos que no hay obstáculo para que la lesión de diversos derechos reconocidos por la CDPD y que declara el dictamen del Comité, pueda y deba ser un elemento determinante para acreditar la posible vulneración de los correspondientes derechos fundamentales del recurrente»*.

B) Concluye que *«al negar todo efecto al dictamen la sentencia recurrida infringe el ordenamiento jurídico y nuestra jurisprudencia»*; y declara como doctrina casacional que *«no se pretende vulnerar el principio de cosa juzgada ni revisar resoluciones judiciales firmes en los supuestos en que se formule reclamación por responsabilidad patrimonial con apoyo en las conclusiones y obligaciones que al Estado español impone el dictamen del Comité de Derechos de Personas con Discapacidad»*.

Y aplicando esa doctrina considera que *«la lesión de los derechos fundamentales que aprecia su dictamen no se basa únicamente en valoraciones sobre la sentencia o resoluciones judiciales, como dice la de instancia, sino en la constatación de que el Estado Español, en las actuaciones producidas con respecto al menor discapacitado, no dio la respuesta adecuada ni adoptó las medidas eficaces por parte de los órganos que conocieron todas las reclamaciones de los recurrentes. Es decir, se enmarca todo en el incumplimiento de la obligación general de adoptar todas las medidas eficaces para hacer efectivos los derechos que impone el artículo 4 de la CDPD»*. *«En definitiva, no es posible afirmar la existencia de cosa juzgada pues, conforme al artículo 222 de la LEC, tendría que existir una identidad plena del objeto y pretensiones con respecto al proceso en el que recayó la sentencia firme. En este caso, por lo dicho, no hay tal identidad ya que el objeto es por completo diferente y las pretensiones también»*.

C) El voto particular disidente comienza por afirmar que no cree que un dictamen del Comité de Derechos de Personas con Discapacidad —en que se declara que España ha incumplido las obligaciones que la correspondiente Convención le impone— pueda ser, como dice esta sentencia, *«presupuesto habilitante»* de la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ni tampoco como último cauce para obtener la reparación» de los derechos que no pueden hacerse valer de otra manera, porque los actos de las organizaciones internacionales —como es el Comité de Derechos de Personas con Discapacidad— no tienen automáticamente valor o fuerza vinculante en el derecho español. Que los tratados internacionales, válidamente celebrados y una vez publicados, formen parte del ordenamiento interno e incluso queden a reparo de su modificación mediante leyes posteriores no implica necesariamente que ello sea también predicable de los actos de organizaciones internacionales.

Por eso, *«habida cuenta de que los actos del Comité de Derechos de Personas con Discapacidad carecen de valor o fuerza vinculante en el ordenamiento interno español, forzoso es concluir que las declaraciones —de hecho o de Derecho— que aquel haga sobre situaciones concretas no pueden alterar lo decidido mediante sentencias y otras resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales españoles. Sostener otra cosa equivaldría, como atinadamente sostiene el Abogado del Estado, a eludir el sentido y la obligatoriedad de las resoluciones judiciales firmes»*. (...) *«Cuestión distinta es, por supuesto, que las actuaciones u omisiones del Estado en contravención a actos de una organización internacional puedan dar lugar a responsabilidad internacional de aquel. Pero esto es algo que los jueces y tribunales nacionales no pueden, por sí solos, remediar; y ello sencillamente porque su deber es resolver los litigios de conformidad con el sistema de fuentes establecido, del que los actos de las organizaciones internacionales —en ausencia de una norma que así lo disponga— no forman parte»*.

Añade otro argumento que considera de mayor peso: *«Es jurisprudencia clara y muy arraigada en el tiempo que las actuaciones u omisiones de los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional —es decir, al juzgar o hacer ejecutar lo juzgado— nunca pueden dar lugar a funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino únicamente a error judicial»*.

4.- Este mismo asunto volvería a la consideración de la Sección Cuarta de la Sala Tercera —cierto es que con una composición sustancialmente diferente⁴— y daría lugar a la STS 657/2025, de 29 de mayo, en la que se estima el recurso de casación de los padres recurrentes contra la decisión de la Audiencia Nacional, a la que la Sala había devuelto los autos en su decisión de 29 de noviembre de 2023.

A) En efecto, la sentencia de 24 de abril de 2024 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó el recurso de de los padres del menos discapacitado, *«en consideración a que el Comité no tuvo en cuenta la valoración que los tribunales españoles hicieron de las pruebas y que da especial relevancia a algunas que fueron contradichas en el proceso»*. Señaló que *«una instancia no jurisdiccional como el Comité, o cualquier instancia jurisdiccional, debe partir de la realidad que constata aquella sentencia firme, por la propia fuerza de la cosa juzgada, y porque en todo caso la sentencia pronunciada por los Tribunales españoles es el punto de partida, al ser prejudicial respecto de los hechos que se llevan al Comité»*. Añadiendo que *«admitir que, pese a lo declarado por los tribunales españoles puede decidir restablecer uno o más derechos que ya fueron examinados, comporta dotar al Comité de una competencia jurisdiccional de la que carece»* y, a la vez, *significa poner en cuestión «la competencia y extensión de nuestra jurisdicción, cuando las recomendaciones del Comité en modo alguno aparecen configuradas con ese fin»*.

B) Frente a ello, la Sala del TS⁵ vuelve a insistir en que *«los dictámenes de Comités, como el de Derechos de las Personas con Discapacidad, no son irrelevantes jurídicamente y que, si bien no hay un procedimiento formalmente establecido para darles efectividad, la reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia puede servir para reparar las lesiones de derechos fundamentales que dicho dictamen hubiere puesto de manifiesto si, efectivamente se debiera apreciar su concurrencia. Reclamación que, hemos dicho igualmente, puede hacerse valer judicialmente mediante el proceso especial previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción»*.

Explica que *«dictámenes como éste se dictan en virtud de un acuerdo internacional ratificado por España y, además de la fuerza que haya de dárseles en razón del artículo 96.1 de la Constitución, se benefician del mandato de su artículo 10.2. Este precepto, conviene observar, no restringe sus efectos a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales creados por los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España, sino que los predica de todos esos tratados y acuerdos. Y España no sólo ratificó la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, sino que también ratificó su Protocolo Facultativo, con lo que reconoció la competencia del Comité para considerar las comunicaciones de personas que aleguen ser víctimas de una violación por parte del Estado de cualquiera de las disposiciones de la Convención y hacer sugerencias y recomendaciones al respecto»*. (...) *«No se trata de revisar sentencias firmes»*(...), ya que *«lo que pone de relieve el dictamen no es la actuación concreta enjuiciada en el Juzgado de León y en la Sala de Valladolid, ni sus respectivas sentencias, sino el conjunto de respuestas del Estado a la pretensión de educación inclusiva de los recurrentes»*(...) *«sino, entre otros extremos, en la actuación de la Fiscalía y en el proceso penal seguido contra sus padres y en el parecer del Comité sobre la falta en España de legislación y políticas que garantizaran el derecho del menor a la educación inclusiva al que expresamente alude el apartado 8.7 del dictamen. No hay la plena coincidencia, pues, entre lo resuelto judicialmente en firme y lo que suscita el dictamen del Comité. La sentencia recurrida no tiene en cuenta estas premisas, establecidas con suficiente precisión por el nuestro n.º 1597/2023, y prescinde del enfoque de conjunto que esta última dice que debe adoptarse»*. Lo que le lleva a estimar del recurso y anular la sentencia de la Audiencia Nacional.

C) La diferencia con la STS anterior resolución es que la Sala aprecia ahora *«particulares circunstancias»* que, *«consideradas en su conjunto, muestran que los recurrentes se vieron en unas situaciones derivadas de la actuación de los poderes públicos que les perjudicaron, sin que estu-*

4 Cuatro magistrados de los siete que formaron Sala no habían participado en la deliberación de la STS 1597/2023, por haberse integrado con posterioridad en la Sección Cuarta.

5 Con ponencia de su presidente, Pablo Lucas, tuvo el voto particular de la Magistrada Pilar Teso, que había sido la ponente de la primera de las sentencias comentada.

vieran obligados a soportarlas, por defender el derecho a la educación inclusiva del menor. Esta es la perspectiva que abre el dictamen del Comité y no fue considerada por las resoluciones ya firmes pronunciadas en los anteriores procesos. Es un derecho, el de recibir una educación inclusiva, que afirma expresamente la Convención y defiende con insistencia el Comité con carácter general y, de manera particular, respecto de España. Derecho que no se identifica con cualquier forma de educación y que no cuesta incardinar en el artículo 27 de la Constitución, no sólo en virtud de sus artículos 10.2 y 53.3, sino también porque el nuevo contenido de su artículo 49 orienta la actuación de todos los poderes públicos hacia la inclusión de las personas con discapacidad en entornos universalmente accesibles». Lo que le lleva a «estimar el recurso contencioso-administrativo y anular la denegación por silencio por el Ministerio de Justicia de la indemnización que le reclamaron y reconocer a los recurrentes el derecho a ser resarcidos por la Administración General del Estado por los gastos judiciales en que incurrieron y que cifran en 25.000€, cantidad que no ha sido discutida por la Administración», siguiendo en este punto, por cierto, lo propugnado por el Ministerio Fiscal».

Formulando en conclusión la siguiente doctrina casacional: «el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia es un cauce adecuado para dar efectividad a los dictámenes del Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad si el examen de las circunstancias en que descansa muestra efectivamente que la actuación de los poderes públicos ha ocasionado a los reclamantes un daño que no debían soportar por lesionar derechos fundamentales».

D) También a esta sentencia se formula un voto particular que sostiene que el recurso debía haber sido desestimado y que esta resolución se aparta de la jurisprudencia de la Sala pues «da un salto cualitativo al considerar que el dictamen del Comité sí es un título ejecutivo bastante para que, de forma automática, aparezca la responsabilidad patrimonial, en este caso del Estado juez, por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia». Considera que ni ha habido vulneración de derechos fundamentales, como habían reconocido diversas instancias jurisdiccionales, ni tampoco concurren los presupuestos propios de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, reiterando lo que se indicaba en el voto particular presentado por otro magistrado a la ya comentada sentencia 1597/2023.

Concluye señalando que «en este caso se convierte al dictamen en un verdadero título ejecutivo, que una vez presentado ante la instancia judicial competente española determina su ejecución e indemnización, sin necesidad de acudir a ninguna de las categorías hasta ahora conocidas sobre la responsabilidad del Estado»(...); puesto que «aunque formalmente se declare la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que es el procedimiento seguido por la parte recurrente, sin embargo, la responsabilidad se atribuye a los poderes públicos en general que no tiene caracterización propia, ni régimen jurídico específico, ni procedimiento al que acudir».

5. Conclusión

Hemos querido reproducir buena parte de la argumentación de las decisiones mayoritarias y de las opiniones disidentes de estas sentencias en la medida en que revela la riqueza de matices del complejo debate jurídico suscitado y porque además nos permite apreciar que, pese a lo que aparentemente podría considerarse como una importante división en el parecer de la Sala sobre la materia tratada, en mi opinión, no hay tal, sino que son mucho mayores las coincidencias. Y así deben considerarse las siguientes:

1.º- Las decisiones o los dictámenes de los Comités de organismos de Naciones Unidas carecen de fuerza ejecutoria directa para determinar la nulidad de resoluciones judiciales firmes de los jueces y tribunales nacionales, puesto que los convenios que los han creado no han previsto esa fuerza vinculante.

2.º- Nuestro ordenamiento jurídico interno tampoco ha establecido un cauce concreto y específico para hacer efectivas las opiniones y recomendaciones aprobadas por estos comités, lo que impide exigir autónomamente su cumplimiento.

3.º- Tampoco puede entenderse que el cumplimiento de estas decisiones deban canalizarse, por carácter general, a través del cauce de la responsabilidad patrimonial

4.º- Sin embargo, no cabe descartar que estos dictámenes y decisiones puedan constituir el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial, si se cumplen el resto de los requisitos previstos en la legislación reguladora de la materia, y, en particular, si el examen de las circunstancias en que descansa muestra efectivamente que la actuación de los poderes públicos ha ocasionado a los reclamantes un daño que no debían soportar por lesionar derechos fundamentales.

A mi entender, la disidencia se plantea en torno al énfasis que se quiera dar a la relevancia de las opiniones de estos comités, si se considera un elemento más a tener en cuenta y no necesariamente el más relevante, o si se convierten en decisivas cuando se perciben como último cauce para obtener la reparación por la lesión de un derecho fundamental. Una y otra posición nos remiten a las circunstancias del caso concreto, que son las que a la postre serán tenidas en cuenta por la Sala para resolver el litigio.

AMPARO E INCIDENTE DE NULIDAD: SUBSIDIARIEDAD, SOBRECARGA Y SOLUCIONES (1980-2025)¹

Agustín S. de Vega García

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca*

Sumario: 1. Introducción. 2. Uso masivo del recurso de amparo: sobrecarga temprana. 3. La insuficiente solución de 1988. 4. El rediseño procesal del amparo: la reforma de 2007. 5. El incidente de nulidad de actuaciones judiciales. 6. incidente, amparo y subsidiariedad en la jurisprudencia constitucional. 7. A modo de conclusión.

1. Introducción

La Constitución de 1978 y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT) (art. 44) han regulado el *amparo* como un recurso subsidiario, que se interpone ante el Tribunal Constitucional, precedido del agotamiento de todos los medios de impugnación procesales dentro de la vía judicial. En nuestro sistema constitucional, la función de tutela de los derechos fundamentales corresponde a la jurisdicción ordinaria, como juez primero y natural, y al TC como jurisdicción superior y extraordinaria «en materia de garantías constitucionales» (art. 123.1 CE). Engloba a ambas jurisdicciones; quedando el recurso de amparo como instrumento para precisar de modo evolutivo el concepto y contenido de los derechos fundamentales.

Esta ‘invitación’ del constituyente a los jueces ordinarios a aplicar la Constitución tenía, en los años ochenta, un evidente significado: desvincularles de la idea del texto constitucional como conjunto de normas programáticas, cuya interpretación y aplicación directa en materia de derechos fundamentales requería de ellos su práctica procesal cotidiana.

En el inicial periodo de actividad del Tribunal, el recurso de amparo se manifestó como un instrumento idóneo para delimitar las respectivas esferas de competencia (art. 54 LOTC), a través de la doctrina sobre los derechos fundamentales. A tal respecto, se puede recordar la reiterada aclaración de que el amparo constitucional es el último medio técnico de garantía de los derechos frente a vulneraciones procedentes de los poderes públicos y no una nueva instancia jurisdiccional, ni una supercasación, y mucho menos una primera instancia de tutela de los derechos (desde la STC de 26 de enero de 1981); o la reiterada afirmación de que la interpretación de los derechos fundamentales debe hacerse de la manera más favorable a su efectividad, no solo con su reconocimiento, sino con la reintegración y defensa «integral» objetiva (SSTC 38/1981 y 19/1983).

Con la resolución de los recursos de amparo, el Tribunal ha confirmado también la tendencia, advertida antes en otros ordenamientos, en virtud de la cual determinados preceptos constitu-

¹ Me sumo con especial aprecio al libro homenaje a la profesora Ángela Figueruelo, catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca y compañera del departamento desde hace años, con gratitud y admiración por su continua preocupación acerca de la tutela jurisdiccional de los valores de libertad e igualdad.

cionales se han convertido en auténticos parámetros-base para la interpretación evolutiva de la Constitución. Los artículos 14 y 24 CE han adquirido el carácter de 'supernormas' dentro de la propia norma suprema. De manera que estos preceptos asumen una posición capaz de incidir sobre las materias más diversas del ordenamiento, a través de las principales arterias de la jurisprudencia constitucional.

No es objeto de estas notas preguntarse hasta qué punto el sistema español de 'jurisdicción constitucional de la libertad', corresponde al modelo abstracto o concreto; o si en esta prevalece su ejercicio concentrado o difuso. Nuestro sistema de garantía de los derechos no presenta trazas firmes que permitan identificarlo rigidamente. La separación entre jurisdicción objetiva y subjetiva, entre nulidad *erga omnes* y eficacia concreta, entre control concreto y abstracto de los derechos, son diferencias que se han hecho cada vez más imprecisas, aunque están presentes en el fondo de la evolución regulatoria del recurso de amparo y del incidente de nulidad de actuaciones judiciales.

Creando un Tribunal *ad hoc*, capaz de anular los actos ilegítimos de los poderes públicos, se corrobora el sistema concentrado de jurisdicción constitucional de los derechos. Confiando a los tribunales ordinarios la tutela judicial de los derechos, y la posibilidad de declarar la nulidad de las actuaciones judiciales, *incidenter tantum*, por vulneración de cualquier derecho fundamental, se aumenta la 'difusión' de los mecanismos de garantía. Si además al amparo, proyectado como defensa subjetiva de los derechos, se añade el requisito de la «especial trascendencia constitucional» para su admisión y estimación, entonces el sistema se objetiva al otorgarse al TC una regulada y limitada discrecionalidad en la configuración y protección de los derechos fundamentales.

En estos apuntes nos preguntamos qué ha sucedido con la «law in action»; cuál ha sido la práctica y la relación entre estos dos instrumentos de garantía de los derechos fundamentales. Puede decirse que las características de nuestro sistema en su origen respondían a la idea de la defensa individual de los derechos y que, entonces, la objetivación del recurso de amparo «tenía un efecto agregado a la protección subjetiva»². La evolución legislativa y jurisprudencial posterior le ha aproximado a una naturaleza más objetiva, posiblemente obligada por la sobrecarga de trabajo del TC en materia de defensa de los derechos fundamentales. El paralelismo con la reglada discrecionalidad de la *Verfassungsbeschwerde*, que se manifiesta principalmente en el mecanismo de inadmisión de las demandas sin contenido constitucional, se plasma en la actual regulación del recurso de amparo, alejada sin embargo del writ of certiorari norteamericano, de selección discrecional y de oportunidad de los asuntos³.

2. El uso masivo del recurso de amparo: sobrecarga temprana

La sobrecarga de recursos de amparo ha acompañado al ejercicio de la jurisdicción constitucional desde los primeros años de funcionamiento del TC. Lo que ha obligado al legislador a reformar la LOTC en dos momentos: 1988 y 2007. Los datos expresan la patología sufrida durante los primeros veinticinco años y reflejan la magnitud del problema⁴: en todos los años se ha producido un uso masivo del recurso de amparo. Se constata que las reformas legales no han servido para reducir el *animus litigatoris* de los recurrentes. Sin embargo, si utilizamos la ratio 'recursos registrados vs recursos admitidos a trámite', el resultado alcanza un porcentaje medio de en torno al 1,5 % de los recursos.

2 A. FIGUERUELO BURRIEZA, «Veintitrés años de recurso de amparo», *Revista de Derecho Político*, 58-59, 2003-2004, p. 339.

3 M. HERNÁNDEZ RAMOS, «Propuesta de desarrollo del nuevo trámite de admisión del recurso de amparo: aspectos materiales y procedimentales», *Revista de las Cortes Generales*, 73, 2008, pp. 31 ss.

4 En 1981 (primer año completo de actividad) se registraron 386 recursos. Los años anteriores a las reformas legislativas ingresaron 1655 recursos (1987) y 11471 (2007), respectivamente. Durante el periodo 2015-2020 se mantuvo una cifra media de 6500 recursos anuales. A partir del año 2021 se advierte un incremento paulatino, que llega en 2024 a los 9796 recursos ingresados; cifra similar a las de 2005 (9476 recursos) o 2010 (8947 nuevos recursos). Estas representan un porcentaje en torno al 98-99% del total de asuntos presentados ante el Tribunal (99,24%, en el año 2024). La tasa de pendencia, por su parte, también fue *in crescendo*, llegando a la cifra de 3398 amparos no resueltos (en 2005), que se unían a los acumulados de años anteriores.

Para su explicación suelen tomarse en consideración por la doctrina algunos factores que pudieron avocar a tal situación y consecuentemente a las respuestas dadas por el legislador en su intento por corregirla. De una parte, la novedad de la institución procesal en un ordenamiento con escasos antecedentes de reconocimiento de derechos y sin hábitos de protección de los mismos. De otra, la permanente preocupación del TC por que la jurisprudencia de los jueces y tribunales ordinarios se implicara en la defensa de los valores y principios constitucionales. Desde el principio, tuvo especial cuidado en no restar protagonismo al papel de los tribunales como jurisdicción garante natural y primera de los derechos fundamentales, y en subrayar la función subsidiaria del recurso de amparo en defensa de los mismos. Asimismo, en los primeros años hizo una importante labor de didáctica forense para que el recurso de amparo no fuese entendido como una instancia más de revisión jurisdiccional.

Prácticamente desde su inicial funcionamiento se pusieron de relieve los problemas a los que habría de enfrentarse el TC ante la avalancha de recursos de amparo. Los magistrados Rubio Llorente (1982) y Tomás y Valiente (1986)⁵ expresaron la necesidad de reducir el amparo a unas dimensiones razonables, en cuanto instrumento jurídico para redefinir continuamente el contenido de los derechos fundamentales. La realidad comenzaba a dibujar una situación de atasco en la resolución de los recursos de amparo, a la que el legislador intentó dar respuesta a menos de una década de la puesta en funcionamiento del Tribunal. La tasa de pendencia (recursos resueltos vs registrados) ponía en peligro la efectividad de la defensa de los derechos fundamentales y arrastraba la del resto de las competencias del TC. La avalancha anual de recursos y el retraso en la decisión había generado, a finales de los años 80, una verdadera patología en el control de constitucionalidad de las leyes, que comportaba indirectamente una suerte de inmunidad a favor del legislador⁶.

3. La insuficiente solución de 1988

La reforma de la LOTC de 1988 fue poco incisiva e insuficiente. Ni la simplificación del trámite de admisión ni la reorganización del trabajo interno tuvieron un apreciable impacto en el número de asuntos pendientes de resolución. La Ley mantuvo la posibilidad de declarar la inadmisibilidad de los recursos, por carecer la demanda de amparo «manifiestamente de contenido que justifique una decisión» del TC (requisito previsto desde 1979). Y atribuyó a las Secciones la facultad de acordar la inadmisión por unanimidad y mediante providencia con motivación sucinta, frente a la cual solamente cabía recurso de súplica del Ministerio Fiscal (art. 50.2).

La práctica de la reforma no tuvo los efectos favorables esperados para disminuir la sobrecarga de recursos de amparo. La ‘carencia manifiesta de contenido constitucional’ (como concepto jurídico y como elemento procesal de la demanda) no generó en el procedimiento de preadmisión una comprobación separada de la que implica la verificación de la lesión del derecho fundamental. De modo que el Tribunal continuó entendiendo el recurso prácticamente desde el único plano de la percepción subjetiva de la lesión del derecho. Asimismo, la sustitución del auto por la providencia, como resolución con motivación sucinta, no tuvo una aceptación pacífica entre los propios magistrados constitucionales, ni tampoco de los magistrados del Tribunal Supremo⁷. En buena parte de los casos, acabó convertida en una resolución híbrida, explicativa —y no del todo sucinta— de la decisión de inadmisión. Algún autor la llamó «proviauto»⁸, por la mezcla de elementos propios de la providencia y del auto.

5 F. RUBIO LLORENTE, «Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4, 1982, p. 67. F. Tomás y Valiente, *Tribunal Constitucional. Discursos de sus Presidentes (1980-2005)*, p. 103.

6 Vid. P. CRUZ VILLALÓN, «El estado del Tribunal Constitucional», *Claves de Razón Práctica*, 191, 2009, p. 7.

7 Con la desgraciada consecuencia, derivada de la STS de 24 de enero de 2004 (sala civil), que declaró ‘negligencia profesional’ de los magistrados del Tribunal Constitucionales por resolver sin motivación suficiente una providencia de inadmisión.

8 J. GARCÍA ROCA, «Cuestionario sobre la reforma de la LOTC», *Teoría y Realidad Constitucional*, 4, 1999, p. 59.

A finales de los años 90, la utilización hipertrófica del recurso había traído prácticamente el «colapso» al Tribunal: los asuntos sometidos al Pleno duraban una media de siete años para su resolución; tendencia que no cesará en la siguiente década. No fue por tanto una reforma de éxito, aunque anticipó la necesidad de una modificación legislativa más profunda, a la que no fue ajena la intención y la voluntad del propio TC⁹.

4. El rediseño procesal del amparo: la reforma de 2007

En 2007 el legislador llevó a cabo una importante reforma de la LOTC, con el objetivo precisamente de afrontar el problema y las consecuencias de la sobrecarga de asuntos de amparo. Sin duda es una intervención legislativa de importante calado en el modelo de la jurisdicción constitucional de la libertad, pues afectó a más de un tercio de los preceptos de la LOTC (a 34 de 102 artículos).

El objetivo de la reforma es el de dar al amparo una «nueva configuración», con el fin de que el TC pueda abordar armónicamente el ejercicio de sus competencias y dar cumplimiento eficaz a sus fines funcionales previstos en la Constitución. En palabras del legislador, con la reforma se pretende superar la dificultad de organización y funcionamiento del propio Tribunal para frenar el incremento continuado de recursos de amparo pendientes, disminuir el tiempo de duración del procedimiento de resolución, y aliviar la congestión sufrida en el ejercicio de sus competencias, en especial la de defensa de los derechos fundamentales¹⁰.

Para lo cual se potencia el carácter subsidiario del recurso de amparo y se redefinen los ámbitos de las jurisdicciones, ordinaria y constitucional, en materia de tutela de los derechos fundamentales, principalmente con dos medios. Por una parte, la nueva regulación del trámite de admisión del recurso de amparo, que desde entonces exige del recurrente el requisito de acreditar que el contenido de la demanda tiene «especial trascendencia constitucional», lo que justifica, tras su comprobación, la decisión sobre el fondo del asunto por parte del TC. Y por otra, la ampliación del alcance del incidente de nulidad de actuaciones judiciales «a cualquier vulneración de un derecho fundamental» (mediante la reforma del art. 241.1 LOPJ, hecha en la disposición final primera de la Ley); poniendo en manos de la jurisdicción ordinaria un último remedio procesal, antes del recurso de amparo, para declarar la nulidad de los actos posteriores al que provocó la lesión del derecho.

El cambio principal introducido por la Ley en el recurso de amparo (art. 49.1 LOTC) consiste, para el TC, en soslayar la vulneración del derecho fundamental como pretensión exclusiva y única para conocimiento del fondo del asunto. Lo que, para el demandante de amparo, añade la carga de «justificar la especial trascendencia constitucional» del recurso, de manera expresa y como requisito insubsanable. Esto es, a la lesión subjetiva del derecho fundamental se une la relevancia constitucional objetiva del asunto, que pasan a confluir, como requisitos, en la admisión del amparo y en su eventual resultado estimatorio; con el significado que tiene también para una redefinición de la práctica forense.

El nuevo recurso de amparo invierte la prueba del nuevo requisito introducido (la especial trascendencia constitucional del asunto), cuya justificación ahora recae en el recurrente; y revierte el esfuerzo del TC en el proceso de admisión del recurso: de la comprobación de la *carencia* manifiesta de contenido constitucional del recurso, se pasa a la verificación de la *existencia* de la especial relevancia constitucional del asunto, previamente alegada y contenida en la demanda. Por otra parte, la reforma se complementa con una mayor operatividad funcional y organizativa del Tribunal, al atribuirse a las Secciones la decisión sobre la inadmisibilidad de los recursos mediante providencia (art. 50 LOTC), e incluso la resolución, por sentencia, sobre el fondo del asunto (en el supuesto previsto en el art. 52).

Se trata, pues, de una versión más favorable y positiva del trabajo de los letrados y de las Secciones, que se ve continuada después en la etapa de conocimiento del fondo del asunto (téc-

9 El presidente Rodríguez-Bereijo (1995-1998) constituyó una comisión interna de estudio para la reforma estructural y funcional del amparo, que en parte sirvió de inspiración a la reforma legislativa de 2007. («Borrador de reforma de la LOTC», *Teoría y Realidad Constitucional*, 4, 1999, pp. 415-434.

10 Exposición de Motivos, II, de la reforma de 2007.

nicamente el estudio se centra en el contenido constitucional de las alegaciones hechas en la demanda). Y, con carácter general, se reafirma el carácter subsidiario del recurso de amparo: a la jurisdicción ordinaria corresponde la dimensión subjetiva de la tutela de los derechos fundamentales de modo ordinario y primario (sin necesidad de constatar la relevancia constitucional del asunto), y a la jurisdicción constitucional, de manera extraordinaria, quedan reservados los casos objetivos que tengan especial trascendencia constitucional.

Puede deducirse de ello que con ambos medios la reforma comportó la objetivación del sistema de protección de los derechos fundamentales. La función que atribuye el legislador al recurso de amparo ya no es primordialmente, al menos, la de concebir subjetivamente la tutela de los derechos fundamentales, sino más propiamente el propósito de «atender a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» (art. 50 1.a LOTC). Términos muy amplios que el Tribunal concretó en la STC 155/2009, FJ 2, con el sentido de enmarcar y limitar la discrecionalidad del órgano en el trámite de admisión de los recursos. La ampliación del objeto del incidente de nulidad de actuaciones a «cualquier vulneración» de los derechos fundamentales, objetiva igualmente el alcance de este instrumento procesal.

5. El incidente de nulidad de actuaciones judiciales

En efecto, la reforma operada por la disposición final primera de la Ley 6/2007, en la que queremos detenernos, da un nuevo contenido y alcance al incidente de nulidad de actuaciones judiciales (previsto en el art. 241.1 LOPJ), extendiendo su objeto a «cualquier vulneración de un derecho fundamental». A la modificación de este precepto se añadió (en 2015) la nueva configuración del recurso de casación en interés casacional objetivo (Ley 41/2015, de 5 de octubre y RD-Ley 5/2023). Lo que prolongó en sede judicial la objetivación del sistema de recursos para la protección de los derechos fundamentales¹¹.

La regulación actual diseña este nuevo remedio procesal, en vía judicial, con carácter *incidental* (pueden promoverlo las partes legítimas de un proceso o que hubieran debido serlo), *excepcional* (así lo califica el precepto) y *subsidiario* dentro de la jurisdicción ordinaria («siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario»). Asimismo, amplía su *función constitucional*: la nulidad de las actuaciones puede fundarse «en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución».

Con la redacción dada al art. 241.1. LOPJ, el incidente ya no se limita a las dos causas procesales anteriormente tasadas (basadas «en defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo»), sino que se remite a un supuesto más amplio y objetivo que puede comprender un elenco muy amplio de causas, entre las cuales siguen quedando incluidos los anteriores supuestos (indefensión o incongruencia).

Su naturaleza jurídica no muta por la importancia sustantiva que ahora tiene. Es la de un *incidente procesal* que forma parte del proceso en el que se inserta y cuya finalidad es resolver, con rapidez e inmediatez, las eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales que no hayan podido denunciarse antes de acudir al amparo. Por tanto no es una instancia ulterior, pero sí un potente instrumento procesal de tutela de los derechos fundamentales en manos de la jurisdicción ordinaria, cuyos efectos (en caso de ser estimada la nulidad) recaen sobre la sentencia impugnada y revierten el efecto de cosa juzgada: las actuaciones se retrotraen, por nulas, al momento inmediato anterior al defecto que la haya originado (art. 241.2 LOPJ). Es decir, un mecanismo incidental, dotado de un objeto de alcance constitucional sustantivo, pero cuya configuración como incidente procesal y no como recurso, puede limitar su virtualidad como instrumento general para la tutela de los derechos fundamentales.

11 El concepto de «identidad jurídica sustancial» o la figura del ‘recurso de casación testigo’, introducidas por el RD-Ley 5/2023, en reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, son manifestaciones evidentes de objetivación del recurso de casación en interés casacional.

Además es un *remedio excepcional*, utilizable siempre que no haya podido denunciarse el defecto antes de recaer la resolución que pone fin al proceso y siempre que dicha solución no sea susceptible de otros recursos ordinarios o extraordinarios. La reiteración del adverbio «siempre», remarca el carácter excepcional del incidente y también su utilización previa al recurso de amparo. Es decir, el agotamiento de la vía judicial previa (art. 43.1) o de todos los instrumentos de impugnación previstos por las normas procesales (arts. 43.1 y 44.1.a. LOTC), constituye un requisito de subsidiariedad para plantear el amparo constitucional. En consecuencia, el incidente es un remedio judicial subsidiario de la, a su vez, subsidiariedad del recurso de amparo¹².

El *objeto del incidente* es la resolución que cierra el proceso, frente a la que se invoca la lesión de un derecho fundamental. Con el incidente, el demandante pretende que el juez autor de la resolución reexamine y resuelva sobre la supuesta vulneración del derecho fundamental que se achaca a la misma, con la congruencia que requiere dar respuesta a los motivos de impugnación del escrito de solicitud de nulidad, a la luz de los argumentos esgrimidos en la motivación de la decisión recurrida y previa comprobación de la identidad del caso con las instancias procesales anteriores.

Se trata, además, de un recurso incidental excepcional *interpuesto ante el mismo órgano judicial* que dictó sentencia, con el fin de que revise tal resolución. Confiere al órgano judicial el poder de quebrar el efecto de cosa juzgada de su propia resolución. Como instrumento procesal de impugnación de una resolución judicial firme, el incidente atribuye directamente al juez la potestad de revisar una pretensión cuya resolución le compete con carácter exclusivo (STC 152/2015).

Si se hubiera confeccionado como recurso preceptivo, su alcance objetivo y su contenido funcional podrían avalar la tesis proclive a atribuir la resolución del incidente a un órgano distinto. Pero el hecho de residenciarse en el mismo órgano que dictó la resolución supuestamente vulneradora de los derechos viene respaldado por la inmediatez y celeridad que imprime el dar al mismo juez la posibilidad de apreciar el defecto y repararlo con mayor proximidad y conocimiento exclusivo del asunto¹³. Además, tiene la virtual eficacia de impulsar al juez ordinario a reparar en su propio ámbito jurisdiccional la lesión de los derechos fundamentales. Lo que subraya la subsidiariedad del ulterior recurso de amparo (con el agotamiento de los recursos judiciales posibles), la extensión del ámbito objetivo del incidente, y puede además aportar eficiencia ante la sobrecarga de asuntos llegados al TC.

La *inadmisión a trámite* del incidente se efectúa mediante providencia «sucintamente motivada», contra la cual no cabe recurso alguno (art. 241.1 LOPJ); solo el de amparo. Si se estima la demanda de nulidad se retrotraen las actuaciones al estado inmediatamente anterior al origen de la lesión advertida, quedando levantada la firmeza de la sentencia. Si se desestima, «se condenará al solicitante, por medio de auto, en todas las costas del incidente» (art. 241.2 LOPJ). La solución legislativa de 2007, en consecuencia, subraya la naturaleza excepcional del incidente y el carácter subsidiario del recurso de amparo, reforzando y ampliando el protagonismo de la función jurisdiccional como juez primero, común y natural de tutela de los derechos fundamentales. La STC 107/2011 confirma que a la jurisdicción ordinaria corresponde el conocimiento y la resolución del incidente como última vía judicial para reparar la lesión de los derechos fundamentales denunciada, sin tener que alegar y justificar que el caso tiene transcendencia constitucional; carencia que, sin embargo, malograría la admisión del recurso de amparo ulterior. Es, pues, un remedio último de restauración del disfrute de los derechos fundamentales, *por y ante* la jurisdicción ordinaria.

12 El carácter incidental, la excepcionalidad y su subsidiariedad hacen del incidente no el único, sino «uno de los posibles cauces para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo». Tesis que además viene avalada por el rechazo que en sede parlamentaria tuvo la enmienda n.º 79 del Grupo Popular en el Congreso, que pretendía configurar su presentación como imprescindible para el agotamiento de la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo. Vid. M. AGUILERA, «El incidente de nulidad de actuaciones ex artículo 241 LOPJ: una mala solución para un gran problema», *Revista Italo-Española de Derecho Procesal*, 1, 2018, p. 114.

13 Tanto el TC como el TS han descartado que ello atente contra las garantías del proceso, ni que suponga un riesgo para la imparcialidad objetiva que ha de cumplir el órgano juzgador (STC 108/2013 y ATS 3/2015-Sala especial). Rechazan la tacha de parcialidad del juez que pudiera suscitar la regulación legal del incidente: además de estar prevista por el legislador, el juez no pierde su autoridad e imparcialidad por el hecho de tenerse que pronunciar, por causa de un incidente procesal, sobre una decisión previamente adoptada por él mismo en el proceso, como sucede en los recursos no devolutivos.

Queda patente, por tanto, que mediante el incidente se intensifica la colaboración de la jurisdicción ordinaria con el TC en la 'jurisdicción constitucional de la libertad'. El proceso de amparo de los derechos fundamentales encuentra en el incidente de nulidad continuidad, enlace y cooperación entre ambas jurisdicciones, y es un paso más en la implicación del poder judicial en su tutela directa sin necesidad de previa verificación de la especial trascendencia constitucional. La subsidiariedad del recurso de amparo puede quedar salvada con la presentación del incidente, sin constituir una limitación ni una alternativa al mismo: la vía del amparo constitucional sigue abierta si la vulneración de derechos se produjo con anterioridad a la última resolución. Y también puede quedar cumplida, sin necesidad de llegar al incidente de nulidad de actuaciones, si se comprueba que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales después invocados en el recurso de amparo¹⁴. De modo que el incidente de nulidad de actuaciones judiciales se asemeja a una suerte de válvula de subsidiariedad del recurso de amparo.

6. Incidente, amparo y subsidiariedad en la jurisprudencia constitucional

El incidente es la última oportunidad para que la jurisdicción ordinaria reexamine y remedie la vulneración de un derecho fundamental antes de recurrir en amparo a la jurisdicción constitucional. Y adquiere la condición de subsidiario con la concurrencia de dos requisitos añadidos: que la reparación no sea posible hacerla mediante la utilización de otros recursos ordinarios o extraordinarios; y que la lesión sea imputable a la resolución que pone fin al proceso, porque si la lesión fue ya advertida en el proceso antes de la misma, no es ya exigible la presentación del incidente (ATC 275/2009, de 1 de diciembre, FJ único).

Queda por tanto en el recurrente valorar el modo de ejercicio de su facultad de agotar la vía jurisdiccional previa a la interposición del recurso de amparo y el momento de requerir del juez un razonamiento completo sobre el asunto con el que conseguir la admisión y, en su caso, la estimación del incidente. En el fondo, las dudas se ciernen sobre la vía que puede utilizar el reclamante para conseguir la reparación del derecho supuestamente lesionado, con lo que esto implica en el aspecto objetivo de su tutela: puede fracasar si promueve el incidente y es inadmitido o desestimado por falta de agotamiento de los recursos previos; o también si plantea el recurso de amparo y este es considerado por el TC prematuro o extemporáneo por improcedencia del planteamiento del incidente.

El requisito de la subsidiariedad del recurso de amparo es el que mayores problemas aplicativos ha suscitado al intérprete en la práctica, por las delicadas consecuencias que comporta su regulación y la doctrina jurisprudencial. Al exigir la LOTC el agotamiento de «todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial» (art. 44.1.a), se incluyen tanto los recursos como el propio incidente de nulidad. De manera que la modulación del requisito de la subsidiariedad puede traer efectos positivos en la sobrecarga de trabajo del TC, pero también negativos para la tutela de los derechos fundamentales.

La literalidad de la cita del art. 44.1.a exige aclaraciones sustantivas y procedimentales, pues de la dosis de incertidumbre que ha provocado es consciente el propio TC en su jurisprudencia. La STC 13/2011 (el argumento es reiterado, entre otras, en la STC 81/2018, FJ 2) viene a admitir que, para satisfacer este requisito, el recurrente de amparo soporta una difícil situación procesal: una actitud prudente puede llevarle al incumplimiento por defecto del requisito del agotamiento (inadmisión por falta de promoción del incidente); mientras que una actitud arriesgada podría comportar la admisión a trámite seguida de la desestimación con obligada condena en costas. En dichas sentencias, el TC añade matices que llevan a una cierta confusión al reclamante de la tutela. En la primera, declara que la demanda de amparo no será extemporánea aunque no haya un previo agotamiento de recursos, si en tal actitud no se aprecia «ánimo dilatorio»; en la segunda, mantiene que el agotamiento queda cumplido con la utilización de aquellos recursos que «razonablemente» puedan ser considerados pertinentes sin necesidad de complejos análisis jurídicos. Lo que abre un campo de dudas que el propio TC ha intentado aclarar, aunque su jurisprudencia ha sido en buena medida errática.

14 STC 216/2013, de 19 de diciembre.

a) Parece válida la conclusión que se obtiene de los primeros pronunciamientos del TC posteriores a la reforma de 2007 (AATC 177/2009, de 1 de junio, FJ 2; 259/2009, de 19 de octubre, FJ 2; entre otros), que se han visto reiterados (STC 21/2017, FJ 3): el recurso de amparo será inadmisibles por falta de agotamiento de la vía judicial si el incidente no ha sido presentado contra la resolución que pone fin al proceso, cuando esta es la que causa de la vulneración del derecho fundamental, y consecuentemente no ha habido tampoco oportunidad alguna de denunciar la lesión antes de recaer resolución. Aquellas lesiones que se entiendan cometidas en una resolución judicial firme frente a las que la ley no permita ningún recurso, el incidente es el instrumento procesal idóneo para obtener la tutela judicial del derecho fundamental vulnerado.

Igualmente, la certeza jurídica cubre los casos de *recurso de amparo prematuro*. Es decir, el que se ha interpuesto cuando aún está pendiente de resolución el incidente de nulidad promovido por el mismo recurrente y con identidad de objeto (la misma resolución judicial firme que pone fin al proceso y por el mismo motivo de vulneración del derecho fundamental) (STC 332/2006, de 20 de noviembre, FJ 3). También el interpuesto antes de la recepción efectiva de la notificación de la inadmisión o desestimación del incidente (ATC 86/2016). Igualmente, el que separa los motivos de las demandas de amparo y del propio incidente (STC 208/2009, FJ 3), simultaneando la utilización de ambos instrumentos procesales. Ello por el carácter subsidiario y no alternativo del incidente, que impide el ejercicio coetáneo de la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo, cuando ambos remedios están referidos al mismo asunto, pues el órgano judicial todavía tiene en sus manos la posibilidad de restablecer al recurrente en el disfrute del derecho. (ATC 64/2018, FJ 2).

Y los supuestos en que el fracaso de los recursos idóneos para obtener la reparación del derecho vulnerado es imputable a la conducta procesal del recurrente o a la motivación del propio juez. La inadmisión de un incidente debido a su defectuosa interposición, equivale a la falta de agotamiento del requisito de la vía judicial previa al amparo (ATC 132/2018, FJ 2.d). También si en el incidente de nulidad se advierte expresamente la relevancia constitucional que tiene el incumplimiento por el juez (negativa manifiesta, negligente o desconocimiento) de la doctrina del TC y de su deber de acatamiento (STC 106/2007 o 5/2018).

b) El ATC 200/2010 potenció el incidente como medio exigible para un correcto agotamiento de la vía judicial previa cuando se consideraba vulnerado cualquier derecho fundamental que no hubiera podido alegarse antes de recaer resolución definitiva. El TC parecía inclinarse por una versión del incidente de tutela alternativa al recurso de amparo sin valoración de la especial trascendencia constitucional del caso. Habiendo lesión del derecho fundamental, aunque los hechos y la pretensión jurídica de tutela hubieran sido debatidos desde la primera sentencia, no debía producirse una inadmisión *a limine*¹⁵.

c) Sin embargo, en la STC 216/2013, de 19 de diciembre se revisa explícitamente la doctrina iniciada con el auto citado. Remarca que para preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, el acceso a la jurisdicción constitucional no debe producirse *per saltum*, es decir, sin brindar a los órganos judiciales ordinarios la oportunidad de pronunciarse «sobre la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo». Pero limita la oportunidad de pronunciarse por parte de la jurisdicción ordinaria a lo formalmente procedente y «materialmente útil», lo que no cubre «la pretensión de una reconsideración sobre el fondo de la resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía jurisdiccional». Dicho del modo que lo hace el TC, el requisito puede considerarse cumplido «cuando se compruebe que los órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales luego invocados en vía de amparo constitucional». Es decir, la valoración cualitativa de las veces en que ha sido ponderada la vulneración de los derechos fundamentales condiciona la utilidad material del incidente de nulidad. Cuando tal ponderación ha sido ya hecha en vía judicial, no es necesaria su presentación para el cumplimiento del requisito del agotamiento; sin haberse interpuesto el incidente, quedaría cumplido el requisito de la subsidiariedad del recurso de amparo.

El cambio radical de jurisprudencia se había anunciado ya en la STC 176/2013, de 21 de octubre. El Fiscal se oponía a la admisión a trámite de la demanda de amparo por falta de agotamiento la

15 STC 150/2012, de 16 de julio, FJ 3. En este caso se achacaba la lesión del derecho al órgano judicial que se pronuncia en último lugar; es decir, a la sentencia dictada en casación, a pesar de que los hechos y el derecho vulnerado ya habían sido debatidos desde la primera instancia.

vía judicial previa. A contrario, en la sentencia se afirma que no puede reprocharse al demandante que no plantease el incidente de nulidad porque la semejanza de los argumentos empleados en la vía judicial previa resultaba materialmente inútil por haberse resuelto ya en la sentencia previa.

Anteriormente, en la STC 169/2013 había distinguido en la funcionalidad del incidente dos supuestos: a) que la presentación del incidente sirva como instrumento necesario para el agotamiento, *tout court*, de la vía judicial previa, sin provocar una lesión adicional de derechos fundamentales; b) que el incidente cause una vulneración autónoma con ocasión de la nulidad solicitada, en cuyo caso la resolución judicial adquiere virtual trascendencia constitucional de cara al planteamiento del recurso de amparo. En la primera solo hay agotamiento de la vía judicial previa; en la segunda hay eventual lesión de un derecho fundamental que puede tener trascendencia constitucional.

c) Las matizaciones de la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad del planteamiento del incidente para el agotamiento de la vía judicial previa no han faltado durante estos años¹⁶. Lo que lleva a una casuística casi interminable. En la STC 18/2015 el TC reitera que para calibrar la exigencia del incidente debe ponderarse si la posible lesión ha sido valorada en diferentes resoluciones en vía ordinaria, para llegar a la conclusión de la necesidad y utilidad material del instrumento incidental. La STC 77/2015 consideró que la vía judicial previa había sido correctamente agotada, aunque el incidente de nulidad fue inadmitido a trámite. (La vulneración que se dilucidaba se refería al art. 14 CE). En la STC 112/2019 llega a la conclusión de que no es preciso interponer el incidente para que pueda verse cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa, si la inadmisión de los recursos judiciales previos se debe a razones procesales no imputables a una falta de diligencia del recurrente: aclara que si se presenta, «no podrá considerarse un recurso manifiestamente improcedente que pueda conllevar la extemporaneidad del recurso de amparo por alargar indebidamente la vía judicial» (FJ 3.f). La STC 21/2021 ahonda en esta línea, considerando vulnerado el derecho fundamental por inadmisión del incidente, en atención a la naturaleza del derecho vulnerado y a las circunstancias del caso, aunque este había sido objeto procesal ya en dos ocasiones anteriores.

Dos notas más: por una parte, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección Quinta) de 15 de diciembre de 2022 (*Caso Oliveira Zúñiga c. España*); y por otra, la reforma del recurso de casación.

d) La sentencia del TEDH pone en valor el incidente de nulidad de actuaciones como recurso natural en defensa de los derechos fundamentales, y confirma la nueva línea jurisprudencial iniciada en 2013 por el TC. Es decir, confirma que no es preciso interponer el incidente para que se vea cumplido el requisito del agotamiento previo de los recursos posibles en vía judicial antes de la interposición del recurso de amparo constitucional, y declara la vulneración del art. 6.1 del Convenio porque el juez tuvo ya ocasión de pronunciarse sobre lo alegado en todas las instancias (en contra de la línea del ATC 200/2010).

e) Por otra parte, la reforma de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 2015 y de 2023, ha traído consigo también mayor objetivación al recurso de casación de interés casacional. Las posibilidades que aporta en relación directa con el incidente de nulidad han sido puestas de manifiesto por la doctrina¹⁷, sobre todo en los casos que se declara error judicial o vicio de procedimiento dentro de la propia esfera de la jurisdicción ordinaria (ATS de 28 de noviembre de 2018-Sala especial). La situación procesal creada por la nueva regulación de la casación también habilita al incidente como un cauce idóneo para resolver los supuestos de incongruencia omisiva cuando previamente se hubiera pretendido su subsanación mediante el incidente de complemento de sentencia (art. 267.5 LOPJ).

16 El propio TS, en el Auto de 18 de julio de 2008, buscó claridad en el entramado de condiciones que llevan a cumplir el requisito de la subsidiariedad; afirmaba que no puede admitirse el incidente: a) cuando se aleguen vulneraciones de derechos que pudieron ser denunciadas con anterioridad a la sentencia contra la que se promueve el incidente; b) cuando se pretenda que el Tribunal rectifique el criterio expresado en su resolución, basándose en argumentos coincidentes o no con los ya utilizados en los recursos previos; c) cuando se aleguen en el incidente vulneraciones ya alegadas en la vía judicial previa.

17 J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, «El incidente de nulidad de actuaciones», *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, 25 (1), p. 127.

Ya hemos aludido a que con el nuevo «recurso-testigo» de casación (art. 94 LJCA) puede lograrse mayor agilidad del proceso. La declaración por el TS de esta condición a favor de un recurso concreto, permite suspender la tramitación de los demás recursos ingresados que tengan una relación de «identidad jurídica sustancial» y presenten «interés casacional objetivo» (art. 56.5 LJCA).

La práctica de la admisión del recurso de casación viene avalando el sentido objetivo no solo del interés casacional, sino también el del amparo constitucional. Así en el TS han prosperado varios incidentes de nulidad promovidos frente a resoluciones de inadmisión de recursos de casación fundadas en la lesión del art. 14 CE (ATS 2331/2021), o del art. 24 CE. El ATS 135/2017, de 11 de diciembre (FJ 5.3) confirma la doctrina recogida en la STC 169/2013 y en otras anteriores, y entiende que en supuestos de inadmisión del recurso de casación es necesario interponer el incidente de nulidad ante el órgano al que se imputa la lesión del derecho fundamental. Asimismo, en el Auto de 18 de julio de 2025 el TS estima el incidente de nulidad contra la decisión de inadmisión porque vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva al traer causa de una providencia de inadmisión del recurso de casación. Considera que esta incurre en nulidad de pleno derecho por vulnerar derechos fundamentales al declarar que carece de interés casacional objetivo. La alegación de que la providencia de inadmisión de la casación es irrazonable, arbitraria y carente de justificación como resultado de un error patente, es acogida por el TS, porque respecto de las mismas partes y en asunto igual en el que se plantean cuestiones estrechamente conectadas, se había dictado ya auto de admisión un año antes.

A contrario, en la STC 16/2025, de 27 de enero, FJ 3, se declara la lesión del derecho fundamental a la tutela efectiva, por la vulneración causada con la sentencia dictada en apelación que inadmite el incidente de nulidad por falta de agotamiento de los recursos de casación y extraordinario. Siguiendo la doctrina sentada en reiteradas sentencias (entre otras, la 143/2020, FJ 4), declara que la estimación del recurso de amparo responde a la carencia de motivación razonable en sede judicial: el no entrar a ejercer el control judicial de la vulneración del derecho fundamental mediante el incidente promovido, sin tener en cuenta las posibilidades reales de su procedencia, lleva al TC a estimarlo, anulando la providencia correspondiente de inadmisión del incidente y retrotrayendo el procedimiento al momento inmediatamente anterior a la vulneración del derecho fundamental; todo ello para que se dicte una nueva resolución motivada y respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

7. A modo de conclusión

La concepción del incidente en manos de la jurisdicción ordinaria como alternativa al recurso de amparo para la tutela de los derechos fundamentales, no ha resultado ser en estos años una herramienta procesal segura y satisfactoria. El esfuerzo de objetivación de la reforma de la LOTC (2007) se asentó, con aparente coherencia, en dos mecanismos procesales: la restricción del recurso de amparo a los casos de especial trascendencia constitucional y la previsión del incidente de nulidad como procedimiento judicial y previo a la interposición del amparo constitucional. Al incidente se ha unido la reforma objetiva de la casación, que en conexión con el incidente puede coadyuvar al mismo objetivo de protección de los derechos fundamentales. Pero estas reformas no permiten conclusiones estables que abran un escenario de plena certeza jurídica.

La superación del marco de los derechos procesales del art. 24 CE, como objeto del incidente para ampliarlo a la violación de los derechos fundamentales, ha venido a dotarle en la práctica de un carácter más propio y cercano al de un recurso que al de un procedimiento incidental. Hay una descompensación entre la interminable causística que puede plantearse a través del incidente («cualquier vulneración de un derecho fundamental») y la naturaleza jurídica de su regulación como remedio excepcional. En su diseño legislativo como ‘traje incidental’ quizá no quepa el volumen de supuestos en los que puede desplegarse el objetivo perseguido: la tutela de todos los derechos fundamentales, sustantivos y procesales.

La ampliación de su objeto también ha introducido un mayor riesgo de incertidumbre e imprevisibilidad en la interpretación de la condición de subsidiariedad y de los mecanismos tanto de inadmisión del incidente como de admisión a trámite del recurso de amparo. De manera que la objetivación del incidente y del amparo, y la falta de criterios claros acerca del incidente como útil para la subsidiariedad del recurso de amparo hace aflorar el debate doctrinal sobre el marco y los

límites de la discrecionalidad del TC a la hora de admitir a trámite el recurso, que abre o cierra la puerta a la satisfacción de los derechos fundamentales. El asunto requeriría de una mayor certeza y claridad jurídica, a fin de que el TC cumpla plenamente el principio de buena administración de justicia.

Su regulación como incidente excepcional no sustituye ni colma las expectativas del procedimiento «basado en los principios de sumariidad y preferencia» de protección judicial de los derechos fundamentales (art. 53.2 CE). Sin embargo del incidente de nulidad se deriva un vínculo muy estrecho con el recurso de amparo como engranaje jurídico previo a la admisión del mismo. La relación entre el incidente y el recurso de amparo es la subsidiariedad en la defensa de los derechos fundamentales. Y el cumplimiento de este requisito puede provocar extemporaneidad del amparo por improcedencia del incidente; o lo contrario: un amparo inadmitido por falta de presentación del incidente. Quizá por ello en la práctica ocurre, de una parte, el escaso número de incidentes de nulidad estimados frente a la cifra de recursos de amparo presentados; de otra, la dificultad de encontrar en el incidente una vía de tutela de los derechos fundamentales sustantivos (como pretendía la reforma) en comparación con los derechos procesales del art. 24 CE (alegado prácticamente en todos los incidentes de nulidad).

El nuevo alcance del incidente no ha venido unido a una reforma de la legislación procesal, ni tampoco, ante las carencias de la norma, a una imaginativa y aclaratoria jurisprudencia del Supremo y del Constitucional sobre la funcionalidad del incidente para la subsidiariedad del recurso de amparo. Lo que repercute inevitablemente en su eficacia como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, y hace más difícil al intérprete entender el incidente como la última herramienta, adicional o alternativa, para su garantía. Para ello quizá su diseño habría de haber sido distinto o la regulación más acorde con su función constitucional.

Hay dificultades de articulación de las relaciones procesales entre el recurso de amparo y el incidente. No es fácil llegar a conclusiones seguras acerca de los criterios que llevan al TC a valorar cuándo la interposición del incidente procede o no es imprescindible para el agotamiento de la vía judicial previa. Por supuesto, el carácter subsidiario del recurso de amparo no debe comprender una cadena ilimitada de recursos en la que esté incluido necesariamente el incidente de nulidad, ni debe convertirse en una carga formalista o irrazonable para el recurrente, que impida el acceso al amparo. Tampoco parece que pueda ser regla general la inoperancia del incidente como excusa de tal cumplimiento.

Los justiciables y la práctica forense tienen especiales dificultades para diseñar su estrategia de defensa de los derechos fundamentales con ciertas garantías de certeza jurídica tanto para lograr descubrir el sentido constitucionalmente adecuado para cumplir el requisito del agotamiento de la vía judicial previa, como para lograr la estimación de sus pretensiones. La jurisprudencia constitucional sobre la procedencia o improcedencia del incidente ha pasado por momentos erráticos que han afectado directamente a los principios de certidumbre, previsibilidad y seguridad jurídica. Estos han de ser desplegados mediante una doctrina evolutiva, con motivación suficiente que permita al recurrente orientar sus acciones procesales en pro de la satisfacción del derecho fundamental lesionado, y no fraguada en saltos o contradicciones como ha sucedido.

A lo largo de estos casi veinte años transcurridos desde la reforma de 2007, el TC ha matizado su doctrina: pasado el rigor del primer lustro, inició una jurisprudencia basada en la casuística, más flexible, razonable y finalista. A partir del año 2013, la doctrina del TC sobre la subsidiariedad se ha orientado hacia la consideración de dos parámetros. De un lado, el canon de razonabilidad del agotamiento de los recursos posibles, incluido el incidente de nulidad. De otro, la utilidad material y práctica que aporta el incidente como instrumento procesal último ante la lesión de los derechos fundamentales. Podría decirse que para el TC, el incidente, como herramienta necesaria o innecesaria para la subsidiariedad del recurso de amparo, debe ser ponderado en función de las circunstancias del caso concreto, de la naturaleza del derecho vulnerado, de la reiteración de argumentos e instancias en que se haya discutido anteriormente el asunto, y de la utilidad material del propio incidente para la tutela de los derechos fundamentales.

La doctrina del TC ha evolucionado, por tanto, a favor de la razonabilidad y la utilidad práctica del incidente de nulidad como instrumento judicial, procesal, general y último ante la lesión de los derechos fundamentales, y como requisito de cumplimiento de la subsidiariedad del recurso de amparo. Lo que ha aportado más certeza y seguridad a los casos en que es exigible el incidente

para el agotamiento de todos los recursos posibles en vía judicial. Su utilidad está demostrada en los procesos de única instancia o frente a la última sentencia. También en las causas ya asentadas en la doctrina jurisprudencial, como supuestos de amparo prematuro, error patente, vicios de procedimiento, arbitrariedad o incongruencia omisiva. Desde hace más o menos un lustro, el incidente ha comenzado a tener utilidad como instrumento de protección general de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria. A la invocación insistente del art. 24 CE se ha venido uniendo la de otros derechos sustantivos (principalmente art. 14 CE). Se advierte en los últimos casos anotados. Lo que ha servido para mejorar la imagen que la doctrina tenía sobre la utilidad del incidente como mecanismo de tutela de todos los derechos fundamentales del art. 53.2 CE. El recurso de casación también ha abierto nuevas perspectivas de tutela de los derechos en conexión con el incidente, y ha venido a aliviar los argumentos de quienes llegaron a plantear la supresión de este, su limitación a infracciones del art. 24 CE o su uso exclusivo frente a la última resolución judicial.

En consecuencia, el proceso de objetivación derivado de la reforma de la LOTC (2007) ha traído potencialidad al incidente como mecanismo complementario de tutela judicial. Se pone de manifiesto en las últimas sentencias de TC y TS. Sin embargo, tras casi veinte años transcurridos y una jurisprudencia ya extensa sobre el incidente de nulidad, podría abordarse una regulación legislativa más precisa que corrija los defectos e inadecuación al objeto perseguido por la actual, y en la que resulten verdaderamente implicadas las dos jurisdicciones, la ordinaria y la constitucional, en la protección de los derechos fundamentales, como es voluntad de la Constitución.

A este respecto, la doctrina ha aportado interesantes soluciones (de *lege ferenda*) encaminadas a que una futura reforma legislativa impulse la creación de la *cuestión de amparo* ante el TC¹⁸. Idea que nos parece interesante, en paralelismo con las otras cuestiones (de inconstitucionalidad y de ilegalidad) previstas en nuestro ordenamiento. Sería la fórmula de colaboración institucional activa y efectiva entre la jurisdicción ordinaria y constitucional para la tutela de los derechos fundamentales, en la que dar acomodo al procedimiento de amparo judicial, preferente y sumario, que previó la Constitución (art. 53.2 CE) hace más de cuarenta y cinco años.

18 J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, ob. cit., p. 127.

HACIA UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL HUMANISTA Y RESPONSABLE: LA EXPLICABILIDAD COMO RESPUESTA FRENTE A LOS SESGOS, LA DESIGUALDAD Y LA INJUSTICIA SOCIAL¹

José Luis Domínguez Álvarez²

*Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca*

Sumario: 1. Breve aproximación a los sesgos algorítmicos y su categorización. 2. Sucinto análisis de la respuesta europea para garantizar el desarrollo de una inteligencia artificial ética, igualitaria y sostenible. 3. La explicabilidad de la inteligencia artificial: una prioridad impostergable. 4. Reflexión final

1. Breve aproximación a los sesgos algorítmicos y su categorización

Cuando nos aproximamos al examen del funcionamiento del universo de la Inteligencia Artificial (IA), debemos partir necesariamente de la siguiente premisa: *el uso de los algoritmos no es todo lo neutral que debiera ser*. Como se ha puesto de relieve en infinidad de foros, el empleo exponencial de los sistemas de IA puede dar lugar a la elaboración de perfiles de usuarios, el reconocimiento de patrones de comportamiento de la población, el impulso de la segmentación publicitaria o «*microtargeting*», lo que en última instancia puede suponer la apertura de una puerta a nuevas formas de discriminación y desigualdad que no deben ser admisibles en un Estado social y democrático de Derecho³.

1 Sirvan estas páginas como agradecimiento y reconocimiento a la extraordinaria labor desarrollada por la Prof.^a Dra. Ángela Figueruelo Burrieza, quien destaca no solamente por su extraordinario desempeño docente e investigador, sino también por su excepcional compromiso para con la promoción de la igualdad dentro y fuera del Estudio salmantino. Igualmente sobresaliente ha sido su compromiso inquebrantable a la hora de favorecer la acogida e incorporación de aquellas personas que más recientemente hemos decidido iniciar nuestra andadura docente e investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, circunstancia que nos ha brindado la oportunidad de aprender de su magisterio y tener el privilegio de formar parte de los prestigiosos estudios de género de la institución salmantina, los cuales sin su visión, empuje y dedicación no serían la referencia incontestable que constituyen en nuestros días. Por estas y otras muchas cuestiones, es imposible no estar tremenda y eternamente agradecido a la Prof.^a Figueruelo Burrieza.

2 La presente contribución científica forma parte de los resultados del Proyecto de I+D+i titulado «Del actual aislamiento hacia una necesaria cooperación entre Autoridades de supervisión y control en la aplicación de la legislación digital (CONECTA)» (PID2024-158183OB-I00), liderado por la Prof.^a Cristina Pauner Chulvi y el Prof. Jorge Viguri Cordero. Así mismo, se enmarca en la estancia de investigación desarrollada por el autor en el Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, bajo la dirección de la Prof.^a Suzana Tavares da Silva.

3 Vid. ZARSKY, T.Z., «Mine Your Own Business!: Making the Case for the Implications of the Data Mining of Personal Information in the Forum of Public Opinion», en *Yale J.L. & Tech*, núm. 5, 2002, p. 22.

Por ello, es necesario tener en cuenta los posibles sesgos que puedan presentar los conjuntos de datos empleados para alimentar los sistemas algorítmicos con el propósito de no generar consecuencias indeseables, al menos intencionadamente. La doctrina es clara al distinguir distintos tipos de sesgos:

- Conscientes. Aquellos que se producen intencionadamente por parte de la persona que selecciona los datos y/o desarrolla el algoritmo⁴.
- Inconscientes. Aquellos que se producen sin que la persona responsable del algoritmo tenga la intención de introducirlos. Este hecho está estrechamente relacionado con la ausencia de rigor en los protocolos y procesos de captación de los datos empleados para alimentar el sistema de IA, o con el desconocimiento de los efectos que determinados conjuntos de datos pueden provocar en el resultado final⁵.

La discriminación, por tanto, ocupa un tema crucial cuando se trata de garantizar el correcto uso de la inteligencia artificial⁶. En este punto, conviene recordar que el marco global europeo

4 Estos sesgos producen la invisibilización de todo aquello que no es hegemónico y mayoritario. En palabras de CATERINA FALIERO, J., «Limitar la dependencia algorítmica: Impactos de la inteligencia artificial y sesgos algorítmicos», en *Nueva Sociedad*, núm. 294, 2021, pp. 126-127; «[e]l efecto multiplicador del daño que produce el sesgo algorítmico, una discriminación perfectamente serializada, que operativiza sus impactos y refuerza a la perfección las estructuras opresivas preexistentes de forma automatizada, se alcanza de múltiples formas. Este sesgo produce la invisibilización de todo aquello que no es hegemónico y mayoritario, la elaboración y reafirmación de la estigmatización que producen los estereotipos, el desbalance y la selectividad de aquello que es simbólicamente merecedor de representación y la neutralización de todo aquello que se presenta como asistémico. El sesgo algorítmico fragmenta y genera la irrealidad de la inexistencia de todo aquello que no siga el patrón idealizado por el imperativo de lo dominante, y refuerza el binarismo y la discriminación que ya vivimos cada día, insertos en nuestros sesgos lingüísticos, cognitivos y cosméticos. Tal sesgo puede darse ya sea a través del modo en que se entrenan los algoritmos con sets de datos en sí mismos discriminatorios, por utilizar sets que contienen prejuicios discriminatorios latentes, por la sobreabundancia de datos históricos que sobredimensionan elementos que conducen a la multiplicación de los efectos discriminatorios, o por la elección consciente de subrepresentar aquello que no resulta hegemónico [...] este también puede ser consecuencia de las propias limitantes técnicas del diseño; consecuencia del uso imprevisto de los algoritmos en nuevos contextos de uso y por un público diferente de aquel al que estaban destinados, o también consecuencia de la interpretación de datos que se vuelven a reinsertar e incrementan la discriminación exponencialmente en el mismo sistema algorítmico». Así, una aproximación a algunas experiencias de uso de la inteligencia artificial en la difusión y procesamiento de ofertas de trabajo y selección de personal muestran ejemplos claros de sesgos de género en los algoritmos, por ejemplo. Un caso muy sonado fue el de Google, cuyo algoritmo mostraba las ofertas de trabajo mejor remuneradas con mayor frecuencia a hombres que a mujeres. Otro caso de discriminación algorítmica por razón de género, lo encontramos en el algoritmo empleado por Amazon para analizar los *curriculum vitae* de las personas candidatas a incorporarse a la compañía. Para entrenar el algoritmo se empleó una muestra de las reseñas curriculares recibidas en los años anteriores, compuesta mayoritariamente por hombres, lo que llevó al algoritmo a penalizar los *curriculum* que incluían referencias femeninas.

5 Siguiendo a GÓMEZ DE ÁGREGA, A. y SALAZAR GARCÍA, I., «Sesgos y perspectiva cultural en los algoritmos de inteligencia artificial», en *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 4, núm. 15, 2019, pp. 29 y ss.; dentro de estos sesgos inconscientes, pueden diferenciarse: (i) aquellos relativos al contexto cultural geográfico y temporal. Se manifiestan como un sesgo en la muestra, es decir, cuando los datos recopilados no representan con precisión el entorno en el que se espera que se ejecute el sistema algorítmico. Teniendo en cuenta el hecho de que no se puede entrenar a un algoritmo con todo el universo de datos disponible, el subconjunto empleado debe seleccionarse meticulosamente en función del contexto; (ii) aquellos relativos al perfil de la persona que desarrolla el algoritmo (psicológicos). Dentro de esta tipología de sesgos, destaca en primer término, el sesgo del auditor de los datos. A la hora de analizar los datos, el investigador y/o auditor puede aproximarse a los mismos con prejuicios, conscientes o inconscientes, fruto de la personalidad y las experiencias vividas, las cuales permean con suma facilidad en el resultado. Asimismo, puede identificarse dentro de esta categoría, aquellos sesgos de prejuicios, los cuales se producen cuando el desarrollador del algoritmo se deja influir, de manera inconsciente, por sus prejuicios personales (aparición, clase social, estado, raza, género, etc.). En estos casos, incluso el objetivo perseguido puede condicionar la elección de la muestra para que de esta derive un resultado concreto, como ocurre en la actualidad con las encuestas; (iii) otros tipos de sesgos, vinculados a la medición y la recogida de los datos. A veces el sesgo se produce en la recogida de los propios datos, en función del instrumento con el que se recaban los mismos, lo que afectará de igual forma a la muestra.

6 Vid. AGENCIA PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Construir correctamente el futuro: la inteligencia artificial y los derechos fundamentales*, Luxemburgo, 2021, pp. 10 y ss.

de los derechos fundamentales⁷, compuesto por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención Europea de Derechos Humanos, es plenamente aplicable en el uso de la IA. También son igualmente aplicables otros múltiples instrumentos internacionales y del Consejo de Europa en materia de derechos humanos. Entre ellos se incluye la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como las principales convenciones de derechos humanos de la Unión. Además, el Derecho derivado de la Unión y específico del sector, especialmente el acervo de la Unión en materia de protección de datos y la legislación europea en materia de lucha contra la discriminación, ayuda a salvaguardar los derechos fundamentales en el contexto de la IA. Por último, el derecho interno de los Estados miembros también es aplicable.

2. Sucinto análisis de la respuesta europea para garantizar el desarrollo de una inteligencia artificial ética, igualitaria y sostenible

Con fecha 8 de abril de 2020, el Consejo de Europa adoptó una serie de recomendaciones dirigidas a los Estados miembros con el propósito de modular los impactos de los sistemas algorítmicos en los derechos humanos. Entre dichas recomendaciones, destacan cuestiones tales como:

- Revisar sus políticas y marcos legislativos, así como sus propias prácticas con respecto a la adquisición, el diseño, el desarrollo y el despliegue continuo de sistemas algorítmicos para asegurarse de que estén en consonancia con las directrices establecidas en el apéndice de esta recomendación; promover su implementación en todas las áreas relevantes y evaluar la efectividad de las medidas tomadas a intervalos regulares, con la participación de todas las partes interesadas relevantes.
- Asegurar, a través de marcos legislativos, regulatorios y de supervisión apropiados relacionados con los sistemas algorítmicos, que los actores del sector privado involucrados en el diseño, desarrollo y despliegue continuo de dichos sistemas cumplan con las leyes aplicables y cumplan con sus responsabilidades de respetar los derechos humanos de acuerdo con la Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos y estándares regionales e internacionales relevantes.
- Dotar a sus instituciones nacionales de supervisión, control, evaluación de riesgos y ejecución pertinentes con los recursos y la autoridad necesarios para investigar, supervisar y coordinar el cumplimiento de su marco legislativo y reglamentario pertinente.
- Participar en consultas, cooperación y diálogo regulares, inclusivos y transparentes con todas las partes interesadas relevantes (como la sociedad civil, las organizaciones de defensa de los derechos humanos, el sector privado, la comunidad académica y profesional, los medios de comunicación, los establecimientos educativos, las bibliotecas públicas, proveedores de infraestructura y servicios públicos básicos, incluidos el bienestar social y la fuerza policial), prestando especial atención a las necesidades y voces de los grupos vulnerables, con miras a garantizar que los impactos en los derechos humanos derivados del diseño, desarrollo y despliegue continuo de sistemas algorítmicos sean supervisado, debatido y abordado exhaustivamente.
- Priorizar la creación de conocimientos en instituciones públicas y privadas involucradas en la integración de sistemas algorítmicos en múltiples aspectos de las sociedades con miras a proteger de manera efectiva los derechos humanos⁸.
- Alentar y promover la implementación de programas efectivos y personalizados de alfabetización digital, informativa y mediática para permitir que todos los individuos y grupos puedan comprender las funciones y ramificaciones de los sistemas que emplean la toma de decisiones automatizada, tomar decisiones informadas en el uso de tales sistemas, disfrutar de los beneficios derivados del uso de sistemas algorítmicos, y minimi-

7 Vid. AGENCIA PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Bringing rights to life: The fundamental rights landscape of the European Union*, Luxemburgo, 2012, pp. 7-27.

8 Vid. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J.L. y TERRÓN SANTOS, D. (Dirs.), *Desafíos éticos, jurídicos y tecnológicos del avance digital*, Iustel, Madrid, 2023, 465 pp.

zar la exposición a amenazas y riesgos derivados del uso de tales sistemas, en cooperación efectiva con todas las partes interesadas relevantes, incluido el sector privado, los medios de comunicación, la sociedad civil, los establecimientos educativos y las instituciones académicas y técnicas.

- Tener en cuenta el impacto ambiental del desarrollo de servicios digitales a gran escala y tomar las medidas necesarias para optimizar el uso y consumo de recursos naturales y energía, etc.

Sin embargo, la apuesta más importante para garantizar la fiabilidad⁹ y el desarrollo humanista de la IA lo constituye la adopción del esperado Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial, RIA)¹⁰.

Dicho instrumento normativo aspira a establecer un marco jurídico uniforme en toda la Unión Europea mediante la regulación del desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial a fin de promover la adopción de una IA centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales, capaz de servir como punta de lanza para alcanzar la anhelada transformación digital humanista. Esa que vehicula multitud de documentos programáticos emanados de las instituciones europeas en lo que constituye una suerte de tercera vía alternativa frente a aquellos otros modelos internacionales que han abogado, bien por una regulación sectorial basada en el liberalismo del propio mercado o de *laissez-faire* (como ocurre en Estados Unidos o Reino Unido), o bien por un enfoque imperativo basado en el papel director del Estado (China o Rusia).

Para ello, la norma se edifica entorno a un marcado enfoque de riesgo, como ocurre en otra serie de instrumentos normativos del Paquete Digital europeo, entendido este como la capacidad de adaptar «el tipo y contenido de las normas a la intensidad y el alcance de los riesgos que pueden generar los sistemas de IA de que se trate». De esta forma, con la finalidad de evitar que el desarrollo de la IA pueda dar lugar a nuevas formas de desigualdad, se establecen un conjunto de prácticas de inteligencia artificial prohibidas, por no ser aceptables, entre las que se encuentran: (a) sistemas que se sirvan de técnicas subliminales o técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas; (b) los sistemas que exploten las vulnerabilidades de las personas físicas; (c) los sistemas que tengan como fin evaluar a personas o grupos de personas físicas; (d) los sistemas que se usen para realizar evaluaciones de riesgos de personas físicas; (e) los sistemas que creen o amplíen bases de datos de reconocimiento facial; (f) los sistemas de reconocimiento de emociones; (g) los sistemas de categorización biométrica, y (h) los sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real.

De igual forma, se establece una clasificación de sistemas de IA que deben considerarse como sistemas de alto riesgo, siempre que se reúnan de forma acumulativa dos condiciones establecidas en el art. 6.1 RIA, como son, por un lado, que el sistema esté destinado a ser componente de seguridad de un producto que entre en el ámbito del Anexo I o que dicho sistema sea en sí mismo un producto que entre en el ámbito de aplicación del Anexo I y, por otro lado, que ese producto esté obligado a realizar una evaluación de conformidad antes de su introducción o puesta en ser-

9 A este respecto, conviene recordar las Directrices éticas para una IA fiable, de 2019, elaboradas por el Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre IA creado por la Comisión. En dichas directrices, se desarrollan siete principios éticos no vinculantes para la IA que tienen por objeto contribuir a garantizar la fiabilidad y el fundamento ético de la IA. Los siete principios son: (i) acción y supervisión humanas; (ii) solidez técnica y seguridad; (iii) gestión de la privacidad y de los datos; (iv) transparencia; (v) diversidad, no discriminación y equidad; (vi) bienestar social y ambiental; y (vii) rendición de cuentas. *Vid. GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, Directrices éticas para una IA fiable*, Bruselas, 2019, p. 18.

10 Para un análisis detallado del citado instrumento normativo, *vid. BARRIO ANDRÉS, M., Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, La Ley, Madrid, 2024, 1100 pp.; y SIMÓN CASTELLANO, P. y COTINO HUESO, L., *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Aranzadi, Madrid, 2024, 750 pp.

vicio en el mercado, si bien se contemplan excepciones sometidas a determinadas condiciones de autoevaluación previa y de registro, de modo que se garantice la transparencia en su aplicación. También dispondrán de la consideración de sistemas de alto riesgo aquellas soluciones tecnológicas incluidas *ex lege* en el Anexo III del Reglamento, el cual identifica 25 sistemas, dentro de ocho ámbitos diferenciados como son: la biometría; las infraestructuras críticas; la educación y la formación profesional; el empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo; el acceso a servicios privados esenciales y a servicios y prestaciones públicas esenciales; la garantía del cumplimiento del Derecho; la migración, el asilo y la gestión del control de fronteras; y la administración de justicia y los procesos democráticos. Además, para aquellos sistemas de inteligencia artificial que no compartan alto riesgo, la norma contempla un modelo de autorregulación, mediante el impulso de códigos de conducta que prevean la aplicación voluntaria de alguno o de todos los requisitos establecidos para los sistemas de alto riesgo.

Con la finalidad de minimizar los riesgos que el despliegue de estos sistemas de IA de alto riesgo pueden entrañar para los derechos y libertades fundamentales de la ciudadanía, se establecen en el cuerpo de la norma una serie de importantes requisitos que deben cumplir estos novedosos sistemas (arts. 8 a 15 RIA), como son disponer de: (i) un sistema de gestión de riesgos; (ii) gobernanza de datos; (iii) documentación técnica; (iv) conservación de registros; (v) transparencia y comunicación de información a los responsables del despliegue; (vi) supervisión humana, y (vii) precisión, solidez y ciberseguridad.

Habrà que esperar al completo despliegue de la norma para conocer la efectividad de la respuesta orquestada por el viejo continente para embridar el fenómeno de la Inteligencia Artificial y preservar la dignidad de la persona frente al imperio de los sistemas algorítmicos. Pero lo cierto es que la apuesta por adoptar un marcado enfoque humanista donde la igualdad, la no discriminación o la privacidad juegan un papel crucial, constituye toda una declaración de intenciones que nos invita a ser optimistas, en contraposición a esos otros sistemas normativos que abogan por la (des)regulación del fenómeno digital con el pretexto de no mermar el progreso social.

3. La explicabilidad de la inteligencia artificial: una prioridad impostergable

La Unión Europea¹¹ ha incluido el principio de explicabilidad como un elemento crucial para poder generar y mantener la confianza en la IA¹². Aunque la propia Unión no proporciona una definición precisa de qué es la explicabilidad algorítmica o explicabilidad de la IA (XAI), sí hace referencia a la necesidad de que los procesos sean transparentes y que las decisiones sean debidamente comunicadas, así como la imposibilidad de que ciertas acciones sean contestadas si no se proporcionan las explicaciones necesarias¹³. Sin embargo, de entre los cuatro principios propuestos por las Instituciones europeas, probablemente nos encontramos ante el menos conocido y explorado de todos ellos, a pesar de la importancia creciente que posee la necesidad de proporcionar explicaciones inteligibles en ámbitos esenciales como son la ética y la justicia¹⁴.

El auge de las soluciones tecnológicas de IA no ha hecho más que incrementar la relevancia de este principio de explicabilidad, hasta convertir esta cuestión en uno de los principales ámbitos

11 Su importancia la ha convertido en uno de los cuatro principios éticos nucleares propuestos por la Unión Europea para garantizar el despliegue de una IA que sea digna de confianza, que permita mejorar el bienestar individual y colectivo. Se establecen así una serie de imperativos éticos que los profesionales de la IA deben esforzarse en todo momento por observar. Sin imponer una jerarquía entre ellos, los principios se enumeran a continuación siguiendo el orden de aparición de los derechos fundamentales en los que se basan en la Carta de la UE. Se trata de los principios de: (i) respeto de la autonomía humana; (ii) prevención del daño; (iii) equidad; y (iv) explicabilidad.

12 Vid. BARREDO ARRIETA, A., DÍAZ RODRÍGUEZ, N., DEL SER, J., BENNETOT, A., TABIK, S., BARBADO, A., GARCÍA, S., GIL-LÓPEZ, S., MOLINA, D. Y BENJAMINS, R., «Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, taxonomies, opportunities and challenges toward responsible AI», en *Information Fusion*, vol. 58, 2020, p. 82.

13 Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, Bruselas, 2019, p. 4. [COM(2019) 168 final].

14 Vid. Díez, J., KHALIFA, K., y LEURIDAN, B., «General theories of explanation: buyer beware», en *Synthese*, núm. 190, 2011, p. 379.

emergentes de estudio científico¹⁵, tanto en las áreas científicas como en el campo del derecho, la ciencia política o la filosofía¹⁶.

A modo de aproximación, podemos conceptualizar la explicabilidad de la inteligencia artificial como el «conjunto de procesos y métodos que permite a los usuarios humanos comprender y confiar en los resultados y la salida generados por algoritmos de *machine learning*. La IA explicable se utiliza para describir un modelo de IA, su impacto esperado y los posibles sesgos. Ayuda a caracterizar la precisión, la imparcialidad, la transparencia y los resultados de los modelos en la toma de decisiones basada en IA».

Por tanto, podemos decir que la explicabilidad concierne a la capacidad de explicar tanto los procesos técnicos de un sistema de IA como las decisiones humanas asociadas. La explicabilidad técnica requiere que las decisiones que adopte un sistema de IA sean comprensibles para los seres humanos y estos tengan la posibilidad de rastrearlas. Además, puede que sea necesario buscar un equilibrio entre la mejora de la explicabilidad de un sistema (que puede reducir su precisión) o una mayor precisión de este (a costa de la explicabilidad). De ello se deriva que, cuando un sistema de IA tenga un impacto significativo en la vida de las personas, debería ser posible reclamar una explicación adecuada del proceso de toma de decisiones del sistema de IA. Dicha explicación debería ser oportuna y adaptarse al nivel de especialización de la parte interesada (que puede ser una persona no experta en la materia, un regulador o un investigador). Además, debería ser posible disponer de explicaciones sobre la medida en que el sistema de IA condiciona e influye en el proceso de toma de decisiones de la organización, sobre las decisiones de diseño del sistema y sobre la lógica subyacente a su despliegue (garantizando así la transparencia del modelo de negocio).

A medida que la IA se vuelve más avanzada, más difícil resulta para las personas comprender y volver a rastrear cómo el algoritmo ha llegado a un resultado. Todo el proceso de cálculo se convierte en lo que comúnmente se conoce como una «*black box*» o «caja negra» que es imposible de interpretar¹⁷. Estos modelos de caja negra se crean directamente a partir de los datos. Y, en

15 Ahora bien, como recuerda ROBERTO GRANERO, H., «Derechos y garantías concretas frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas, especialmente en el ámbito judicial y de aplicación de la ley», en COTINO HUESO, L. (Dir.), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 122, si bien es cierto que la población necesita poder estar en desacuerdo o rechazar una decisión automatizada y ya existe un creciente grupo de investigadores que intentan garantizar el diseño de una IA explicable o interpretable, «es un equilibrio complicado. Demasiada transparencia puede conducir a una sobrecarga de información, y se llegó a demostrar que las personas están preparadas para confiar en las computadoras [...] Cuando se trata de sistemas automatizados, desde pilotos automáticos de aeronaves hasta correctores ortográficos, los estudios han demostrado que los humanos a menudo aceptan las elecciones que hacen, incluso cuando obviamente están equivocados. Pero cuando esto sucede con herramientas diseñadas para ayudarnos a evitar ese mismo fenómeno, tenemos un problema mayor».

16 En efecto, según ORTIZ DE ZÁRATE ALCARAZO, L., «Explicabilidad (de la inteligencia artificial)», en *Eunomia. Revista de Cultura de la Legalidad*, núm. 22, 2022, p. 334; «las previsiones de que la IA se aplique a la mayor parte de áreas que conforman el sector público, así como otros espacios más propios de la vida privada de las personas, pero igualmente importantes, ha convertido en una necesidad repensar y expandir los horizontes de la explicabilidad algorítmica. En el paradigma de la gobernanza algorítmica hacia el que caminan Europa, EE. UU. y China, gran parte de las decisiones más importantes que afectan a la vida de la ciudadanía estarán asesoradas y, en ciertos casos, tomadas por algoritmos inteligentes. En este escenario, la explicabilidad de los algoritmos se convertirá en uno de los pilares esenciales para garantizar el respeto por la cultura de la legalidad, la democracia y la justicia».

17 Por consiguiente, la explicabilidad es esencial para conseguir que los usuarios confíen en los sistemas de IA y para mantener dicha confianza. Esto significa que los procesos han de ser transparentes, que es preciso comunicar abiertamente las capacidades y la finalidad de los sistemas de IA y que las decisiones deben poder explicarse, en la medida de lo posible, a las partes que se vean afectadas por ellas de manera directa o indirecta. Sin esta información, no es posible impugnar adecuadamente una decisión. No siempre resulta posible explicar por qué un modelo ha generado un resultado o una decisión particular (ni qué combinación de factores contribuyeron a ello). Esos casos, que se denominan algoritmos de «caja negra», requieren especial atención. En tales circunstancias, puede ser necesario adoptar otras medidas relacionadas con la explicabilidad (por ejemplo, la trazabilidad, la auditabilidad y la comunicación transparente sobre las prestaciones del sistema), siempre y cuando el sistema en su conjunto respete los derechos fundamentales. El grado de necesidad de explicabilidad depende en gran medida

algunas ocasiones, ni siquiera los ingenieros o científicos de datos que crean el algoritmo pueden comprender o explicar lo que está sucediendo exactamente dentro de ellos o cómo el algoritmo de IA ha llegado a un resultado específico. Hay muchas ventajas que ayudan a comprender cómo un sistema habilitado para IA llega a una salida específica. La explicabilidad puede ayudar a los desarrolladores a garantizar que el sistema funciona como se espera, puede que sea necesario para cumplir con los estándares normativos¹⁸, puede ser importante para permitir que los afectados por una decisión puedan impugnar o cambiar el resultado e incluso puede coadyuvar a establecer un diálogo constructivo entre los diferentes actores que participan en el diseño de soluciones de IA, orientado a la mejora continua de la tecnología, lo que redundará en el paulatino asentamiento de una cultura de cooperación y confianza¹⁹.

De lo anterior se deduce, por tanto, que resulta necesaria la toma de decisiones de ética digital²⁰ anticipando aquellos escenarios que puedan generar riesgos²¹ para la privacidad y los derechos y libertades fundamentales restantes (dignidad, igualdad, no discriminación, etc.), prescindiendo especial atención al potencial que poseen estas tecnologías emergentes, al combinarlas con actuaciones de tratamiento masivo de datos personales y técnicas de *big data*, para permitir la reidentificación de los individuos e invadir la esfera personal de la ciudadanía²².

del contexto y la gravedad de las consecuencias derivadas de un resultado erróneo o inadecuado. *Vid. Op. cit. GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, Directrices éticas para...*, p. 16.

- 18 En el plano de la explicabilidad, la labor legislativa se antoja sumamente compleja, dado que tendrá que encontrar la forma de obligar a través de normas imperativas a que los modelos inteligentes sean explicables internamente o ante un auditor, con la dificultad de aplicar baremos medibles a métricas subjetivas, en particular, cuando puedan resultar en consecuencias en el día a día de un consumidor final. La aplicación de la privacidad podría ser más sencilla de aplicar dado que la norma actual ya sanciona la falta de responsabilidad proactiva a la hora de garantizar que los datos tratados mediante IA sean manipulados, sustraídos, suprimidos o accedidos por terceros no autorizados. Por su parte, en materia de robustez y seguridad sobre la IA se están dando pasos legislativos interesantes mediante la creación de Reglamentos con estándares y sellos de calidad informática sujetos a auditorías constantes, aunque aún parece faltar una capa normativa coercitiva que obligue a securizar y robustecer estos sistemas con objeto de mantener una IA confiable y ética a lo largo de todo su ciclo de vida. *Vid. OBSERVATORIO DEL IMPACTO SOCIAL Y ÉTICO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, Guía de buenas prácticas en el uso de la inteligencia artificial ética*, Madrid, 2022, p. 19.
- 19 Un visionado de la importancia de la transparencia algorítmica para el impulso de la innovación digital puede verse en ARELLANO TOLEDO, W., «El derecho a la transparencia algorítmica en big data e inteligencia artificial», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, pp. 1-28.
- 20 Cuando hablamos de ética digital nos referimos al código social necesario para solucionar los problemas que el uso de Internet está ocasionando en múltiples esferas, tales como el derecho de propiedad intelectual, los ciberataques a la seguridad, los límites a la libertad de expresión, la regulación de las grandes corporaciones, la desconexión digital, la conducta en redes sociales y la privacidad de nuestros datos personales.
- 21 La norma ISO-3100 «Gestión del Riesgo. Principios y Directrices» expone en el apartado 5.5 relativo al «Tratamiento del Riesgo» las condiciones generales para la gestión del riesgo en cualquier tipo de ámbito: «[I]a selección de la opción más apropiada de tratamiento del riesgo implica obtener una compensación de los costes y los esfuerzos de implementación en función de las ventajas que se obtengan, teniendo en cuenta los requisitos legales, reglamentarios y de otro tipo, tales como la responsabilidad social y la protección del entorno natural. Las decisiones también se deberían tomar teniendo en cuenta los riesgos cuyo tratamiento no es justificable en el plano económico, por ejemplo, riesgos severos (consecuencias altamente negativas) pero raros (baja probabilidad)».
- 22 En este sentido, como recuerda COTINO HUESO, L., «Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el Derecho», en *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 58, 2019, p. 31. Desde la perspectiva ética no son pocas las consideraciones y cuestiones que disponen de un carácter esencial, a saber: «las relativas al control humano a la autonomía artificial, la interacción incluso emocional de seres humanos y robots, la responsabilidad, el rediseño institucional (gobernanza, regulación, diseño, desarrollo, inspección, monitoreo, pruebas y certificación), la zona gris entre el impulso o la sutil manipulación (*nudging*) hasta la manipulación, la explicabilidad y transparencia de la IA, los límites a los sistemas de puntuación social (*social scoring*), el perfilado humano sin consentimiento, la vigilancia masiva o los sistemas de IA encubiertos amén del uso de sistemas letales de armas autónomas, etc.».

Para ello, como ha insistido en señalar en diversos foros la Agencia Española de Protección de Datos, se considera una práctica recomendable fomentar la formación en ética y privacidad de los distintos agentes implicados en los procesos de desarrollo tecnológico, en especial cuando nos encontramos ante el diseño e implementación de sistemas algorítmicos, así como impulsar la alfabetización digital con carácter transversal. En particular, los nuevos desarrolladores tecnológicos deberían tener especialmente en cuenta las siguientes ideas-fuerza²³: (i) impulsar la mayor transparencia posible para que los usuarios y usuarias conozcan qué datos se están recabando, cuándo se registran y para qué se emplean. Para alcanzar un nivel significativo de transparencia, los interesados deberán disponer del derecho de acceso a sus datos personales de un modo sencillo y fácil de utilizar; (ii) promover la igualdad de género, la protección de la infancia, de las víctimas y de las personas en situación de vulnerabilidad; (iii) garantizar que las tecnologías eviten perpetuar los sesgos o aumentar las desigualdades existentes, evitando la discriminación algorítmica por razón de raza, procedencia, creencia, religión, sexo, género²⁴ o cualquier otra razón; (iv) realizar la mínima intrusión en la vida e intimidad de las personas, garantizando un tratamiento proporcional y necesario que preserve las libertades individuales; y (v) implementar mecanismos de verificación, validación y acreditación que garanticen un tratamiento leal y que fomenten la rendición de cuentas.

Ciertamente, conviene recordar que la ética digital persigue proteger valores tales como la dignidad, la libertad, la democracia, la igualdad, la autonomía del individuo y la justicia frente al gobierno de un razonamiento mecánico, lo que la convierte en otro de los elementos capitales a la hora de avanzar en el establecimiento de un desarrollo tecnológico antropocéntrico, ético, sostenible, igualitario y respetuoso con los derechos y valores fundamentales que integran la concepción de ciudadanía europea. En otras palabras, sin las debidas cauciones en materia de ética y privacidad difícilmente se podrá lograr el ansiado humanismo tecnológico y el despegue de la economía digital se verá seriamente mermado. Ante esta tesis, no parece extraño que la normativa de protección de datos de carácter personal esté llamada a jugar un papel esencial ante los desconocidos horizontes que plantea la innovación tecnológica, convirtiéndose en última instancia en el *dique de contención* encargado de preservar la dignidad de la persona ante un caudal incesante de nuevas amenazas y riesgos envueltos en forma de novedosas aplicaciones o sistemas algorítmicos.

4. Reflexión final

Resulta fundamental determinar qué modelo de gobernanza de la IA queremos instaurar en el viejo continente europeo, ya que de esta decisión dependerá no solamente sentar las bases para el desarrollo de esta poderosa tecnología y sus aplicaciones, velando por su integridad, su equidad y su alineación con valores compartidos, y minimizando sus riesgos y efectos indeseados a nivel económico y social, sino también buena parte del futuro marco normativo encargado de regular la IA. A este respecto, conviene recordar que el derecho y el principio a la igualdad inherente a las personas será plenamente aplicable en los entornos digitales, incluyendo la no discriminación y la no exclusión. A tal fin, el conjunto de las Administraciones públicas debe promover la igualdad efectiva de mujeres y hombres en entornos digitales y fomentar que los procesos de transformación digital apliquen la perspectiva de género adoptando, en su caso, medidas específicas para garantizar la ausencia de sesgos de género en los datos y algoritmos usados. Esta apremiante cuestión exige una minuciosa labor jurídica orientada no solamente a la articulación de garan-

23 Vid. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Guía para la adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, Madrid, 2020, p. 2.

24 Acerca de esta novedosa cuestión tuvimos la oportunidad de perfilar algunas ideas y reflexiones con ocasión de un estudio anterior, vid. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J.L., «Sistemas algorítmicos, protección de datos y nuevas formas de desigualdad. La necesidad de afrontar los sesgos ante el avance digital», en DEL POZO PÉREZ, M. (Dir.), *Estudios interdisciplinares de género*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 211-229. No obstante, conviene reseñar que la preocupación por combatir el establecimiento de nuevas formas de desigualdad al calor del avance digital constituye una línea prioritaria de actuación de los poderes públicos e instituciones más avezadas. Por todos, vid. MINISTERIO DE IGUALDAD, *Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos*, Madrid, 2020, pp. 31 y ss.; JUNTA DE ANDALUCÍA, *Brechas y sesgos de género en la elección de estudios STEM: ¿Por qué ocurren y cómo actuar para eliminarlas?*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2020, 24 pp., etc.

tías que permitan salvaguardar la plena vigencia y efectividad del elenco de derechos fundamentales ya reconocidos, sino también la identificación de reformas legales necesarias, así como de las lagunas jurídicas que requieran una regulación adicional para otorgar seguridad jurídica, elemento indispensable para el fomento de la innovación digital. Laboriosa tarea en la que la academia está llamada a desarrollar un papel trascendental, especialmente aquellos Estudios, como el salmantino, que desde épocas pretéritas se han caracterizado por ser un auténtico bastión para la defensa de la dignidad de la persona. Sirva como ejemplo la constitución por parte de la Presidencia del Senado de España y la Universidad de Salamanca del Grupo de Reflexión destinado a profundizar en la dimensión ética de la inteligencia Artificial y de un adecuado marco conceptual en torno a la protección de los derechos humanos, con especial incidencia en la igualdad de género y la no discriminación, capitaneado por la Prof.^a Dña. Ángela Figueruelo Burrieza, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, y en el cual tiene el enorme privilegio de participar el autor de este trabajo.

DOS CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA MEXICANO

Gastón J. Enríquez Fuentes

*Profesor de la Facultad de Derecho y Criminología
Universidad Autónoma de Nuevo León*

I

El *programa de control* en el modelo constitucional mexicano ha tenido importantes modificaciones desde hace varias décadas¹. En ese afanoso propósito de asegurar el *derecho a la igualdad y la libertad* tan característico del Estado constitucional actual, constantemente se han introducido cambios en el texto constitucional, de los que la dimensión de control judicial no ha escapado. Dicho *programa* comenzó un estado de evolución permanente con la reforma del año 1994, a través de la cual se institucionalizó la justicia constitucional en el país, hasta culminar treinta años después con reforma judicial que principalmente introdujo el método de elección popular para la totalidad de los jueces, magistrados y ministros del poder judicial, tanto en el ámbito federal como de las entidades federativas².

No es propósito de este ensayo entrar al análisis de las causas que motivaron este último ajuste al *programa de control*. Más bien es reflexionar sobre la tensión institucional que se produjo entre los poderes constitucionales por la forma en que se operó dicho *programa*, y que culminaría una vez más con la modificación del *control judicial* en el modelo constitucional mexicano. Tomando como referencia dos episodios de confrontación institucional, se advierte que en ambos se presenta un dato en común: la existencia de concepciones y métodos interpretativos del texto constitucional divergentes entre los distintos operadores jurídicos³. Abordar críticamente las posiciones de los operadores de cada una de las instituciones involucradas en el conflicto demuestra que cada una postulaba un concepto de constitución distinto. Mientras que para el poder judicial el Estado de Derecho le habilitaba a encontrar soluciones a los problemas jurídicos en elementos externos al texto constitucional, para el poder legislativo en cambio la confusión entre creación y aplicación del derecho era la mayor amenaza para la certeza en el derecho. Por lo tanto, como se

1 Sobre la noción de *programa de control* es obligada la referencia a Xavier Arroz, quien enfatiza que a «pese a su centralidad en cualquier definición del ámbito jurisdiccional, existen pocos estudios teóricos al respecto», siendo pionera su obra en lengua castellana sobre el particular. ARROZ SANTISTEBAN, Xavier, *Transformaciones judiciales. Karlsruhe y los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2022, p. 21.

2 Sobre la experiencia de reforma judicial en México véase CABALLERO JUAREZ, José Antonio, *La reforma judicial de 2021. ¿Hacia dónde va la justicia?*, México, IIJ-UNAM, 2021, pp. 8 y ss.

3 Para la elaboración de este ensayo tomaremos como referente la clasificación ofrecida por COMANDUCCI sobre los distintos tipos de *constitución*, así como de sus modos de entender la *interpretación*, para quien «la interpretación es una función de la configuración del objeto Constitución. Según sea lo que se entienda por “Constitución”, se derivarán diferentes modos de entender la interpretación de la Constitución». COMANDUCCI, Paolo, «Modelos e interpretación de la Constitución», en Miguel CARBONELL (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid, Trotta, 2007, p. 42.

verá a continuación, dado que el concepto y el modo de interpretar la *Constitución* era distinto, para el poder de reforma constitucional era necesaria la reforma del poder judicial de 2024.

II

De manera preliminar y por cuestión de método, debemos recordar que el concepto de constitución liberal concibe una organización política orientada hacia la limitación del poder, para lo cual consagra en primera instancia los derechos fundamentales como eje vertebrador de todo el sistema normativo, diseña un equilibrio hacia el interior del poder y, por vía de consecuencia, reconoce diversas garantías para el correcto aseguramiento de la libertad⁴. Se podría afirmar, entonces, que luego de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, el sistema normativo mexicano se orientó hacia lo que la doctrina clasifica como *modelo democrático constitucional*⁵. A diferencia de las características del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*⁶ que se hacía presente cada vez en más democracias, el modelo constitucional mexicano había procurado un equilibrio entre constitucionalismo y democracia, en el cual no se reconocía el predominio de un poder en particular⁷, menos aún la existencia de uno ilimitado, a excepción del poder de reforma como se mencionará más adelante.

Es bien cierto que este modelo de constitucionalismo mexicano —o canon *teórico-académico* para decirlo en términos de Balkin y Levinson⁸— no era coincidente con el reconocimiento que se le da al principio de *supremacía constitucional* en los modelos constitucionales europeos, debido a tres razones principalmente: la primera sería la resistencia a abandonar una concepción formal del derecho en cuanto a su dimensión de validez se refiere, y consecuentemente su interpretación; la segunda era ocasionada por el reconocimiento de un poder de reforma constitucional prácticamente ilimitado; y finalmente la tercera, consecuencia de la anterior, sería la renuncia por parte del llamado tribunal constitucional mexicano de controlar el poder de reforma constitucional. No obstante, al amparo de dicho canon fue posible cristalizar en la mayoría de las ocasiones esa inevitable y muy característica *tensión* entre constitucionalismo y democracia propia de las sociedades plurales.

La desaparición del partido hegemónico en el país y el consecuente pluralismo político en el sistema político posterior a las elecciones del año 1997 hizo necesaria una justicia constitucional que mediara en futuros conflictos entre los poderes de la república, así como entre los distintos órdenes de gobierno y dar así vigencia al federalismo como forma de Estado. Para tal propósito se aprobó un año después una reforma constitucional que le otorgó facultades a la Suprema Corte para conocer, a través de la *acción de inconstitucionalidad*, de las posibles contradicciones entre leyes con el texto constitucional, además de afinó los alcances de la Corte respecto a la *controversia constitucional*. A partir de este momento el máximo tribunal de país se convirtió en un órgano de capital importancia para el desarrollo democrático.

4 Si bien es cierto el concepto de *constitución* ha evolucionado, también es verdad que es en el constitucionalismo liberal donde se ubican los signos de identidad que acumulativamente se irán agregado a otras victorias del movimiento constitucional, a fin de dar respuesta a las demandas de la sociedad según su tiempo. GARRORENA MORALES, Ángel, *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, 4.ª edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2020, pp. 52 y 54.

5 Es sumamente extensa la literatura sobre el tema, pero se puede sintetizar en lo expuesto por el profesor Luigi FERRAJOLI en su obra *Principio iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. 2. Madrid, Trotta, 2013, pp. 298 y ss.

6 Sobre las diferencias entre estos dos modelos de constitucionalismo véase: SALAZAR UGARTE, Pedro, «El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)», en VALADES, Diego (Coord.) *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, IIJ-UNAM, 2013, pp. 345 y ss.

7 CORDOBA VIANELLO, Lorenzo, «La democracia constitucional y el control de las reformas constitucionales», en ASTUDIO REYES, César (coord.) *Reforma y control de la Constitución*, IIJ-UNAM, 2011, pp. 223.

8 Para una mejor comprensión de los significados que se atribuyen *canónicamente* a determinados conceptos, particularmente en el derecho constitucional, resulta de utilidad la clasificación que distingue entre cánones *pedagógico*, de *cultura general* y *teórico-académico*, elaborada Jack BALKIN y Sanford LEVINSON, «Los cánones en el derecho constitucional» en CARBONELL, Miguel, (ed.) *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, p. 43.

Sin embargo, el concepto de *constitución* adoptado con el paso de los años, así como el modo de interpretarla, le granjeó al poder judicial la desconfianza de un número importante de operadores jurídicos, principalmente del legislador. En consecuencia, era previsible que la mayoría parlamentaria surgida de las elecciones federales del año 2018 se convertiría en el principal crítico de la justicia constitucional ahí donde la decisión judicial no fuera coherente con su modo particular de interpretar el texto constitucional. De esta forma estaban dadas las condiciones para que los conflictos entre poderes sobre las decisiones judiciales escalarán hasta el punto de culminar en reformas a la constitución, como se verá a continuación.

III

Con el inicio de la administración del presidente López Obrador en el año 2018 los desafíos para la justicia constitucional fueron incrementándose cada vez más. La interminable serie de desencuentros entre los poderes ejecutivo y legislativo con el judicial daría inicio con la promulgación de la ley de austeridad y la ley federal de remuneraciones de los servidores públicos. En aquella ocasión la minoría parlamentaria en el Senado de la República promovió una acción de inconstitucionalidad en contra de sendas reformas legales ante la Suprema Corte. Respecto a la ley de austeridad esta concluyó, luego de un razonado análisis de los conceptos de invalidez formulados por las partes demandantes, declarar la validez de prácticamente la totalidad de ese novísimo ordenamiento, salvo aquellas disposiciones que de manera particular regulaban la prohibición para que las personas servidoras públicas que desearan separarse de su cargo pudieran desempeñar alguna actividad dentro del sector al que pertenecían durante los siguientes diez años —lo que coloquialmente se le conoce como *la puerta giratoria*—. En síntesis, la Suprema Corte *interpretó* que aquellas disposiciones en materia de *austeridad* eran una restricción desproporcionada a la libertad del trabajo y por tanto resultaban ser inconstitucionales⁹.

Posteriormente vendría la polémica sobre la determinación de los salarios de todos los servidores públicos del país en la Suprema Corte. Al admitir la impugnación en contra de la ley de remuneraciones, el ministro ponente del asunto dictó una resolución incidental en la que decretó la suspensión de la norma en cuestión en tanto se resolvía en definitiva el fondo del asunto¹⁰. Esa medida era controversial al ser la primera ocasión en que ese alto tribunal suspendía con carácter general una norma en el marco de este medio de control constitucional, pero sobre todo porque el artículo 64 de la ley reglamentaria del art. 105 constitucional señalaba que *en ningún caso* procedería la suspensión de la norma en acciones de inconstitucionalidad. Contrario a la mencionada disposición legal, en su resolución el ministro sostuvo que una interpretación constitucionalmente válida del citado artículo 64 debía considerar que existen casos excepcionales en los que se transgrede de manera irreversible algún derecho humano, en los cuales sí es factible otorgar la suspensión de la norma demandada¹¹.

Al margen de las consideraciones de fondo que puedan surgir del análisis de la ley impugnada, estaba fuera de duda que la determinación de suspender la ley por parte de la Suprema Corte abonaba a incrementar la tensión entre el bloque constituido por los poderes ejecutivo-legislativo

9 Acción de Inconstitucionalidad 139/2019 de fecha 5 de abril de 2022, consultable en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2022-08/UT-J-0505-2022-Informacion.pdf

10 Incidente de suspensión de la Acción de Inconstitucionalidad 105/2018, de fecha 7 de diciembre de 2018, consultable en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_controversias_constit/documento/2018-12-07/ACU%207-12-18%20ISDAI%20105-18.pdf

11 Para un sector de la doctrina la prohibición de los efectos suspensivos en la admisión de la demanda debería ser sujeta a revisión, dado que en el sistema mexicano las sentencias estimatorias de la Corte no tienen efectos retroactivos por mandato constitucional. Sin embargo, tal pareciera que ese sería, justamente, el problema de establecer ciertas causas «excepcionales», tal como lo hizo durante algún tiempo la Corte mexicana. En opinión de BRAGE «una facultad de este tipo no tiene fácil encaje en un sistema sin eficacia retroactiva de las declaraciones de inconstitucionalidad, pues su finalidad, más bien, sería la de asegurar la eficacia de una futura sentencia constitucional que, al pretender desplegar sus efectos para el pasado, se encuentre con que se han producido graves daños que no pueden ser reparados». BRAGE AMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, IIJ-UNAM, 2005, p. 336.

por un lado y judicial por el otro. Sobre el particular, no se puede perder de vista que la misma ley reglamentaria encargada de regular la sustanciación de las *acciones de inconstitucionalidad* prevé la posibilidad de dársele trámite expedito a las resoluciones que por su trascendencia así lo ameriten. Por lo tanto, si a juicio del alto tribunal existía ese riesgo de transgresión irreversible a algún derecho lo que podía haber hecho era resolver en definitiva la invalidez de la norma de forma inmediata, y con ello evitar conjeturas sobre los méritos de la suspensión otorgada. Como se ha dicho, a lo largo del sexenio esa tensión fue *in crescendo*.

Desde una perspectiva estrictamente técnica, las decisiones de la Suprema Corte abonaron a incrementar las capacidades del presidente¹²; sin embargo, la argumentación elaborada en ellas seguía teniendo en el horizonte bases metodológicas inspiradas en teorías neoconstitucionalistas, y eso no resultaba aceptable para quienes postulaban un concepto de *Constitución* distinto, como el poder legislativo. Por ello no resulta extraño que el poder de reforma constitucional haya plasmado su temor hacia este tipo de metodología con una previsión en el artículo décimo primero transitorio de la reforma judicial: «Para la interpretación y aplicación de este Decreto, los órganos del Estado y toda autoridad jurisdiccional deberán atenerse a su *literalidad* y no habrá lugar a interpretaciones análogas o extensivas que pretendan inaplicar, suspender, modificar o hacer nugatorios sus términos o su vigencia, ya sea de manera total o parcial»¹³.

IV

En lo que respecta al segundo desafío, este llegó cuando el *programa de control* demostró que su falta de claridad sobre las competencias de las distintas jurisdicciones que operan en el sistema de justicia erosionaba la certeza jurídica, razón por la cual el poder de reforma trasladó hasta la propia constitución su modo de interpretarla.

La desconfianza hacia los órganos jurisdiccionales llevaba tiempo incubándose entre los operadores jurídicos, principalmente en el legislador. No sólo se trataba de una corrección que venía realizando la Suprema Corte a la labor de desarrollo legislativo antes apuntada, sino también hacia la misma forma en la que el juez electoral interpretaba las reglas para la participación electoral y la integración de los órganos de representación política colegiados, sobre todo en materia de igualdad de género¹⁴. Este primer desencuentro de carácter competencial llegaría tras la orden de la Sala Superior del Tribunal Electoral a la Cámara de Diputados para incorporar al partido movimiento ciudadano a la Comisión Permanente del Congreso de la Unión¹⁵, abandonando implícitamente su criterio jurisprudencial de más de una década de no intervenir en la actuación y organización interna de los órganos legislativos, por ser estos actos considerados dentro del ámbito competencial del derecho parlamentario, y por ende fuera de su ámbito de *control*¹⁶. Es decir, el

12 SALAZAR UGARTE, Pedro, «La regresión presidencialista» en *Nexos*, México, febrero, 2023.

13 Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación en su edición de fecha 15 de septiembre de 2024, consultable en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5738985&fecha=15/09/2024#gsc.tab=0

14 La participación política de la mujer en México ha sido la historia de desencuentros entre el marco normativo orientado a tal fin y los partidos políticos en su búsqueda por evitar su cumplimiento. Diversas sentencias del tribunal electoral dan testimonio de lo anterior, así como el posterior desarrollo normativo a aquellas respecto al ánimo de regular el tema para evitar la discrecionalidad judicial. Sobre los avances en materia de equidad de género en el sistema electoral mexicano véase: FREIDENBERG, Flavia, «México: reglas fuertes, control activo de los actores críticos y alta representación descriptiva de las mujeres», en *La construcción de democracias paritarias en América Latina. Régimen electoral de género, actores críticos y representación descriptiva de las mujeres (1990-2022)*, México, UNAM-INE, 2022, pp. 91-115.

15 Sentencia SUP-JE-281/2021, consultable en: <https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-JE-281-2021>

16 La argumentación que venía sosteniendo el Tribunal Electoral consistía esencialmente en que la integración de las comisiones legislativas no involucraba aspectos relacionados directamente con el derecho político electoral; por el contrario, la designación de los integrantes de las comisiones legislativas se consideraba un acto que incidía exclusivamente en el ámbito parlamentario administrativo, por estar relacionada con el funcionamiento y desahogo de las actividades internas de los congresos. Jurisprudencia 44/2014 del rubro: Comisiones Legislativas. Su integración se regula por el Derecho Parlamentario.

Tribunal Electoral se declaró *competente* para controlar dichos actos nuevamente mediante una interpretación *principalista* de la constitución, abriendo un frente en contra del poder legislativo.

El argumento principal de la Sala Superior se centró esencialmente en una violación por parte de la Cámara de Diputados al principio de representación política en su vertiente de derecho al ejercicio del cargo o como doctrinalmente se conoce *ius in officium*¹⁷. De acuerdo con la Sala Superior, la determinación de dejar fuera de la representación de dicha cámara ante la Comisión Permanente al mencionado partido político implicaba negar la representatividad en el seno de ésta a los electores representados por aquel instituto político. A fin de legitimar su determinación, consciente del abandono de la jurisprudencia arriba mencionada, la Sala Superior recurriría a una reciente sentencia del Pleno de la Suprema Corte en la que, haciendo un estudio sobre la constitucionalidad de una legislación que regulaba matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo, sostenía la existencia de actos intra-parlamentarios sin rango de ley que sí eran susceptibles de ser *controlados* en sede jurisdiccional¹⁸. Y como a su juicio el ejercicio de un derecho político estaba en riesgo, entonces resultaba inconcuso que era competente para conocer del asunto.

Inconforme con este fallo, y ante la imposibilidad de recurrirlo por tratarse del órgano de cierre en la materia, la Cámara desató en más de cuatro ocasiones los incidentes de inejecución de sentencia, bien bajo el argumento de existir cambios en la situación jurídica o bien por resultarles materialmente imposible su cumplimiento ante la falta de acuerdo político entre los partidos políticos. En paralelo el Congreso de la Unión aprobó una reforma legal para establecer la improcedencia de recurso alguno en contra de los actos de la vida interna de cualquiera de sus Cámaras ante el tribunal electoral, con la pretensión de dejar meridianamente claro que la competencia arrogada por aquel tribunal por esa vía de interpretación encontraría ahora una limitación en la propia ley¹⁹. En contra de esa reforma se inconformó una minoría parlamentaria ante la Suprema Corte, quien la declaró violatoria de la constitución dado que tal medida vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia y el derecho político-electoral de los legisladores de impugnar actos que se consideraran inconstitucionales, poniendo en riesgo el orden democrático mexicano²⁰.

Como se ha dicho, el conflicto institucional derivaba de la supuesta intromisión del tribunal electoral —*control*— en la vida interna del Congreso de la Unión a partir de una determinada lectura de la *Constitución*, pero la intervención de la Suprema Corte tampoco daba una solución al asunto que había dado origen a la reforma legal. La Corte sólo declaró la inconstitucionalidad de la reforma, pero nunca dijo si dichos actos eran justiciables ante el tribunal electoral o ante la propia Corte. Por lo tanto, acto seguido la Cámara de Diputados aprobaría en comisiones legislativas un dictamen de reforma a la Constitución —con el respaldo de seis de los siete grupos parlamentarios que la conformaban— en la que se excluía a la jurisdicción electoral del conocimiento de los actos y determinaciones de las Cámaras en el ejercicio de sus facultades exclusivas, para otorgárselo a la Suprema Corte²¹.

Una vez dejó zanjada la cuestión del órgano jurisdiccional *competente* para conocer de esos actos, se abocó a trazar su noción del concepto de constitución y su consecuente interpretación

17 El estudio del *ius in officium* ha sido abordado a profundidad tanto por la doctrina española como por su jurisdicción constitucional, por lo que nos remitimos a lo condensado en una obra de obligada consulta sobre el particular: GARCÍA ROCA, Javier, *Cargos públicos representativos. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*. Pamplona, Aranzadi, 1999.

18 Amparo en revisión 27/2021.

19 La reforma a la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral se publicó el 19 de abril de 2022, adicionando un inciso h al artículo 10 numeral 1 en el que determino: Cuando se pretenda impugnar cualquier acto parlamentario del Congreso de la Unión, su Comisión Permanente o cualquiera de sus Cámaras, emitido por sus órganos de gobierno, como los concernientes a la integración, organización y funcionamiento internos de sus órganos y comisiones legislativas».

20 Acción de inconstitucionalidad 62/2022 y su acumulada 77/2022 de fecha 22 de agosto de 2022, consultable en: https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/3/2022/19/3_296512_6196_firmado.pdf

21 Consultable en: <https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2023/mar/20230323-II-1.pdf>

acorde al sistema normativo mexicano. Haciendo un repaso doctrinario sobre la *interpretación constitucional y las nuevas tendencias del principalismo*, en el dictamen se afirmaba la existencia de una confusión conceptual entre los operadores jurídicos auxiliados por teorías alineadas al denominado *neoconstitucionalismo*. En esencia, el reproche era que al hacer una interpretación directa del artículo 1.º constitucional el juez electoral aplicaba enunciados jurídicos sustantivos que no formaban parte del ordenamiento. A su juicio existía la convicción de que *el diseño constitucional mexicano era incompatible con aquellas versiones del neoconstitucionalismo que identifican el «verdadero derecho» independiente del derecho positivo con el derecho internacional de los derechos humanos*. Para el poder de reforma constitucional el sistema de control constitucional no suponía la facultad de buscar la respuesta a los asuntos de su conocimiento fuera del texto de las normas jurídicas, sino únicamente aplicarlas de forma que maximicen la coherencia del sistema jurídico; por último, concluía afirmando que la razón por la que los Derechos Humanos y los principios son aplicables es porque están expresamente reconocidos como enunciados jurídicos en la Constitución y por ende forman parte del orden normativo.

Era evidente, pues, que para el poder de reforma constitucional la principal causa del activismo judicial electoral radicaba en la ausencia de enunciados jurídicamente claros que permitieran distinguir entre la labor de interpretación y aquella de creación del derecho en sede judicial. Para solucionarlo propuso introducir el concepto de *«límite del tenor literal de la ley y la constitución»* como criterio hermenéutico válido para fungir como rasero de dicha distinción. En su apreciación, el modelo de interpretación basado en *principios* adoptado por el tribunal electoral resultaba en la vulneración del principio de reserva de ley y por ende del Estado de Derecho, por lo que debía ser sustituido por uno diverso en el que se realizara la atribución de significado a un enunciado jurídico determinado mediante una interpretación objetivamente posible en un sentido semántico del texto normativo, evitándose con ello la creación del derecho en sede judicial. Y si bien es cierto el dictamen no llegó a ser discutido en el Pleno de la Cámara por razones políticas, resulta innegable el concepto de derecho asumido mayoritariamente del legislador cuando lo aprobó en comisiones parlamentarias.

De igual manera, en la reforma judicial del 2024 también se incorporó la pauta interpretativa de la *Constitución* atendiendo a su *literalidad*, lo cual resultó un inconveniente práctico al momento de conocerse las impugnaciones hechas en la etapa de implementación de la reforma. Al no haber claridad respecto al órgano judicial competente para controlar los actos de autoridad relacionados con la elección de los jueces, el propio sistema demostró su fragilidad de forma por demás dramática.

En efecto, en esta ocasión el conflicto se dio entre diversos órganos judiciales que se arrogaban competencia para conocer de las impugnaciones en contra de los actos de las diversas autoridades involucradas en la organización del proceso de elección a los cargos judiciales. Dado que el apartado transitorio no aclaraba el órgano que sería el encargado de conocer de las mencionadas impugnaciones, los jueces fueron admitiendo las demandas a partir de su propia interpretación de la *Constitución*. Sin embargo, como se dijo, la complicación práctica estaba en que el apartado transitorio de la misma reforma dispuso que en la interpretación y aplicación de ella el juez debería atender a la literalidad de la ley y nada más, lo cual evidentemente no sucedió.

Al surgir sentencias contradictorias entre jueces de distintas materias —administrativa, amparo, electoral— la Suprema Corte atrajo para su conocimiento todos los litigios. En su resolución afirmó categóricamente que los distintos operadores judiciales involucrados «decidieron colocarse por encima del derecho»²². Paradójicamente en una democracia constitucional caracterizada por el límite al poder²³, las distintas resoluciones judiciales demostraban que se había normalizado el exceso en la actuación de los órganos judiciales. De nueva cuenta se situaría en la diana de los

22 Solicitudes de ejercicio de la facultad prevista en la fracción XVII del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación 3/2024 y sus acumuladas 4/2024, 6/2024 y 1/2025, consultable en: https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/3/2024/120/3_340939_7109_firmado.pdf

23 Sobre el concepto de constitución como control político véase: ENRIQUEZ FUENTES, Gastón Julián, «El control político como requisito del Estado constitucional. Evolución histórica», (2023) *Criterio Jurídico* 1, (6), 37-60. Consultable en: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/998>

críticos del activismo judicial el método de interpretación *principalista* que sirvió de paraguas a muchos órganos judiciales para intentar legitimar sus fallos. Estaba claro que el activismo judicial había llegado a cotas no vistas, y con razón o sin ella daba pauta para legitimar la necesidad de reformar al órgano judicial, entre otras razones, por la divergencia de criterios que abonaban a la erosión en la certeza jurídica.

V

La reforma en materia de derechos humanos del año 2011, así como la creciente influencia de la doctrina del neoconstitucionalismo y la formación académica de los operadores al interior del poder judicial, permitió abandonar paulatinamente la visión formalista del derecho en general y en particular del constitucional en sede judicial²⁴. Pero resulta curioso que sea a partir de esa reforma *garantista* el momento en que se dé el banderazo de inicio a una época dentro del sistema judicial asociada con la ausencia de límites por el activismo del juez, mediante el uso de metodologías diversas para interpretar los nuevos derechos humanos como *principios*. Había germinado una etapa de crisis y deslegitimación del propio poder judicial en México, a causa de distintos entendimientos del *objeto* de la *Constitución* por los distintos operadores. Ese *activismo judicial* se llevó a cabo con legítimos propósitos de adecuar las normas a un estándar de justicia acorde a los postulados del constitucionalismo liberal, pero de igual forma es innegable que no fueron pocos los casos en los que se pudieron advertir visiones sesgadas de lo que se consideraba debería ser el derecho, sin tomar en cuenta por ejemplo ningún elemento exterior para verificar su validez, o peor aún con supuestas metodologías deficitarias para el propio modelo garantista de justicia²⁵.

La tendencia hacia el fortalecimiento de los derechos y las libertades en sede judicial se vio cada vez más cuestionada a medida que fue evolucionando la doctrina jurisprudencial. Después de la reforma del año 2011 se emitieron criterios judiciales que eran divergentes en casos aparentemente similares, otros contravenían directamente lo que el legislador pretendió establecer como pauta a seguir en determinada norma, y finalmente algunos más dejaron en claro que ni siquiera había claridad sobre qué jurisdicción era competente para emitir las resoluciones. Con razón o sin ella, independientemente de la resolución judicial que fuese, el problema práctico al que se enfrentaba el derecho en esa discusión pública era si la jurisdicción estaba realmente respetando los cánones del Estado constitucional o si por el contrario se estaba extralimitando al reescribir el derecho o contrariar directamente lo dispuesto por una mayoría parlamentaria.

Conviene recordar que la evolución del sistema de justicia en México fue posible a partir de las bases dispuestas en la Constitución y las leyes, así como las pautas interpretativas respecto a éstas elaboradas por el poder judicial, siempre y cuando no propiciaran situaciones que hicieran necesaria una corrección en sede parlamentaria²⁶. Se trató, pues, de un *garantismo* hasta cierto punto permitido por las mayorías en turno, o más concretamente un *formalismo* con velo de garantismo. Lograr lo anterior implicaba hacer una lectura distinta a la Constitución; una lectura acorde a las modernas tendencias del derecho constitucional en ese momento.

Sin embargo, la permanente tensión entre política y derecho nunca desapareció en la discusión pública; por el contrario, constituyó un permanente dique para el avance de la doctrina judicial de

24 El *neoconstitucionalismo* pregonaba, en síntesis, una teoría constitucional basada en los valores y principios constitucionales, así como el efecto irradiador del texto constitucional en la totalidad del ordenamiento jurídico. Por todos véase: FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, «Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa», en TORRES ESTRADA, Pedro (Comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, Limusa, México, 2006, p. 126.

25 LÓPEZ, R. Y AGUILERA, R. «Los derechos fundamentales en la teoría jurídico garantista de Luigi Ferrajoli», en: *Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos*. UNAM-ILJ, México, pp. 49-82.

26 En relación con este tipo de correcciones, resulta paradigmática la cuestión del control judicial de las reformas a la constitución en México. Sin duda, el avance de una visión del derecho de corte garantista identificada con la tendencia hacia el activismo judicial ha encontrado el límite en la labor del legislador o del poder de reforma constitucional. Sobre esto último véase MANCILLA, Roberto, «La reforma constitucional como arma política. El caso mexicano», en *Revista Derechos en acción*, Universidad Nacional de la Plata, (2021) Vol. 20 Num. 20, p. 94. Consultable en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37686.pdf>

corte *garantista*. Como se dijo, se presentaron episodios en la vida política del país que obligaron a la Suprema Corte a pronunciarse sobre la labor del legislador, reavivando nuevamente a la discusión respecto a los límites de la Corte en su labor interpretativa del derecho, pero sustancialmente los alcances que tenía respecto al poder de reforma constitucional en México. Esta última cuestión quedaría zanjada con la reforma constitucional que prohíbe a la Suprema Corte controlar justamente las reformas al texto constitucional²⁷. Por lo demás, las diferencias entre los poderes de la república o entre alguno de éstos con los órganos constitucionales autónomos, reeditaron añejos reclamos sobre la necesidad de contener el activismo judicial de la Corte hasta llegar a plantear nuevamente la creación de una Tribunal Constitucional. Ahora ya no sólo se trataba de verificar el proceder de la Suprema Corte ante su función ordinaria de control de constitucionalidad de las leyes, sino ante la labor del poder de reforma constitucional.

Podemos concluir sosteniendo que la salida razonable no está en radicalizar ninguno de los polos en disputa, sino en un constitucionalismo bidimensional: (i) un umbral textual que delimite con claridad la frontera entre interpretar y crear derecho (respetando reserva de ley y la unidad del ordenamiento), y, por otro lado, (ii) una ponderación estructurada —proporcionalidad, razones públicas verificables, anclaje expreso en texto y precedente— cuando entren en juego principios y derechos. A ello deben añadirse estándares de deferencia legislativa definidos, mecanismos ágiles y previos para resolver conflictos de competencia entre jurisdicciones y una política de precedentes que reduzca incertidumbre. Solo así el *programa de control* podrá conciliar libertad y democracia sin sobre regular ni vaciar garantías. Entre una Constitución muda y una Constitución oracular, México necesita una Constitución dialógica, capaz de limitar el poder y, al mismo tiempo, de orientar con previsibilidad la decisión pública.

27 El 31 de octubre de 2024 se publicó en la edición vespertina del Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional que, mediante la adición de un párrafo quinto al artículo 105 dispone «Son improcedentes las controversias constitucionales o acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto controvertir las adiciones o reformas a esta Constitución»; en la misma línea se reforma la fracción II del artículo 107 para prescribir que «No procederá el juicio de amparo contra adiciones o reformas a esta Constitución».

CUIDAR DE LA VIDA Y DEL VIVIR DE LA PERSONA, ASIGNATURA CONSTITUCIONAL PENDIENTE

Leire Escajedo San-Epifanio

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)*

En homenaje a la profesora Ángela Figueruelo, cuyo trabajo ha contribuido a visibilizar lo que el Derecho tendía a dejar fuera —cuidados, vulnerabilidad, igualdad en serio—, con una defensa serena y firme de las garantías constitucionales. Sobre ese hilo se teje este trabajo: la vida y el vivir, bajo el prisma de la dignidad y la responsabilidad pública.

1. La protección jurídica de vida humana y del vivir de la persona, su evolución en perspectiva constitucional

La *vida es el fundamento de la persona* como individuo y como miembro de la sociedad¹ y se reconoce a su protección un destacado lugar en la jerarquía de valores². No es posible que una sociedad florezca si la vida humana está estructuralmente amenazada todo el tiempo; toda comunidad humana comienza como un grupo de supervivencia. Esa constatación convive con una paradoja: la vida humana es altamente vulnerable y, en términos jurídicos, no puede decirse que sus posiciones sean de las mejor protegidas³. Persisten hoy desequilibrios entre la protección frente a amenazas inminentes y las obligaciones públicas de asegurar las condiciones materiales que hacen posible el vivir.

Ese diagnóstico se ha intensificado con la evolución científico-tecnológica y con la transformación del ecosistema institucional europeo. Desde mediados de los años cincuenta, los avances biocientíficos y biotecnológicos han obligado a revisar categorías sobre la vida humana y a recalibrar el alcance de los deberes públicos de protección, también en el plano supranacional (CEDH, CDFUE)⁴. Todo ello ocurre en un marco de gobernanza multinivel y de lectura evolutiva de las Constituciones⁵, con efectos sobre la delimitación de las posiciones jurídicas individuales y las obligaciones estatales en torno a la vida y al vivir.

1 Christian TOMUSCHAT, «The Right to Life – Legal and Political Foundations», en C. TOMUSCHAT/ E. LAGRANGE/ S. OETER (ed.), *The Right to Life*, Martinus Nijhoff, 2010, pp.3-18.

2 Yoram DINSTEIN, «The Right to Life, Physical Integrity, and Liberty», en Louis HENKIN (ed.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, New York, 1981, p.114.

3 Vid. Robert K. M. SMITH, *International Human Rights*, Oxford University Press, 2003, 205-218.

4 Leire ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, *Constitucionalismo y futuro de la vida humana. Persona, Especie, Biosfera*, Aranzadi, 2024, 11-12.

5 Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, «Significado y funciones del Derecho Constitucional», *Letras jurídicas* (IIJ-UV), n.º 7, 2003, pp. 17-39, y en «Nuevas perspectivas de la protección de los derechos en un mundo globalizado», en AA. VV. *Derechos humanos y nuevo orden mundial*, 2019, pp. 123-134.

La realidad física de lo que significa ser humano y su interpretación siguen siendo controvertidas para el Derecho, dado que se ha tendido a privilegiar la razón o el espíritu sobre la animalidad o la condición física del ser humano⁶. Aún no hemos encontrado una forma de explicar qué significa ser un animal humano sin que nos produzca una sensación de «*horror existencial*».

Experimentamos nuestro mundo, nos experimentamos a nosotros mismos y a los demás como cuerpos que viven (y mueren)⁷. De esa condición corporal emergen obligaciones hacia los demás, especialmente hacia los más vulnerables. El resultado es un desajuste entre la protección de la «existencia biológica» y la garantía de condiciones para poder vivir con dignidad⁸. Ese desajuste no es teórico: atraviesa la infancia, la salud reproductiva, la dependencia y la vejez, y exige deberes organizativos y prestacionales coherentes.

Crear vida y mantenerla constituye un reto persistente. Nuestra especie al nacer es de las más inmaduras: los recién nacidos son indefensos y dependen totalmente del entorno en los primeros años. Anualmente, según la OMS, se producen casi dos millones de muertes perinatales y 287.000 mujeres fallecen por complicaciones en el embarazo y el parto. La supervivencia y el desarrollo posteriores dependen igualmente de recursos y contextos que no están garantizados. El contacto físico, la atención y los cuidados continuos —alimento, descanso— resultan esenciales para la maduración y el desarrollo de las capacidades; aun así, se requieren marcos institucionales que permitan nacer, mantenerse con vida y crecer dignamente.

De ahí que resulte insuficiente un constitucionalismo centrado en la abstención (no matar, no usar fuerza letal salvo absoluta necesidad) e indiferente a las amenazas estructurales al vivir. En perspectiva jurídico-constitucional, interesa subrayar los déficits que, pese a los avances, arrastra nuestro sistema: al proteger la vida humana se tiende a separar el hecho de estar vivos de las condiciones que permiten mantenerse vivos. Los sistemas constitucionales surgieron en un contexto capitalista en el que incluso los bienes imprescindibles se entendieron como vías de rentabilidad⁹ y las decisiones de *qué, cómo y para quién producir* serán resueltas a través del mercado. Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 comienza su articulado afirmando que los hombres *nacen y permanecen* libres e iguales en derechos, como si nacer y permanecer se dieran por sentados para todo ser humano. Dos siglos después, aunque han cambiado las relaciones Estado-mercado, la lectura del derecho a la vida sigue impregnada de una racionalidad individualista¹⁰. Se mantiene una divisoria entre estar vivo y vivir dignamente, prueba de lo cual es que la Asamblea General de las Naciones Unidas sostiene que la pobreza extrema es siempre una violación de la dignidad humana¹¹, pero que sólo a veces «puede» llegar a constituir una amenaza para el derecho a la vida. Más allá de las amenazas inminentes, algunas personas se siguen quedando (muy) solas en su vivir.

2. El núcleo reactivo en la protección del derecho a la vida: la prohibición de dar muerte a otro y su evolución hasta formularse como derecho a la vida. En especial, la obligación de investigar toda muerte sospechosa

El punto de partida de la protección jurídica de la vida es, en todas las tradiciones culturales, una prohibición moral universal: no matarás. Este imperativo, anterior al Derecho positivo, se asociaba a la aversión humana ante la violencia y la muerte injustificada y sólo con la modernidad se

6 Nicola NAFFINE, «Embodiment: Humans as Biological Beings», en *Law's meanings of life. Philosophy, Religion, Darwin and the Legal person*, Hart Publishing, 2009, pp. 143-163.

7 O. Carter SNEAD, *What it means to be human. The case for the Body in Public Bioethics*, Harvard, 2020, 3.^a imp., pp. 4-5.

8 O. Carter SNEAD, *What it means to be human*, 2020, cit., pp.4-5.

9 Ellen MEIKSINS WOOD, *El origen del capitalismo. Una mirada a largo plazo*. Siglo XXI, 2021, 223.

10 Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, «La Constitución y los cuidados», en AA. VV. *La Administración de los cuidados*, 2025, pp. 61-77.

11 Resolución n. 134 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1992.

transformó en una categoría jurídica¹². El paso del terreno ético al normativo se produce cuando la vida deja de concebirse únicamente como bien protegido frente al homicidio y pasa a formularse como derecho subjetivo de toda persona, con proyección frente al poder público.

La primera mención explícita en este sentido aparece en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776)¹³, que reconocía no sólo la vida como bien a preservar, sino el derecho a disfrutar de la vida y de la libertad, junto con los medios para adquirir bienes, perseguir la felicidad y la seguridad. Esa concepción —que inspirará la Declaración de Independencia de los Estados Unidos— incorporaba una idea material de la vida, pronto sustituida por la lectura formal e individualista de la Declaración francesa de 1789, centrada en la libertad y la igualdad. Durante más de un siglo, la vida fue considerada una evidencia moral que no requería formulación constitucional.

La Primera Guerra Mundial y el breve impulso de la Sociedad de Naciones para proteger minorías raciales o religiosas apenas introdujeron obligaciones concretas. Incluso propuestas tempranas como la presentada por Chile en la Conferencia Interamericana de 1936 —para reconocer el derecho de toda persona a la vida— fueron rechazadas por considerarse «demasiado revolucionarias»¹⁴. El giro decisivo llegó después de 1945. El horror de la barbarie nazi convirtió la vida humana en el centro del nuevo constitucionalismo de posguerra. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) proclamó del derecho a la vida en su art. 3.; por su parte, la Convención sobre el Genocidio (1949), los Convenios de Ginebra y, de forma definitiva, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) se pronunciaron frente a su privación arbitraria¹⁵.

Las constituciones europeas de la posguerra incorporaron expresamente este principio. El artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) lo formula en términos normativos: «El derecho a la vida de toda persona será protegido por la ley». En la interpretación del TEDH, ese precepto estructura un sistema de obligaciones negativas y positivas, desde la prohibición absoluta de la pena de muerte hasta el deber de proteger activamente la existencia humana frente a toda amenaza. Así, la antigua norma moral del no matarás se transforma en exigencia jurídica universal: un derecho constitucionalizado con vocación de tutela integral, que obliga tanto a los particulares como al Estado, convertido en garante no sólo del orden, sino de la vida misma.

2.1. A priori, ninguna vida vale más que otra: conflictos de vidas y límites de la acción estatal

A priori, respecto a potenciales conflictos, ninguna vida vale más que otra. Será en sede penal, analizado el caso concreto, donde podrá contemplarse si dar muerte a alguien para salvar a otra persona (o a varias) constituye conducta legítima o atenuada por estado de necesidad. El derecho constitucional a la vida no establece jerarquías entre vidas humanas. La igualdad en dignidad —base de la Declaración Universal de 1948 y de los sistemas europeos— impide ponderaciones cuantitativas o utilitarias. Este principio, sin embargo, se pone a prueba cuando proteger una vida implica poner en riesgo otra.

El Tribunal Constitucional alemán (2006) declaró inconstitucional el § 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea (LuftSiG)¹⁶, al entender que el derribo de aviones civiles secuestrados —aunque evitara un atentado— vulneraba la dignidad y el derecho a la vida de los pasajeros inocentes.

12 Kenneth MINOGUE, «The History of the Idea of Human Rights», cit., 1979, 3.

13 Stuart CASEY-MASLEN, *The Right to Life under International Law*, cit., 2021, 3.

14 Juan COLON-COLLAZO, «The Drafting History of Treaty Provisions on the Right to Life», en B. G. RAMCHARAN (ed.), *The Right to Life under International Law*, Martinus Nijhoff, 1985, 33-34.

15 Leire ESCAJEDO SAN-EPIFANIO, *Constitucionalismo y Futuro de la vida humana*, cit., 67-70.

16 Sentencia del TC alemán de 15 de febrero de 2006, en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE) 115, 188. Vid. Georg NOLTE, «The Bundesverfassungsgericht on the German Aerial Security Law: A Sonderweg from the perspective of international law», en TOMUSCHAT / LAGRANGE / OETER, *Right to Life*, cit. 2010, 83 y ss.

Ninguna vida humana puede ser medio para salvar otras¹⁷. Otro caso de interés es el asunto *The Queen v. Dudley and Stephens* (1884) en el que el juez inglés llegó a idéntica conclusión: la «necesidad» no justifica matar a un inocente^{18 19}. La mera situación de peligro común no legitima el sacrificio ajeno; los acusados fueron condenados por homicidio, aunque se les conmutó la pena²⁰. Un caso con algunos matices diferenciales, en el ámbito médico, se refiere a la excepcional autorización de una operación que salvaría a una de las gemelas siamesas a costa de la otra^{21 22}. El tribunal consideró que la omisión habría provocado la muerte de ambas, por lo que la intervención se entendió conforme a la obligación positiva de evitar la muerte.

Estos supuestos ilustran la línea frágil entre la abstención y la acción, entre el deber de no matar y el de proteger la vida. La solución no puede derivarse de reglas abstractas, sino del examen del caso y de los principios de proporcionalidad y necesidad. El artículo 2 CEDH sólo autoriza la privación de la vida cuando resulte «absolutamente necesaria» para proteger otras vidas o defender a terceros de una agresión ilegítima. La jurisprudencia del TEDH (entre otros, *McCann* y *Makaratzis*) exige un control estricto: la fuerza letal ha de ser inevitable, proporcionada y cuidadosamente planificada para minimizar la pérdida de vidas. Dicho de otro modo, el derecho a la vida actúa como límite categórico a cualquier cálculo de utilidad: la función del Estado no es decidir qué vidas salvar, sino garantizar que ninguna sea tratada como menos valiosa que otra.

2.2. Las obligaciones que derivan del derecho a la vida en lo relativo a las muertes sospechosas y las desapariciones forzadas

El desarrollo del artículo 2 CEDH ha llevado a que la protección de la vida incluya un deber procesal de investigar toda muerte sospechosa. Según el TEDH, el Estado debe no sólo abstenerse de causar muertes o usar fuerza desproporcionada, sino actuar con diligencia para esclarecer hechos cuando exista sospecha razonable de acción u omisión ilícita. En casos como *McKerr* c. Reino Unido, *Slimani* c. Francia o *Giuliani* y *Gaggio* c. Italia, el Tribunal precisó que la investigación ha de ser independiente, imparcial, pronta y exhaustiva.

En el plano internacional, el Protocolo de Minnesota (2016) consolidó estos estándares: la investigación de muertes potencialmente ilícitas forma parte del derecho a la vida e impone obligaciones de rendición de cuentas y no repetición. Su ámbito incluye muertes bajo custodia estatal —prisiones, comisarías, centros sanitarios o sociosanitarios— y desapariciones forzadas, definidas por el Convenio de 2006 como privación de libertad seguida de la negativa a reconocerla o de ocultar el paradero de la persona. El TEDH, en casos como *Çakici* y *Varnava*, ha considerado la desaparición forzada una violación continuada del derecho a la vida, al privar a las víctimas de toda protección jurídica y a sus familias de un recurso efectivo. La protección de la vida comporta, así, una triple obligación: verdad, justicia y reparación. Estas dimensiones constituyen hoy parte del contenido esencial del derecho a la vida en el constitucionalismo europeo.

17 Vid. los apartados 138 y 139 de la sentencia. F. HASSE, «Das Luftsicherheitsgesetz: «Abschuss von Flugzeugen als "Hilfe bei einem Unglücksfall?"», *DÖV*, 2006, p218; Wolfgang HECKER, «Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Zum Luftsicherheitsgesetz», *Kritische Justiz*, vol. 39, no. 2, 2006, pp. 179–94.

18 Neil HANSON, *The Custom of the Sea: The Story that Changed British Law*, Doubleday, 1999.

19 Martin Morlok/ Julian Krüper, «Sicherheitsgewährleistung im kooperativen Verfassungsstaat», H. J. LANGE/ H. P. OHLY/ J. REICHERTZ (eds.) *Auf der Suche nach neuer Sicherheit*. VS Verlag, 2009, 331 y ss.

20 Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «¿Puede el Estado abatir un avión...?», cit., 2006, 389–425.

21 George J. ANNAS, «Conjoined Twins — The Limits of Law at the Limits of Life», *New England Journal of Medicine*, 344–14, 2001, 1106.

22 Resolución del England and Wales Court of Appeal (Civil Division) de 22 de septiembre de 2000, *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2000] EWCA Civ 254; I. KUGLER, «Necessity as a Justification in *Re A (Children)*», *Journal of Criminal Law*, vol. 68, 2004, pp. 440 y ss.

2.3. Otras prohibiciones que derivan del derecho a la vida: abolición de la pena de muerte y restricciones a la extradición

El reconocimiento de la inviolabilidad de la vida humana ha conllevado la abolición de la pena de muerte y límites estrictos a la extradición o devolución de personas que pudieran enfrentarse a ella. Ambos principios forman parte del ámbito material del derecho a la vida y del orden público europeo derivado del artículo 2 CEDH. Los Protocolos n.º 6 (1983) y n.º 13 (2002) suprimen la pena capital en toda circunstancia. En *Öcalan c. Turquía* (2005), el TEDH afirmó que su abolición total es elemento esencial del orden público europeo y signo de la evolución democrática de los Estados parte. Desde entonces, el territorio del Consejo de Europa es una zona libre de ejecuciones, donde la pena de muerte resulta incompatible con el sistema de derechos humanos.

De este principio se deriva la prohibición de extraditar o expulsar a personas hacia países donde exista riesgo real de condena o ejecución. En casos como *Soering, Ahmed o Al-Saadoon*, el TEDH entendió que esa entrega vulneraría el artículo 2 CEDH y la prohibición de tratos inhumanos del artículo 3. La protección de la vida se proyecta así extraterritorialmente: ningún Estado europeo puede colaborar, directa o indirectamente, en una ejecución, aunque ocurra fuera de su jurisdicción.

En conjunto, la abolición de la pena de muerte, la prohibición de extradición con riesgo de ejecución y el deber de investigar muertes sospechosas completan el núcleo reactivo de la protección de la vida en Europa. Todas expresan una misma idea de fondo: la vida humana no puede ser objeto de disposición, cálculo ni delegación. La legitimidad de los poderes públicos se mide, en última instancia, por su capacidad para garantizar esa inviolabilidad: no matar, no dejar matar y no permitir que otros lo hagan en su nombre.

3. El núcleo proactivo pendiente: ¿un derecho fundamental, al vivir (subsistir)?

Si el apartado anterior mostraba la solidez del núcleo reactivo —prohibición de matar, prevención de riesgos inminentes e investigación de muertes—, aquí se plantea el núcleo proactivo, aún incompleto: traducir el mandato de proteger la vida en garantías efectivas para poder vivir, no sólo para sobrevivir. En el primer caso el Estado reacciona ante un riesgo puntual; en el segundo, debe actuar estructural y preventivamente frente a causas que deterioran o impiden la subsistencia y que suelen quedar fuera del perímetro del derecho a la vida.

El mundo atraviesa una encrucijada —pandemia, recesión, crisis climática, desigualdades y racismo estructural—, y, como advierte ASTON, un hilo común agrava todo²³: la desatención de la pobreza extrema y su minimización por decisores y hasta por parte del campo de los derechos humanos. El bienestar de las personas se enfrenta en la actualidad al impacto de varias crisis (económicas, sociales y ambientales), y el modelo neoliberal amenaza la reconstrucción de sistemas de cuidado y soporte comunitario²⁴.

En 1890 el noruego Knut Hamsun publicó su novela *Sult* (El hambre), que narra la experiencia de un hombre sin pasado ni recursos, que pasa hambre en una sociedad que le ignora. Esa realidad sigue omnipresente en el siglo XXI²⁵: las condiciones de vida a las que se enfrentan las personas en situación de pobreza ponen de manifiesto violaciones de una gran variedad de derechos humanos²⁶. El CDESC hace suya una comprensión multidimensional de la pobreza, definiéndola como una condición humana caracterizada por la privación sostenida o crónica de los recursos,

23 Philipp ALSTON, «The Parlous State of Poverty Eradication: Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights», 2020, UN Doc A/HRC/44/40 para 1.

24 J. HOHMANN/ B. GOLDBLATT, «Foreword», en *The Right to the Continuous Improvement of Living Conditions*, Oñati International Series in Law and Society, 2021, v-vi.

25 Emmanuel DECAUX, «Le droit à la vie et le droit à une alimentation suffisante», en C. Tomuschat/ E. Lagrange/ St. Oeter (ed.). *The Right to Life*, Martinus Nijhoff, 2010, 317 y ss.

26 Sigrun SKOGLY, «Is There a Right Not to Be Poor?», *Human Rights Law Review* 5(1), 2002, 74.

las capacidades, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales²⁷.

La cuestión constitucional es directa: ¿existe título de protección exigible ante amenazas no inmediatas pero previsibles (falta de agua, alimento, vivienda o cuidados)? KING defiende un estándar de vida mínimamente decente —bienestar, autonomía y participación— que exige un umbral de subsistencia saludable²⁸; sin embargo, los ordenamientos han tratado históricamente ese umbral como derecho socioeconómico separado del art. 2, con menor justiciabilidad.

El reconocimiento internacional del nivel de vida adecuado (art. 25 DUDH) y de la mejora continua (art. 11 PIDESC) existe; lo que falla es su implementación: los Estados y los tribunales tienden a leer estas cláusulas como programáticas. De ahí la centralidad del marco de SHUE²⁹: los derechos básicos marcan «la línea por debajo de la cual nadie debe hundirse»; equivalen a una seguridad económica mínima (aire y agua no contaminados, alimentación, vestido, vivienda y salud pública preventiva). Sin ese suelo, el resto de derechos se vuelven ilusorios; son «derechos que se tienen y no se tienen» —la paradoja de la posesión— cuando su disfrute es materialmente imposible³⁰.

¿Por qué no se traduce ese mínimo vital en obligaciones exigibles? Pesan tres inercias: la prueba de causalidad en contextos estructurales, la resistencia a judicializar opciones presupuestarias y una cultura liberal que concibe la vida sobre todo como esfera de libertad negativa. Así, la pobreza estructural, incluso cuando impide la supervivencia, rara vez se interpreta como violación del derecho a la vida, y se desplaza al ámbito de los derechos sociales «débiles»³¹. A la vez, como subraya POGGE³², la pobreza puede ser en sí violación de derechos sostenida por el orden global.

La paradoja se hace visible en la acción estatal: se han perfeccionado protocolos exhaustivos para investigar muertes violentas, pero faltan instrumentos equivalentes para prevenir muertes evitables por privación o abandono. La brecha se agrava porque la reproducción social —trabajos imprescindibles para crear y mantener la vida, muchas veces no pagados ni reconocidos— está en crisis. HOSKYNS/RAI describen el agotamiento cuando las salidas de recursos superan a las entradas por encima del umbral de sostenibilidad³³; y, como advierte FRASER³⁴, un sistema que externaliza el cuidado termina erosionando su propia base.

De ahí que la agenda constitucional deba completar el cuadro: si el núcleo reactivo descansa en protocolos de prevención, control e investigación, el núcleo proactivo ha de apoyarse en un suelo vital garantizado, una responsabilidad pública compartida para asegurar subsistencia y cuidados, y en la reconstrucción institucional del apoyo mutuo como parte de la arquitectura constitucional. Sólo así el derecho a la vida dejará de limitarse a prohibir la muerte para pasar a sostener la vida, material y jurídicamente, conforme a un constitucionalismo de los cuidados.

4. Informar el derecho a la vida y al vivir, una propuesta desde el constitucionalismo del cuidado

El análisis de los apartados anteriores revela una constante: el derecho a la vida, tal como se ha interpretado en la práctica constitucional europea, se ha construido sobre todo como un meca-

27 CESCR, «Issues Arising in The Implementation of The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Poverty and The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights» (13 May 2001) UN Doc E/C.12/2001/10, para 8.

28 Jeff KING, *Judging Social Rights*, Cambridge UP 2012, pp. 29-34.

29 David BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights*, Oxford UP 2007, 184.

30 Henry SHUE, *Basic Rights*, Princeton UP, 1996, 23.

31 Jack DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3.ª ed. Cornell University Press, 2013.

32 Vid. la voz «Global Justice», de Thomas POGGE, en la Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2015, apartado 2.4.

33 Charlotte HOSKYNS / Shirin M. RAI, «Recasting the Global Political Economy: Counting Women's Unpaid Work» (2007) 12(3) *New Political Economy* 297, 300.

34 Nancy FRASER, «Contradictions of Capital and Care» (2016) 100 *New Left Review* 99, 103

nismo reactivo frente a la muerte, más que como una garantía efectiva del vivir. Mientras los sistemas jurídicos han perfeccionado la prohibición de matar y la obligación de investigar muertes ilícitas, mantienen una profunda reticencia a reconocer deberes positivos de protección ante la pobreza, la dependencia o la falta de cuidados.

En los últimos años, diversas autoras han planteado la necesidad de corregir esa asimetría mediante un giro conceptual: el constitucionalismo del cuidado. No se trata de introducir una ética privada en el Derecho, sino de reconocer que la vida humana no puede sostenerse sin estructuras colectivas de interdependencia, y que el Estado constitucional debe organizar y garantizar dichas estructuras. Como sostiene Beth Goldblatt, este enfoque «no consiste en añadir nuevos derechos, sino en reimaginar los ya existentes desde la responsabilidad pública por la sostenibilidad de la vida»³⁵.

Goldblatt ha desarrollado esta lectura comparando tres manifiestos recientes que han marcado la reflexión contemporánea sobre el cuidado: *A Care Manifesto* de Nedelsky y Malleson³⁶, *Feminism for the 99 %: A Manifesto* de Fraser, Bhattacharya y Arruzza³⁷, y *The Care Manifesto: The Politics of Interdependence*, del Care Collective³⁸. Aunque con matices distintos, los tres comparten una tesis central: no habrá democracia sostenible ni justicia social sin una reorganización institucional del cuidado.

El *Care Manifesto*, del Care Collective defiende que una «política del cuidado» debe impregnar las instituciones públicas y privadas, reemplazando la lógica de la competencia por la de la interdependencia. Nedelsky y Malleson, por su parte, proponen repensar la libertad, valor fundacional del constitucionalismo liberal, no como independencia sino como capacidad relacional: la posibilidad de decidir dentro de redes de apoyo que hagan real la autonomía. Fraser, Bhattacharya y Arruzza, en cambio, sitúan el análisis en el plano estructural y denuncian que el capitalismo contemporáneo «devora las bases materiales de su propia reproducción», al subordinar el trabajo de cuidado a la lógica del beneficio.

Goldblatt interpreta estos manifiestos como una hoja de ruta constitucional³⁹. El cuidado aparece en ellos no como un deber moral o un asunto doméstico, sino como un principio de organización del Estado social y democrático, inseparable del derecho a la vida y de los derechos sociales. «El constitucionalismo del cuidado —afirma— desplaza el centro de gravedad desde la producción hacia la sostenibilidad de la vida; del individuo autosuficiente al sujeto interdependiente; del deber de no lesionar al deber de sostener. De este modo, la interdependencia se convierte en una categoría jurídica, capaz de dar contenido al mandato constitucional de garantizar una existencia digna.

Esta lectura enlaza con la reflexión de Joan Tronto, quien ya advirtió que el cuidado «no es un valor accesorio, sino una práctica política que mantiene unida a la sociedad»⁴⁰. Aplicado al derecho constitucional, el argumento sugiere que los cuidados deben dejar de entenderse como una actividad complementaria o residual y pasar a formar parte de los principios materiales de la organización pública. Reconocerlo no supone sentimentalizar el derecho, sino devolverle densidad social: entender que sin cuidados —sin tiempo, servicios, vínculos y recursos— la vida protegida por la Constitución se reduce a mera supervivencia biológica.

Este enfoque no idealiza la vulnerabilidad humana, sino que la toma como un dato político. Nancy Fraser lo formula con contundencia: «un sistema económico que externaliza el cuidado

35 Beth GOLDBLATT, «The Work of Living», cit., 2021, 206-210.

36 Jennifer NEDELSKY y Tom MALLESON, *A Care Manifesto: Political Theory for the 21st Century*, Oxford UP, 2021, pp. 42-45.

37 Nancy FRASER, TITHI BHATTACHARYA y Cinzia ARRUZZA, *Feminism for the 99%: A Manifesto*, Verso, 2019, pp. 19-22.

38 THE CARE COLLECTIVE, *The Care Manifesto: The Politics of Interdependence*, Verso, 2020, pp. 11-15.

39 Beth GOLDBLATT, «Re-imagining the Right to an Adequate Standard of Living: Care as a Constitutional Value», *Human Rights Law Review*, vol. 23, n.º 1 (2023), p. 133.

40 Joan C. TRONTO, *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*, Routledge, 1993, p. 102.

destruye las condiciones de su propia existencia»⁴¹. De ahí que el constitucionalismo del cuidado insista en la necesidad de pasar de la protección negativa a la garantía positiva de las infraestructuras de la vida, entendidas como bienes públicos indispensables: salud, vivienda, alimentación, educación, sostenibilidad ambiental y tiempo de cuidado.

5. Reconocimiento a un magisterio

«No estoy aceptando las cosas que no puedo cambiar; estoy cambiando las cosas que no puedo aceptar», dice Angela Davis, El constitucionalismo del cuidado, entendido como una forma de repensar la vida y el vivir desde la interdependencia, no es un programa cerrado, sino una invitación a mirar de otro modo lo que el Derecho había dejado en sombra. Requiere situar la vulnerabilidad en el centro, no para debilitar las garantías, sino para dotarlas de sentido humano.

En homenaje a la profesora Ángela Figueruelo, este texto se cierra donde empezó: en la convicción de que el Derecho Constitucional sólo cumple su promesa si es capaz de ver lo que estaba fuera de su campo de visión. Su trabajo —sereno y firme— nos recuerda que cuidar también es una forma de justicia, y que proteger la vida no es sólo impedir que se pierda, sino hacer posible que se viva con dignidad.

41 Nancy FRASER, *Cannibal Capitalism: How Our System is Devouring Democracy, Care, and the Planet — and What We Can Do About It*, Verso, 2022, p. 74.

POR UN ESTADO DE DERECHO CON ADJETIVOS

Rafael Estrada Michel

Escribí estas líneas que ahora traigo al día durante 2024, justo cuando mi país, México, enfrentaba —las más de las veces sin saberlo cabalmente— una de las peores crisis constitucionales de su precaria historia democrática. Lo hice con la mente puesta en mis dos grandes influencias salmantinas: mi maestro don Benjamín González Alonso, el iushistoriador contumaz, el liberal irredento que me enseñó, como don Alonso el bueno, a «saber quién soy» (poco más que un amante de la libertad, pero amante al fin), el juvenil referente de lo que para mí fue la transición española en su sentido más audaz y heroico, el profesor maduro que más tarde me contaría cómo fue que conoció a Carl Schmitt, el alemán de la mirada de hierro, y por supuesto, la doctora Ángela Figueruelo Burrieza, la hospitalaria zamorana, la que me enseñó a valorar el ordenamiento constitucional como un *prius* para la dignidad, la que acogió a su tímida *Guardia indiana* de principios de siglo con la convicción de que algo bueno habríamos de hacer con nuestras vidas y con nuestros países. De lo primero, estoy convencido: Salamanca nos prestó lo que la naturaleza nos dio en medida escasa. De lo segundo, como podrá verse a continuación para el caso mexicano, albergo mis serias dudas.

No hay Estado de Derecho si no es constitucional, social y democrático al alimón. Y el Derecho es incapaz de regir si, como nos enseñó la profesora Figueruelo, la tutela judicial no existe o si, existiendo, resulta inefectiva.

En los últimos años se ha revivido en México una antigua controversia que enfrenta a la Constitución con la Democracia. Este debate, que se remonta a la *Teoría de la Constitución* de Carl Schmitt, plantea que el régimen constitucional democrático contiene en sí mismo la semilla de su propia destrucción. Al alborar los terribles años treinta de la pasada centuria, Schmitt argumentaba que un pueblo, hastiado de su sistema democrático, podría derrocar su Constitución con una amplia mayoría de votos, lo que podría conducir a consecuencias desalentadoras.

Para evitarlo, el profesor renano proponía que la defensa de la Constitución recayera en el Presidente del Reich, basándose en la idea de que solo el ejecutivo representaba la voluntad popular y la conciencia política del pueblo. Esta propuesta entraba en conflicto con la visión de Hans Kelsen, también y profesor y también alemán, si bien nacido en Praga, quien abogaba por un control constitucional concentrado a través de un tribunal constitucional, ordenado a proteger los principios republicanos y parlamentarios.

Kelsen sostenía que los jueces, si bien carecen de legitimidad popular directa, poseen una legitimidad democrática indirecta, derivada del orden constitucional. Su papel consiste en argumentar y persuadir a sus colegas sobre la protección de los valores democráticos y constitucionales. Este enfoque contrasta con la elección popular de jueces, que resultan en designaciones influenciadas por intereses políticos. Evitar la partidización del órgano de control concentrado, pero también de los jueces que ejercen un control difuso incluso sobre la convencionalidad, resultaba fundamental en el esquema kelseniano.

El tribunal constitucional, siguiendo la visión de Kelsen, no legisla, pero garantiza la coherencia del sistema normativo con los principios fundamentales. Su función es exigir transparencia en las decisiones administrativas y promover la deliberación libre en un Parlamento plural. Amenazar con procedimientos de responsabilidad política a los jueces que emiten fallos contrarios a ciertos intereses políticos solo socava la independencia judicial y la democracia misma.

Es esencial reconocer que la Constitución no sólo protege los contenidos, sino también los procedimientos parlamentarios, asegurando así la plena participación ciudadana en el proceso democrático. En última instancia, la verdadera libertad política radica en estar sujeto a un orden jurídico en cuya creación se ha participado. Esta es, para Kelsen, la *esencia* y el *valor* de la democracia.

Para garantizar la subsistencia de la democracia, no hay lugar para planes alternativos. El único plan viable es la defensa del Estado constitucional, en consonancia con los principios democráticos y del Estado de Derecho. El Estado constitucional deviene así en el único instrumento capaz de evitar que la democracia se destruya a sí misma. Porque el país es democrático, y para que lo siga siendo, es que la Constitución se coloca por encima de los jueces, pero también de los legisladores.

Existe, es cierto, una relación muy estrecha entre lo electoral y el robustecimiento del Estado de Derecho. En esa encrucijada nos hallamos a lo largo del más reciente bienio mexicano. Como lo denunció el ministro en retiro doctor José Ramón Cossío, es evidente que la pulsión presente, ajena a cualquier preocupación por el gobierno de la ley, radica en el binomio «reforma y perpetuación»: desvirtuación del orden constitucional para la perpetuación en el poder político.

Se percibe perfectamente en el ataque a la proporcionalidad en la integración de las Cámaras legislativas, en la condena irresponsable a los órganos constitucionalmente autónomos que eran reguladores y garantes imparciales, y por supuesto en el desmontaje de nuestra Justicia constitucional, que no debió permitirse.

Por supuesto que muchas instituciones y muchos procedimientos requerían reforma para, entre otras cosas, evitar los excesos. Pero quemar la casa porque no es posible pagar la hipoteca es pésimo alineamiento de las prioridades. Y es olvidar buena parte de las luchas históricas del pueblo mexicano. Pueblo, sí, porque todos somos pueblo. De hecho, un buen consejo para solidificar el Estado constitucional es no permitir que nadie excluya a nadie de la noción de «pueblo», como lo hizo una y otra vez, en trance inculcablemente schmittiano, el expresidente Andrés Manuel López Obrador. Excluir toda exclusión, como proponía en tiempos de similar obscuridad a los nuestros, Ortega y Gasset.

Me centraré, en obvio de tiempo y por las exigencias del texto, en la materia electoral. Sólo apuntaré dos cuestiones más, dadas las últimas revelaciones: urge, para robustecer nuestro Estado de Derecho, recomponer el régimen de responsabilidades de los altos funcionarios de la Justicia y de la cabeza de la Administración, tanto en lo que respecta a las responsabilidades políticas como a las administrativas y penales. Es inconcebible y antipedagógico, en un Estado constitucional, que la confesión de parte no conduzca sino a la nada, esto es, a la impunidad más profunda. También lo es que se pretenda disciplinar a los jueces y compelerlos a ser bocas flacas y exactistas de la ley a través de supuestos «tribunales» que más parecen Comités de revolucionaria Salud Pública que genuinas audiencias o veedurías, así fuesen operadoras de oficio tan poco santo como el de la Inquisición.

Lo que sí urge reformar es la planta del Ministerio público, que las propuestas de la *Cuarta Transformación*, el movimiento político de López Obrador y de la ahora presidenta Claudia Sheinbaum, no tocan ni siquiera cosméticamente. La autonomía de las Fiscalías se ha traducido en feudos inexpugnables, asaz impunes, de los fiscales generales. En lo interno, no hay forma de que un agente del MP conduzca su investigación y su estrategia procesal sin injerencias indebidas del alto mando, que encima suele tener conexiones con el poder político. Ello contraviene los estándares de Naciones Unidas sobre la independencia de jueces, fiscales y abogados e impide una mínima eficacia en el combate a la impunidad.

Vamos a lo comicial. Como parte de la generación de la transición, nuestro objetivo era fortalecer y proteger el ámbito electoral mediante la inclusión de una extensa regulación en el texto constitucional mexicano, que superaba con creces lo habitualmente aceptado en un ordenamiento fundamental. El extenso artículo 41 se convirtió en un compendio de reglas minuciosas, aparentemente destinadas a resguardar parte de la normativa electoral en un país donde la cultura de la credibilidad y el respeto hacia el adversario político era poco común.

Sin embargo, esta amplia regulación generó malentendidos sobre el concepto mismo de *Constitución*. Lo que antes era un instrumento flexible y abierto a la interpretación, portador de principios y valores que debían guiar el resto del ordenamiento legal para conferirle legitimidad, se

convirtió en un catálogo de disposiciones que, en su complejidad y oscuridad, parecían destinadas a desaparecer discretamente debido a los cambios de circunstancias y a la consolidación de la cultura democrática.

El problema residía en que, a partir de menciones simples de principios como la equidad en las contiendas electorales, se derivaba una vasta normativa secundaria que, correctamente interpretada por un legislador consciente de su responsabilidad, habría sido suficiente. Sin embargo, el legislador constituyente optó por un enfoque normativista en lugar de uno basado en principios, lo que resultó en un sistema excesivamente detallado de libertades políticas a nivel constitucional.

Las nuevas mayorías, surgidas de un descontento hacia el sistema electoral, exigieron reformas a la Constitución en materia electoral. Aunque no lograron la autoridad constituyente, lograron obtenerla mediante artificios fraudulentos, que llevaron a una sobrerrepresentación del oficialismo. Como resultado, los opositores debieron preocuparse por evitar que la normativa inconstitucional se aplicara en los comicios a nivel estatal y federal. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación exigía un quorum de seis magistrados para calificar la elección presidencial y la Sala Superior del Tribunal Electoral sólo tenía cinco integrantes. La Constitución no exige tal quorum y hacia julio de 2024 existía mucha incertidumbre en torno a si debían ser suplidos los magistrados que no habían sido nombrados por el Senado de la República que volvía a incumplir, por consigna, con sus deberes constitucionales. Un escenario perfecto para la inestabilidad: a río revuelto, ganancia de autoritarios.

La tarea de la oposición fue complicada. Las vías de impugnación, limitadas y complejas. La legitimidad al proceso estaba (y está) restringida formalmente. El juicio de Amparo era una opción débil debido a la jurisprudencia establecida en materia electoral, y el control abstracto de constitucionalidad resultaba difícil de aplicar. La ciudadanía común carecía (y carece) de medios efectivos para impugnar legislaciones que vulneran sus derechos políticos. Quizá por ahí deberíamos comenzar en un futuro que logre restaurar la democracia.

Las acciones de inconstitucionalidad se presentan como el único mecanismo viable de control abstracto sobre las leyes electorales. Sin embargo, su iniciativa está restringida a minorías parlamentarias, partidos políticos o ciertas instituciones, lo que limita su efectividad en la práctica. El proceso de control sobre la legislación electoral está severamente limitado tanto en términos formales como materiales. La complejidad de los procedimientos y la falta de legitimidad para impugnar estas leyes plantean un desafío significativo para la oposición y para cualquier intento de proteger el Estado constitucional y democrático de Derecho. Resultaba imperativo encontrar soluciones para cerrar estas lagunas y garantizar que el sistema electoral se ajustara a los principios democráticos básicos. Fracasamos.

Esos principios son, como comenzábamos este ensayo, los propios de un Estado de Derecho con adjetivos, los adjetivos «constitucional», «social» y «democrático», la clave para cerrar con éxito nuestro inacabado proceso de transición a la normalidad racional y política. Si Enrique Krauze habló, al mediar los años ochenta del siglo XX, de la necesidad de una «democracia sin adjetivos» (y se entiende porque la nuestra, como la supuesta franquista que denunció Morodo, resultaba plena de calificativos como «orgánica», «militante» o «análoga a nuestra circunstancia», mientras que ayunaba en la inoperancia), hoy necesitamos un Estado de Derecho y una tutela judicial más que adjetivados, hiper calificados, me atrevería a decir. Pero con la reforma judicial que sacaron adelante sobrerrepresentaciones fraudulentas que aprovecharon el abismo que se cernía bajo nuestra legislación electoral, me temo que la tarea se ha vuelto a tornar extraordinariamente complicada, tal como lo fue hace cien años, cuando salíamos apenas de la más que cruenta Revolución Mexicana.

Espíritu republicano: lo que a doscientos años queda

A un poco más veinte décadas respecto del 4 de octubre de 1824, esto es, al bicentenario de la consolidación constitucional de la República y del federalismo, conviene realizar algunas reflexiones con miras a evitar hacer de la Historia un mero ejercicio de evasión, como el que evadía Tomás y Valiente, el maestro de mi maestro. Planteemos, pues, una especie de vademécum de espíritu republicano. Es urgente.

Frente al cambio de régimen en nuestro país, cuya expresión más reciente es la mal llamada reforma judicial, la oposición, partidista o no, debe manifestar una inmovible defensa de la divi-

sión y equilibrio de poderes, sin que transacción o acuerdo alguno en sentido contrario resulte justificable. El reciente movimiento estudiantil nos ha mostrado la ruta. Lastimoso sería desperdiciarla.

Al lado de lo que ya se ha votado con lujo de desprecio por las formas y los fondos de la República, esto es, la eliminación de la Justicia constitucional (las sentencias de Amparo contra leyes ya no tendrán efectos generales) y la ralentización de la independencia judicial mediante elecciones de funcionarios que estarán más preocupados por disciplinarse a través de draconiano tribunal que por impartir genuina Justicia, el oficialismo consiguió la desaparición de los órganos constitucionalmente autónomos en los que varias generaciones de mexicanos cifraron sus esperanzas con miras a la consolidación de la transición a la democracia. Pensemos simplemente en uno que ya descansa en paz, Alonso Lujambio, cuyos empeños en el Instituto Electoral y en el de Acceso a la Información Pública resuenan en los anales de los tiempos más libres que el país haya disfrutado. No debimos consentir regresión alguna en cuestión tan delicada.

En materia de la inconstitucional sobrerrepresentación parlamentaria llamada a seguir aquejando a la Patria en los próximos años, es necesario insistir en la exigencia de que la oposición proteste en todos los medios y ámbitos posibles, aun en los supranacionales, y plantee un cerco de contención a las tentativas autoritarias que con toda claridad se ceban con México. No es válido excusarse tras las enaguas del «acto consumado en forma irreversible».

Aun en franca minoría, un cerco legislativo que resulte oposición eficaz deviene indispensable, y el pueblo no habrá de disculpar su ausencia. Durante la transición democrática se promulgó un muy valioso cauce de libertades fundamentales y de igualdad en la dignidad: la reforma de Derechos Humanos del año 2011. Crecientes voces oficialistas amenazan con una reforma regresiva en la materia del juicio de Amparo que, encima, hará incurrir a México en censura y responsabilidad internacional. La ciudadanía republicana deberá oponerse con toda decisión a un ultraje a tal grado pernicioso, sin permitir que los partidos se distraigan en naderías intestinas para la conservación de sus escasas parcelas de poder.

Lo mismo debemos exigir frente a la iniciativa de reforma constitucional que plantea la desaparición de la representación proporcional en las diversas Legislaturas del país. Defendamos la fortaleza del Congreso de la Unión y de los Legislativos locales. A nuestros representantes actuales y a los que han de venir, digámosles con épica sordina: sentarse en una curul o en un escaño exige, sin traiciones ni debilidades, honrar un legado de patriotismo y coherencia que reivindicamos como patrimonio exclusivo del pueblo de México, como que se trata del legado de Belisario Domínguez, de Heberto Martínez, de Hermila Galindo y de Adolfo Christlieb.

Por último, y sin doblegarnos ante las intenciones subdesarrollistas que plantean volver al modelo económico que privilegiaba ineficientes monopolios centrados en la nula evaluación profesional del impacto de las políticas públicas, insistamos en la exigencia de replantear el modelo de integración socioeconómica para la igualdad en la Justicia y la dignidad, esto es, para el cambio democrático de las estructuras opresivas y mitomaniacas.

Un República auténtica, con un espíritu y una técnica que excluyan toda exclusión, es la Patria a la que hace dos centurias dotó de cimientos sólidos el hoy inexplicablemente preterido José Miguel Ramos de Arizpe, uno de los personajes por virtud de los cuales México puede reivindicar para sí el genio constitucional, diputado a las Cortes de Cádiz y más tarde presidente de la Comisión de Constitución en el segundo Congreso Constituyente mexicano. El inquieto cura saltillense que me enseñó a estudiar González Alonso y me enseñó a valorar Figueruelo Burrieza.

«Estudiar para valorar»: no me disgusta como definición tentativa de los móviles de una genuina Historia constitucional.

Rafael Estrada Michel¹

1 Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca (2000-2004), se doctoró con la tesis *Monarquía y Nación entre Cádiz y Nueva España*.

LA POLÍTICA SOBRE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA: ÚLTIMAS NOVEDADES¹

Dionisio Fernández de Gatta Sánchez²

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.

Sumario. 1. Libertad e igualdad como valores fundamentales de la Unión Europea, plasmados en los Tratados europeos. 2. La Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025. Otras iniciativas. 3. Las normas de la Unión Europea en materia de igualdad y no discriminación. 4. El índice de igualdad de género 2024. Bibliografía.

1. Libertad e igualdad como valores fundamentales de la Unión Europea, plasmados en los tratados europeos

La igualdad y también la libertad son unos valores muy apreciados en todos los países democráticos, reconociéndose en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, aprobada en Filadelfia el 4 de julio de 1776, y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada el 26 de agosto de 1789. Y de ahí, pasarán a las Constituciones modernas de un buen número de países, así como a los textos que formalizan procesos de integración de Estados, como el referido a la actual Unión Europea. Efectivamente, la libertad y la igualdad son unos valores muy apreciados en la Unión Europea, constituyendo, sin duda, piezas esenciales del proyecto de integración, ya que todos los Estados Miembros, y la misma Unión, están firmemente unidos al sistema democrático, al respeto de los derechos fundamentales y al Estado de Derecho.

Los Tratados de las Comunidades Europeas originales, en los años cincuenta del siglo XX, no establecieron una política comunitaria general en materia de igualdad, aunque sí hay algunas referencias en la política social; previsiones que pueden comprenderse por la complicada situación de Europa posterior a la II Guerra Mundial. Pasarían varias décadas hasta que las reformas de los Tratados originales incluyeran referencias al principio de igualdad.

Actualmente, serán los nuevos textos europeos firmados en Lisboa en 2007 los que introduzcan la igualdad, concretamente, en el Tratado de la Unión Europea, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Las referencias al principio de igualdad en el Tratado de la Unión Europea se plasman al más alto nivel al mencionar el sistema de valores y principios que constituyen el eje esencial de la Unión, incluyendo como tales, entre otros, la libertad y la igualdad, la no discriminación y la igualdad entre mujeres y hombres.

¹ Para Ángela Figueruelo Burrieza, con cariño, como homenaje a tu bien merecida jubilación, en agradecimiento a tu amistad, de años, y en recuerdo de las conversaciones en la Facultad y de algunos de tus consejos.

² Dedicado a mi madre y a mi suegra, a mi hermana, a las demás mujeres de mi familia y muy especialmente a mi mujer y a nuestra querida hija.

Seguidamente, son destacables las previsiones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pues, entre sus disposiciones de aplicación general, se prevé que, en todas sus acciones, la Unión tendrá como objetivo eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad, y luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual; permitiendo a la Unión adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Además, el Tratado incluye disposiciones sobre la igualdad en la regulación de la política social europea.

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye referencias directas al principio de igualdad, en el que se integran el derecho de igualdad ante la ley, el principio de no discriminación, el reconocimiento a la diversidad cultural, religiosa y lingüística, y expresamente la igualdad entre mujeres y hombres.

2. La estrategia para la igualdad de género 2020-2025. Otras iniciativas

La Comisión Europea ha elaborado, desde 1982, programas de acción, estrategias y otros documentos generales en materia de igualdad en los que ha establecido la filosofía y las medidas y acciones a adoptar en unos años, siendo después, en su caso, adoptados formalmente, y posteriormente, también en su caso, se van aprobando diversas normas jurídicas de aplicación.

En la actualidad, sobre la base de lo hecho en el pasado, y partiendo de reconocer que los avances en materia de igualdad no son ni inevitables ni irreversibles, la Comisión entendió que debía dar un nuevo impulso a la política de igualdad, y aprobó en 2020 una nueva estrategia hasta 2025, la Comunicación «Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025» [COM (2020) 152 final, Bruselas, 5.3.2020].

La nueva Estrategia establece los objetivos estratégicos y las acciones clave para el periodo 2020-2025, y tiene por objeto lograr una Europa igualitaria desde el punto de vista de género en la que la violencia de género, la discriminación sexual y las desigualdades estructurales entre mujeres y hombres sean cosa del pasado; una Europa en la que mujeres y hombres, niñas y niños, sean iguales, en la que tengan libertad para seguir el camino que elijan en la vida, gocen de las mismas oportunidades para prosperar y puedan participar en la sociedad europea y dirigirla en pie de igualdad.

Además, la Estrategia es la contribución de la UE a la configuración de un mundo mejor en materia de igualdad, y responde al objetivo de desarrollo sostenible relativo a la igualdad de género (n.º 5), a la condición de la igualdad de género como prioridad transversal a todos los ODS, así como al compromiso de la UE con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006

Por otra parte, la aplicación de la Estrategia contiene un planteamiento doble de medidas específicas para lograr la igualdad combinadas con una mayor integración de la perspectiva de género, mediante su inclusión sistemática en todas las fases del diseño de las políticas en todos los ámbitos de actuación de la UE, tanto internos como externos. Como novedad, se prevé que la Estrategia se aplicará utilizando la interseccionalidad—es decir, la combinación del género con otras identidades o características personales y la forma en que estas intersecciones originan situaciones de discriminación singulares— como principio transversal.

La Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 se articula a través de varios ejes-objetivos, incluyendo las medidas concretas a adoptar:

- a) Ni violencia ni estereotipos. La base que sustenta este gran objetivo es que todas las personas deben estar seguros en los hogares, las relaciones personales, los lugares de trabajo, los espacios públicos y en el ámbito digital (internet, redes sociales, etc.); debiendo tener libertad para expresar sus ideas y emociones y para desarrollar los itinerarios educativos y profesionales que elijan sin las restricciones que imponen los estereotipos de género. Para luchar y atajar estos problemas de violencia y estereotipos, la Estrategia plantea las siguientes medidas y acciones: poner fin a la violencia de género y combatir los estereotipos de género.
- b) Prosperar en una economía con igualdad de género. Con el objetivo de lograr una Europa próspera y social, que depende de todos, las mujeres y los hombres deben gozar de igual-

dad de oportunidades para prosperar y ser independientes económicamente, recibir la misma retribución por un trabajo de igual valor, gozar de igualdad de acceso a la financiación y recibir pensiones justas, y, asimismo, deben compartir equitativamente las responsabilidades asistenciales y económicas. La Estrategia establece varios ejes-objetivos en este ámbito, incluyendo las acciones concretas: colmar las brechas de género en el mercado de trabajo; lograr la participación en pie de igualdad en los distintos sectores de la economía, y abordar la brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres

- c) Igualdad en los puestos de mando en todos los ámbitos de la sociedad. Las empresas, las comunidades y los países deberían estar dirigidos tanto por mujeres como por hombres, en toda su diversidad, ya que el hecho de ser mujer u hombre no debe influir en la elección de carrera profesional. La Estrategia, como en los casos anteriores, incluye varias medidas concretas relativas a lograr el equilibrio de género en la toma de decisiones y en la política.
- d) Integración de la perspectiva de género y la perspectiva interseccional en las políticas de la UE. Partiendo de la idea de que todos los grandes retos que afronta actualmente la UE, como las transiciones verde y digital o el cambio demográfico, tienen una dimensión vinculada con la igualdad, la Estrategia considera que es imprescindible incluir una perspectiva de igualdad en todas las políticas de la Unión, ya que esa integración garantiza que las políticas y los programas europeos extiendan el potencial de toda la ciudadanía, en toda su diversidad (hombres, mujeres, niños).
- e) Acciones de financiación para avanzar en la igualdad de género en la UE. La Estrategia prevé el uso de los instrumentos financieros para apoyar las medidas y acciones previstas. Además, entre otras, se prevé que, en las orientaciones de la Comisión en materia de contratación pública socialmente responsable se incluyan medidas y criterios contra la discriminación y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en las licitaciones públicas.
- f) Abordar la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres en todo el mundo, para lo que la Comisión promueve la igualdad y el apoyo a las mujeres en las asociaciones internacionales de la UE, los diálogos políticos y sobre derechos humanos con terceros países, la política comercial, así como en las políticas de vecindad y de ampliación, y en las acciones en situaciones de fragilidad, conflicto y emergencia.

Debe resaltarse, asimismo, la creación de un portal digital de seguimiento de la Estrategia [<https://composite-indicators.jrc.ec.europa.eu/ges-monitor>], que incluye mucha información sobre su aplicación.

Asimismo, es destacable la Estrategia europea de cuidados, presentada por la Comisión el 7 de septiembre de 2022, cuya finalidad es garantizar unos servicios asistenciales de calidad, asequibles y accesibles en toda la Unión Europea y mejorar la situación tanto de las personas que reciben cuidados como de las personas que los cuidan, de forma profesional o informal.

Por otra parte, el inicio del nuevo mandato de la Comisión y las prioridades políticas establecidas en sus Directrices Políticas para 2024-2029 representan una oportunidad para reafirmar los valores, el compromiso y la continuidad de la UE en lo que respecta al avance de los derechos de las mujeres, y, en base a las mismas, a la Estrategia citada y a los derechos y valores fundamentales establecidos en los Tratados y en la legislación de la UE, o que pueden requerir nuevas medidas. La Comisión adoptó, el 7 de marzo de 2025, la Hoja de ruta sobre los derechos de la mujer [COM (2025) 97 final, y Anexo, Bruselas], cuya finalidad es impulsar futuros esfuerzos para garantizar que los derechos de la mujer y la igualdad de género ocupen un lugar central en las políticas y acciones de la UE. La Hoja de ruta, en su Anexo, establece como objetivos políticos defender y promover varios principios clave de los derechos de la mujer y de la igualdad (Anexo: Declaración de principios para una sociedad con igualdad entre los géneros): 1) ausencia de violencia de género, 2) alcanzar los máximos estándares en materia de salud, 3) igualdad salarial y empoderamiento económico, 4) conciliación de la vida familiar y profesional y cuidados, 5) igualdad de oportunidades de empleo y condiciones de trabajo adecuadas, 6) educación inclusiva y de calidad, 7) participación política y representación igualitaria, y 8) mecanismos institucionales que garanticen los derechos de la mujer. Proporciona una base para el desarrollo de medidas jurídicas y políticas específicas en la Estrategia para la Igualdad de Género después de 2025 y más allá, y para inspirar políticas sensibles al género en otras iniciativas de la Comisión.

Finalmente, la Comisión ha publicado el Informe de 2025 sobre la igualdad de género en la UE [SWD (2025) 67 final, Bruselas, 7.3.2025], que realiza un balance de las principales iniciativas desde marzo de 2024 hasta febrero de 2025 para avanzar en la igualdad de género en los ámbitos clave de la Estrategia para la igualdad de género, tales como poner fin a la violencia de género y desafiar los estereotipos, prosperar en una economía con igualdad de género, liderar por igual en todos los ámbitos de la sociedad, integrar la perspectiva de género y la financiación, y promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres en todo el mundo.

3. Las normas de la Unión Europea en materia de igualdad

Actualmente, la Legislación europea en esta materia constituye un pilar esencial de la política de no discriminación y de igualdad de oportunidades en toda la Unión, incluyendo la igualdad entre mujeres y hombres, y regulando una amplia gama de cuestiones, que permiten garantizar la observancia de tales principios, y llevar a la práctica las ideas de los textos estratégicos señalados.

Las primeras normas específicas en materia de igualdad se aprobaron en los años 70 y 80 del siglo XX, en el marco de la política europea en materia social y de empleo, en materia de igualdad de retribución (1975) y sobre igualdad de trato en el acceso al empleo, a la formación y promoción profesional, y a las condiciones de trabajo (1976); ambas ya derogadas.

Seguidamente, se aprueba, en 1978, la Directiva sobre la aplicación de la igualdad de trato en materia de seguridad social. En este mismo contexto, se adoptó, en 1984, una Recomendación relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer, pero sin carácter vinculante. A continuación, en 1986, se aprobarían las Directivas sobre la igualdad de trato en los regímenes profesionales de seguridad social no incluidos en la anterior y entre quienes ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad; actualmente derogada.

Teniendo en cuenta la importancia de la protección de las mujeres en determinadas situaciones, se aprobaría la Directiva, en 1992, para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y, en 1996, la Directiva que aplicó el Acuerdo Marco sobre el permiso parental, de 1995, de las Organizaciones Interprofesionales UNICE, CEEP y CES. Asimismo, este mismo año, se aprobaría una Recomendación, sin valor vinculante, sobre la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión. Por otra parte, una Directiva de 1997, actualmente derogada, regulará la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

Sin perjuicio de la trascendencia de las anteriores, indudablemente, las normas más importantes en materia de igualdad de trato se aprobarán en el siglo XXI, fruto de las nuevas Estrategias adoptadas por la Comisión y asumidas por las restantes Instituciones europeas.

Efectivamente, la etapa actual se inicia con una Decisión de 2000, relativa al equilibrio entre hombres y mujeres en los Comités y Grupos de Expertos creados por la Comisión. Asimismo, se aprobará la Directiva sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

A continuación, teniendo en cuenta la estrecha relación entre el principio de igualdad de género con la política europea de derechos humanos, se aprobaría, en 2004, un Reglamento, ya derogado, sobre el fomento de la igualdad entre el hombre y la mujer en la cooperación al desarrollo. Mayor trascendencia general tiene la Directiva, adoptada también en 2004, que aplica el principio de igualdad de trato al acceso a bienes y servicios y su suministro, al tener por objeto crear un marco para combatir la discriminación sexual en el acceso a bienes y servicios y su suministro, con la finalidad de que se aplique en los Estados Miembros el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Seguidamente, se aprobará en 2006 la importante Directiva sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; refundiendo y sustituyendo a algunas de las citadas.

En 2010, se aprobarán la Directiva, ya derogada, que aplicó el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, de 2009, y que había derogado la Directiva de 1996, sobre esta misma materia, y la Directiva que aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, en relación con ámbitos no cubiertos por otras normas anteriores.

Siguiendo esta evolución normativa, en los últimos años, se han aprobado algunas de las normas más importantes en materia de igualdad y no discriminación, algunas después de largos debates y procesos de tramitación. Así, se aprobó la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (DOUE L 188, 12.7.2019), cuyo objetivo es establecer requisitos mínimos para lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional, y, para ello, establece algunos derechos individuales relacionados con diversos permisos (paternidad, parental remunerado y para cuidadores) y la ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor; previéndose asimismo fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores.

Asimismo, se adoptó la Directiva (UE) 2022/2381, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas (DOUE L 315, 7.12.2022), cuya finalidad es lograr una representación más equilibrada de mujeres y hombres entre los administradores de las sociedades cotizadas mediante el establecimiento de medidas eficaces dirigidas a acelerar el progreso hacia el equilibrio de género, al tiempo que concede a las sociedades cotizadas un plazo suficiente para adoptar las disposiciones necesarias a tal efecto; no aplicándose ni a las microempresas ni a las pequeñas y medianas empresas.

Por otra parte, se ha aprobado la Directiva (UE) 2023/970, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento (DOUE L 132, 17.5.2023), que establece los requisitos mínimos para reforzar la aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor entre hombres y mujeres, y la prohibición de discriminación, en particular mediante la transparencia retributiva y el refuerzo de los mecanismos para su cumplimiento.

Finalmente, destacando que la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica constituyen un importante problema en la sociedad actual, tanto a nivel general como europeo, mediante la Decisión (UE) 2023/1075, del Consejo, de 1 de junio de 2023 (DOUE L 143 I, 2.6.2023), se procedió a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a las instituciones y la administración pública de la Unión, y se aprobó, un año después, la Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (DOUE L, 2024/1385, 24.5.2024), que prevé medidas para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, y, más concretamente, establece normas mínimas relativas a la definición de los delitos y de las sanciones en los ámbitos de la explotación sexual de mujeres y menores y de la delincuencia informática, a los derechos de las víctimas de todas las formas de violencia contra las mujeres o de violencia doméstica antes de los procesos penales, durante su transcurso y durante un período de tiempo adecuado tras tales procesos, y a la protección y el apoyo a las víctimas, la prevención y la intervención temprana.

4. El índice de igualdad de la Unión Europea de 2024

La situación actual de la igualdad en la Unión Europea es muy positiva, tal como han señalado los documentos estratégicos mencionados, aunque esto no significa que la igualdad se haya conseguido completamente, ya que sigue habiendo problemas, algunos de los cuales se han agravado durante la pandemia del COVID-19 (2020-2023); además, actualmente la incertidumbre económica y social, a nivel mundial, provocada por la sangrienta invasión rusa de Ucrania (2022), los ataques terroristas contra Israel (2023) y la guerra entre Irán e Israel (2025), plantea un panorama general no muy halagüeño, que incide negativamente también en los avances en igualdad.

Para evaluar la situación real de la igualdad en la Unión Europea y en sus Estados Miembros, el Instituto Europeo de la Igualdad de Género, creado en 2006, elabora anualmente el índice de igualdad de género [<https://eige.europa.eu/gender-equality-index/about>], que constituye una útil herramienta ya que permite medir los avances en igualdad de género en la UE a lo largo del tiempo

(concretamente, desde 2013), pues cada año otorga una puntuación (hasta 100) a la UE y a los Estados Miembros, que se basa en las brechas entre mujeres y hombres y los niveles de éxito en seis dimensiones principales relativas a trabajo, dinero, conocimiento, tiempo, poder y salud, y dos ámbitos adicionales: violencia contra mujeres y desigualdades interseccionales.

En el índice de igualdad de 2024, la Unión Europea ha obtenido una puntuación de 71.0, que supone 0.8 puntos en comparación con la edición anterior del índice, y que la sitúa en el puesto 12 junto con los 27 Estados Miembros; encabezándolo Suecia (82), seguida de Dinamarca (78.8) y Países Bajos (78.8), y resaltando que España está en el cuarto puesto (con un 76.7). En cuanto a los ámbitos concretos del índice, la UE obtiene un 88.6 en salud (llegando al 97.6 en la subdimensión de acceso a los servicios de salud, y un 91.5 en estado), un 83.4 en dinero (llegando a un 89.2 en la subdimensión de situación económica) y un 74.2 en trabajo, siendo, sin embargo, las puntuaciones más bajas las relativas a la dimensión de poder (61.4) y sobre todo a la de violencia (31.2). Desde 2010 (incluyendo los Estados de la última ampliación, con puntuaciones muy bajas), en que obtuvo un índice de 63.1, la UE ha avanzado hasta un 71.0, siendo las puntuaciones más bajas las correspondiente al poder, con 55 puntos, y a la violencia, con un 31.2, y debiendo resaltarse que el índice general ha mejorado con respecto a 2020 (en que obtuvo un 67.4).

En relación con nuestro país, y a pesar de las reiteradas declaraciones oficiales de los responsables gubernamentales en materia de igualdad planteando un panorama muy negativo en esta materia, la situación de España en el índice 2024 de la UE [<https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2024/country/ES>] no es en absoluto mala, sino más bien muy positiva, pues, con 76.7 puntos, ocupa la cuarta posición del índice general, 5.7 puntos por encima de la puntuación media de la UE; destacando en materia de salud (91.0) y de poder (82.0), aunque el índice de violencia es muy bajo (25.8). Desde 2010, España ha experimentado un aumento significativo de 10,3 puntos en su puntuación global, debido en gran medida a las mejoras en el dominio del poder (+29.4 puntos) y en el dominio del tiempo (+9.6 puntos), y, desde 2021, la puntuación ha aumentado en 0.3 puntos, manteniendo su 4.ª posición; siendo la mejora en el dominio monetario (+1.2 puntos) el principal impulsor de este incremento; si bien, las puntuaciones en otras áreas se han mantenido estables.

Ciertamente, hay que seguir avanzando en este camino, que viene de años, para alcanzar los objetivos en esta materia, y las previsiones de la Estrategia sobre igualdad 2020-2025 y las nuevas normas suponen avances importantes en materia de igualdad y no discriminación en la Unión Europea.

Bibliografía básica

EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY-EIGE:

Impact driver: Marking milestones and opportunities for gender equality in the EU, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2025.

Institutional mechanisms that deliver on gender equality and gender mainstreaming, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2025.

Evidence to Action: Gender equality and gender mainstreaming in the COVID-19 recovery, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2023.

ELÍAS MÉNDEZ, C., «La igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), y otros, *Estudios sobre el Estado social y democrático de derecho: Liber Amicorum Gregorio Cámara Villar*, tomo I, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2024, págs. 487-504.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.:

«Los compromisos de la Unión Europea sobre las personas mayores», en FERNANDO PABLO, M. M. (Dir.), y otros, *La Administración de los cuidados-Libro homenaje a la Profra. Dolores Calvo Sánchez*, Ed. Colex, La Coruña, 2025, pp. 45-60.

«Últimos avances en la política sobre igualdad de la Unión Europea», en GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª Á. (Coord.), y otros, *La transversalidad de la igualdad en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, prólogo de Tomás QUINTANA LÓPEZ, Ed. Atelier, Barcelona, 2023, pp. 37-59.

- «La política sobre igualdad y no discriminación de la Unión Europea: de las primeras medidas a los últimos avances», *La Ley Unión Europea (Wolters Kluwer)*, n.º 103, 31 de mayo de 2022, 44 págs.
- «La igualdad en la Unión Europea: un principio bien entendido y aplicado», *Diario La Ley (Grupo Wolters Kluwer)*, n.º 7207, 30 de junio de 2009, 10 págs.
- «El principio de igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea: evolución y régimen vigente», en REGUERO CELADA, J., y GARCÍA TRASCASAS, A., (Coords.), y otros, *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Estudios*, Ed. Comares, Granada, 2008, pp. 29-80.
- «El principio de igualdad de género en la Unión Europea», en FUIGUERUELO BURRIEZA, A., IBAÑEZ MARTÍNEZ, M.ª L., y MERINO HERNÁNDEZ, R. M.ª (Eds.), y otros, *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Ed. Comares, Granada, 2007, pp. 143-192.
- FUIGUERUELO BURRIEZA, Á.** (Dir.), y otros, *Enseñar en igualdad de género. Aspectos multidisciplinares*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.
- FUIGUERUELO BURRIEZA, A., IBAÑEZ MARTÍNEZ, M.ª L. y MERINO HERNÁNDEZ, R. M.ª** (Eds.), y otros, *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Universidad de Salamanca-Ed. Comares, Granada, 2007
- FIGUERUELO BURRIEZA, Á. e IBAÑEZ MARTÍNEZ, M.ª L.** (Eds.), y otros, *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Universidad de Salamanca-Comares, Granada, 2006.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., LÓPEZ DE LA VIEJA, T., BARRIOS, O., VELAYOS, C. y CARBAJO, J.** (Eds.), y otros, *Las mujeres en la Constitución Europea. Estudios multidisciplinares de género*, Ed. Universidad de Salamanca y Centro de Estudios de la Mujer, Salamanca, 2005.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª Á.:**
- Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural*, Ed. Atelier, Barcelona, 2020.
- La mujer ante el siglo XXI. Una perspectiva desde el Ordenamiento Jurídico-Administrativo*, Ed. Abecedario, Badajoz, 2006.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª Á. y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.:**
- «Luces y sombras sobre la propuesta de Directiva de 14 de noviembre de 2012 relativa al equilibrio entre hombres y mujeres en las empresas», *Diario La Ley (Grupo Wolters Kluwer)*, n.º 8008, 24 de enero de 2013, pp. 6-12.
- «El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de empresas: a propósito de la iniciativa europea de 14 de noviembre de 2012», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 20/2012, pp. 179-212.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª Á.** (Dir.), y otros:
- Agenda 2030. Desarrollo sostenible e igualdad*, prólogo de Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- La mujer ante el ordenamiento jurídico. Soluciones a realidades de género*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.
- GRAU PINEDA, M.ª DEL C.**, «La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 y la brecha en las pensiones», *Trabajo y Derecho*, n.º 73/2021,
- JABBAZ, M.**, «Las políticas de igualdad en la Unión Europea. Fases, perspectivas y agenda», en BAR CENDÓN, A., y MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M. (Coords.), y otros, *La Unión Europea ante la crisis: Derechos, valores, seguridad y defensa*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 85-116
- ORTIZ LALLANA, C.**, «Igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 47/2003, pp. 99-109.
- PRECIADO DOMÉNECH, C. H.**, *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2016.
- RAMOS QUINTANA, M. I.** (Dir.), y otros, *Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2020:

RAMOS QUINTANA, M. I., «La nueva Estrategia Europea para la Igualdad: orientaciones, iniciativas y acción política bajo el mandato de von der Leyen», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 66/2020.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (Dir.), ÁLVAREZ CUESTA, H. (Coord.), y otros, *Trabajo y género. Transiciones justas hacia la igualdad laboral real*, Ed. Colex, La Coruña, 2024.

APUNTES SOBRE UNA POSIBLE REFORMA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA CON RELACIÓN A LAS CUESTIONES DE GÉNERO

José Julio Fernández Rodríguez

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Santiago de Compostela*

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Cuándo reformar una constitución? 3. La Constitución española de 1978. 4. Decisiones previas ante la posible reforma. 5. Propuesta de reforma. 6. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

Resulta sorprendente que la mitad de la humanidad, esto es, las mujeres, haya estado discriminada por su propia condición femenina. Una mirada diacrónica permite corroborarlo en casi todos los lugares del planeta. Sorprendente y absurdo porque tal discriminación hipotecó parte del progreso social y del crecimiento económico. No sólo se trata de una injusticia individual, sino también de un obstáculo colectivo para el desarrollo humano, que exige un compromiso constante que parece todavía no alcanzado en el presente siglo.

La reacción ante ello comenzó en Occidente hace poco más de un siglo, lográndose avances significativos gracias a movimientos feministas, reformas legales y tratados internacionales. En este sentido, debe destacarse la extensión del sufragio a las mujeres y la incorporación a las constituciones de la prohibición de esa discriminación. Pese a ello, en una valoración genérica, en el siglo XXI la brecha persiste en salarios, representación y seguridad personal. En muchos lugares, las mujeres siguen enfrentando barreras culturales y legales que perpetúan la subordinación, sobre todo en Asia y África, dónde en algunos países la mujer es tratada jurídicamente como un objeto. No cabe duda de que «estos problemas de discriminación, entre lo que destaca la violencia de género, son una amenaza para los derechos fundamentales, como la vida, la integridad física y psíquica, la salud o la seguridad personal, además de tener negativos efectos en el bien económico y social de víctimas y de la propia sociedad en su conjunto»¹.

En este orden de cosas, se constata que aún resta por hacer en términos de igualdad, tolerancia o inclusión, percibiéndose asimismo cierta banalización y relativización ante la violencia de género, la falta de corresponsabilidad o la no presencia equitativa entre hombres y mujeres. Incluso, podemos hablar de cierto estoicismo que claudica ante la falta de resolución definitiva de tales problemas. Como constitucionalistas no debemos asumir esta posición (o esa derrota), sino esforzarnos por avanzar, mejorando las líneas y medidas ya marcadas u ofreciendo nuevas alternativas o soluciones. Es de justicia ya que el propio constitucionalismo olvidó en muchos momentos a

¹ Fernández Rodríguez, José Julio, *Decálogo sobre los retos de los derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, apartado III.5.2.a.

la mujer, a pesar de las explícitas reivindicaciones en esa dirección². Este trabajo intenta ser una aportación en positivo para reparar parte de tales inaceptables olvidos. En todo caso, por limitaciones de espacio, mostramos a continuación nuestras ideas resumidas, dejando para otro lugar la explicación más extensa.

2. ¿Cuándo reformar una constitución?

Al margen de las cuestiones técnicas de la categoría de reforma de la constitución, en lo que ahora nos concierne es procedente efectuar un comentario sobre cuándo se hace necesaria o conveniente la reforma de una constitución. Entendemos que, al menos, en dos supuestos.

En primer lugar, teniendo presente que la carta magna regula los aspectos esenciales de la sociedad, entonces si esta cambia debería modificarse aquella. Concretar tal idea puede ser más impreciso de lo que parece, además de no generar consenso entre las fuerzas políticas. Desde una aproximación teórica una sociedad cambia cuando se transforman de manera significativa y sostenida en el tiempo los valores, las normas, las estructuras o los comportamientos colectivos que la caracterizan. Lo que antes se consideraba normal, legítimo o natural deja de serlo y es sustituido por nuevas formas de entender y organizar la vida colectiva. La dinámica de la realidad sufre transformaciones ineluctables, lo que impide ver a la constitución como eterna. «Las constituciones necesitan adaptarse a la realidad, que se encuentra en constante evolución»³. Loewenstein, aun reconociendo la imposibilidad de establecer criterios generales de la necesidad de reforma, asevera claramente que «las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas son las responsables de que una norma constitucional, que parecía razonable y suficiente en el momento de crear la Constitución, haya perdido su capacidad funcional y tiene que ser, por lo tanto, completada, eliminada o acoplada de alguna otra manera a las nuevas exigencias e interés de un desarrollo sin fricciones que el proceso político»⁴. En fin, resulta evidente «la necesidad de establecer mecanismos que permitan la reforma de la constitución para que su devenir corra paralelo al contexto en el que se aplica»⁵.

En este sentido en España podemos detectar un cambio de esta envergadura con la transformación de la familia y de los roles de género desde finales del siglo XX hasta la actualidad: la legalización del divorcio (1981), la despenalización parcial del aborto (1985), el matrimonio igualitario (2005), la composición equilibrada en elecciones (2007), distintas medidas de acción positiva (como en el ámbito del trabajo en 2015) y la mayor incorporación de la mujer al trabajo y la vida pública han modificado profundamente las estructuras familiares y las concepciones de igualdad. A su vez, más recientemente, la Ley Orgánica 2/2024 ha establecido nuevas normas para la representación paritaria y la presencia equilibrada de mujeres y hombres en diversos ámbitos, incluyendo la política y la economía (elecciones, órganos constitucionales, órganos directivos administrativos, consejos de administración y alta dirección en sociedades cotizadas).

2 El caso tal vez más conocido sea el de Olympe de Gouges (ese es su nombre literario, nació como Marie Gouze), autora de la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana en 1791. Dicho texto fue un alegato audaz contra la exclusión femenina en la Francia revolucionaria, reclamando para las mujeres la plena igualdad jurídica y política respecto a los hombres. Inspirada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el texto denunciaba la incoherencia de una revolución que proclamaba libertad, igualdad y fraternidad mientras mantenía a la mitad de la población sometida a la tutela masculina. En sus artículos, de Gouges defendía que las mujeres debían gozar de los mismos derechos en el matrimonio, la educación, la propiedad y, sobre todo, en la participación política, exigiendo su acceso a la ciudadanía activa. La obra subrayaba que la diferencia de sexos no podía justificar desigualdades jurídicas y que sin la inclusión de las mujeres en la esfera pública no había auténtica democracia ni justicia. Su compromiso con la libertad y su oposición a los excesos del Terror la llevaron a la guillotina en 1793.

3 DE VEGA GARCÍA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 59.

4 LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 170.

5 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y AUZMENDI DEL SOLAR, Montserrat, «Reforma constitucional y Constitución española de 1978», en Del Rosario Rodríguez, Marcos (coord.), *Supremacía constitucional*, Ciudad de México, 2009, p. 92.

En segundo lugar, la reforma también puede ser necesaria cuando los actores político-sociales consideran que existen (o deberían existir) nuevas percepciones o interpretaciones que deben de incluirse en la función transformadora de la constitución. Así las cosas, se procede a su reforma para tratar de cambiar esa realidad existente insatisfactoria y promocionar el progreso que marca el sentido de la revisión de que se trate. Esta reforma puede potenciar esa función transformadora de una constitución, una función que muestra su capacidad para no limitarse a organizar los poderes del Estado, sino también para orientar el cambio social y político de una comunidad en una dirección determinada. Más allá de su dimensión normativa inmediata, una constitución puede actuar como un proyecto de futuro, fijando valores, principios y objetivos que buscan modificar las estructuras existentes y generar nuevas realidades colectivas. La constitución no solo refleja un pacto político en un momento histórico concreto, sino que también se convierte en un instrumento de ingeniería institucional y social, capaz de impulsar la evolución de las costumbres, los derechos y las expectativas ciudadanas hacia un modelo de convivencia más avanzado.

Sea como fuere, las constituciones deben reformarse pocas veces para que no se vea afectado el propio principio de supremacía y la confianza en su inviolabilidad. Así también lo ve Hesse cuando indica que resulta peligroso para la fuerza normativa de la Constitución «la tendencia a la frecuente revisión» de esta norma «so pretexto de necesidades políticas aparentemente ineluctables»⁶. Pero al mismo tiempo, aunque los preceptos contenidos en los textos constitucionales, habitualmente abiertos, ofrecen amplio margen a la interpretación, esta última tiene sus límites.

3. La Constitución española de 1978

Como es sabido la Carta Magna de 1978 concibe la igualdad desde varias perspectivas y naturalezas. Esta categoría aparece como valor (art. 1.1), como principio (art. 14), como derecho (art. 14, derecho a la igualdad de trato y derecho a la no discriminación), y como criterio competencial (art. 149.1.1.º). Por su parte, la igualdad como principio permite diferenciar entre igualdad formal (art. 14) e igualdad material (arts. 9.2, 49.1).

La palabra «mujer» se encuentra en tres preceptos: 32.1 (igualdad entre hombre y mujer para contraer matrimonio), 49.2 i. f. (necesidades específicas mujeres con discapacidad), y 57.1 (preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona). Y la palabra «sexo» aparece también en otros tres: 14 (no discriminación), 35.1 i. f. (no discriminación en el trabajo), 57.1 (sucesión a la Corona).

Como se ve, la terminología empleada por la Carta Magna es la tradicional al seguir la línea de lo masculino y, además, una lógica binaria. No podía ser de otra forma al redactarse en 1978. Ahora ello puede abordarse de otra manera, como mostramos en el apartado siguiente. La Constitución de 1978, según hemos dicho, consagra distintas cuestiones sobre la igualdad, sobre todo la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminaciones por razón de sexo. No obstante, se ha criticado que ello es sobre todo una articulación formal que se ha mostrado insuficiente para despejar ambigüedades interpretativas y garantizar, de modo inequívoco y duradero, la transformación de desigualdades estructurales que afectan la vida cotidiana de las mujeres. En todo caso, como recuerda Figueruelo, «en el año 78 la Constitución fue redactada por hombres y para hombres»; «las 27 mujeres parlamentarias presentes en las cámaras se hicieron lo que pudieron, pero sus fuerzas eran escasas»⁷. Es hora de revertir tal déficit.

4. Decisiones previas ante la posible reforma

Antes de exponer los distintos puntos que proponemos para reformar nuestra Constitución, abordamos en este apartado una cuestión clave que incide en el contenido y en la forma de redactar esa propuesta de reforma.

6 HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 68.

7 FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, en VV. AA., «Encuesta sobre la igualdad entre hombres y mujeres», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 43, 2019, p. 55.

En efecto, en la actualidad parece haberse superado la tradicional lógica binaria, que imponía dos realidades por categoría. Para explicarlo debemos recordar y distinguir las cuatro categorías que se exponen a continuación⁸. La diferencia entre tales conceptos radica en que cada uno describe un aspecto distinto de la sexualidad y la identidad de las personas:

- Sexo: hace referencia a las características biológicas, anatómicas y fisiológicas (cromosomas, genitales, hormonas) que se utilizan tradicionalmente para clasificar a las personas como hombres o mujeres al nacer. Sin embargo, existen personas que combinan genitales masculinos y femeninos o personas con cromosomas XXY o XO (intersexuales).
- Orientación sexual: describe la atracción o preferencia afectiva, erótica o sexual hacia otras personas. Puede dirigirse hacia personas del mismo sexo (homosexualidad), del otro sexo (heterosexualidad), de más de un sexo o género (bisexualidad, pansexualidad), o no manifestarse (asexualidad).
- Identidad de género (o identidad sexual): es la vivencia interna que una persona tiene de sí misma como hombre, mujer, una combinación de ambos, ninguno, u otra identidad distinta, con independencia del sexo asignado al nacer. Se relaciona con el «quién soy» en términos de género, a cómo se siente alguien. A los que coincida su identidad y sexo biológico se les llama cisexuales, en otros supuestos puede hablarse de bigénero, demi-género o agénero.
- Expresión de género: es la forma en que una persona manifiesta externamente su género a través de la apariencia, la vestimenta, los gestos, el lenguaje, la conducta o la forma de relacionarse. Puede coincidir o no con las expectativas sociales asociadas al sexo asignado. Lo andrógino sería lo que está a medio camino entre lo masculino y lo femenino en una especie de línea en cuyos extremos estarían estas dos categorías.

Por lo tanto, el sexo es biológico, la orientación sexual se refiere a quién te atrae, la identidad de género a quién eres, y la expresión de género a cómo lo muestras al mundo.

Así las cosas, jurídicamente hablando, parece que debemos dilucidar si nos mantenemos en la visión tradicional o suscribimos la postura no binaria. Ambas posiciones tienen bases epistemológicas diferentes, por lo que el análisis no es un acto de mera voluntad. Por un lado, la realidad claramente no es binaria, por lo que la apuesta por las nuevas visiones es más acorde con ella, al margen de que se asienta en la libertad de cada persona de decidir, sobre todo en su identidad de género, claramente subjetiva. El sistema jurídico, entonces, debe recoger y amparar tal realidad. Sin embargo, ello no puede suponer consecuencias negativas para los logros que en una larga evolución hemos alcanzado en la lucha contra la discriminación de la mujer. Si la adquisición de la condición del género mujer sólo se basa en una manifestación de voluntad, abrimos la puerta al fraude de ley y a la ineficacia de las previsiones de discriminación positiva en favor de la mujer. Este es el evidente riesgo de la Ley española 4/2023, que se encuentra en una difícil encrucijada, que puede parecer irresoluble. Ambas alternativas se basan en derechos fundamentales y principios constitucionales.

En efecto, el conflicto entre la plena libertad de género y la protección de la mujer plantea una tensión entre el derecho de toda persona a vivir y expresarse conforme a su identidad de género y la necesidad de garantizar espacios, medidas y políticas específicas dirigidas a la protección de las mujeres frente a discriminaciones históricas y violencias estructurales. Desde el punto de vista jurídico-constitucional, la solución para por aplicar en los conflictos concretos que se planteen, técnicas de ponderación entre principios en conflicto, buscando fórmulas que permitan una armonización práctica.

La clave quizá radique en entender que ambas posiciones responden a realidades distintas pero compatibles: las personas trans y no binarias deben ver reconocida su identidad y acceder en igualdad a los derechos; al mismo tiempo, las políticas específicas de protección a las mujeres siguen siendo necesarias mientras persistan la violencia de género y las desigualdades estructurales. El reconocimiento de nuevas identidades y derechos no debe erosionar en ningún caso las

8 Para más precisiones puede verse nuestro libro ya citado *Decálogo sobre los retos de los derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, apartado III.5.1.

conquistas históricas de la igualdad de las mujeres, sino integrarse en un marco común de lucha contra toda discriminación.

En consecuencia, la solución razonable pasa por diseñar políticas públicas y marcos normativos inclusivos, que reconozcan y protejan a la diversidad de identidades de género, pero sin desnaturalizar la categoría jurídica de mujer como sujeto de derechos y políticas específicas contra la desigualdad estructural. Se trata de un ejercicio de equilibrio entre libertad individual y justicia social, que exige precisión jurídica, sensibilidad social y diálogo constante entre colectivos.

Por todo ello, en las propuestas que mostramos a continuación, tenemos en cuenta ambas posiciones, aunque como se verá en alguna no es posible ya que un equilibrio permanente en estas cuestiones es ciertamente difícil.

5. Propuesta de reforma

A continuación, exponemos de manera sucinta, en distintos puntos, nuestra propuesta de reforma desde este punto de vista que adoptamos en este trabajo. Buscamos una especie de equilibrio entre las nuevas realidades y la visión prospectiva y transformadora⁹.

Desde la doctrina, partiendo de cierta obsolescencia constitucional actual, se ha considerado como necesario «un cambio constitucional desde el punto de vista del género»¹⁰. Nosotros no entendemos que la Carta Magna esté obsoleta, más bien vemos una falta de actualización, lo que da lugar a que resulte conveniente y aconsejable la reforma en esta temática. Parece que esta posición es la que también sigue Paloma Biglino, que afirma que «la situación de la mujer puede mejorar sin reformar la Norma fundamental»¹¹. Sea como fuere, no deja de ser innegable el poder simbólico de la Constitución, «un poder que no es en absoluto despreciable»; «como no se puede despreciar tampoco la fuerza normativa del texto constitucional, ni su capacidad para ser el espejo de la sociedad que la prueba, así como proyección de su proyecto político»¹².

* El lenguaje

El lenguaje no es inocuo. Entendido como código de signos, conforma palabras que pueden crear realidades estableciendo los límites y las posibilidades de lo pensable y lo decible. Nos permite organizar el mundo, legitimar instituciones, normalizar conductas o cuestionarlas.

Habitualmente el lenguaje ha sido sexista, es decir, discrimina u oculta a alguno de los sexos, sobre todo a la mujer, lo cual trasvasado al ámbito jurídico generó una situación muy criticable. El lenguaje jurídico está construido sobre estructuras patriarcales, que hizo que lo masculino fuera lo normal y lo normativo y lo femenino la excepción a la norma. Pero de igual forma, el lenguaje no sólo tiene poder para crear sino también para transformar, por lo que podemos cambiar su uso para construir otro tipo de relaciones y de cultura.

Proponemos el uso de un lenguaje neutro e inclusivo, con expresiones como «se reconoce», «se garantiza», «quienes», «todas las personas» o «la ciudadanía», a lo largo de todo el texto constitucional. No podemos ahora reflejar esta multitud de modificaciones, pero creemos que queda clara la idea¹³.

9 En el apartado de publicaciones científicas de la página web de la Red Feminista de Derecho Constitucional, hay una sección sobre la reforma constitucional que contienen varias referencias de trabajos, que algunos citamos en este. <https://feministasconstitucional.org/publicaciones-cientificas/> Obras que abordan la reforma constitucional desde la temática que ahora nos interesa, por ejemplo, Rodríguez Ruiz, Banca, *Género y Constitución*, Juruá, Lisboa, 2017; Gómez Fernández, Itziar, *Una constituyente feminista*, Marcial Pons, Madrid, 2018; VV. AA., *Cuadernos de la Fundación Giménez Abad*, número extraordinario 5, 2017; o Gómez Sánchez, Yolanda (coord.), *Estudios sobre la reforma de la Constitución en su cuarenta aniversario*, Thomson Reuters, 2018.

10 BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, en VV. AA., «Encuesta...», *op. cit.*, p. 52.

11 BIGLINO CAMPOS, Paloma, en VV. AA., «Encuesta...», *op. cit.*, p. 53.

12 GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, en VV. AA., «Encuesta...», *op. cit.*, 59.

13 En el caso de la regulación de la monarquía habrá que optar por los términos dobles y aludir al «Rey o la Reina» (art. 57.4 CE) o a «Príncipe o Princesa» (art. 57.2 CE).

Otra opción sería introducir expresiones propias de lo meramente binario, como «hombres y mujeres», «españoles y españolas», o términos en esa línea doble, lo cual también responde a cierta perspectiva de género femenina. Sin embargo, vemos más adecuado lo anterior, no sólo por resultar más satisfactorio gramaticalmente sino también porque en este tema del lenguaje es oportuno no suscribir la lógica binaria.

*** Reforma art. 14 CE**

Entendemos que habría que efectuar dos acciones: una reforma de la actual literalidad y un añadido a lo ahora prescrito. En el primer caso, esta es la propuesta:

«Todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, orientación, identidad o expresión de género, religión, opinión u otras condiciones o circunstancias de similar trascendencia».

En segundo lugar, como hemos anunciado, sugerimos añadir a este art. 14 CE un nuevo párrafo para elevar a nivel constitucional el compromiso con la igualdad real, no sólo la formal, respecto a la mujer. Sería el siguiente:

«Los poderes públicos garantizarán la igualdad sustantiva y la eliminación de todas las formas de discriminación, directa o indirecta, contra las mujeres».

Aquí, como se ve, nos mantenemos en la lógica binaria para que quede clara la necesidad de actuar para superar la histórica discriminación de la mujer. Al enfatizar el compromiso con la eliminación de todas las formas de discriminación se refuerza el carácter absoluto de la prohibición, sin admitir excepciones ni ambigüedades. Al añadir la distinción entre discriminación directa e indirecta, se reconoce explícitamente que la desigualdad no se produce solo mediante actos manifiestamente excluyentes, sino también a través de normas o prácticas aparentemente neutras que, en la práctica, perpetúan la subordinación de las mujeres.

Es cierto que el art. 9.2 aborda la igualdad material, pero vemos oportuno introducir el párrafo indicado en el art. 14 para especificar la problemática de mujer y conectar lo formal y lo material con relación a ello. Figueruelo también ha defendido el acercamiento entre los postulados formales y materiales de la Constitución¹⁴.

*** Artículo sobre igualdad hombre y mujer**

Proponemos la introducción de un precepto específico sobre la igualdad entre hombre y mujer. Ello lo vemos necesario para dar cobertura constitucional explícita a políticas de igualdad, cuotas, paridad, medidas laborales, etc., al margen de la igualdad sustantiva del subapartado anterior y al margen de la propia ampliación de la igualdad formal que también sugerimos antes.

«Los poderes públicos garantizarán la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida pública y privada, y adoptarán las medidas de acción positiva cuando sean necesarias para la eliminación de desigualdades estructurales».

También nos mantenemos en la lógica binaria para no perder efectividad en el específico esfuerzo de superar la discriminación de la mujer. En todo caso, como se ve, hablamos tanto de vida pública como privada, y aludimos a acciones positivas si resultan necesarias siguiendo una lógica temporal.

*** Artículo sobre tolerancia y diversidad**

Se propone igualmente un nuevo artículo sobre tolerancia y diversidad, que debe ser coherente con la libertad de género:

«Se garantiza la diversidad en las orientaciones e identidades de género con base en los estándares democráticos y el respeto de los derechos de terceros y de las personas menores de edad».

14 FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, «La igualdad compleja en el constitucionalismo del siglo XXI», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 38, 2008, p. 44.

En todo caso debemos procurar que la opción de la autonomía de la voluntad para establecer la identidad sexual o de género (autodeterminación de género o *gender self-ID*) no implique una merma de los derechos de las mujeres y genere posibles fraudes. Otras previsiones que sugerimos en este trabajo tratan de evitar esta terrible consecuencia, como el nuevo apartado del art. 14 o el nuevo artículo específico sobre igualdad entre hombre y mujer

*** Educación en igualdad, art. 27 CE**

La educación de calidad es la clave para construir sociedades verdaderamente democráticas. En cierto sentido, la educación lo es todo. Como asevera Figueruelo, resulta «Imprescindible para avanzar en una sociedad más justa y solidaria el derecho a la educación en igualdad»¹⁵. Así proponemos un nuevo párrafo en el art. 27.2 CE, partiendo de la libertad de género:

«Se perseguirá una educación de calidad, inclusiva, tolerante, no sexista, igualitaria, que forma en la libertad de género».

*** Garantía de la paridad**

«Los poderes públicos garantizarán la composición paritaria de los órganos colegiados de representación política, administrativa y judicial».

En principio esta paridad se refiere a hombre y mujer, aunque la formulación propuesta es abierta y podría evolucionar en el futuro hacia un entendimiento diferente. No obstante, para mantener pragmatismo en la dinámica institucional, no resulta aconsejable acudir a una paridad no binaria. De lo contrario, el funcionamiento práctico se haría tal vez inabordable. Además, la mención explícita a los tres ámbitos —político, administrativo y judicial— garantiza un alcance amplio y homogéneo.

*** Derecho a vivir sin violencia de género**

Optamos por un nuevo precepto para recoger este derecho:

«Toda persona tiene derecho a una vida libre de violencia, en cualquiera de sus formas y ámbitos. Los poderes públicos adoptarán medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género».

La mención expresa a la violencia de género es de enorme relevancia. No se trata solo de proteger contra la violencia en sentido genérico, sino de reconocer que existe una forma específica de violencia que afecta a las mujeres por el hecho de serlo y que responde a patrones estructurales de desigualdad. Su inclusión constitucional implicaría que esta realidad no puede ser negada ni relativizada por cambios coyunturales en la política legislativa, y que el Estado tiene el deber permanente de prevenirla, sancionarla y erradicarla.

*** Matrimonio igualitario, art. 32 CE**

Postulamos una reforma del art. 32.1 CE para que quede redactado de este modo:

«Todas las personas tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica».

*** Reforma del derecho al trabajo, art. 35.1 CE**

El trabajo es una de las actividades sociales cotidianas que más incide en el conjunto de la población, por lo que debe tener distintas previsiones en la Constitución. Proponemos la reforma de su art. 35.1:

«Se reconoce el derecho al trabajo... sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo, género u orientación sexual».

15 FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, en VV. AA., «Entrevista...», *op. cit.*, p. 56. Esta autora ha dirigido un libro sobre este tema: FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela (dir.); DEL POZO PÉREZ, Marta (dir.); RAMOS HERNÁNDEZ, Pablo (coord.), *Enseñar en igualdad de género*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

* Derecho al cuidado

Este derecho es uno de los que se han propuesto en los últimos años en el marco de la mayor sofisticación del Estado Social, y al que nosotros ya le dedicamos atención en otro lugar¹⁶. Es importante avanzar en este ámbito para corregir las desigualdades estructurales en el trabajo doméstico, que también se extiende a la conciliación. En efecto, como apunta Marrades «el cuidado ha sido siempre realizado por las mujeres y ello ha supuesto una limitación en el ejercicio de sus derechos que ha afectado al derecho a la igualdad»¹⁷.

En este sentido proponemos un nuevo precepto:

«1. Se reconoce a todas las personas el derecho al cuidado, entendido como el derecho a cuidar, a ser cuidadas y a cuidarse a sí mismas, a lo largo de toda la vida y en condiciones de dignidad, igualdad y respeto a la autonomía personal.

2. Los poderes públicos garantizarán la protección efectiva de este derecho mediante la adopción de políticas que aseguren el acceso equitativo a servicios y apoyos de cuidado, prestando especial atención a las situaciones de dependencia, discapacidad, infancia, vejez y otras circunstancias de vulnerabilidad.

3. El trabajo de cuidado, tanto remunerado como no remunerado, será objeto de reconocimiento social, jurídico y económico. Los poderes públicos fomentarán su valoración, redistribución y profesionalización, promoviendo la igualdad entre mujeres y hombres.

4. La ley regulará la organización y funcionamiento de un sistema público de cuidados, que asegure la corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y las familias, así como la participación activa de las personas destinatarias de dichos cuidados.

5. Se promoverá la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como la adopción de medidas que eliminen los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio del derecho al cuidado en condiciones de igualdad real y efectiva».

* Reforma de la sucesión a la Corona, artículo 57.1

Uno de los lugares comunes en la doctrina por lo que se refiere a la hipotética reforma constitucional es sin duda este. De este modo, resulta imprescindible eliminar la discriminación de la mujer en la sucesión a la Corona, lo que pudo tener un sentido pragmático en 1978 (por los hijos e hijas que había en ese momento de Juan Carlos), pero que ahora no se sostiene.

Por lo tanto, proponemos suprimir en dicho precepto «*el varón a la mujer, y en el mismo sexo...*». Entonces, así quedaría la parte final: «*en el mismo grado, la persona de más edad a la de menos*».

* Reforma del consorte, art. 58

Por último, sugerimos la modificación del art. 58 CE para que equiparar el/la cónyuge del Rey o la Reina:

«*El Rey consorte o la Reina consorte no podrán asumir funciones constitucionales, salvo lo dispuesto para la Regencia*».

6. Conclusiones

Los cambios sociales acaecidos en las últimas décadas en el tema de género y la necesidad de asentar esta nueva realidad por medio de la vocación transformadora de la constitución hacen aconsejable reformar la Constitución española vigente. Se trata de una reforma conveniente y en buena parte necesaria.

Hemos propuesto alguna reforma de los preceptos existentes y varios añadidos, tanto de párrafos a artículos actuales como artículos nuevos. Y hemos tratado de encontrar un equilibrio entre

16 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Decálogo sobre los retos de los derechos fundamentales*, op. cit., apartado III.6.6.

17 MARRADES PUIG, Ana, «La ética del ciudadano, la igualdad y la diversidad. Valores para una Constitución del siglo XXI», en Marrades Puig, Ana (coord.), *Retos para el Estado constitucional del siglo XXI: derecho, ética y políticas del cuidado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 17.

la imprescindible lucha contra la específica discriminación de la mujer y la libertad de género. Así, en unos de los casos propuestos nos anclamos en lo primero, y otros respondían a la libertad de género. Hemos intentado ser claros en ello en el apartado anterior 5. Creemos que esta combinación es casi la única solución a la problemática actual, que no puede caer en maniqueísmos doctrinales y epistemológicos para optar de forma excluyente por uno de los dos entendimientos.

Así, es preciso mejorar la posición de la mujer en la Constitución española: actualizar su lenguaje, refinar el principio de igualdad y no discriminación, incluir derechos al cuidado y a la paridad, potenciar la educación, posicionarse sobre la tolerancia y la diversidad, reconocer la violencia de género como una vulneración constitucional, o hacer más eficaz la igualdad real. Toda esta batería de medidas y propuestas servirán para consolidar el compromiso de la sociedad española con la igualdad efectiva, pero también nos van a exigir resolver la cuestión epistemológica que enfrenta la lógica binaria y la lógica no binaria en el tema de género. Como dijimos, ello se trata de una cuestión previa antes de abordar las específicas reformas que se propongan para nuestro texto constitucional. Nosotros, insistimos, hemos optado por tratar de equilibrar ambas posiciones.

En todo caso, la hipotética y futura reforma constitucional debe estar presidida por el consenso para dotarse de la máxima legitimidad. En un tiempo de polarización y creciente conflictos político-partidista no debemos olvidar que una reforma constitucional no debe articularse contra nadie. El riesgo de polarización política y las dificultades de alcanzar consensos necesarios para una reforma constitucional no deben excluir el estudio inicial de las reformas, como en el caso que nos ocupa. Es cierto que el proceso exige amplitud de apoyos y pedagogía pública, y por ello la estrategia de reforma debe combinar argumentos basados en derechos con la presentación de evidencias empíricas sobre los beneficios económicos, democráticos y sociales de la igualdad efectiva. La experiencia normativa reciente en España, como en paridad o representación equilibrada, demuestra que las transformaciones alcanzables con amplios consensos institucionales generan estabilidad jurídica y social. Por ello, la apuesta por una reforma constitucional puede ser entendida como la culminación de una trayectoria normativa ya iniciada.

En definitiva, aguardamos que este trabajo sea útil en la importante misión de aclarar y perfilar una futura y deseable reforma constitucional en España que avance en la igualdad de la mujer y en las cuestiones de género.

DE LA ARBITRARIEDAD. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO PODER PÚBLICO¹

Marcos Matías Fernando Pablo

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

1. Introducción

Arbitrario es, en castellano, «lo sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la Ley o la razón». Y algo más profundamente, la negación del derecho (de la ley) en su forma, como quería RADBRUCH². Pero, tras haber laboriosamente investigado las menciones históricas de esa voz, ha podido decirse que representa la *negación perfecta* de cualquiera de las versiones históricas del Estado de Derecho. En la tradición del constitucionalismo europeo-kelseniano «la transformación de las constituciones programáticas en constituciones normativas supuso un avance importante en la lucha por controlar el poder arbitrario y garantizar la libertad de los ciudadanos»³. El papel de los Tribunales Constitucionales debería ser, por tanto, garantizar la lucha contra *la arbitrariedad* incluso del propio legislador democrático⁴.

No preguntemos a nuestro hispano *Zabalita* cuando se arruinó el Estado Derecho del 78. Examinemos sus consecuencias mediante la crítica parcial de una resolución de nuestro Tribunal Constitucional como si fuera *un poder público más*; un pronunciamiento que, por su forma de construirse, me atrevo a calificar de *arbitrario* en cuanto elude la función propia del tribunal y la jurisdicción constitucional. La lectura de la sentencia STC 137/2025 (Ley Orgánica de amnistía) arroja la impresión de que se retrocede en el tiempo en la afirmación de la fuerza normativa de la

1 Con esta nota me sumo al libro jubilar de la profesora Angela FIGUERUELO BURRIEZA. Compañera de muchos años, participe de aquellos tiempos en los que nuestra generación creía en la *fuerza normativa* de la naciente Constitución; maestra que supo extraer lo mejor de nuestro texto constitucional, académica ejemplar y, amiga.

Quiero recordar su dedicación a la Universidad de Salamanca y a la *nueva frontera* que esta institución encontró en la lucha contra las modernas discriminaciones, haciéndose así parte trascendental del presente y futuro de una más que centenaria vocación institucional, que se llamará, en ocasiones, por referencia al pasado, «Escuela de Salamanca».

2 RADBRUCH, G.: *Filosofía del derecho*. EDESA. Madrid 1944 2.ª ed. Traducción de la tercera edición alemana de *Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1932

3 RUIZ ROBLEDO, A.: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XLIII, el texto citado continua: «Por esa incapacidad de controlar jurídicamente la arbitrariedad del poder político democrático que, en general, sucedía en todos los Estados europeos, Hans Kelsen propuso a principios del siglo XX la creación de un Tribunal Constitucional que revisara —solo si había controversia política— si una determinada ley se había mantenido dentro de los límites de la constitucionalidad...».

4 Se atribuye a Benjamin FRANKLIN la idea de que el intento de fundar la obligatoriedad jurídica sobre una simple mayoría parlamentaria pone en peligro la libertad: «La democracia son dos lobos y un cordero votando sobre qué se va a comer. La libertad es el cordero, bien armado, impugnando la votación».

Constitución (la interpretación de la legislación ordinaria *desde* la Constitución, no a la inversa) y en el entendimiento del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Tampoco el lector de aquella sentencia puede desembarazarse rápidamente de la sensación de que el Tribunal parece sentirse *soberano absoluto* de la interpretación jurídica.

2. La arbitrariedad del poder como noción constitucional

En el contexto español, a diferencia de la arbitrariedad de la administración o del poder judicial⁵ (poderes públicos respecto de los cuales pronto quedó claro no sólo la conexión de la igualdad con la prohibición de arbitrarias distinciones, sino también la exigencia de justificación expresa de la decisión, bien por relación a un precepto legal que generaliza una solución, bien a un *criterio expreso y generalizable* que sirva de justificación) el debate sobre la arbitrariedad de legislador, quedó, desde muy temprano, marcado por el aparente *disvalor* del principio y la reducción de su contenido que resulta de la inicial polémica entre RUBIO LLORENTE y GARCIA DE ENTERRIA⁶ y por la propia jurisprudencia del TC que, a la altura de 2021 (STC 159/2021), podría sintetizarse así:

«...cuando se formula un reproche de arbitrariedad al legislador, ha de extremarse el cuidado en nuestro enjuiciamiento, pues el pluralismo político y la libertad de configuración del autor de la ley son también bienes constitucionales que debemos proteger. Por ello *hemos exigido, generalmente, dos condiciones para que, en estos casos, prospere la objeción de inconstitucionalidad: por un lado, que quien formule esa censura, la razone en detalle, ofreciendo una justificación en principio convincente para destruir la presunción de constitucionalidad de la ley impugnada; y, por otro, desde un punto de vista material, que la arbitrariedad denunciada sea el resultado bien de una **discriminación normativa**, bien de la carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada...*».

El Legislador sólo es arbitrario si discrimina normativamente sin razón y *el recurrente* demuestra detalladamente la falta *absoluta* de racionalidad de la norma.

3. Reglas, decisiones justificadas en reglas o en criterios generalizables. La STC 137/2025 (y la prohibición de «salvoconductos»)

La estructura interna de la prohibición de arbitrariedad, por debajo de los matices de su aplicación a los diferentes poderes públicos, presenta el siguiente diseño: La decisión del poder debe venir precedida de una regla (ya constituya norma positiva o principio, ya sea de un criterio jurídico *generalizable*, que implica «*el compromiso implícito de atenerse a la misma solución en casos semejantes*»)⁷. El momento de creación de la norma o del criterio debe ser previo y anterior al enunciado de su aplicación. En ausencia de esta *justificación* cada solución singular, cada acto de

5 Indispensables, en este punto, son las contribuciones de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TR, y, entre ellas, *De la arbitrariedad de la Administración* (Civitas, Madrid 2008, quinta edición de la obra que se remonta, en igual editorial, a 1994), *Del arbitrio y la arbitrariedad judicial* y *De la arbitrariedad de Legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Civitas, Madrid 1998

6 La exposición de dicha polémica, junto con los antecedentes del principio, en GARCIA DE ENTERRIA, E.: «¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota» en *Revista de Administración Pública*, 124 (1991), artículo de imprescindible lectura sin la cual no se comprende la función del principio, su razón de ser —que va más allá de la simple prohibición de discriminaciones legales no justificadas como contenido del principio de igualdad— y la virtualidad normativa directa del mismo. La nota responde a una contribución de RUBIO LLORENTE (*Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad*, en *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa, Centro de Estudios Judiciales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 199) que calificaba el principio de «recepción poco meditada de terminologías extranjeras», «episodio curioso», o «aporía, cuyo contenido era en todo equivalente al principio de igualdad entendido como prohibición de desigualdades no justificadas».

7 Vid. ATHIAS, CHR.: *Contra arbitrariedad, teoría*, EDESA, Madrid 1988, pg. *Contra arbitrariedad, teoría*, EDESA, Madrid 1988, pg. 27

poder, se presenta como fruto de un decisionismo puro y *arbitrario* en la medida en que responde al simple ejercicio del poder⁸.

La STC 137/2025 termina fallando, tras contestar a las alegaciones en contra de los recurrentes, en favor de la constitucionalidad de la amnistía, si bien aprecia la inconstitucionalidad y nulidad del art. 1.3. párrafo segundo, de la Ley 1/2024⁹ en la medida en que la cláusula del párrafo segundo del art. 1.3:

«carece de conexión suficiente con la razón justificativa de la amnistía, pues esta *no puede explicar racionalmente que unos ciudadanos reciban del legislador una habilitación para continuar sus actividades criminales en el futuro*, en contraste con el resto de los ciudadanos, que deben sujetar sus futuras acciones a las normas penales vigentes. *En otras palabras, unos ciudadanos quedan sometidos en lo sucesivo a las disposiciones del Código penal y otros no, consecuencia esta que ha de reputarse desmedida y, en tal sentido, discriminatoria*».

Diríase que la LO 1/2024 no resulta constitucional, en este punto, en cuanto formula un «*salvo-conducto*», para el futuro, de quienes iniciaron la comisión de hechos punibles en el ámbito temporal de la amnistía¹⁰.

No examinaremos la totalidad de la sentencia, pero sí el fundamento jurídico primero apartado 3 A (alegaciones relativas a que la amnistía no cabe en la Constitución). El Tribunal expone la posición del Abogado del Estado conforme a la cual «*el Tribunal Constitucional no ha cuestionado la constitucionalidad de esta figura, sino que, al contrario, ha declarado que se trata de «una manifestación del ejercicio del derecho de gracia» y que «no hay restricción constitucional directa sobre esta materia»* (STC 147/1986, FJ 2)¹¹. Sobre esta premisa (en realidad, *falsa*, pues esa sentencia citada por el Abogado del Estado califica expresamente a la amnistía como *una medida general de gracia*, mientras el ATC 32/81, FJ 2, ya había afirmado que *las medidas generales de gracia están prohibidas por la Constitución*), el Tribunal procede a exponer lo que llama «doctrina constitucional en materia de amnistía» (con omisión del ATC 32/81), de la que debe retenerse en particular, la conclusión de que la amnistía tiene un «*carácter excepcional y complejo*, así como las diferencias que dicha institución presenta respecto del indulto».

Desde esta afirmación, se pasa a examinar «la compatibilidad de la amnistía con la Constitución y las consecuencias de la ausencia de una previsión constitucional expresa en materia de amnistía»; se añade, «... en definitiva, *el legislador puede regular toda materia que la Constitución no prohíba explícita o implícitamente*, y termina destacando «... en definitiva, *el legislador puede regular toda materia que la Constitución no prohíba explícita o implícitamente. Respetando este límite, ningún contenido puede considerarse exento de la posibilidad de que el Parlamento*

8 Toma plena sentido aquí la «fórmula trascendental del derecho público» kantiana: «*Las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas, si su máxima no admite publicidad...* El principio citado es, además, simplemente «negativo»; es decir, que sólo sirve para conocer lo que «no es justo» con respecto a otros. Es, como los axiomas, cierto, pero indemostrable, y además muy sencillo de aplicar». Vid. KANT, I. *La paz perpetua*. Apendice II. Madrid, Espasa Calpe, 1979.

La regla (la máxima de la acción) debe ser adoptada previamente y ser susceptible de pública exposición y generalización «*una máxima que no puedo manifestar en alta voz, que ha de permanecer secreta, so pena de hacer fracasar mi propósito; una máxima que no puedo reconocer públicamente sin provocar en el acto la oposición de todos a mi proyecto; una máxima que, de ser conocida, suscitaría contra mí una enemistad necesaria y universal y, por tanto, cognoscible a priori; una máxima que tiene tales consecuencias las tiene forzosamente porque encierra una amenaza injusta al derecho de los demás*». La ausencia de estas condiciones hace que la acción «no sea justa», es decir, arbitraria en sí misma.

9 «Los actos cuya realización se hubiera iniciado antes del día 13 de noviembre de 2023 también se entenderán comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley, *aunque su ejecución finalizase con posterioridad a esa fecha*»

10 Pero, evidentemente, introducida la posibilidad de leyes de amnistía, nada obstaculiza a que, en el futuro, esas conductas sean amnistiadas por acto legislativo ulterior.

11 La citada Sentencia examina otra cuestión, la de si un acto posterior podría precisar el régimen de una amnistía preconstitucional, por lo que el tema era si se han vulnerado, con la ley postconstitucional, otras previsiones constitucionales, y no la prohibición de la medida de amnistía.

lo atraiga hacia sí»¹². A continuación, descarta los argumentos de los recurrentes respecto de la prohibición *implícita* (el argumento *ex* prohibición de indultos generales, los trabajos parlamentarios en torno al art. 62-2 i CE, la reserva de jurisdicción, las exigencias del principio de igualdad...) puesto que no encuentra una prohibición expresa.

La línea argumental es, en este punto, *arbitraria* por dos razones: Por una parte, la libertad de configuración del legislador, incluso entendida como vinculación negativa a la Constitución, no alcanza, no puede alcanzar, a **establecer excepciones** no incluidas o amparadas en la Constitución. Calificada expresamente por el TC la amnistía como medida *excepcional*, la Ley que la establece supone una norma de ese carácter (la propia Ley menciona la «necesidad de abordar una situación excepcional»), que necesita habilitación constitucional.

Los ejemplos habituales de normas constitucionales que excepcionan otras reglas (la ruptura del principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo constitucionalmente *exceptuada* por las reglas sucesorias de la Corona de España, art. 57), quizá ocultan el hecho cierto de que la vinculación del Legislador a la Constitución (también del propio Tribunal Constitucional, arts. 9 CE y 1 de la LOTC), **en el caso de normas excepcionales**, sólo puede venir habilitada por la Constitución misma, sólo puede formularse como *vinculación positiva*: Así lo hemos argumentado en otra lejana ocasión respecto del ordenamiento militar: Del art. 8, 25, 26 y 28 de la Constitución se siguen la posibilidad de normas diferentes, capaces de excepcionar otras normas generales constitucionales. La posibilidad de sanciones no penales «privativas de libertad» (tales como las contenidas en la LO 8/24), las diferentes «especialidades» que resultan para el ordenamiento militar del reconocimiento de la «jerarquía y disciplina militar» ex art. 28 C.E, son reglas constitucionales positivas, normas que habilitan reglas excepcionales, cuya presencia en el ordenamiento infra constitucional se fundamentan justamente, en la «vinculación positiva» del Legislador a la Constitución y únicamente en ese contexto¹³.

La afirmación enfática del voto mayoritario en la STC 137/2025 de que «*el Legislador puede regular toda materia que la Constitución no prohíba explícita o implícitamente ...*» es falsa: Hay contenidos que el Legislador no puede introducir por ser constitucionalmente admisibles únicamente en la medida en que se presenten amparados por una excepción constitucional expresa. En materia de derecho de gracia, el único fundamento constitucional que permite su aplicación (frente a otros preceptos constitucionales) radica en la admisión de indultos particulares.

Pero, por otra parte, ignorando este criterio, (y formulan indiscriminadamente la vinculación negativa del legislador a la Constitución) el voto mayoritario resulta *arbitrario* por situar al legislador en el plano mismo del poder constituyente. Al introducir la constitucionalidad de una **excepción** no amparada en la norma fundamental (en efecto la ley de amnistía supone una excepción, entre otras normas constitucionales, a la fuerza obligatoria de las resoluciones jurisdiccionales, art. 118 CE, y al propio art. 117-3 pues juzgar y *hacer ejecutar lo juzgado* corresponde exclusivamente a jueces y tribunales), lo que el voto mayoritario está afirmando es la posible existencia de **excepciones implícitamente** admitidas por la Constitución, excepciones a normas y principios constitucionales que pueden ser activadas por el poder legislativo, simple poder público «constituido», tal como lo entendíamos hasta ahora.

Sobre este punto, debe destacarse la esencial jurisprudencia previa del propio Tribunal que tanto contribuyó, entre nosotros, a destacar la fuerza normativa de la Constitución. Me refiero a la STC 76/1983, también citada por el Tribunal, extractando justamente los párrafos que conviene a su argumentación, pero omitiendo lo que resulta esencial:

«Las Cortes Generales pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello, pero esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución, y, en todo caso, *lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso*

12 Previamente, el voto mayoritario debe argumentar una muy discutible «vinculación negativa» del legislador a la Constitución, cuestión que mezcla con la idea de la libertad de opción política que corresponde al legislador.

13 Vid. FERNANDO PABLO, M. *et aliter*: «El control jurídico constitucional de la transición militar», vol. IV de las *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1988.

en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador»¹⁴.

Como ya queda apuntado, el TC en la 137/2025 se ve atrapado en su propia doctrina al tener que declarar la inconstitucionalidad del precepto de la LO 1/2024 que declaraba comprendido entre las conductas amnistiables los actos realizados antes del día 13 de noviembre de 2023 *aunque su ejecución finalizase* con posterioridad a esa fecha (que determinaba el ámbito temporal final de la medida de gracia). El argumento es ahora la necesidad de evitar que unos ciudadanos *queden sometidos en lo sucesivo a las disposiciones del Código penal y otros no, consecuencia esta que ha de reputarse desmedida y, en tal sentido, discriminatoria*. Pero ¿no resultan discriminatorias o desmedidas las consecuencias de la inviolabilidad del monarca, art. 56-3 CE y, sin embargo, admisibles, en virtud de previsión constitucional expresa? Solo si el constituyente hubiera mencionado, como excepción, la amnistía, y no mediante la introducción de una norma legal, serían constitucionalmente válidas sus consecuencias, pese a ser discriminatorias.

Es el propio Tribunal el que se demuestra a sí mismo que la regla de que el legislador puede establecer cualquier regulación que no choque expresa o implícitamente con la Constitución no resulta aplicable: Sin previsión constitucional el Legislador ordinario no puede establecer normas que supongan excepciones. Dicho de otra forma: *No hay, en la Constitución, excepciones «implícitas» que pueda activar el Legislador ordinario*¹⁵.

4. La Constitución abierta. La fuerza normativa de la Constitución y su efecto fundacional

La sentencia sobre la LO de amnistía ha sido comentada, en ocasiones, desde el campo de la teoría de la constitución y del derecho público¹⁶ por la introducción de la categoría «constitución

14 Fundamento jurídico 4 de la STC 76/83 (recurso previo sobre la LOAPA) que continua, con esta afirmación: «Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél». En este párrafo se fundamenta nuestra anterior afirmación de que, en esta ocasión, el Tribunal Constitucional elude su propia función constitucional. La citada sentencia tuvo como Ponente a D.ª Gloria BEGUÉ CANTON, y pese a que el Proyecto de Ley contaba con el acuerdo de los dos partidos entonces mayoritarios, alguna fuerza argumental tuvo en la ponencia y en texto resultante, el hecho de que «la posibilidad de este tipo de Ley fue explícitamente rechazado por nuestros constituyentes cuando un voto particular partidario de introducir en el texto constitucional la previsión de una Ley orgánica definitoria del marco en que deberían situarse los Estatutos fue derrotado tanto en la Comisión como en el Pleno del Congreso de los Diputados» (F.J. 2 b). El lector apreciará también que la posibilidad de introducir expresamente la amnistía en el texto del 1978 fue desechada conscientemente por el Constituyente.

15 Lo que sí existe es un gran campo de preceptos constitucionales sometidos a una muy amplia apreciación política por el legislador y susceptible de interpretación constitucional evolutiva. Seguramente, en 1978, la mención al matrimonio en los arts. 39.3 y 32 podía interpretarse en el sentido de que el matrimonio entre personas del mismo sexo no resultaba admisible en la Constitución. En el caso francés, el *Conseil Constitutionnel* en 2011, mantuvo la vigencia del *Code civil* que definía el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, con el argumento de que no resultaba contrario a la Constitución. Posteriormente, en 2013, el propio *Conseil* valida la constitucionalidad de la Ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

16 Que sepamos, fue A. RUIZ ROBLEDO, comentando la ponencia de la posterior sentencia, quien comenzó, en un artículo de prensa («Adiós, Constitución normativa; bienvenida, Constitución abierta», *El Español*, 4 de junio 2025) a criticar la aplicación de la categoría «constitución abierta», recordando la construcción previa de Lucas VERDU (*La Constitución abierta y sus enemigos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1993). Este último autor dirigió la tesis doctoral de U.C NUÑO (2002) después publicada como *La constitución abierta como categoría dogmática*, Bosch Sevilla 2005. La misma expresión «Constitución abierta», con sentido totalmente ajeno, se utilizaba para describir el contexto «constitucional» del franquismo (*vid.*, por todos, ARAGONESES, A. y CERDÁ SERRANO, J.: «Un país

abierta» (fdo jdo 3.2.2. in fine) desde la cual el TC, (con cita de la anterior STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 12) argumenta que la falta de atribución de una determinada potestad a un órgano no equivale a su prohibición¹⁷. No estoy muy seguro de que ese sea el significado profundo y original de la categoría, pero así entendida la *apertura* de la Constitución Española, me resulta evidente que afecta al entendimiento del art. 1-2 del propio Texto Fundamental: Los poderes públicos solo disponen de las potestades que el pueblo español, actuando como Poder Constituyente, les otorgó en 1978.

El Texto Fundamental no es una norma suprema o superior que se lance sobre un poder previo, preexistente, cuyas potestades se *limiten* por obra de la Constitución. Si así fuera, no habríamos perdido únicamente buena parte de las consecuencias históricas de la afirmación de la fuerza normativa de la Constitución¹⁸, habríamos perdido la «voluntad de constitución», que opera sobre la praxis constitucional y exige que cualesquiera objetivos políticos coyunturales sean postergados ante la superior ganancia que conlleva el respeto a la Constitución¹⁹.

Entendida la Constitución abierta en el sentido de que el Legislador dispone de *siempre* de potestades para introducir contenidos normativos allí donde el texto normativo no ha prohibido su presencia, se pierde también, y especialmente, el *efecto fundacional* de la Constitución misma: La instauración de orden «perpetuo» sujeto a cambio mediante procesos expresos de reforma constitucional²⁰.

En el contexto español de 2025, tal pérdida de función fundacional²¹ alumbra una traslación del Texto Constitucional hacia una «*constitución de partido*», donde la fuerza mayoritaria en el Parlamento puede libremente disponer, a conveniencia, de la voluntad del constituyente, para perseguir objetivos nimios.

Este es el sentido de la evocación final de HESSE a un texto de Walter BURKHARDT:

«Quien conscientemente sacrifique algún interés a un mandato constitucional refuerza el respeto a la Constitución, cuidando así de un bien imprescindible para todo Estado y en particular para el democrático». Quien rehúye este sacrificio **«dilapida en calderilla un capital que supera todas las ventajas alcanzables y que, una vez dilapidado, resulta irrecuperable»**²².

de Constitución abierta. Las Leyes Fundamentales y la modernización del franquismo», *História do Direito: RHD*. Curitiba, v. 2, n. 3, p. 143-168, 2021) y se ha utilizado para recibir, entre nosotros, en parte, la obra de HÄBERLE, P., autor que, por cierto, prologa la obra de otra Magistrada del TC, BALAGUER CALLEJON, M.L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, CEPC Madrid 2022.

17 La STC 49/2008 se refiere a que «de la atribución constitucional al Senado de la facultad de elegir a cuatro miembros del Tribunal Constitucional no puede derivarse ... que exista una prohibición constitucional absoluta de cualquier otro mecanismo de participación y, concretamente, de la posibilidad de presentar candidatos a través de los Parlamentos autonómicos», régimen este último establecido en la LO 6/2007 que modificó al efecto el art. 16 de la LO 2/79 del Tribunal Constitucional.

18 Resulta obligada la cita de HESS, K.: *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen 1959, que cito por la traducción de P. CRUZ VILLALON, *Konrad Hesse, Estudios de Derecho Constitucional*, C.E.C. Madrid 1992 (2.ª Ed.), pg. 55 y ss. En la doctrina española GARCIA DE ENTERRIA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1981, múltiples ediciones posteriores. La trascendencia de esta última obra fue tempranamente destacada por SAINZ MORENO, F., en la reseña a la segunda edición (1982) que publicó en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 6, 1982, ps. 335 y ss.

19 HESSE, K. cit. ps. 66-68

20 *Vid.*, por todos, FERNANDEZ ALLES, J.: *Las funciones de la Constitución. La perspectiva funcionalista en el derecho constitucional español*. Dykinson, Madrid 2018.

21 El conjunto de elementos fundacionalmente incorporados a la Constitución que se designan «régimen del 78» (en ocasiones despectivamente) implicaron un conjunto de renunciaciones y suma de voluntades que, durante algún tiempo permitieron hablar de «la Constitución del consenso».

22 HESSE, cit. p. 68. La cita de Walter BURKHARDT corresponde a su obra *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, 1931.

MUJER RURAL: CONCILIACIÓN TRABAJO LABORAL Y FAMILIAR

Eduardo Fraile González

*Profesor Titular
Universidad de Salamanca*

Valentina Maya Frades

*Contratada Doctora
Universidad de Salamanca*

Introducción

La situación social de la mujer en el medio rural presenta una gran variabilidad de unos lugares a otros, dependiendo de si viven en comunidades más pequeñas, despobladas y aisladas o en pueblos comunicados con mejor acceso a los servicios. Tanto si desarrollan su trabajo sólo en el hogar, como si lo compaginan con tareas agrícolas-ganaderas o si se han incorporado al mercado laboral. También son factores determinantes la edad, el nivel de formación, las circunstancias culturales y el peso de las tradiciones de cada lugar. Los medios de comunicación llegan hasta los rincones más recónditos del territorio. La televisión, la radio y la informática han permitido la entrada de otras culturas y otras formas de vida en los hogares más apartados. El acceso a los medios de transporte y las mejoras de las carreteras han facilitado la conexión entre los distintos pueblos y la ciudad. Todo esto ha permitido que se hayan ido limando las diferencias entre la mujer rural y urbana y que, se haya dejado atrás el estereotipo de «*la mujer de pueblo*»¹.

La situación de la mujer rural² podemos identificarla con una doble tendencia: por un lado, persiste una fuerte subordinación de esta mujer al ámbito doméstico y de apoyo a la explotación agrícola-ganadera; por otro, las mujeres protagonizan una ruptura y una huida del entorno mediante la consecución de una relación laboral, que muchas veces los lleva a cambiar de residencia y otras a asumir los riesgos de los continuos desplazamientos de casa al trabajo. Las mujeres están pues proponiendo cambios en los modelos tradicionales; sin embargo, existen elementos que condicionan las posibilidades de desarrollo, la calidad de vida y la salud de las mujeres que viven en los pueblos³.

-
- 1 MAYA FRADES, V. *La mujer rural en la provincia de Zamora*, Fondo Social Europeo y otras, Zamora, 2004.
 - 2 No debemos confundir a las mujeres rurales con las mujeres agricultoras, éstas constituyen todavía un grupo considerable de mujeres que viven y trabajan en la agricultura, mientras que las mujeres rurales pueden vivir en el medio rural y no tienen relación ninguna con las tareas del campo.
 - 3 BRAITHWAITE, M. *El papel y la situación de la mujer en la economía de las zonas rurales*, Luxemburgo, Oficina de publicaciones de las Comunidades Europeas, 1994.

1. Panorámica sociodemográfica de Castilla y León

El medio rural se viene enfrentando en las últimas décadas a numerosos problemas que afectan a su población: vaciamiento demográfico, baja natalidad, salida selectiva de la población rural, proceso de envejecimiento y sus deficientes e insuficientes infraestructuras, el desempleo, la precupación por la exclusión social y laboral... Todo esto ocurre con el telón de fondo de la globalización de la economía y una sociedad donde cada día cobran mayor protagonismo las empresas innovadoras, las nuevas tecnologías de la comunicación y la información.

La Comunidad Autónoma de Castilla y León es la más grande en extensión (94.224 Km2), no sólo del territorio nacional, sino también la tercera de la Unión Europea. superando a (Austria, Bélgica, Dinamarca, Holanda, Irlanda, Luxemburgo y Portugal). El despoblamiento de esta comunidad es uno de los problemas más graves al que se enfrenta el medio rural⁴. Castilla y León es una de las comunidades con más municipios de toda España. Según el INE cuenta con 2.248 municipios que ocupan el 19 % del total del territorio nacional. Una de las características principales de estos municipios es que tan solo un 10 % de ellos supera los 1.000 habitantes. Para su conservación, es necesario fijar población: hombres y mujeres en proporciones equilibradas. La estructura productiva de esta Comunidad está condicionada por las variables demográficas.

Castilla y León es una de las regiones españolas que más cambios demográficos ha sufrido en las últimas décadas. Esta región ha experimentado un considerable proceso migratorio a las zonas urbanas que comenzó a principios del siglo pasado, esta situación está limitada por la ausencia de empleo en estos territorios dedicados principalmente a la agricultura y la ganadería. Además, la comunidad también ha visto reducida considerablemente su tasa de natalidad y fecundidad a partir de los años sesenta del siglo XX, contando así con una de las poblaciones más envejecidas de España.

Tabla 1. Evolución de la población a nivel regional y provincial 2001-2024

	2001	2021	2024
Ávila	161.588	158.898	160.463
Burgos	341.937	356.042	359.740
León	481.129	452.435	447.802
Palencia	172.629	159.146	158.063
Salamanca	341.035	327.735	327.552
Segovia	142.629	153.626	156.620
Soria	88.498	88.796	90.073
Valladolid	491.723	519.380	525.116
Zamora	197.632	169.165	166.253
Castilla y León	2.418.800	2.385.223	2.391.682

Fuente: «Censo de Población». Elaboración propia

4 Las definiciones utilizadas para definir el mundo rural suelen referirse al tamaño poblacional de los núcleos urbanos: se suelen considerar los inferiores a los 2.000 habitantes o 10.000 habitantes. Hay quien vincula lo rural a la dependencia de lo agrario, a los espacios abiertos o la vinculación a la naturaleza. Sin embargo, ninguna de estas definiciones es suficientemente concreta: nada tienen que ver hábitats muy poblados, con pequeñas poblaciones cercanas bien comunicadas, con las áreas despobladas, sin apenas comunicaciones y núcleos alejados y pequeños. Como es necesario elegir algún criterio para delimitar el territorio considerado, nuestra opción ha sido optar como rural todos los municipios inferiores a 20.000 habitantes, ya que en este conjunto quedan incluidas las cabeceras de comarca de cierta dimensión, que juegan un papel fundamental en la articulación del territorio y en la vida de los habitantes de pequeños núcleos de su entorno.

La distribución territorial de la población se caracteriza por su concentración en las provincias de Burgos, León, Salamanca y Valladolid, que aglutinan el 69 % del total regional (tabla 1). En el extremo opuesto, se encuentra la provincia de Soria, que, únicamente, representa el 4 %. Todas las provincias de la región en la última década han sufrido en mayor o menor medida pérdida de recursos humanos⁵.

La distribución por edades es uno de los mejores indicadores para conocer las características de la población en una estructura social determinada (tabla 2 y 3), Castilla y León experimenta:

- 1) Un singular decrecimiento de la natalidad, que ha reducido de una forma clara la población infantil en las últimas décadas.
- 2) Una reducción de los efectivos humanos, que ha conducido a que el grado de envejecimiento en esta Comunidad vaya en aumento.
- 3) Un desajuste en la composición por edades que produce un desequilibrio que no tiene indicios de corregirse.

Tabla 2. Estructura de población de Castilla y León 2024

	CYL		Ávila		Burgos		León		Palencia	
	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres
0-4	36.253	33.982	2.484	2.307	5.815	5.482	6.110	5.634	2.385	2.223
5-9	46.504	43.777	3.182	2.980	7.472	7.047	7.864	7.334	3.082	2.906
10-14	53.662	50.362	3.783	3.392	8.775	8.221	8.894	8.533	3.339	3.085
15-19	56.734	53.361	3.921	3.615	9.053	8.530	9.559	9.042	3.491	3.303
20-24	56.525	53.191	3.751	3.580	9.049	8.135	9.725	9.164	3.494	3.296
25-29	54.948	51.064	3.761	3.413	8.540	7.678	9.605	8.746	3.523	3.301
30-34	58.780	55.245	3.992	3.676	9.358	8.459	10.471	9.678	3.930	3.570
35-39	66.225	64.011	4.368	4.304	10.299	9.916	12.261	11.898	4.555	4.257
40-44	80.742	79.262	5.155	5.102	12.410	11.726	15.119	15.062	5.388	5.152
45-49	94.243	92.411	6.346	5.901	14.665	14.120	17.047	17.235	5.951	5.791
50-54	94.592	93.115	6.329	6.054	14.581	13.764	17.492	17.552	6.080	5.769
55-59	95.601	96.857	6.485	6.368	14.186	14.233	18.159	18.673	6.581	6.439
60-64	93.812	93.561	6.746	6.323	13.826	13.366	18.353	18.867	6.691	6.603
65-69	82.114	82.198	5.784	5.207	12.188	11.792	16.609	16.564	6.169	6.013
70-74	66.899	70.022	4.601	4.332	10.127	9.802	12.999	14.000	4.831	4.908
75-79	55.825	64.864	3.819	4.136	8.143	9.039	10.647	13.011	3.747	4.138
80-84	39.194	52.002	2.692	3.443	5.566	6.968	7.563	10.486	2.498	3.288
85-89	26.897	44.584	1.993	2.941	3.468	5.940	5.567	9.802	1.533	2.848
90-94	14.184	29.120	1.055	2.037	1.834	4.025	2.979	6.468	864	2.000
95-99	3.412	9.660	283	644	419	1.451	728	1.983	193	706
100 y más	358	1.509	35	113	50	222	74	265	18	124

Fuente: Censo de Población. Elaboración propia

5 Las áreas rurales suelen caracterizarse por una baja densidad de población y por un peso muy alto de la agricultura; incluso aunque esta actividad haya perdido la mayor parte de su población activa, suele ser un componente fundamental de la vida socioeconómica comarcal, ha marcado las comunicaciones, la gastronomía, la arquitectura popular, gran parte del paisaje, las fiestas, las costumbres laborales y en la actualidad está en la base de su «motor socioeconómico».

Tabla 3. Estructura de población de Castilla y León 2024

	Salamanca		Segovia		Soria		Valladolid		Zamora	
	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres
0-4	4.810	4.484	2.668	2.505	1.568	1.416	8.376	8.051	2.037	1.870
5-9	6.038	5.779	3.329	3.164	1.886	1.772	11.036	10.409	2.625	2.386
10-14	6.902	6.565	3.798	3.562	2.063	1.926	13.032	12.320	3.076	2.758
15-19	7.768	7.366	4.012	3.778	2.191	1.995	13.537	12.607	3.202	3.125
20-24	7.954	7.523	4.046	3.862	2.345	2.125	12.660	12.216	3.501	3.290
25-29	7.630	7.519	4.157	3.701	2.282	2.080	11.946	10.478	3.504	3.148
30-34	8.008	7.857	4.253	3.898	2.362	2.272	12.632	12.254	3.774	3.581
35-39	8.772	8.682	4.547	4.300	2.678	2.398	14.286	14.197	4.459	4.059
40-44	10.399	10.613	5.533	5.240	3.106	2.818	18.254	18.590	5.348	4.959
45-49	11.791	11.857	6.113	6.018	3.432	3.246	22.803	22.372	6.095	5.871
50-54	12.295	12.952	6.425	6.071	3.554	3.208	21.539	21.787	6.297	5.958
55-59	12.987	13.627	6.509	6.390	3.762	3.499	20.093	20.874	6.839	6.754
60-64	12.790	12.913	6.240	5.780	3.650	3.268	18.245	19.600	7.271	6.841
65-69	11.030	11.396	5.125	4.738	2.958	2.690	15.850	17.691	6.401	6.107
70-74	8.906	9.741	3.864	3.705	2.400	2.346	13.787	15.769	5.384	5.419
75-79	7.709	9.414	3.112	3.453	2.022	2.015	11.991	14.449	4.635	5.229
80-84	5.765	7.741	2.088	2.912	1.476	1.832	8.018	10.703	3.528	4.629
85-89	4.238	6.745	1.629	2.611	1.107	1.709	4.725	7.740	2.627	4.248
90-94	2.280	4.326	844	1.766	686	1.210	2.197	4.732	1.445	2.576
95-99	557	1.507	200	558	185	435	486	1.513	361	863
100 y más	65	251	17	99	20	80	41	230	38	125

Fuente: Censo de población. Elaboración propia

Los flujos migratorios se producen sobre todo a partir de los años cincuenta del siglo pasado; las zonas rurales vieron cómo se transformaban bruscamente sus estructuras sociales y evolucionaban los puestos laborales. Se produjeron dos procesos paralelos y complementarios: por una parte, el incipiente proceso de industrialización en el que el país se encontraba demandando continuamente mano de obra en las ciudades, y por otra parte en el campo se prescindía de ella al mecanizarse, permitiendo así el desarrollo de una agricultura intensiva y pasar a una economía de mercado (desagrarización).

Junto a los movimientos migratorios, la evolución de la fecundidad y la mortalidad influyen, respectivamente, sobre el número de nacimientos y defunciones de una población, lo que determina su crecimiento vegetativo. Desde la década de los años ochenta, Castilla y León ha experimentado un crecimiento vegetativo regional negativo por primera vez en su historia demográfica. Esta tendencia se ha acentuado desde entonces, debido al impulso descendente de las tasas regionales de fecundidad, al efecto de las migraciones y la consecuencia lógica de los avances médicos sobre el consiguiente aumento de la esperanza de vida. Todo ello se puede ver en las tablas anteriores donde se reflejan.

2. Conciliación de la mujer en el medio rural

Según la «Real Academia Española», en su «Diccionario del español jurídico», conciliación de la vida laboral y familiar, significa: «Participación equilibrada entre mujeres y hombres en la vida familiar y en el mercado de trabajo, mediante la reestructuración y reorganización de los sistemas laboral, educativo y de recursos sociales, con el fin de conseguir la igualdad de oportunidades en el empleo, variar los roles y estereotipos tradicionales, y cubrir las necesidades de atención y cuidado a personas dependientes».

Las iniciativas para conciliar la vida laboral y familiar no están llegando de la misma manera a las zonas rurales que a las ciudades, la mujer que vive en el medio rural tiene una forma especial de vida. Es ganadera, agricultora o ambas cosas, cuida de la casa y también cuida de la familia, hoy también tenemos que tener en cuenta que algunas mujeres han encontrado otras modalidades de trabajo, teniendo que desplazarse diariamente (cuidadoras, administrativas de ayuntamiento, comedores para mayores, etc.), pero le quedan lejos las guarderías, los centros de día o las residencias para sus mayores. No se pueden hacer políticas de desarrollo del medio rural sin medidas de discriminación positiva hacia las mujeres.

2.1. La conciliación como problema social

La conciliación de la vida laboral y familiar hace referencia a dos viejos problemas que se solapan: por un lado, la separación entre la esfera del trabajo remunerado y la esfera de la vida doméstica; por otro, la división sexual del trabajo, que asigna a los varones la responsabilidad del trabajo remunerado y a las mujeres, la responsabilidad del trabajo doméstico y de cuidados. De hecho, el trabajo remunerado y la vida doméstica han podido pensarse y mantenerse en el imaginario colectivo de nuestras sociedades industriales como áreas completamente separadas de experiencia, de necesidades, de valores y de tiempo, porque eran sujetos diferentes los que se dedicaban a uno y a otra: los hombres al trabajo remunerado, las mujeres a la vida doméstica. O, dicho de otro modo, la división del trabajo remunerado y no remunerado en base al género ha sido el gran mecanismo de conciliación de las sociedades industriales democráticas, tanto a nivel micro —de los individuos y las familias—, como a nivel macro⁶.

El término conciliación de la vida laboral y familiar procede del campo de la legislación social europea: apareció por primera vez en el Plan de Acción Social de la Comunidad Económica Europea de 1974. Durante los años noventa las políticas europeas de conciliación se desarrollaron principalmente a través de directivas de entre las que cabe destacar tres: en primer lugar, la relativa a seguridad de las trabajadoras embarazadas, que obligaba a los Estados miembros a reconocer un permiso mínimo de maternidad de catorce semanas, así como permisos retribuidos en caso de pruebas médicas o desempeño de un trabajo en condiciones de riesgo para el embarazo; en segundo lugar, la directiva relativa al permiso parental, que establecía el reconocimiento de excepciones para el cuidado de niños menores de ocho años con una duración mínima de tres meses y con derecho a mantenimiento del puesto de trabajo, tanto para hombres como para mujeres; por último, la directiva relativa al trabajo a tiempo parcial, que prohibía las desigualdades de condiciones y derechos de los empleos a tiempo parcial con respecto al tiempo completo⁷.

Hasta hace bien poco se daba por hecho que la mujer cuidaba del hogar y el hombre trabajaba fuera, principalmente en el campo o la ganadería. La gran preocupación de los estudios rurales y de género en los últimos años ha sido sacar a la luz el importantísimo papel de las mujeres rurales como trabajadoras en el ámbito de la producción, siempre invisibilizadas, pero no su papel conciliador entre ayudar en el campo y criar hijos.

Estos últimos años se ha incrementado el surgimiento de una identidad profesional en las agricultoras y ganaderas y el acceso de las mujeres a ámbitos de decisión tradicionalmente masculinos en las organizaciones profesionales agrarias. La falta de oportunidades en la conciliación que presenta el mundo rural hace que las mujeres jóvenes opten mayoritariamente por la emigración.

6 SARACENO, C. «Usi e abusi del termine conciliazione», *Economia & Lavoro*, 40, 2006, pp. 31-34.

7 DE VILLOTA, P. (ed.) (2008): *Conciliación de la vida profesional y familiar: políticas públicas de conciliación en la Unión Europea*, Madrid, Síntesis

Y así los pueblos van quedándose sin niños, sin parques, sin colegios..., en definitiva, sin un futuro viable.

La legislación actual sobre igualdad y conciliación va aumentando los derechos de las trabajadoras con hijos menores a cargo en cuanto a reducciones de jornada, excedencias, permisos por nacimiento de hijo, reforzando el cumplimiento de la no discriminación a mujeres embarazadas y recomendando a las empresas que faciliten horarios laborales flexibles⁸.

La sobrecarga de trabajo a la que tienen que hacer frente en muchas ocasiones las mujeres rurales genera en ellas problemas de salud, viéndose afectada de forma directa su salud física o psicológica o incluso sus relaciones de amistad o pareja. En las zonas rurales la presencia de cuidadores informales es mayor que en las zonas urbanas ya que en estos territorios el acceso a servicios de cuidado es mucho más complicado, ya que los recursos de los que disponen estos territorios son mucho menores o incluso inexistentes⁹. Además, la presión que recae en las mujeres también es mayor en estas zonas, ya que cuentan con una población mucho más envejecida y con una alta tasa de masculinización sumándose esto a la carencia de servicios. Por todo ello, la situación de desigualdad de género está más presente en las zonas rurales que en las zonas urbanas, ya que cuentan con una cultura mucho más tradicional¹⁰ en la cual siguen existiendo numerosos estereotipos que sitúan a la mujer en el cuidado de la familia y del hogar.

Tradicionalmente la mujer ha sido la encargada del trabajo no remunerado, es decir, del cuidado de los hijos y de las personas dependientes, otorgándole un papel reproductor que limitaba totalmente su posibilidad de participar en el mundo laboral, convirtiéndola de forma casi automática en dependiente de sus maridos. Con la llegada de los años sesenta esta concepción sociocultural empieza a cambiar, ya que la tasa de natalidad desciende considerablemente y las mujeres comienzan poco a poco a participar en la educación para su posterior incorporación al trabajo remunerado, siguiendo así una división sexual del trabajo. Según la Comisión Europea la división sexual del trabajo supone la división del trabajo remunerado y no remunerado entre hombres y mujeres, tanto en la vida privada como en la pública, en función de los roles que tradicionalmente se les ha asignado. Para muchas mujeres esta situación se traduce en una doble responsabilidad, ya que además de desempeñar su puesto laboral también tienen que hacer frente al cuidado del hogar y de las personas dependientes¹¹. A pesar de que las mujeres poco a poco han ido accediendo a los mercados de trabajo y con el paso de tiempo cada vez son más mujeres las que se encuentran activas laboralmente, su participación sigue siendo mucho más inestable e irregular que la de los hombres, ya que siguen siendo ellas las que se encargan mayoritariamente de las tareas del hogar. En la actualidad, también existen diferentes factores sociales y culturales que determinan tanto la demanda como la oferta del mercado laboral, estos factores determinan considerablemente la segregación entre los puestos que ocupan los hombres y las mujeres. La segregación laboral por género es uno de los rasgos más comunes de los mercados laborales de los países más desarrollados y consiste en la representación en mayor o menor medida de mujeres y hombres en el mercado de trabajo teniendo consecuencias negativas para el sector de la población que la sufre. Estas desigualdades se expresan principalmente en la remuneración económica que reciben los trabajadores por su desarrollo profesional y en el acceso a las oportunidades laborales¹². Cuando hablamos de segregación podemos diferenciar entre horizontal y vertical: El término de segregación horizontal hace referencia al número de hombres y mujeres concentrados en los diferentes

8 Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras o la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH).

9 CAMARERO, L., et al. (2009). *La población rural de España: de los desequilibrios a la sostenibilidad social*. Fundación la Caixa. El 36% de los habitantes de CyL vive en zonas rurales (y el 16% de los españoles).

10 MASCHERONI, P. (2021). «Ruralidad, cuidados y políticas públicas. Reflexiones a partir del caso de Uruguay». *Revista de Ciencias Sociales*, 34(49), 35-62.

11 RODRÍGUEZ, J. (2015). «La importancia de conocer las desigualdades que se generan entre mujeres y hombres». *Hekademos: revista educativa digital*, (17), 43-54.

12 BARBERÁ, T., et al. (7-9 de septiembre del 2011). Las (des)igualdad entre hombres y mujeres en el mercado laboral: La segregación vertical y horizontal. XV Congreso de Ingeniería de Organización, Cartagena.

campos de trabajo, relacionados con la presencia de estereotipos sexuales. Podemos entender esta segregación como que no existe una distribución equitativa en los sectores de trabajo.

Por otro lado, cuando hablamos de segregación vertical nos referimos a la presencia de mujeres en los niveles más altos de las escalas profesionales, aquellos puestos con mayor estabilidad, retribución o prestigio. Hoy en día la segregación vertical está muy relacionada con el denominado techo de cristal, este fenómeno hace referencia a los problemas con los que se encuentran las mujeres para alcanzar puestos de nivel en las organizaciones¹³.

Con la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo surgen nuevas necesidades tanto para las familias como para la sociedad. Estas necesidades provienen de la imposibilidad de compaginar la vida laboral con la familiar y el ocio, por ello los poderes públicos, las empresas y la sociedad en general deben contar con medidas de conciliación familiar que garanticen una igualdad real entre hombres y mujeres en el medio rural. El concepto de conciliación hace referencia a la compatibilización laboral y familiar vinculada con el género, el uso de los tiempos y la regulación institucional que se hace de los mismos para así facilitar la compatibilización familiar y laboral y el empleo femenino¹⁴. A pesar de la incorporación de la mujer al mercado productivo y los esfuerzos de la sociedad por garantizar una igualdad real entre ambos géneros, no se ha producido un gran aumento en la participación de los hombres en las tareas del hogar o en el cuidado de los hijos.

A partir de la última década del siglo pasado, la conciliación de la vida laboral y familiar se convirtió en un tema relevante en las políticas europeas de empleo y de igualdad de oportunidades de mujeres y hombres. Siendo un objetivo y una reivindicación recurrente en estas últimas, el tema de la conciliación adquiere un mayor calado político al ser asociado explícitamente, en el Consejo Europeo Extraordinario sobre el Empleo celebrado en Luxemburgo en 1998, con el mantenimiento del modelo social europeo, vinculado a una expansión del empleo que dependerá fundamentalmente de una mayor participación de las mujeres en la vida laboral.

La conciliación implica la realización de ese nuevo «contrato social» entre hombres y mujeres, que viene siendo reivindicado por el movimiento de mujeres, y que pondría fin al viejo «contrato» que sancionó, en el siglo XIX, la separación entre las esferas productiva-pública y reproductiva-doméstica, destinando a los varones a la primera, y relegando a las mujeres a la segunda¹⁵.

De todos y todas es sabido que las identidades y las jerarquías de género están fuertemente ligadas a esta división estructural. Por ello, la conciliación, más allá de ser un problema político o social tiene un enorme interés teórico, ya que resulta un buen indicador de la transformación de las relaciones de género.

2.2. Conciliación y medio rural: un campo por explorar

La conciliación familia-empleo no es un tema sobre el que se haya reflexionado o investigado mucho en el ámbito rural. La gran preocupación de los estudios rurales y de género en las últimas décadas ha sido sacar a la luz el importantísimo papel de las mujeres como trabajadoras en el ámbito de la producción, ocultado frecuentemente por el carácter familiar de los negocios o empresas en que éste se ha desarrollado. Ha merecido también una gran atención el surgimiento de una identidad profesional en las agricultoras y el acceso de las mujeres a ámbitos de decisión tradicionalmente masculinos en las organizaciones profesionales agrarias.

Cuando abordamos el problema de la conciliación familia-empleo en el medio rural debemos tener presente varias cuestiones. Bajo la categoría «medio rural» se esconden realidades muy diversas. Medio rural no significa necesariamente desequilibrio demográfico, falta de desarrollo económico, déficit de infraestructuras y equipamientos, o población activa con unos escasos niveles de formación y cualificación profesional, pero en general, hay una serie de rasgos que nos

13 ROLDÁN, E., LEYRA, B., y CONTRERAS, L. (2012). *Segregación laboral y techo de cristal en trabajo social: Análisis del caso español*. Portularia, 12(2), 43-56.

14 MORENO, A. (2007): *Familia y empleo de la mujer en los regímenes de bienestar del sur de Europa*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

15 MAYA FRADES, V. *La mujer rural en la provincia de Zamora*. 2004.

encontramos repetidamente en los núcleos rurales y que constituyen toda una serie de barreras a la conciliación.

Los obstáculos para la conciliación en el medio rural serían: Obstáculos estructurales: - Demografía muy débil y desequilibrada. Una baja densidad demográfica y población envejecida y masculinizada. - La relativa escasez de equipamientos y servicios públicos (educativos, sanitarios, culturales, de atención social, etc.). - Las oportunidades de empleo de la población local dependen muy directamente del acceso a mercados de trabajo urbanos, lo que implica movilidad de las trabajadoras. - La gran mayoría de los pueblos están alejados de las redes de transporte público, lo que hace que la movilidad sea casi exclusivamente transporte privado.

Obstáculos ideológicos: - Roles de género tradicionales. - Imagen negativa sobre la ruralidad y su fuente de identidad social. De los dos primeros obstáculos estructurales, es interesante apuntar que son efecto y causa a la vez los unos con respecto de los otros. Si no hay demanda, no hay servicios y si no hay servicios no hay población. Por eso hablar de conciliación en el medio rural va muy ligado a hablar sobre demografía. Las barreras ideológicas, según investigaciones recientes, se estiman como un aspecto central de la conciliación. De todos estos obstáculos, algunos de los cuales ya han sido mencionados anteriormente, se deduce que todavía hay mucho que hacer para que esta conciliación pueda ser realmente efectiva en toda la población. No obstante, de todas estas barreras, en Castilla y León, como ya se ha visto, si se dan además acuciantes desequilibrios demográficos, una mayor distancia a recorrer para el acceso a los servicios y el déficit de infraestructuras, por lo que habría que añadir y aumentar sus consecuencias a los obstáculos a la hora de conciliar¹⁶.

La estructura y los nuevos procesos demográficos que afectan al mundo rural tienen otras repercusiones para la conciliación. En primer lugar, aunque la conciliación entre vida laboral y familiar se plantea generalmente teniendo en cuenta el cuidado de los pequeños, en el medio rural la *atención a las personas mayores* es un asunto central (debido a la casi inexistencia de niños).

Existe un grupo de mujeres que presentan unas dificultades especiales para incorporarse a la vida laboral y social en condiciones de igualdad: las *mujeres inmigrantes* procedentes de otros contextos culturales y sociales. Tras la llegada de estas mujeres se encuentran fenómenos muy diversos: desde la elevada soltería de los varones autóctonos, a la escasez de trabajadores en ciertos sectores de la economía rural o la menor dificultad para acceder a una vivienda. En cualquier caso, son mujeres de extracción social muy baja —y en ocasiones estigmatizada— que tienen dificultades añadidas para la conciliación.

La mayoría de los núcleos o áreas rurales presenta también un mercado de trabajo poco dinámico —nos encontramos ante un déficit endémico de empleos locales— y con un nivel de diversificación y cualificación de los empleos muy bajo. Las oportunidades de empleo de la población local dependen muy directamente del acceso a mercados de trabajo urbanos, lo que implica *movilidad* de las trabajadoras. El denominado *commuting rural* es un fenómeno cada vez más extendido y quienes lo practican son normalmente varones que trabajan en construcción, transporte, o actividades industriales diversas. La separación de las esferas productiva y reproductiva se ve reforzada por estas pautas de trabajo masculino —ya que los hombres pasan toda la jornada fuera del hogar— y por la escasez de equipamientos de apoyo al trabajo reproductivo.

Los factores culturales e ideológicos que tienen que ver con los roles de género tradicionales, las imágenes de la ruralidad, y el lugar central que ocupa la institución familiar en la vida de las comunidades rurales aparecen, como un aspecto central de la conciliación.

El papel de la familia como fuente de identidad social, que se traduce en un reparto solidario del honor o del deshonor social, otorga una gran eficacia a los mecanismos de control social basados en la crítica y la murmuración, control social que sufren sobre todo las mujeres jóvenes. Los roles de género tradicionales continúan todavía muy anclados en el medio rural, pues tienen una nula implicación los varones en las tareas domésticas, o en la reticencia de las madres a la hora de utilizar servicios como las guarderías infantiles frente al recurso tradicional a las redes de solidaridad informal de parientes y amigas.

16 SAMPEDRO, R. (2008). Conciliación de la vida familiar y laboral en el medio rural: género, trabajo invisible e «idilio rural». En V. MAYA FRADES (Ed.). *Mujeres rurales: estudios multidisciplinares de género* (pp. 81-93). Universidad de Salamanca. http://www.unavarra.es/puresoc/pdfs/c_ponencias/Sampedro.pdf

Por último, y también en el terreno de las representaciones sociales, cabe señalar, cómo las políticas de desarrollo rural y diversificación de actividades económicas han puesto el acento en la existencia de *nuevos «yacimientos de empleo»* que en muchos casos se relacionan con las actividades tradicionalmente asumidas por las mujeres en el ámbito reproductivo. Es necesario evitar que el uso de las nuevas tecnologías y el teletrabajo, o el turismo rural vuelva a «encerrar» en casa a las mujeres, difuminándose la línea espacio-temporal que separa lo doméstico de lo público, lo productivo de lo reproductivo. Es necesario también que el cuidado no sea identificado como un sector de trabajo exclusivamente femenino, implicando a los hombres en estas profesiones. En definitiva, nos encontramos con la cuestión de hasta qué punto las políticas de desarrollo rural no refuerzan las representaciones sociales que hacen de estas tareas un ámbito fundamental y exclusivamente femenino.

3. Conclusiones

Los cambios experimentados en el medio rural también han afectado a la mujer, sin embargo, en las estadísticas económicas ésta sigue siendo invisible. Por ello, es necesario que los cambios del medio rural jueguen a favor de las mujeres, para poder aspirar a un reconocimiento social y político más real. Se debe apostar por políticas sociales y económicas que impulsen la incorporación de las mujeres del ámbito rural a las políticas medioambientales y al desarrollo rural sostenible, facilitando la creación de empresas y su pleno desarrollo social y laboral.

Los varones deben colaborar en el cambio de mentalidad de toda la sociedad española, para que cambien en materia de su corresponsabilidad en las tareas domésticas, en la educación de los hijos y en la atención de los familiares dependientes. Hay que tener en cuenta que, si hay algo que define a la mujer de hoy en general, y a la mujer rural en particular, es su interés por incorporarse al mundo laboral y gozar de autonomía e independencia personal. El coraje de la mujer rural ha sido capaz de romper los roles establecidos por una sociedad tradicional que limitaba su participación en los espacios públicos, encontrándose hoy desempeñando puestos en los ayuntamientos, dirigiendo pequeñas empresas o comercializando productos agrarios.

La presencia de mujeres en el mundo rural está muy ligada a la búsqueda de alternativas laborales para estas mujeres, que, por supuesto, no se encuentran en la agricultura, sino más bien en el desarrollo del sector terciario. Pero para ello es necesario que se creen posibilidades de trabajo. El espectro de actividades que se ofrecen a los hombres es bastante amplio: agricultura, talleres, industria en general, industria agroalimentaria, construcción y toda la gama amplia de servicios, siendo estos campos bastante más restringidos para la mujer.

El medio rural ha dejado de ser un medio exclusivamente agrario, y no se puede pretender que este medio se mantenga porque al conjunto de la sociedad le interesa desde el punto de vista medioambiental, social etc. Las mujeres rurales necesitan situarse en condiciones de igualdad con el resto de las mujeres para encarar los retos del futuro.

RÉGIMEN DE VISITAS Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

Almudena Gallardo Rodríguez

*Profesora Permanente Laboral de Derecho Civil
Universidad de Salamanca*

Sumario: 1. Introducción. Violencia de género y menores. 2. El régimen de visitas y la violencia de género en los procesos matrimoniales. 3. Últimos pronunciamientos jurisprudenciales. 4. A modo de conclusión.

La presente contribución se integra en un volumen dedicado a Ángela Figueruelo Burrieza, catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, cuya trayectoria académica y humana ha dejado una huella profunda en quienes hemos tenido la fortuna de trabajar a su lado. Desde mis inicios en la carrera investigadora, su apoyo, la confianza depositada al encomendarme la coordinación de obras colectivas derivadas de congresos sobre igualdad y la oportunidad de colaborar en proyectos universitarios comunes, han supuesto un estímulo constante en mi formación y en mi forma de entender la universidad. Este capítulo sirve para expresar el reconocimiento y la admiración que inspira su dedicación al estudio del Derecho Constitucional y su compromiso con la igualdad, materia en la que se encuadra también el trabajo que aquí se desarrolla.

1. Introducción. Violencia de género y menores

Tras una crisis matrimonial o de pareja con hijos, deben adoptarse una serie de medidas en relación con estos, como la custodia del menor, el régimen de visitas, la obligación de alimentos, entre otras. Todas las decisiones que se adopten deberán atender al interés superior del menor. En ocasiones, esta separación matrimonial o, de hecho, guarda relación con actos de violencia de género.

El régimen de visitas, estancia y comunicación del progenitor con sus hijos tras una crisis matrimonial está regulado en el art. 94 CC. Este precepto fue modificado en 2021 por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*¹ (en adelante, LO 8/2021, de 2 de junio). Aunque la finalidad principal de la Ley era adaptar el ordenamiento a las situaciones de discapacidad, en este caso, el contenido del art. 94 se amplió, ya que se pasó de los dos párrafos que tenía la redacción anterior a seis. En concreto, los párrafos cuarto y quinto del art. 94 CC, introducidos tras la reforma, incorporan determinados supuestos en los que se podrá limitar o suspender el régimen de visitas, entre ellos los casos de violencia de género. Esta modificación ocasionó cierta controversia doctrinal y jurisprudencial², motivo por el cual analizaremos este punto, así como la jurisprudencia para comprobar cómo se está articulando en la práctica judicial para asegurar el interés superior del menor.

1 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

2 MAGRO SERVET, V., «La regla general de suspensión del régimen de visitas antes caso de violencia en el hogar y posibles excepciones», *ElDerecho.com*, 2022, Tribunal. <https://elderecho.com/suspension-regimen-visitas-casos-violencia-excepciones>.

En nuestro país, la violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja sigue siendo un grave problema social. Si atendemos a los últimos datos estadísticos, los resultados continúan siendo alarmantes. El último informe publicado por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, con fecha de 5 de mayo de 2025, bajo el título «Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género y doméstica en el ámbito de la pareja o expareja en 2024»³, señala que en los últimos 22 años se han registrado un total de 1.292 mujeres asesinadas por violencia de género. Solo en el año 2024 se contabilizaron 48 de mujeres fallecidas por violencia machista, y en el 41,7 % de los casos existían, o había existido con anterioridad, en el momento de la agresión, un vínculo matrimonial entre la víctima y el agresor. Asimismo, el informe señala que el 31 % de las víctimas dejaron a 40 menores huérfanos, las cuales habían denunciado previamente a su agresor, y que nueve menores murieron a manos de las parejas o exparejas de sus madres en ese mismo periodo, lo que eleva a 62 el número total de víctimas de violencia vicaria desde el 2023. En el 85,5 % de los casos, el responsable fue el padre biológico.

Los poderes públicos no se han mantenido al margen y, en las últimas décadas, se han producido avances legislativos significativos en la lucha contra la violencia de género. Entre ellas destaca, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*⁴ (en adelante, LO 1/2004, de 28 de diciembre), que aborda la violencia de género desde un enfoque integral y multidisciplinar, en el que combina medidas preventivas, educativas, sociales, asistenciales y punitivas (Exposición de Motivo).

La Ley define la violencia de género como aquella «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Por tanto, el concepto se delimita al ámbito de las relaciones afectivas, esto es, pueden ser agresores, hombres que son o han sido cónyuges de la víctima, así como aquellos que mantienen o han mantenido con la mujer una relación afectiva análoga, aunque no hayan convivido; asimismo la violencia no se circunscribe exclusivamente a agresiones de carácter físico, sino que comprende un amplio de comportamiento como «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad» (art. 1.3). Posteriormente, La ley 8/2015, de 22 de julio, de *modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*⁵, modifica el apartado 2 del art. 1 que reconoce a los menores como víctimas indirectas de la violencia de género, al indicar: «Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia». Posteriormente, en 2021, la LO 8/2021, de 4 de junio, de *protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*⁶ (en adelante, la LO 8/2021, de 4 de junio) añadió, mediante su Disposición final décima (que modifica el art.1 de la LO1/2004) el reconocimiento de los hijos como víctimas directas de la violencia de género, lo que amplía el alcance de la protección legal de los mismo. El nuevo apartado cuarto dispone: «La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero».

Por tanto, los hijos menores pueden verse expuestos a situaciones de grave peligro, lo que hace imprescindible adoptar medidas de protección y seguridad adecuadas en relación con la patria potestad, la atribución de la vivienda, la custodia de los menores y el régimen de visitas, estancia o comunicación con los menores, entre otras. En lo que respecta a esta última medida, el juez deberá establecer el régimen de visitas de manera que se evite cualquier riesgo para el menor. En este

3 Vid. Informe 2024: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica-y-de-genero/Informe-sobre-victimas-mortales-de-la-violencia-de-genero-y-domestica-en-el-ambito-de-la-pareja-o-expareja-en-2024>

4 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

5 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8222>

6 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347#df-10>

sentido, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, en el art. 61, recoge una serie de medidas de protección compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares o de aseguramiento que puede adoptarse en los procesos civiles y penales. El juez competente, en cualquier procedimiento por violencia de género, deberá decidir de oficio o a petición de la víctima, sus hijos, convivientes, personas bajo su guarda, el Ministerio Fiscal o la Administración responsable de la atención a víctimas sobre la necesidad de aplicar las medidas cautelares previstas, entre las que se encuentra en el art. 66, la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores, en el que deberá acordar su duración, forma de cumplimiento y, si procede, las medidas complementarias necesarias.

El art. 66 modificado en el año 2015, por la LO 8/2015, de 22 de julio, establece lo siguiente: «El Juez ordenará la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si, en interés superior del menor, no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, a través de servicios de atención especializada, y realizará un seguimiento periódico de su evolución, en coordinación con dichos servicios». Por tanto, si el progenitor está siendo investigado por violencia de género, el juez deberá pronunciarse necesariamente sobre el régimen de visitas, o bien suspenderlo, en el caso excepcional de mantener las visitas deberá motivarlo, atendiendo al interés superior del menor.

Asimismo, en una orden de protección, conforme al párrafo 3.º, apartado 7 del art. 544 ter LECrim, el régimen de visitas puede suspenderse, cuando se dicte una orden de protección con medidas penales y existan indicios fundados de que los hijos menores han presenciado, sufrido o convivido con conductas violentas en el hogar, por lo que la autoridad judicial deberá acordar, de oficio o a instancia de parte, la suspensión del régimen de visitas, estancias, relaciones o comunicaciones del imputado respecto de los menores a su cargo. No obstante, a solicitud de parte, el órgano judicial podrá exceptuar dicha suspensión mediante resolución motivada, siempre que responda al interés superior del menor y previa valoración de la dinámica de la relación paterno-filial.

En lo relativo a un proceso de separación o divorcio, en casos de desacuerdo entre los progenitores, el juez deberá acordar el régimen de visitas conforme al art. 94 CC. Dicho precepto prevé la posibilidad de limitar o suspender dicho régimen en casos de violencia de género, cuestión que como se indicó anteriormente, fue incorporada mediante la LO 8/2021, de 2 de junio, y constituye el objeto de estudio del presente artículo.

2. El régimen de visitas y violencia de género en los procesos matrimoniales

El régimen de visitas es una de las medidas que se acuerda en los procesos de separación o divorcio matrimonial. Dicha medida pueden acordarla los cónyuges de mutuo acuerdo en el convenio regulador o, en su defecto, lo fija el juez en la sentencia, conforme a lo dispuesto en el art. 94 CC. Este precepto «consagra un derecho-deber que tiene por finalidad el fomentar las relaciones humanas paterno-filiales y mantener latente la corriente afectiva que debe presidir dicha relación, procurando que los hijos, a pesar de la separación convivencial, no se vean afectados por las desavenencias de sus padres (...)»⁷.

El derecho de visitas permite al progenitor que no ostenta la custodia del menor, a «visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía». Se trata de un concepto amplio que engloba las visitas propiamente dichas, la comunicación y la estancia⁸. En este sentido, como señala GUTIÉRREZ ROMERO, se entiende por visitas «los periodos de tiempo que los menores pasan con el progenitor con el que no conviven (no custodia)»; comunicación se refiere «al hecho de tener noticias o estar en contacto el padre o la madre con el hijo a través del teléfono o correo»; y estancia, se

7 ORDÁS ALONSO, M., *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Wolters Kluwer, 2019, pág. 26.

8 *Ibidem*, pág. 78

refiere «al periodo de tiempo más largo que una mera visita en el que el menor estará en compañía de su progenitor no custodio (periodos vacacionales)»⁹. El tiempo, modo y lugar de desarrollo régimen de visitas serán determinados por la autoridad judicial (art. 94.1 CC). No obstante, en los casos de custodia compartida, aunque ambos progenitores ejercen la guarda en periodos alternos, la sentencia puede igualmente establecer un régimen de visitas específico para los periodos en los que el menor no se encuentre con uno de ellos¹⁰.

En ocasiones, los procesos de separación, divorcio o nulidad matrimonial se ven envueltos por actos de violencia de género. En estos casos, al adoptar medidas como el régimen de visitas, debe priorizarse la protección del menor atendiendo a su interés superior. El concepto del interés superior del menor se recoge en el art. 2 de la LO 1/ 19996, de 15 de enero, de *protección jurídica del menor* que lleva por título «Interés superior del menor» (modificado Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de *modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*)¹¹. Este artículo establece que el interés superior del menor debe ser prioritario en todas las decisiones que le afecten, tanto en el ámbito público como privado, el cual debe prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo en la aplicación de la normativa y en las medidas adoptadas por instituciones, tribunales u órganos legislativos. Para su interpretación y aplicación, el precepto establece una serie de criterios generales, entre ellos: la prioridad del bienestar del menor, la atención a sus deseos, sentimientos y opiniones en función de su desarrollo, y «la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia» (art.2.2.c)). Asimismo, deben ponderarse factores como la edad y madurez del menor y, en caso de conflicto entre intereses legítimos, prevalecerá siempre su interés superior. Por último, deben garantizarse las medidas procesales necesarias para proteger y respetar este principio en todas las actuaciones que le afecten.

Del mismo modo, como señala el Tribunal Constitucional (TC) para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor «ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio» (STC núm.178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3 y STC núm. 81/2021, de 19 de abril, FJ 2)¹².

El art. 94 CC fue objeto de modificación en 2021 mediante la Ley 8/2021, de 2 de junio. Aunque la finalidad de la ley era adaptar el precepto a situaciones de discapacidad, la reforma del artículo ha sido más amplia, ya que la redacción anterior constaba de dos párrafos y se amplía a un total de seis¹³. Además de incluir la medida para los casos de hijos mayores de edad o emancipados con discapacidad que precisen apoyo en la toma de decisiones, introduce como novedad un cuarto párrafo, que recoge la posibilidad de que ante casos de violencia doméstica o de género no se establezca un régimen de visitas o estancia o, en caso de que ya existiera, se suspenda el régimen acordado. Así, el precepto establece dos supuestos:

1. «Respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos».

2. «Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género». Como señala HERAS HERNÁNDEZ se consideran indicios «la existencia de una orden de protección o que se encuentre cumpliendo prisión provisional por delitos relacionados con la violencia de

9 GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., «Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N.º 7480, 2010.

10 VV. AA. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordl), Berkal, 2023.

11 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

12 STS núm. 129/2024, de 5 de febrero de 2024. (ECLI: ES:TS:2024:694).

13 Puede ampliarse en: TORRELLES TORREA, E. «Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, año 98, n.º 791: 1387-1441; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «Discapacidad y derecho de familia: Nuevos principios, nuevas normas», *El nuevo derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento*, Eugenio Llamas Pombo, Nieves Martínez Rodríguez y Estrella Toral Lara dirs., págs. 303 y ss.

género. La denuncia por parte de las víctimas es un elemento probatorio más para tener en cuenta por el juez en la valoración de la existencia de tales indicios»¹⁴.

No obstante, al final de este párrafo, se establece una excepción, «la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial».

El párrafo cuarto del art. 94 CC generó numerosas opiniones doctrinales, dado que la expresión «no procederá, y si existiera se suspenderá» planteaba la cuestión de si la norma opera de manera automática ante la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, o si el juez tiene un margen para contradecir la aplicación¹⁵. El TC ha señalado que el precepto no establece un automatismo, sino que debe haber un control judicial de las medidas que deben evaluarse caso por caso (STC 106/2022, de 13 de septiembre)¹⁶. En la misma línea, las Conclusiones del XVII Seminario de fiscales delegados en violencia sobre la mujer, celebrado los días 28 y 29 de noviembre de 2022, determinaron que, aunque la regla general es la suspensión de las estancias, visitas y comunicaciones, excepcionalmente puede apartarse de esta regla, mediante resolución judicial motivada y fundada en el interés superior del menor, previa valoración de la relación paterno-filial¹⁷.

El art. 94 CC fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad de ley, STC 106/2022, de 13 de septiembre¹⁸. Dicho recurso fue interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de Vox del Congreso de los Diputados, contra los apartados décimo y decimonoveno del ar. 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Dichos apartados se refieren, respectivamente, a las nuevas redacciones incorporadas en el párrafo cuarto del art. 94 C, y a la redacción que se confiere al párrafo segundo del art. 156 CC, artículo que prevé la patria potestad. El recurso fue desestimado por unanimidad. En lo que se refiere al párrafo cuarto del art. 94 CC, la sentencia determina lo siguiente:

- El precepto no establece un automatismo legal, por lo que no se priva de forma automática a ningún progenitor del régimen de visitas o estancia, sino que hay un control judicial de las medidas que evaluará caso por caso y velando en todo momento por el interés del menor.
- Descarta que exista vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 ce), al señalar que en caso de que la autoridad judicial decidiera suspender el régimen de visitas deberá siempre «hacerlo mediante una resolución motivada».

Al respecto se ha pronunciado el TC en la sentencia núm. 115/2024, de 23 de septiembre¹⁹ la cual, recuerda que toda decisión sobre custodia o visitas en casos de violencia de género requiere una motivación reforzada, ya que afecta simultáneamente al derecho a la igualdad, al interés superior del menor y a la protección de las víctimas. En este caso, la sentencia del TC sostiene que se ha infringido el derecho de la madre a una tutela judicial efectiva y, en concreto, a una resolución

14 HERAS HERNÁNDEZ, M.ª M., *Implicaciones jurídico civiles de la violencia de género*, Dykinson, 2025, pág. 127.

15 ALLYÓN GARCÍA, J. D., «Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Revista Boliviana de Derecho*, 2022.

16 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-17272. Vid. GALLARDO RODRÍGUEZ, A., «Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre: régimen de visitas y patria potestad: Recurso de inconstitucionalidad de los arts. 94 y 156 CC, tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS : revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 11, N.º 1, 2023, págs. 287-290.

17 HERAS HERNÁNDEZ, M.ª M., *Implicaciones jurídico civiles...*, op. cit. pág. 127.

18 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-17272. Vid. GALLARDO RODRÍGUEZ, A., «Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre: régimen de visitas y patria potestad: Recurso de inconstitucionalidad de los arts. 94 y 156 CC, tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS : revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 11, N.º 1, 2023, págs. 287-290.

19 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/31250>

motivada y ajustada a Derecho (art. 24.1CE) porque los órganos judiciales no tuvieron en cuenta el contexto de violencia de género en el que se enmarcaba el litigio sobre el régimen de visitas de la hija menor. Este deber de una resolución motivada deriva tanto de la Constitución como del Derecho internacional de los derechos humanos, especialmente de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y del Convenio de Estambul, que obligan a valorar la violencia desde la perspectiva de la desigualdad estructural entre hombres y mujeres; y deriva también del art. 94 CC en su redacción de 2021, que impone la limitación o suspensión de las visitas cuando existe un proceso penal por violencia contra la pareja o los hijos.

En 2017, doña V.F.C. promovió el divorcio de don F.L.D.B., iniciándose además una denuncia por posibles delitos de violencia de género. La sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer le atribuyó la guarda y custodia y estableció un régimen de visitas progresivo para el padre, algunas fases en el punto de encuentro familiar. Tras varias suspensiones acordadas por el propio punto de encuentro familiar debido a la negativa de la niña a entrar, el padre instó la ejecución del régimen. El juzgado ordenó a doña V.F.C. cumplirlo estrictamente, advirtiéndole incluso de posible responsabilidad penal, y rechazó tanto su oposición como sus argumentos sobre el contexto de violencia y la intervención de la abuela. La Audiencia Provincial confirmó esa decisión, al entender que no existía causa que justificara el incumplimiento del régimen fijado.

En el caso concreto, los informes psicosociales y del punto de encuentro familiar mostraban que la menor rechazaba acudir a las visitas y que existía un procedimiento penal contra el padre por varios delitos de maltrato y vejaciones, con una valoración forense que apreciaba «elementos psicológicos de riesgo para la manifestación de conductas impulsivas ocasionales». Tanto los técnicos como los servicios especializados recomendaban mantener el régimen de visitas existente y evitar la incorporación de pernoctas hasta lograr una normalización de las estancias, ya que la situación requería prudencia y apoyo profesional previo.

Pese a ello, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer y posteriormente la Audiencia Provincial decidieron introducir las pernoctas. Justificaron esta medida mediante la idea de que no existían «razones fundadas» para impedir esa progresión y atribuyeron la negativa de la menor a la actitud de desconfianza de la madre y su entorno hacia el padre, sin considerar que esa desconfianza podía proceder de la propia violencia ejercida. Esta forma de razonar, según el TC, ignoró los indicios relevantes y reflejó una visión estereotipada que situaba sobre la madre la responsabilidad del vínculo paternofilial, pese al riesgo existente. El Tribunal afirma que esta aproximación perpetuó roles de género y no ofreció la motivación reforzada exigida en casos de violencia de género, por lo que vulneró el art. 24.1 CE.

La sentencia fija con claridad que las decisiones sobre visitas entornos de violencia deben incluir una valoración explícita, fundada y exhaustiva de los indicios de maltrato, y que cualquier medida que implique ampliar el contacto con el progenitor investigado debe apoyarse en razones sólidas y no en presunciones estereotipadas. Esta sentencia consolida un estándar más garantista que exige a los órganos judiciales un razonamiento cuidadoso y respetuoso con la protección de las víctimas y con el verdadero interés del menor, evitando que la jurisdicción civil reproduzca desigualdades o genere situaciones de vulnerabilidad institucional.

No obstante, hay que señalar que, antes de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, el art. 94 CC establecía lo siguiente: «El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Por tanto, el precepto indicaba la posibilidad de limitar o suspender el régimen de visitas sin fijar un listado de circunstancias concretas. Sin embargo, en la práctica judicial, los casos de violencia de género o doméstica se incluía cuando se dieran «graves circunstancias» que justificaban dicha limitación o suspensión. En este sentido, se pronunció la jurisprudencia, que fijó doctrina en la STS núm. 680/2015, de 26 de noviembre, que determinó que «el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes»²⁰.

20 STS núm. 680/2015, de 26 de noviembre (ECLI: ES:TS:2015:4900).

Asimismo, la jurisprudencia venía admitiendo la limitación o suspensión del régimen de visitas no solo cuando existía una condena de malos tratos, sino también cuando el progenitor estaba siendo investigado por la comisión de algún delito contra la libertad o indemnidad sexual de los hijos²¹. En este sentido, destaca la STS núm. 258/2011, de 25 de abril, que señala que, «aun reconociendo el principio de presunción de inocencia, existen razones suficientes para justificar 'hasta tanto no recaiga sentencia firme' en el procedimiento penal, la suspensión del régimen de visitas porque puede ocasionar un potencial peligro para la menor de imposible reparación. Y ello porque la razón que debe fundar dicho régimen es el interés del menor, y añade «la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses»²².

Por tanto, antes de la reforma del art. 94 CC, el precepto no contemplaba expresamente la violencia de género como causa de suspensión o limitación en el régimen de visitas, pero el TS consolidó esta interpretación atendiendo en todas las decisiones al interés superior del menor.

3. Últimos pronunciamientos jurisprudenciales

En este apartado se analizan dos sentencias recientes que aplican el art. 94.4 CC, relevantes por su aportación a la protección de menores en escenarios de violencia de género y poner de relieve la prioridad del interés superior del menor.

Por un lado, se examina la STS núm. 729/2021, de 27 de octubre²³. En este caso, existían sentencias condenatorias al padre por violencia de género. El juzgado de primera instancia asigna la guarda y custodia a la madre, teniendo en cuenta el elevado antagonismo entre los progenitores, constatado tanto en el informe psicosocial como en las actuaciones practicadas en los procedimientos civiles y penales. Dicho conflicto, además de dificultar la custodia compartida, podría afectar negativamente a los menores, por lo que se estableció un régimen de visitas a favor del padre. El padre recurrió, y la Audiencia Provincial acordó un régimen de custodia compartida. Para ello se basó en el informe del equipo técnico, que señalaba que los menores mantenían una relación sólida y equilibrada con ambos progenitores, quienes constituían sus principales referentes afectivos. A juicio de la Audiencia dicha vinculación justificaba la custodia compartida fuese la opción más beneficiosa para los niños, pese a la conflictividad existente y a la limitada disponibilidad del padre, mitigada por los apoyos familiares de los que disponía. Contra esta resolución, la madre interpuso recurso de casación.

El TS recordó que el padre había sido condenado por un delito de violencia de género y por vejaciones injustas cometidos entre 2016 y 2017, con penas de prisión, prohibiciones de aproximación y comunicación y otras medidas accesorias. Aunque se valoró que el riesgo actual era bajo, dichas resoluciones penales acreditaban un trato vejatorio y humillante, así como una manifiesta falta de respeto y colaboración hacia la madre. Así, el tribunal determinó que la conducta del padre era incompatible con el régimen de custodia compartida, que exige comunicación fluida, apoyo mutuo y un entorno libre de violencia para el adecuado desarrollo de los menores. Por ello, estimó el recurso de casación y restableció la custodia exclusiva materna, tal como había decidido la primera instancia. Finalmente, el Tribunal confirma el régimen de estancias y visitas fijado por el juzgado de primera instancia, al entender que es positivo que los menores mantuvieran relación con su padre y que no existía riesgo actual para ellos, dado el tiempo transcurrido y la ausencia de nuevas denuncias o condenas. El régimen se mantiene conforme al art. 94.4 CC y al informe psicosocial, al garantizar el contacto paternofilial sin poner en riesgo el bienestar de los hijos.

21 GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J., *Guarda y custodia y régimen de visitas. 100 preguntas y respuestas*, Sepin, 2022, pág. 159.

22 *Ibidem*.

23 STS núm 729/2021, de 27 de octubre. (ECLI: ES:TS:2021:4022).

Por otro lado, la STS núm. 129/2024, de 5 febrero²⁴ reafirma que el interés superior del menor debe prevalecer frente al derecho del progenitor a mantener un régimen de visitas cuando existan riesgos acreditados para la integridad o bienestar del menor. En este caso, el TS confirma la suspensión del régimen de visitas del padre en atención al interés superior del menor.

En primera instancia se otorgó la custodia a la madre y se acordó la suspensión del régimen de visitas, al considerar que concurrían factores de riesgo: trastornos psíquicos del progenitor; episodios de violencia de género, con condenas por dos delitos de lesiones contra la madre; conductas inapropiadas con la hija cuando era bebé; tratamientos farmacológicos para sus patologías; ocultamiento de su estado al Equipo Técnico; bajo control de impulsos y comportamientos agresivos; improperios hacia la madre y desinterés parental. En consecuencia, el juzgado concluyó que no existían garantías de que el padre pudiera mantener una relación segura y beneficiosa con la menor. El padre recurre en apelación y la Audiencia Provincial estableció un régimen de visitas en un punto de encuentro. Alegó que, aunque la conducta del progenitor con la menor cuando era bebé resultaba una conducta inapropiada, pero ni el Equipo Técnico sugirió eliminar el régimen de visitas, ni existían indicios claros de agresión hacia la niña. Añadió que la violencia se había dirigido exclusivamente contra la madre y que la patología psiquiátrica del padre, por sí sola, no generaba riesgo para la menor según la evaluación pericial. Entendió además que el punto de encuentro mitigaría cualquier posible riesgo. Frente a esta resolución, la madre interpuso recurso de casación.

El TS estimó el recurso y acordó suspender el régimen de visitas. Consideró que, a falta de rehabilitación acreditada, la conducta agresiva y las características psíquicas del progenitor representaban un riesgo real para la menor. Asimismo, valoró la corta edad de la hija (8 años al momento de la apelación), su vulnerabilidad y su dependencia de la madre como figura de referencia. También tuvo en cuenta que el padre había sido condenado posteriormente por hechos de naturaleza similar, lo que aumentaba la gravedad del riesgo. Asimismo, cuestionó la presunción de que el punto de encuentro eliminara ese riesgo, al no existir garantías suficientes de que así fuera. La sentencia recuerda la jurisprudencia invocada por la Sala que el interés superior del menor constituye un principio de orden público que prevalece sobre los derechos parentales y permite limitar o suspender el régimen de visitas cuando exista riesgo físico, psicológico o emocional para el menor. En este sentido señala: «El interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental (...) Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses».

La sentencia fundamenta su decisión en una valoración individualizada y sustentada en pruebas concretas (informes psicológicos y sociales, antecedentes penales, conducta del progenitor y perjuicios potenciales para la menor). Por ello, considera que la suspensión del régimen de visitas es una medida de protección adecuada frente a situaciones de violencia que, aunque no exista agresión directa hacia la menor, pueden afectar gravemente su bienestar emocional y físico.

4. A modo de conclusión

El régimen de visitas en procesos matrimoniales que involucran casos de violencia de género constituye un ámbito especialmente complejo, en el que la aplicación del principio del interés superior del menor se erige como el eje central de toda decisión judicial. Ninguna consideración relativa a los derechos del progenitor puede prevalecer sobre la necesidad de garantizar la seguridad física y emocional del menor. La normativa vigente y la jurisprudencia reconocen que, incluso en situaciones donde el progenitor ha sido condenado por actos de violencia de género o presenta conductas de riesgo la posibilidad de establecer visitas supervisadas o progresivas requiere un análisis individualizado, exhaustivo y motivado por los tribunales. Este análisis tiene como objetivo equilibrar los derechos familiares y la protección de los menores, evitando cualquier automatismo que pueda comprometer su integridad.

24 STS núm. 129/2024, de 5 de febrero de 2024. (ECLI: ES:TS:2024:694).

Los datos estadísticos sobre violencia de género evidencian la persistencia de un problema estructural que afecta directamente a mujeres y menores, lo que demuestra que cada decisión judicial que permite el contacto con un progenitor con antecedentes de violencia debe evaluarse con criterios rigurosos de seguridad, protección y prevención de riesgos, y atender al contexto social, familiar y psicológico de los menores implicados. La evidencia empírica indica que la exposición a situaciones de violencia genera consecuencias negativas profundas en el desarrollo emocional, cognitivo y social de los niños, lo que refuerza la necesidad de adoptar medidas cautelares que aseguren su bienestar, priorizando siempre la protección frente a cualquier otra consideración²⁵.

En consecuencia, las decisiones sobre el régimen de visitas no pueden limitarse a la aplicación formal de la ley, sino que deben fundamentarse en un análisis detallado de cada caso concreto. Esto implica evaluar los riesgos potenciales, la idoneidad del progenitor para asumir responsabilidades parentales y las necesidades específicas del menor, de manera que la protección de los derechos de los niños se traduzca en medidas efectivas que garanticen su desarrollo íntegro, seguro y saludable, constituyendo la máxima prioridad del sistema jurídico frente a los intereses contrapuestos de los progenitores.

25 DE LA CRUZ FERNÁNDEZ, L y RODRÍGUEZ PASCUAL, I., «Consecuencias en el desarrollo cognitivo de menores expuestos a situaciones de violencia de género: una revisión bibliográfica», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 23, 48-73-Octubre 2022 ISSN 2174-7210.

FEMINISMOS DEL SUR: ¿HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE LOS CONSTITUCIONALISMOS «FEMINISTAS» SITUADOS?

Nilda Garay Montañez¹

Resumen: En tiempos de crisis del constitucionalismo liberal y del constitucionalismo feminista oficial y, además, en tiempos del posible advenimiento de un mundo *pluriversal* con la vigencia de varios poderes, podríamos pensar en los desarrollos de los constitucionalismos otros. Nos referimos a los *constitucionalismos situados* que vienen pensándose desde el Sur. Estos pensamientos propios parecen invitar a la construcción de los *constitucionalismos feministas situados*. Este trabajo, busca visibilizar las cuestiones, debates y propuestas para pensar en otras formas de organizar las vidas según los lugares de enunciación. Para ello se recogen los aportes de los feminismos descoloniales (del Sur).

1. Críticas para repensar el constitucionalismo liberal y el constitucionalismo feminista oficial

La academia dominante sostiene que el patriarcado es el sistema de poder más ancestral cuya existencia se da en todas las sociedades². A pesar de sostener de que se trata de una construcción social, se habla de un patriarcado universal sin considerar si éste tiene que ver con determinadas realidades. Se trata, pues, de una categoría eurocéntrica. Para Segato, una de las autoras latinoamericanas que forma parte del feminismo decolonial, el patriarcado es uno de los elementos estructurales del Estado Moderno³. A diferencia de las teóricas feministas occidentales, Segato y otras feministas no occidentales señalan los matices de este sistema (que veremos más adelante). Matices relacionados con las realidades de cada sociedad como es el caso de América del Sur que es el lugar de enunciación de Segato y otras pensadoras que referiremos en este trabajo.

1 Centro di studi sull'America latina, Universidad de Bologna, Italia y Universidad de Salamanca, España. Mi homenaje y agradecimiento a la profesora Figueruelo por su trabajo y apertura epistemológica abrazando los conocimientos del Sur.

2 Entre muchas teóricas del feminismo occidental, véase, por ejemplo: Gerda LERNER, *La creación del patriarcado*, Pamplona, Katakarak, 2017.

3 Rita LAURA SEGATO, *La guerra contra las mujeres*, Traficantes de Sueños, Madrid, 20016.

La teoría feminista del Norte o dominante⁴ ha logrado entrar a la academia. Su presencia en universidades occidentales y occidentalizadas⁵ facilita el estudio interdisciplinar de las relaciones de género. Pero esta interdisciplinariedad se ciñe solo a las disciplinas eurocéntricas. Sigue el camino del pensamiento inventado por los hombres blancos. Por lo tanto, tiene que ignorar los pensamientos y prácticas de las posiciones antipatriarcales no occidentales, debe silenciar las críticas y propuestas de muchas mujeres pobres, racializadas, marginadas por el Norte y su academia. Es decir, oculta los sentipensares y prácticas que podrían llamarse *feministas*⁶ nacidas en los márgenes. En este trabajo a estos feminismos también le denominaremos feminismos —en plural— o feminismos del Sur⁷.

El camino del feminismo dominante, de alguna manera, ha buscado avanzar hacia una sociedad igualitaria conservando sus principios occidentales. Este avance ha influido en los debates constitucionales, en los intentos de cambios constitucionales y en especial ha servido para desarrollar interpretaciones constitucionales modificando formalmente aspectos de sus cartas magnas. El feminismo históricamente no ha sido poder constituyente. Esta realidad nos muestra su adhesión a los fundamentos originarios del contrato social de sus hombres colonos blancos y la ausencia de críticas radicales que encaminen hacia la construcción de otro constitucionalismo con cimientos no coloniales, no racistas, no excluyentes. Esto es, no patriarcal.

A través del constitucionalismo liberal, Occidente impone un tipo de poder: el poder dominación. Es un poder que subyuga y somete a la otredad fuera de sus territorios —como históricamente lo hace en Abya Yala⁸— e incluso a sus propias mujeres. Ante este poder dominación, el feminismo o lo critica de manera formal o no lo discute. Esta ausencia de contestación tal vez tiene que ver con la aceptación de la narrativa constitucional que se funda en el contenido del concepto estado de derecho. Y tendría que ver con la aceptación de la creencia de que el constitucionalismo nace para limitar el poder. Entonces, el feminismo solo acaba reivindicando el acceso a los mismos derechos constitucionales creados los colonos blancos; a ocupar las esferas de dicho poder dominación y a ejercerlo igual que el hombre⁹. No criticaron la idea de poder dominación occidental

4 Hablamos de feminismo del Norte para referimos al feminismo institucional y académico con influencia en los poderes públicos, en los partidos políticos y los demás ámbitos de poder. Se suele denominar también feminismo liberal, hegemónico, dominante, occidental o blanco. No nos referimos a un grupo homogéneo de mujeres sino al discurso único de un feminismo que se ha globalizado. Sus agendas son impuestas a las demás mujeres sin tener en cuenta sus realidades concretas como, por ejemplo: la histórica imbricación de opresiones que enfrentan las mujeres racializadas de los Estados excolonias y Estados aún colonias de Europa y Estados Unidos. En este trabajo le llamamos, también, el feminismo y el constitucionalismo feminista, ambos en singular.

5 Cuando hablamos de occidental: nos referimos a la academia matriz, a las de Europa y USA y a las academias, en este caso facultades de derecho, en concreto las áreas de derecho constitucional donde se crea y trasmite conocimiento constitucional oficial. Y cuando hablamos de occidentalizadas nos referimos —tomando lo que señala Pereda— al vicio colonial manifestado por el pensamiento sucursalero, por el afán *sucursalero* en las universidades de América Latina. Se trata de pensar como sucursales siguiendo las metodologías de académicas y académicos de la matriz colonial. Ello genera una copia o remedo del conocimiento eurocéntrico. Véase: Carlos PEREDA, «¿Qué puede enseñarle el ensayo a nuestra filosofía?», *Revista Fractal*, n° 18, julio-septiembre, 2000, año 4, Vol. V. Disponible en: <https://www.mxfractal.org/F18pered.html>.

6 Somos conscientes que utilizamos la lengua de la dominación producto de la colonización: el español. Y, que, tal vez en el proceso de crítica al pensamiento eurocéntrico mientras se inventan otras categorías propias acorde a las realidades abyayalenses seguiremos utilizando conceptos como éste.

7 Feminismos del Sur son los feminismos contruidos por mujeres de la «periferia» afectadas por la intersección de opresiones (clase, raza, etcétera). En estos se incluye a los feminismos pensados por mujeres racializadas que viven en países desarrollados. Sobre las diferencias de los feminismos del Norte y del Sur, véase, por ejemplo, Liliana SUÁREZ NAVAZ y Rosalva Aída HERNÁNDEZ CASTILLO (eds.), *Descolonizando el feminismo. Teorías y prácticas desde los márgenes*, Madrid, Cátedra, 2011.

8 Nombre que le dieron los pueblos originarios de la región americana antes de ser ésta conquistada e invadida por los europeos.

9 Véase, por ejemplo, la historia oficial del feminismo heredero de la Ilustración donde la Declaración de De Gouges; las reivindicaciones de Abigail Adams o las de las Sufragistas blancas en USA; entre otras

que se venía imponiendo desde hacía muchos siglos. De allí, que podría decirse que el constitucionalismo feminista que vino desarrollándose desde la fundación del movimiento constitucional del siglo XVIII sigue dejando intactas las estructuras del constitucionalismo androcéntrico oficial.

Nos encontramos, pues, en un círculo vicioso de desencuentros y luchas antipatriarcales sin tomar en cuenta que el constitucionalismo liberal blanco Para existir necesitó excluir a sus otros entre ellos a los cuerpos feminizados. Estas exclusiones se hacen mediante la detentación y ejercicio del poder entendido éste como dominación. La existencia del constitucionalismo liberal necesita de factores que caracteriza el ser masculino. Nos referimos a la masculinidad creada y moldeada por la Cristiandad.

1.1. Las interpelaciones

De entre muchos de los factores que nutren al constitucionalismo androcéntrico oficial, excluyente y que constitucionalismo feminista dominante no critica podemos citar los siguientes:

El colonialismo como elemento fundante para la existencia del constitucionalismo liberal y su idea de democracia. Los hombres que impusieron el individualismo, el liberalismo y, por ende, el constitucionalismo liberal fueron aquellos varones fundadores de las repúblicas del siglo XVIII. El estudio de los orígenes y la historia del constitucionalismo en las facultades de Derecho obliga a referir a dos revoluciones paradigmáticas, la francesa de 1879 y la estadounidense de 1776. Esta narrativa oculta que estos hombres revolucionarios eran hombres blancos colonos y que aquellas sociedades constitucionales estaban conformadas por hombres (con «sus» mujeres) colonizadores. Se borra de la historia que estos pensadores y hacedores del constitucionalismo liberal fueron hombres europeos colonos inmigrantes, invasores de los territorios en el continente americano. Cuando se producen aquellas revoluciones liberales, el esclavismo ya era un sistema necesario para la existencia de este constitucionalismo que estaba afianzándose. Por tanto, no obstante ser el hecho colonial el factor determinante para el nacimiento del constitucionalismo, éste hecho se borra de su historia. La crítica que hace el constitucionalismo feminista no incluye el hecho colonial.

La invasión y expolio de tierras de los pueblos originarios del continente americano durante el surgimiento y consolidación del constitucionalismo liberal. La modernidad data de 1492 por lo que hablar del Estado Moderno y criticar su ADN patriarcal tienen que llevarnos a criticar el expolio de tierras a los habitantes originarios a quienes se les consideró pueblos salvajes en *estado de naturaleza*. Estado de naturaleza es un concepto inventado por los pensadores occidentales para justificar el robo de tierras a los pueblos amerindios. Y, este mismo concepto estado de naturaleza es utilizado para oprimir y expoliar a «sus» mujeres y a todo lo feminizado. La historia de este concepto inventado por los europeos para someter y aplicarle su poder arbitrario a los pueblos originarios del continente americano es ignorada por el constitucionalismo feminista.

El contrato social como pacto fundante del constitucionalismo moderno liberal es colonial. Es un contrato blanco, firmado por hombres colonos. Piénsese en los hombres franceses en 1789 y los británicos (estadounidenses) en 1776 que decidían sus pactos sólo entre ellos. Piénsese en los primeros pactos que en los manuales de derecho constitucional se mencionan sin señalar el hecho colonial. Tales hombres sujetos del constitucionalismo liberal eran colonos y a la vez formaban parte de estados modernos monárquicos europeos colonizadores todos ellos con vocación imperialista. Estaban marcados por la impronta de la concepción de soberanía sustentada en la violencia, en la dominación. Sus pactos como el de Westfalia en la primera mitad del siglo XVII se llevó a cabo mientras llevaban a cabo sus empresas coloniales en tierras de Abya Yala.

no proponen el cambio radical de las estructuras patriarcales que se sustentaban no solo en el sexismo, sino también en el colonialismo y el racismo ya que todos ellos eran (y son) parte inherente del patriarcado. Actualmente, piénsese cómo por el reconocimiento de los derechos políticos de las mujeres y la paridad éstas feministas o no vienen ocupando los ámbitos del poder público, se trata de un poder dominación. Recuérdese los gobiernos feministas europeos que realizan injerencias en otros estados del Sur. Por ejemplo, los gobiernos feministas de España y Canadá y su papel injerencista en Venezuela en 2019 al reconocer a Guaydó. Ello afectaba el orden constitucional presidencialista venezolano. O, piénsese en el gabinete del gobierno de los Estados Unidos donde las mujeres ejercitan el poder dominación de la dicha potencia económica y militar.

El racismo que forma parte del pensamiento del constitucionalismo oficial patriarcal no es integrado en los estudios de la teoría feminista de la academia. El hecho racial se teoriza para justificar la colonización, el dominio, el esclavismo lo cual permitirá el desarrollo del capitalismo y los imperios. Todo ello nutrió el desarrollo del constitucionalismo liberal.

La heterosexualidad normativa establecida por la Cristiandad con sus reglas de masculinidad que impuso sistemas jurídicos «esencialistas y anclados en la jerarquización de la diferencia sexual binaria»¹⁰. Este binarismo ha venido limitándose al sistema sexo género creado sobre la base de las experiencias de las mujeres blancas desconociendo otras realidades. Realidades de las mujeres del Sur. Este sistema determina un tipo sujeto político constitucional excluyente y limita las agendas de reivindicaciones, de reformas constitucionales homogeneizando a las mujeres y sus necesidades según los cánones eurocéntricos.

De forma muy breve hemos señalado algunos de los problemas del silencio del feminismo constitucional *mainstream*. Estos y muchos otros factores son criticados por los feminismos descoloniales del Sur. Sus críticas, de algún modo, significan también propuestas para repensar los constitucionalismos *otros*. Para repensar aquellas otras formas de organizar las vidas y que llamáramos constitucionalismos feministas situados¹¹.

2. Feminismos descoloniales

Como ya se ha referido, el Estado moderno, Estado constitucional y Constitución tienen un déficit democrático, desde sus orígenes, pues para su construcción necesitó excluir a una gran parte de su misma población blanca que son las mujeres occidentales y además necesitó excluir a poblaciones no blancas racializándolas y esclavizándolas.

Este déficit es criticado por la teoría feminista occidental la cual, a partir de sus realidades, ha llegado —de alguna manera— a cambiarle el rostro al orden político y jurídico del clásico Estado liberal y del Estado social de derecho. Por ejemplo, pensemos en los cambios formales ocurridos en el derecho de sufragio, en el sistema educativo y en el ámbito laboral. Pero, recalcamos, se trata de cambios formales pues no se estudia, por ende, no se puede criticar los pilares excluyentes que están en su historia, en su génesis. Las propuestas eurocéntricas, que son formales, planteadas por este feminismo se universalizan sin responder a las realidades de las mujeres no occidentales, de los pueblos que fueron colonizados, es decir, de las mujeres racializadas. Ante ello, surgen voces críticas de otros feminismos tales como los *feminismos descoloniales* entre los que se encuentran el *feminismo postcolonial* y los *feminismos decoloniales*¹².

En este breve estudio, vamos a hacer referencia a los feminismos del Sur destacando los feminismos que critican los factores históricos del sistema patriarcal que sustenta al constitucionalismo dominante. Dichos feminismos nos hablan de la existencia de otras mujeres cuya opresión es distinta a la de las mujeres occidentales.

Podemos afirmar que desde hace mucho tiempo existen estudios críticos del eurocentrismo realizados por mujeres del Sur. Estas analizan y critican el patriarcado, el hecho colonial, el racismo. A este respecto, Ochoa y Garzón señalan que «en Abya Yala y en los sures globales existen diversas y múltiples producciones críticas de feministas, de mujeres indígenas, afrodescendientes y mes-

10 Respecto de las consecuencias jurídico-constitucionales de este binarismo las cuales vienen dándose entre América Latina y parte de Europa, véase, por ejemplo: Ana Micaela Alterio, «Trasladando sujetos políticos en categorías jurídicas: los desafíos del derecho a la igualdad», *Revista Estudos Institucionais*, v. 10, n.º 3, set./dez. 2024, p. 728. Disponible en: <https://doi.org/10.21783/rei.v10i3.852> Sistema que afecta al propio sujeto político del feminismo oficial.

11 Sobre algunos alcances de la idea de constitucionalismos situados, véase: Nilda GARAY MONTAÑEZ, «Los Andes, lo andino y el derecho occidental: reflexiones sobre un constitucionalismo situado», *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 36, IUSTEL, 2024. Disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=427565

12 Véase las diferencias entre los estudios postcoloniales y decoloniales así como las propuestas feministas en: Nilda GARAY MONTAÑEZ, «Teorías feministas descoloniales», Gerardo RUIZ-RICO RUIZ y Blanca RODRÍGUEZ RUIZ (coords.), *Género, derecho y tutela jurisdiccional: Visiones desde España y América Latina*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 43-57.

tizas racializadas que guardan un fuerte carácter descolonial o anticolonial»¹³. Estas autoras puntualizan que la diversidad de pensamientos hace que no se pueda uniformizarlos por ello sostienen que es más conveniente hablar de feminismos descoloniales en plural¹⁴.

3. Cuestionando y proponiendo desde los feminismos

De los feminismos decoloniales, no obstante, su pluralidad, podemos referir algunas de las críticas como la de Lugones quien coloca en sus estudios la categoría género al lado de la categoría raza. Esta filósofa señala que el poder global se basa en el Sistema Moderno/Colonial de Género e introduce el concepto *colonialidad de género*. Pone en evidencia la persistencia de la interseccionalidad de raza, clase, género y sexualidad la cual afecta a las mujeres de color, es decir, mujeres no blancas víctimas de la colonialidad del poder e, inseparablemente, de la colonialidad del género¹⁵. Critica al feminismo hegemónico por ignorar dicha interseccionalidad y por ignorar el hecho colonial. Lugones sostiene que en las sociedades precolombinas no existió el patriarcado ni el género como principio organizador de la sociedad¹⁶. Afirma esto tomando como referencia los estudios de la feminista nigeriana Oyérónké Oyewùmi¹⁷. Lugones dice que en el sistema de género moderno/colonial, la heterosexualidad convirtió a la gente «no blanca» en animales y a las mujeres blancas en reproductoras de la raza (blanca) y de la clase (burguesa)¹⁸. Entonces, las hembras no-blancas eran consideradas animales en el sentido profundo de ser seres «sin género» marcadas sexualmente como hembras, pero sin las características de la femineidad¹⁹. Para explicar la ausencia de género en los cuerpos de las mujeres racializadas señala que no son consideradas humanas precisamente por ser no blancas. Solo lo humano tiene género.

La cuestión del género con su sistema patriarcal en el debate de los feminismos decoloniales no acaba con los planteamientos de Lugones. Segato sostiene que, en las sociedades precoloniales, sí existió patriarcado, pero se trataba de un patriarcado de baja intensidad. Dice que el «patriarcado, o relación de género» es la «estructura política más arcaica y permanente de la humanidad». Explica que la jerarquía simple del patriarcado de baja intensidad en la vida comunal precolonial es intervenida por el proceso colonial, primero gerenciado por las metrópolis de ultramar y más tarde por los Estados criollos republicanos. Es en este proceso y transición que la asimetría de baja intensidad de las comunidades precoloniales se transforma en un patriarcado de alta intensidad, donde la vulnerabilidad de las mujeres es máxima²⁰.

13 Karina OCHOA MUÑOZ y María Teresa GARZÓN MARTÍNEZ, «Los feminismos descoloniales en los sures globales». Introducción, Karina OCHOA MUÑOZ (coord.), *Miradas en torno al problema colonial. Pensamiento anticolonial y feminismos descoloniales en los Sures globales*, Akal, 2019, p. 5.

14 *Ibidem*.

15 María LUGONES, «Colonialidad y género: Hacia un feminismo descolonial», *Tabula Rasa*, n.º 9, julio-diciembre, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2008, p. 73. Respecto de un estudio más enfocado a la teoría decolonial y los feminismos decoloniales, véase: Nilda Garay Montañez, «Teorías feministas descoloniales», *ibid.*, pp. 43-57.

16 *Ibid.*, pp. 86-87. La existencia o no del patriarcado es una cuestión que ha despertado mayor interés a partir de recientes descubrimientos arqueológicos donde la presencia de mujeres gobernantes se hace evidente, por ejemplo, Caral y la Señora de Cao en el Perú precolombino. También, cabe citar las aportaciones de David GRAEBER y David WENGROW quienes en su obra *El amanecer de todo. Una nueva historia de la humanidad*, demuestran la existencia de sociedades precolombinas igualitarias, lo que interesó a los invasores europeos de los territorios americanos. Véase: David GRAEBER y David WENGROW, *El amanecer de todo. Una nueva historia de la humanidad*, Barcelona, Ariel, 2022.

17 Oyeronke OYEWUMI, *The Invention of Women. Making an African Sense of Western Gender Discourses*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1997.

18 Véase el estudio de: María Lugones, «Subjetividad esclava, colonialidad de género, marginalidad y opresiones múltiples», *Pensando los feminismos en Bolivia*, (Serie Foros 2), La Paz, Bolivia, Conexión Fondo de Emancipaciones, 2012.

19 María LUGONES, «Colonialidad y género: Hacia un feminismo descolonial», *Ibid.*, pp. 92-94.

20 Rita LAURA SEGATO, «Manifiesto en cuatro temas», *Critical Times*, Volume 1, Issue 1, Duke University Press, abril, 2018, pp. 213-214.

De los feminismos descoloniales hay grupos de feministas que no obstante integrar en sus estudios la perspectiva decolonial, no suelen considerarse ni feministas, ni mucho menos feministas decoloniales. A pesar de ello, se les suele incluir en el grupo de los feminismos decoloniales. Nos referimos, por ejemplo, al *feminismo comunitario* boliviano con su contribución de la idea de *entronque patriarcal*. Al respecto, Paredes explica que antes de la conquista existió un patriarcado andino, ancestral y que, al encontrarse con el patriarcado europeo, trajo como resultado un entronque patriarcal que fortaleció el sistema de opresiones. Se trata, dice la citada autora, de un patriarcado en su versión corregida y aumentada. Por ende, entiende que el patriarcado sobre el cuerpo de las mujeres no fue ni es homogéneo. El entronque patriarcal produjo un nuevo patriarcado en un contexto de invasión, conquista y guerra en tierras de Abya Yala, por lo que el patriarcado sobre el cuerpo de las mujeres indígenas se tornó más violento y en grado diferente al patriarcado que afectaba a las mujeres europeas²¹. Cumes sobre este debate del patriarcado y las relaciones de género, se pregunta si ¿son los patriarcados todos iguales? ¿No hay acaso una temporalización en los patriarcados? Cumes, antropóloga maya, puntualiza que el patriarcado no es universal, no hay, por ende, un solo tipo de patriarcado. Así, en Abya Yala se impuso un patriarcado colonial. Al respecto, dice: «Un patriarcado colonial es aquel que se establece en el sometimiento no solamente de las mujeres sino de la población indígena y negra, pero además reconfigura las relaciones sociales»²². La idea de raza impuesta por el hecho colonial es intrínseca al patriarcado colonial. Así, Cumes explica que: «No es lo mismo en la configuración de las sociedades colonizadas ser mujer blanca que ser mujer indígena; ser hombre blanco que ser hombre indígena. Ese patriarcado colonial que piensa la naturaleza como mujer sometida y despojable es el que va a configurar las sociedades hasta ahora»²³. Sobre la categoría género, en su estudio del Popol Wu, Aura Cumes constata que la noción de persona (*winaq* en lengua maya) no tiene género²⁴.

Respecto del género instaurado por el conocimiento occidental entendido como un sistema binario y que como dice Gargallo «leído necesariamente desde la cultura occidental, con su idea común de origen bíblico-evangélico-platónica»²⁵ se puede afirmar que, por un lado, sirve para analizar la exclusión de la mujer (en singular) y sirve al constitucionalismo feminista occidental buscar corregir la exclusión de aquella. Por el otro, la categoría género no puede explicar la opresión de lo feminizado cuando se trata de las realidades de los pueblos del Sur. Por tanto, estaríamos ante una categoría eurocentrada que excluye realidades no occidentales.

Sobre el género y su paradigma de binarismo excluyente y exclusivo naturalizado, Femenías señala que éste ya venía mostrando «sus límites en muchos trabajos antropológicos vinculados a los pueblos originarios y los afrodescendientes. Esos perfiles entrecruzados referidos a la sexualidad, su ejercicio y sus prácticas sociales, rebasaron la incidencia del cristianismo como ideología hegemónica y unificadora, que no pudo borrar universos simbólicos de sexualidades tri- o cuatripartitas»²⁶. Los estudios de Marcos, feminista decolonial, nos permiten constatar que si denominamos como hace la categoría de género «a las concepciones de lo masculino femenino que aparecen en el pensamiento mesoamericano»²⁷, encontramos

21 Julieta PAREDES, «El feminismo comunitario: la creación de un pensamiento propio», *Corpus. Archivos Virtuales de la alteridad americana*, Vol. 7, n.º 1, Mendoza, Argentina, CONICET, 2017. Disponible en: <http://journals.openedition.org/corpusarchivos/1835>

22 Véase la entrevista a Aura Cumes: «Aura Cumes, escritora: “Un patriarcado colonial somete no sólo a las mujeres”», *Palabra Pública*. Universidad de Chile, 23 de julio de 2018. Disponible en: <https://palabrapublica.uchile.cl/aura-cumes-escritora-un-patriarcado-colonial-somete-no-solo-a-las-mujeres/>

23 *Ibidem*.

24 Aura CUMES, «Cosmovisión maya y patriarcado: una aproximación en clave crítica», Karina OCHOA MUÑOZ (coord.), *Miradas en torno al problema colonial. Pensamiento anticolonial y feminismos descoloniales en los Sures globales*, *ibid.*, pp. 74 y 77.

25 Francesca GARGALLO, *Las ideas feministas latinoamericanas*, México, UACM, 2006, p. 17.

26 María Luisa FEMENÍAS, «Género y feminismo en América Latina», *Debate Feminista*, n.º 40, 2009, p. 56.

27 Sylvia MARCOS, «Pensamiento Mesoamericano y Categorías de Género: un reto Epistemológico», *La palabra y el hombre. Revista de la Universidad Veracruzana*, n.º 6, 1995, pp. 20-21.

que éstas forman pares de conceptos, si bien opuestos, son conceptos fluidos, abiertos, sin estratificación jerárquica y en balance cambiante, constituyéndose y reconstituyéndose definiéndose y redefiniéndose permanentemente²⁸. Con este análisis podemos ver, dice Marcos, cuán distantes están las categorías de la teoría de género [oficial] de aquéllas que pueden emerger del análisis cuidadoso de las fuentes»²⁹ (fuentes primarias relativos a los pueblos precolombinos).

Los feminismos descoloniales de Abya Yala, realizan una profunda interpelación al eurocentrismo del feminismo dominante. Critican la «historia» del feminismo que se centra exclusivamente en la Europa del siglo XVIII. Llamam la atención acerca de cómo dicha «historia» ignora las reivindicaciones de las mujeres racializadas y colonizadas. Para corregir este silencio epistémico del feminismo occidental, los feminismos descoloniales están recuperando las luchas históricas de mujeres indígenas y negras en Abya Yala. Utilizan conceptos tales como violencia epistémica y colonialidad del saber para reivindicar la validez de los conocimientos de las mujeres latinoamericanas y caribeñas. Sostienen que el Estado moderno es *per se* patriarcal, por lo que plantean despatriarcalizarlo y descolonizarlo³⁰. La propuesta de despatriarcalización y descolonización fue debatida en la Asamblea Constituyente boliviana de 2006. Entendían que la dimensión patriarcal está articulada no solo con las opresiones de raza, clase y género sino también con el colonialismo³¹.

El grupo de feministas autónomas, que muchas de ellas siguen la senda decolonial, exigen la eliminación de la colonialidad del poder/saber que impone el feminismo institucional eurocéntrico a nivel global. Dicen que el feminismo institucional, mediante sus relaciones con las instituciones nacionales e internacionales (la academia; partidos políticos; ONGs; grupos de expertas en género; y con los programas de cooperación internacional) se ve limitado a la normativa y financiación externa generando una fuerte «dependencia ideológica y económica» lo cual «ha tenido altos costos para el feminismo al perderse buena parte de sus postulados políticos más éticos y revolucionarios»³².

Las mujeres afrodescendientes; de los pueblos originarios; las amazónicas, aquellas que integran los feminismos indígenas y comunitarios vienen proponiendo categorías que reflejan sus realidades amenazadas por los extractivismos de los patriarcados y el capitalismo³³. Nos referimos a la idea de cuerpo territorio; al estrechísimo vínculo de su ser y cuerpo con la Naturaleza. A su idea de comunalidad. A reconocer que los cerros, ríos, animales y todo su entorno tienen vida como ellas, son seres tierra unidos.

4. Pensando en la construcción de constitucionalismos feministas situados

Las feministas descoloniales siguen la línea cronológica para situar sus análisis a partir de la primera Modernidad, es decir, 1492. Cabe recalcar que las diversas teorías elaboradas por las mujeres de los sures globales que no necesariamente se consideran ni feministas ni descoloniales,

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*.

30 Véase: María GALINDO, *No se puede descolonizar sin despatriarcalizar. Teoría y propuesta de la despatriarcalización*, Bolivia, Ediciones Mujeres Creando, 2013.

31 Nilda GARAY MONTAÑEZ, «Procesos constituyentes, feminismos y constituciones democráticas en América del Sur», María Cristina ESCRIBANO GÁMIR (coord.), *Estudios sobre mujeres y feminismo: aspectos jurídicos, políticos, filosóficos e históricos*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2021, p. 97.

32 Ochy CURIEL, «Descolonizando el Feminismo: Una perspectiva desde América Latina y el Caribe», Universidad Nacional de Colombia Proyectos Temáticos Biblioteca Digital Feminista Ofelia Uribe de Acosta BDF Biopolítica y sexualidades, Montevideo, 2009. Disponible en: <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/75231>

33 Véase: Rocío SILVA SANTISTEBAN, *Mujeres y conflictos ecoterritoriales. Impactos, estrategias, resistencias*, Lima, Tarea, 2025.

están unidas por el proyecto descolonial (por ejemplo, Rivera Cusicanqui³⁴ y Cabnal³⁵ entre otras). Consideran que feminismo es un concepto eurocéntrico ajeno a sus realidades.

Los feminismos del Sur tienen como objetivo reescribir su historia a partir de la recuperación de conocimientos ancestrales; de la concepción de la comunalidad; de su vínculo con la Naturaleza; de su estrecho vínculo con sus territorios y se oponen al binarismo de la categoría género. Discuten los conceptos occidentales y proponen reinventar nuevas herramientas conceptuales que den cuenta de las formas específicas que cobra la opresión de género en contextos como el de las indígenas Mayas, Kichuas, Aymaras, Mapuches³⁶.

Revisar la historia universal eurocéntrica y reformularla desde la perspectiva de los pueblos colonizados, afecta a la historia oficial de la subjetividad. La propuesta de la colonialidad del ser (la frontera de lo humano y no humano instaurada por el patriarcado colonial) está abriendo un amplio debate que podría darle un nuevo contenido a la idea del «sujeto mujer» del feminismo y a la categoría individuo, ciudadano, sujeto de derechos del constitucionalismo liberal.

Los diversos feminismos descoloniales, que hemos tratado aquí (muy brevemente por falta de espacio), comparten la conciencia de los efectos de la colonización «sobre los cuerpos, los territorios y las vidas de las mujeres y sus pueblos en los sures globales»³⁷. Estas cuestiones si bien forman parte de los debates públicos en Abya Yala, no suelen ser recogidas por la teoría feminista oficial del Norte.

No podemos dejar de mencionar la crítica que hacen al papel de las mujeres blancas que negociaron con los hombres blancos esclavistas y silenciando la subordinación de las mujeres no blancas para conseguir derechos constitucionales (civiles)³⁸. Esta historia permite argumentar la existencia de imbricación de opresiones, concepto aportado por el feminismo negro.

Interpelan tanto al contrato sexual teorizado por el feminismo blanco (Pateman), como al contrato social del colono europeo. El contexto histórico de las mujeres colonizadas y racializadas está ausente en la crítica que hace el feminismo dominante a la teoría contractualista. En efecto, una de las críticas más repetidas al contrato social originario que hace el constitucionalismo feminista es la existencia de un contrato sexual que implica la dominación de las mujeres por parte de los hombres. Concepto acuñado por Pateman en su obra *El Contrato sexual*³⁹. En este estudio la idea de estado de naturaleza es fundamental. Pero, Pateman no lo explica, ignora la historia colonial del constitucionalismo liberal donde la definición estado de naturaleza es la base de la exclusión de la otredad. Hasta hoy parece no haber interés en la academia feminista por visitar la historia de tal concepto. O, mejor dicho, la historia oculta del constitucionalismo. Recuperar esa historia implica analizar dicho concepto tan aludido para la existencia del contrato sexual. El concepto en cuestión se vincula tanto a la historia de dominación por parte de Occidente y a la historia de la colonización de las regiones allí donde los europeos (y a partir de 1783, los estadounidenses) han colonizado y hasta le fecha siguen colonizando imponiendo un discurso constitucional liberal y también constitucional democrático y social.

34 Silvia RIVERA CUSICANQUI, «La noción de “derecho” o las paradojas de la modernidad postcolonial: indígenas y mujeres en Bolivia», *Temas Sociales*, n.º 19, La Paz, 1997.

35 Lorena CABNAL, «Acercamiento a la construcción de la propuesta de pensamiento epistémico de las mujeres indígenas feministas comunitarias de Abya Yala», *Feminismos diversos: el feminismo comunitario*, Acsur, Las Segovias, 2010.

36 Véase, por ejemplo, Sylvia MARCOS, «Feminismos ayer y hoy», *Poiésis. Revista do Programa de Pós-Graduação em Educação, Mestrado*, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão. Vol. 8, n.º 13, enero-junio, 2014, p. 15.

37 Karina OCHOA MUÑOZ y María Teresa GARZÓN MARTÍNEZ, «Los feminismos descoloniales en los sures globales». Introducción, en OCHOA MUÑOZ, Karina (coord.), *ibid.*, p. 6.

38 Véase el trabajo de la historia del feminismo negro y el sufragio en los Estados Unidos: Rosalyn TEBBORG-PENN, *African American Women in the Struggle for the Vote, 1850-1920*, Indiana University Press, 22 may 1998 y Breny MENDOZA, *Ensayos de crítica feminista en nuestra América*, México, Herder, 2014, p. 317.

39 Carole PATEMAN, *El contrato sexual*, Anthropos, UAM, 1995.

Respecto de la crítica al estado de naturaleza por los feminismos del Sur cabe destacar el trabajo de la feminista decolonial Breny Mendoza sobre este concepto acudiendo a los estudios críticos de los y las amerindias de los Estados Unidos⁴⁰. La categoría estado de naturaleza repercute de forma importante en cómo se concibe el sujeto de las constituciones.

Se trata de críticas que llevan reflexiones para completar la historia oficial del constitucionalismo liberal. El hecho colonial une a los feminismos del Sur en tanto pueblos colonizados con el feminismo del Norte en tanto que forman parte del mundo del colono. Del mundo de aquellos hombres creadores y firmantes del contrato social originario. Une también la idea de poder dominación en el sentido de que ni las mujeres blancas ni los pueblos originarios nunca fueron poder constituyente, por ende, no son pueblo, no tienen poder soberano y, en suma: no son autores de sus constituciones. Convendría entonces, unir esfuerzos para reconceptualizar lo que llamamos constitucionalismo y constitucionalismos.

Esto no invita a reflexionar si es posible, aún, dialogar en igualdad entre el feminismo y los feminismos del Sur. Cabe reflexionar, también, sobre los intentos de rehacer los constitucionalismos en el Sur y las posibilidades de que las propuestas de los feminismos descoloniales ayudaría a seguro con el camino para reinención de formas de organizar la vida según cada realidad. Sobre esto, conviene señalar cómo en algunos procesos constituyentes de América del Sur (por ejemplo: de Ecuador en 2008 y Bolivia de 2006 a 2009) participaron activamente los pueblos históricamente excluidos y las mujeres racializadas. No fueron poder constituyente, pero reconfiguraron con su presencia y sus sentipensares sus constituciones intentando hacerle fisuras a sus estructuras patriarcales y coloniales. Los cambios en esos textos constitucionales son importantes. El camino ha sido allanado para posibles cambios estructurales. Fue allanado, también, por los feminismos y las luchas antipatriarcales descoloniales.

Bibliografía

- ALTERIO, Ana Micaela**, «Trasladando sujetos políticos en categorías jurídicas: los desafíos del derecho a la igualdad», *Revista Estudos Institucionais*, v. 10, n.º 3, set./dez. 2024. Disponible en: <https://doi.org/10.21783/rei.v10i3.852>
- CABNAL, Lorena**, «Acercamiento a la construcción de la propuesta de pensamiento epistémico de las mujeres indígenas feministas comunitarias de Abya Yala», *Feminismos diversos: el feminismo comunitario*, Acsur, Las Segovias, 2010.
- CUMES, Aura**, «Cosmovisión maya y patriarcado: una aproximación en clave crítica», Karina Ochoa Muñoz (coord.), *Miradas al problema colonial. Pensamiento anticolonial y feminismos descoloniales en los Sures globales*, Akal, 2019.
- CUMES, Aura**, «Aura Cumes, escritora: «Un patriarcado colonial somete no sólo a las mujeres»», *Palabra Pública*. Universidad de Chile, 23 de julio de 2018. Disponible en: <https://palabrapublica.uchile.cl/aura-cumes-escritora-un-patriarcado-colonial-somete-no-solo-a-las-mujeres/>
- OCHY Curiel**, «Descolonizando el Feminismo: Una perspectiva desde América Latina y el Caribe», *Universidad Nacional de Colombia Proyectos Temáticos Biblioteca Digital Feminista Ofelia Uribe de Acosta BDF Biopolítica y sexualidades*, Montevideo, 2009. Disponible en: <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/75231>
- FEMENÍAS, María Luisa**, «Género y feminismo en América Latina», *Debate Feminista*, n.º 40, 2009.
- MARÍA Galindo**, *No se puede descolonizar sin despatriarcalizar. Teoría y propuesta de la despatriarcalización*, Bolivia, Ediciones Mujeres Creando, 2013.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda**, «Los Andes, lo andino y el derecho occidental: reflexiones sobre un constitucionalismo situado», *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 36, IUSTEL, 2024. Disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=427565

40 Véase, por ejemplo: Breny MENDOZA, «Conexiones coloniales», *Tabula Rasa. Revista de humanidades*, n.º 38, 2021, pp. 49-59. Véase también: Robert NICHOLS, «Indigeneity and the Settler Contract today», *Philosophy and Social Criticism*, n.º 39 (2), SAGE Publications, 2013, pp. 165-186.

- GARAY MONTAÑEZ, Nilda**, «Teorías feministas descoloniales», Gerardo Ruiz-Rico Ruiz y Blanca Rodríguez Ruiz (coords.), *Género, derecho y tutela jurisdiccional: Visiones desde España y América Latina*, Tirant lo Blanch, 2022.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda**, «Procesos constituyentes, feminismos y constituciones democráticas en América del Sur», María Cristina Escribano Gámir (coord.), *Estudios sobre mujeres y feminismo: aspectos jurídicos, políticos, filosóficos e históricos*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2021.
- GARGALLO, Francesca**, *Las ideas feministas latinoamericanas*, México, UACM, 2006.
- GRAEBER, David y WENGROW, David**, *El amanecer de todo. Una nueva historia de la humanidad*, Barcelona, Ariel, 2022.
- LERNER, Gerda**, *La creación del patriarcado*, Pamplona, Katakarak, 2017.
- LUGONES, María**, «Subjetividad esclava, colonialidad de género, marginalidad y opresiones múltiples», *Pensando los feminismos en Bolivia*, (Serie Foros 2), La Paz, Bolivia, Conexión Fondo de Emancipaciones, 2012.
- LUGONES, María**, «Colonialidad y género: Hacia un feminismo descolonial», *Tabula Rasa*, n.º 9, julio-diciembre, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 2008.
- MARCOS, Sylvia**, «Feminismos ayer y hoy», *Poiésis*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Educação, Mestrado, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão. Vol. 8, n.º 13, enero-junio, 2014.
- MARCOS, Sylvia**, «Pensamiento Mesoamericano y Categorías de Género: un reto». Epistemológico», *La palabra y el hombre. Revista de la Universidad Veracruzana*, n.º 6, 1995.
- NICHOLS, Robert**, «Indigeneity and the Settler Contract today», *Philosophy and Social Criticism*, n.º 39 (2), SAGE Publications, 2013.
- MENDOZA, Breny**, «Conexiones coloniales», *Tabula Rasa. Revista de humanidades*, n.º 38, 2021.
- MENDOZA, Breny**, *Ensayos de crítica feminista en nuestra América*, México, Herder, 2014.
- OCHOA MUÑOZ, Karina y GARZÓN MARTÍNEZ, María Teresa**, «Los feminismos descoloniales en los sures globales». Introducción, Karina Ochoa Muñoz (coord.), *Miradas en torno al problema colonial. Pensamiento anticolonial y feminismos descoloniales en los Sures globales*, Akal, 2019.
- OYEWUMI, Oyeronke**, *The Invention of Women. Making an African Sense of Western Gender Discourses*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1997.
- PEREDES, Julieta**, «El feminismo comunitario: la creación de un pensamiento propio», *Corpus. Archivos Virtuales de la alteridad americana*, Vol. 7, n.º 1, Mendoza, Argentina, CONICET, 2017. Disponible en: <http://journals.openedition.org/corpusarchivos/1835>
- PATEMAN, Carole**, *El contrato sexual*, Anthopos, UAM, 1995.
- PEREDA, Carlos**, «¿Qué puede enseñarle el ensayo a nuestra filosofía?», *Revista Fractal*, n.º 18, julio-septiembre, 2000, año 4, Vol. V. Disponible en: <https://www.mxfractal.org/F18pered.html>
- RIVERA CUSICANQUI, Silvia**, «La noción de “derecho” o las paradojas de la modernidad postcolonial: indígenas y mujeres en Bolivia», *Temas Sociales*, n.º 19, La Paz, 1997.
- SEGATO, Rita Laura**, «Manifiesto en cuatro temas», *Critical Times*, Volume 1, Issue 1, Duke University Press, abril, 2018.
- SEGATO, Rita Laura**, *La guerra contra las mujeres*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2016.
- SILVA SANTISTEBAN, Rocío**, *Mujeres y conflictos ecoterritoriales. Impactos, estrategias, resistencias*, Lima, Tarea, 2025.
- SUÁREZ NAVAZ, Liliana y HERNÁNDEZ CASTILLO, Rosalva Aída** (eds.), *Descolonizando el feminismo. Teorías y prácticas desde los márgenes*, Madrid, Cátedra, 2011.
- TERBORG-PENN, Rosalyn**, *African American Women in the Struggle for the Vote, 1850–1920*, Indiana University Press, 22 may 1998.

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA COLECTIVA: NOTAS PARA UN ESTUDIO

Joaquín García Murcia

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

Sumario: 1. Una primera aproximación a la autonomía colectiva. 2. La recepción constitucional de la autonomía colectiva. 3. La libertad sindical como crisol de la autonomía colectiva. 4. A modo de epílogo.

1. Una primera aproximación a la autonomía colectiva

Los laboralistas —quienes nos dedicamos al estudio del Derecho del Trabajo— damos el nombre de autonomía colectiva a la capacidad de organización y autorregulación de trabajadores y empresarios. En realidad, la idea de autonomía colectiva podría aplicarse también a otros grupos sociales con intereses comunes susceptibles de reivindicación y defensa en el concierto de la sociedad. Si nos mantuviéramos en los dominios del sistema productivo, podríamos aplicarla a trabajadores autónomos, a profesionales libres, a cooperativistas, o a comercializadores y distribuidores de productos, por poner tan sólo algunos ejemplos significativos. También podríamos proyectarla extramuros del ámbito estricto de la producción, pues más allá de esas concretas fronteras es posible identificar, bien es verdad que, con las particularidades de rigor, grupos sociales con preocupaciones o inquietudes compartidas y con ánimo de hacerlas valer frente a otros. Los consumidores y usuarios conforman seguramente el grupo más conocido y activo en ese contexto más general, pero también cabría referirse a otros muchos colectivos de personas, aun cuando sólo estuviesen ligadas por aficiones o hábitos de ocio. Pensemos en los practicantes de un determinado deporte (o del deporte sin más), en los amantes de la música (o de las artes en general), en los defensores del medio ambiente o en los vecinos de un determinado territorio, por no alargarlos en una enumeración poco menos que infinita. Todos esos grupos sociales tienen intereses en común y todos ellos pueden mostrar, antes o después, alguna inclinación a organizarse, a tomar medidas en defensa de lo suyo y a procurarse reglas acordes con sus pretensiones. Todos ellos son grupos de intereses que en algún momento pueden convertirse en grupos de presión y que, en mayor o menor grado, y con mayores o menores posibilidades, pugnarán por un espacio propio de autogestión.

La autonomía colectiva es por definición asunto de grupos o colectivos sociales, pero tiene su raíz a la postre en un principio tan añejo como la autonomía privada. En la autonomía colectiva late, si bien se mira, la misma idea fuerza que en esta venerable institución cívica, que a fin de cuentas es su «casa matriz» en sentido dogmático y práctico. En una y otra faceta de la autonomía está presente el ánimo de atender los intereses propios de la manera que los protagonistas (interesados) consideren más pertinente. O, por decirlo de otro modo, el propósito de gestionar la vida conforme a los dictados de la propia voluntad. Es, en definitiva, el espacio típico de la sacrosanta «autonomía de la voluntad». Como la autonomía privada, la autonomía colectiva no entraña otra cosa que poder y libertad de las personas para actuar en la esfera de sus proyectos y objetivos vitales. Ambas, por otra parte, tienen su razón de ser en la dimensión social de los seres huma-

nos, y, más concretamente, en la conveniencia (o necesidad) de preservarles suficiente capacidad de decisión y de acción dentro de un contexto de relaciones sociales. No tendría mucho sentido, como es fácil de comprender, hablar de autonomía privada —ni siquiera del «derecho» en tanto que instrumento de orden social— en la remota hipótesis de individuos completamente aislados y carentes de contacto con sus semejantes. En ese remotísimo entorno, en efecto, no se requeriría de ningún apoyo conceptual o institucional para que, en ausencia de competidores o potenciales afectados, los individuos pudieran ser autónomos o «soberanos» en lo que se refiere a sus expectativas o condiciones de vida. Esa clase de auxilio se torna imprescindible, en cambio, cuando las personas tienen que desenvolverse en concurrencia con las ansias, los planes o los actos de otras.

Es lógico pensar, de ese modo, que la noción (social y jurídica) de autonomía privada nace precisamente para procurar autotutela a las personas en relación (o en contraste) con otros sujetos de su misma especie. Desde ese punto de vista, la autonomía privada se presenta primordialmente como el mejor y más sofisticado soporte para que el individuo pueda tomar decisiones, dentro de su entorno social, en relación con sus propios intereses: para hacer negocios con otras personas, para buscar ayuda entre quienes le rodean, para formar un patrimonio o peculio particular, o para legar los bienes acumulados conforme a sus preferencias, por limitarnos a los actos personales más usuales o previsibles. Obviamente, en las sociedades organizadas en forma de «Estado» (típicas ya de todo nuestro entorno), la autonomía privada pasará a ser también instrumento de cobertura o defensa del individuo frente a los riesgos de invasión del poder público. Estamos, pues, ante un concepto dinámico y ambivalente, que sirve tanto para sostener el ejercicio de facultades por parte de sus titulares como para frenar intromisiones de otros en el recinto particular de las personas; se gestó como una suerte de convención social para articular las relaciones entre ciudadanos, pero hace ya mucho tiempo que consiguió introducirse entre las instituciones básicas del sistema jurídico y que adquirió el valor de salvaguarda de la persona frente a los mandatos o las injerencias del poder público.

Desde todos esos frentes, la autonomía privada guarda notoria conexión con la dignidad de las personas y el libre desarrollo de su personalidad. No hace falta especular mucho para advertir que la dignidad es tanto el detonante de la autonomía privada como el más deseado destino de sus aplicaciones y beneficios. Partimos, obviamente, de que la persona —la persona física— no es un mero espectador de los acontecimientos de su mundo, sino un ser diseñado para actuar y desplegar en el contexto reinante sus particulares iniciativas o aspiraciones. Por ello, no se complace bien la categoría de persona con un escenario hostil o refractario a la autonomía de la voluntad, con independencia de que las exigencias de la convivencia social obliguen a modular o moderar el vigor de los poderes del individuo. No es persona la máquina programada y dirigida desde terminales externas, sino el ser humano que decide sobre sí mismo, que elige sus propios criterios de actuación y que puede hacer valer sus intereses en sus relaciones con el prójimo. Es el ser que tiene capacidad de autogestión de su vida y para todo aquello que atañe a su vida. No puede hablarse de dignidad de la persona —ni siquiera de respeto para la persona— cuando se cercena o cancela todo posible canal de expresión y desarrollo personal, esto es, cuando se borran por completo los lugares de tránsito de la autonomía privada.

En esencia, la autonomía colectiva es un precipitado o trasunto de esa capacidad de autodecisión propia del individuo, elevada ahora a un plano de mayor amplitud o envergadura, esto es, el plano de grupo o colectivo de personas. Aunque pudiera parecer una paradoja, se trata de la aplicación a escala «colectiva» de una idea que, si bien se mira, no deja de ser rabiosamente individual (o incluso egoísta), por lo que supone de entronización del individuo y de los intereses del individuo. En ese nuevo nivel (el colectivo), la autonomía sigue teniendo el significado de «espacio vital» (como dominio imprescindible para el adecuado desenvolvimiento de sus titulares), pero no deja de adquirir, como era de esperar, rasgos diferenciadores (e innovadores). Ya no puede ser manifestación pura o directa de dignidad, sino más bien instrumento de acción y protección del grupo social; ya no es sólo título habilitante para la toma de decisiones, sino también, y tal vez en mayor grado aún, soporte para la organización de un determinado compartimento de la sociedad con vistas a satisfacer sus intereses y necesidades. En ambas facetas, la autonomía es fuente de autotutela —del individuo o del grupo, frente a otras instancias privadas o frente a los poderes públicos—, pero en su versión colectiva los ingredientes de la autonomía se van distanciando del interés meramente individual para adoptar perspectivas de grupo. De ahí que los poderes que brinda la autonomía en esa escala colectiva puedan alcanzar también mayor dimensión o grosor.

En esa vertiente ampliada, la autonomía es sobre todo capacidad de ordenación de los intereses colectivos, y por ello mismo se convierte también en palanca de autodefensa de lo propio frente a lo ajeno y de compensación o equilibrio de fuerzas y posiciones entre diferentes grupos sociales.

La autonomía colectiva, en cualquier caso, tan sólo puede vivir y desenvolverse cuando se cumplen determinadas condiciones. Los grupos sociales emanan por naturaleza de la misma sociedad, sin que la autoridad (o el sistema) puedan ponerles freno. Pero su capacidad de organización y de acción depende de la concurrencia de unos cuantos presupuestos. Depende, en síntesis, de que la sociedad en la que tales grupos se insertan se organice conforme a unos principios que hagan posible la iniciativa de las personas, que reconozcan los intereses de grupo y que permitan la adopción de acciones colectivas de reivindicación y tutela. Nos referimos, claro está, a los principios de libertad y pluralismo. No todas las sociedades han seguido esos parámetros a la hora de organizarse, ni todos los regímenes políticos han mostrado respeto por esos valores o postulados. Probablemente pueda decirse que la autonomía colectiva tiene su mejor entorno y su más fructífero caldo de cultivo con el Estado social y democrático de Derecho, caracterizado precisamente por su afán de conjugar los derechos individuales y las aspiraciones colectivas en un sistema de libertades. Es difícil saber si la autonomía colectiva es una institución social autosuficiente, capaz de emerger y sobrevivir por sí misma, o si requiere por el contrario el auxilio del Estado. Pero resulta evidente, cuando menos a la vista de la experiencia, que sin una mínima recepción por parte del sistema legal pocas posibilidades de desarrollo quedan para la autonomía colectiva. Con la misma claridad habría que decir que, una vez acogida por el Estado, la autonomía colectiva ha de activarse y practicarse en conjunción con el marco institucional y legal de referencia. De ninguna manera puede concebirse como poder social completamente autónomo, ni mucho menos como un contrincante o alternativa al Estado.

2. La recepción constitucional de la autonomía colectiva

Aun cuando la acepte y la proteja, no es previsible que el Estado proclame de manera explícita la autonomía colectiva. Tampoco es algo que podamos ver con facilidad en la experiencia real. Es justamente lo que ocurre con nuestra Constitución de 1978, que cuenta sin ninguna duda con la autonomía colectiva, pero que en ninguno de sus pasajes la nombra. Tampoco se refiere a la autonomía privada en términos literales, como de sobra es sabido. Los textos constitucionales parecen preferir los canales indirectos para dar sostén a este tipo de instituciones sociales. No suelen operar en estos casos con declaraciones directas, sino más bien mediante mimbres o soportes indirectos. Por lo que atañe a la Constitución española, no es difícil por lo demás encontrar esa clase de asideros, desde el momento en que su artículo 1.1 constituye a España «en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Como dijimos, la idea de autonomía colectiva forma parte con naturalidad de los presupuestos y propósitos de ese modelo de Estado, del mismo modo que entronca a la perfección con los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, que le sirven de nutriente y que constituyen al mismo tiempo sus más inmediatos objetivos. Si a todo ello añadimos la especial consideración que da nuestro texto constitucional a «la dignidad de la persona» y a «los derechos inviolables que le son inherentes» (como «fundamento del orden político y de la paz social»), y su declarado empeño en «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», tenemos todos los ingredientes necesarios para calificar la autonomía colectiva como un principio con raigambre constitucional.

Como sucede en otros muchos países, la conclusión a la que de momento podemos llegar es que nuestro sistema constitucional ha optado por la creación de un entorno favorable a la autonomía colectiva, sin necesidad de proclamarla o enaltecerla de modo expreso. Pero debemos añadir ahora que para la Constitución de 1978 la autonomía colectiva no es tan sólo un principio de los tantos que alberga la cláusula de Estado social y democrático de Derecho, sino, más rotundamente, un derecho de base constitucional, aunque no esté formulado de esa manera. No es, desde luego, un derecho independiente, pero sí un derecho derivado. Su lugar de nacimiento se ubica, por decirlo ya con la debida precisión en el «derecho de asociación» reconocido en el artículo 22 del texto constitucional y dotado de las máximas garantías. No en vano, el derecho (fundamental) de asociación es el principal instrumento jurídico para la organización y la acción colectiva de los

grupos sociales. Es, por ello mismo, la fuente jurídica de la autonomía colectiva, como de alguna manera nos viene a decir la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, a lo largo de algunos de sus pasajes. Es un derecho que habilita para dar consistencia formal al grupo social y para desarrollar, a través de las correspondientes estructuras, todas aquellas actividades que contribuyan a la consecución de sus fines, aun cuando para ello hayan de «atenerse a la legislación específica que regule tales actividades», tal y como apostilla el artículo 13 de esa disposición legal. Alguien podría decir, con toda la razón del mundo, que no hay una correlación absoluta entre asociación y autonomía colectiva, en tanto que los grupos sociales también pueden hacerse presentes mediante otra clase de iniciativas, como la convocatoria de reuniones y manifestación, o como la coligación más o menos espontánea para luchas por un determinado objetivo. Pero no es dudoso que la asociación ofrece al grupo social un nivel de solidez y operatividad difícilmente asequible por otros procedimientos. Es, asimismo, la más acabada expresión de los valores de libertad y pluralismo de las sociedades democráticas, y probablemente uno de los mejores medios para contribuir a la igualdad y la justicia social.

No hace falta decir que el derecho constitucional de asociación está diseñado para el conjunto de la sociedad. Tiene proyección general sobre el sistema social, como por otra parte se desprende del artículo 3 de la LO 1/2002, en el que cifran sus titulares. Todo ello significa, por lo que ahora importa, que nuestro texto constitucional da a la autonomía colectiva ese mismo tono de generalidad, desde el momento en que cualquier grupo social puede utilizar el derecho de asociación para organizarse y actuar en consecuencia. Incluidos, por cierto, algunos grupos sociales de características muy singulares, como es el caso de jueces, magistrados y fiscales, o el de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil. Dentro de ese marco constitucional y legal, todos los grupos sociales pueden organizarse y actuar de forma colectiva para tratar de sus asuntos y procurar la correspondiente tutela. Situados en uno de sus más emblemáticos campos de operaciones, todos pueden, si fuera el caso, organizarse para la promoción y defensa de sus intereses profesionales, mediante una aplicación particular del derecho de asociación que da lugar a lo que el propio artículo 3 de la LO 1/2002 califica como «asociaciones profesionales». Ahora bien, esa paridad de partida de todos los grupos sociales ha de ser inmediatamente matizada. Un análisis un poco más cuidadoso de nuestro sistema —constitucional y legal— nos pone de manifiesto que la autonomía colectiva reviste dosis diferentes de recepción y protección en función de los grupos sociales de referencia y, en íntima relación con ello, en función de los intereses que con ella se promueven y de los fines que con ella se persiguen. No todos los grupos sociales, por decirlo así, tienen la misma «relevancia» desde el punto de vista constitucional y legal, cuando menos desde la perspectiva de su autonomía colectiva.

No cabe duda, por lo pronto, de que los grupos sociales de índole profesional son los mejor atendidos por nuestro sistema a la hora de identificar y amparar sus espacios de autonomía. Y dentro de esa parcela, tampoco es discutible que son los grupos de trabajadores y empresarios los mejor colocados en esa peculiar parrilla de salida. Hay que decirlo así, sencillamente, porque la Constitución ha dado a los más conspicuos representantes de trabajadores y empresarios —«los sindicatos de trabajadores» y «las asociaciones empresariales»— la condición de organizaciones de «relevancia constitucional», como desde muy pronto empezó a destacar nuestra jurisprudencia constitucional. La base jurídica para tal distinción se encuentra en el artículo 7 CE, según el cual «Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios». Un pasaje normativo de redacción un tanto difusa y hasta confusa, pero que ha dado tan frutos espectaculares en ese sentido. Siguiendo por esta senda constitucional, habría que agregar que cerca de los trabajadores —trabajadores de régimen laboral o en su sentido más estricto— parecen situarse los «funcionarios públicos», por cuanto es el propio texto constitucional —a través de su artículo 103.3 CE— el que directamente se ocupa de que sea debidamente atendido «su derecho a sindicación», aun cuando admita «peculiaridades» en su ejercicio. En el sustrato de este especial mimo por los grupos profesionales que conforman el sistema de relaciones de trabajo (o que operan en sistemas anejos), se encuentra un derecho tan determinante para la autonomía colectiva como la libertad sindical, de la que más adelante hablaremos con algo más de detalle.

Otros sectores de la producción han merecido asimismo una consideración nominativa —y por tanto destacada— por parte del texto constitucional, aunque con un nivel de atención ostensiblemente menor en comparación con los anteriores. Tres preceptos constitucionales podrían traerse

a colación en este sentido: a) el artículo 36 CE, que encarga a la ley la regulación de «las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas», con reiteración de la exigencia de que su estructura interna y su funcionamiento se ajusten a principios democráticos, aplicada por primera vez a sindicatos y asociaciones empresariales; b) el artículo 52 CE, que con una redacción parecida transmite al legislador el mandato de regulación de «las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios», con la misma exigencia de democracia interna; y c) el artículo 129.2 CE, que encarga a los poderes públicos el fomento de «las sociedades cooperativas» mediante «una legislación adecuada». Muy próxima al mundo profesional, y cerca en todo caso de estos trazos constitucionales de promoción de la organización y acción colectiva, se encuentra el artículo 127.1 CE cuando delega en la ley la tarea de «establecer el sistema y las modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales», lo cual no es óbice, en todo caso, para advertir sobre la extremada y delicada singularidad que reviste la autonomía colectiva en ese particular terreno.

La mayor querencia hacia los grupos sociales de componente profesional no significa, sin embargo, que nuestro texto constitucional haya prescindido por completo de los restantes sectores de la sociedad, o de los restantes grupos sociales, a la hora de ofrecer posibilidades de organización y acción colectiva. No habla la Constitución, como es lógico, de todos los destinatarios posibles de esa clase de instrumentos, pero sí se refiere a los grupos sociales que han emergido con mayor fuerza más allá de los estrictos contornos de las relaciones profesionales. Se trata de los «consumidores y usuarios», de cuya defensa, según el artículo 51 CE, deben ocuparse los poderes públicos, que «mediante procedimientos eficaces», están constitucionalmente obligados, no sólo a cuidar de su «seguridad», su «salud» y sus «legítimos intereses», sino también a fomentar sus organizaciones y a procurar su audiencia «en las cuestiones» que pudieran afectarles. Como seguramente habrá apreciado el lector, en este precepto constitucional podemos identificar dos líneas de actuación constitucional en relación con ese cuantioso grupo social: de un lado, la protección «heterónoma» de sus intereses a cargo de los poderes públicos; de otro, el fomento de la autoprotección a través de sus propias organizaciones. Esta segunda línea es, naturalmente, la que nos permite percibir los rasgos de la autonomía colectiva.

A la vista de todos esos datos, podríamos concluir aquí con cuatro afirmaciones algo más que provisionales: a) que la Constitución de 1978 contiene todos los pilares y elementos necesarios para construir y dar por sentado el principio de autonomía colectiva; b) que por estar fundado a la postre en el derecho de asociación, tal principio constitucional va dirigido al conjunto de la sociedad; c) que la visibilidad constitucional de la autonomía colectiva se concentra no obstante en determinados grupos sociales, y d) que entre esos grupos «nominados» ocupan una posición especial el de los trabajadores y el de los empresarios. En realidad, la autonomía colectiva encuentra su genuina razón de ser y su más completa plasmación en el ámbito de las relaciones de trabajo, en el que por lo demás se ha ido construyendo y moldeando. Son esos grupos sociales, y el de los trabajadores en lugar preeminente, los que percibieron la utilidad de la organización y acción colectiva y los que reclamaron ante el Estado un espacio vital para su desenvolvimiento. Por otra parte, es el ámbito de las relaciones de trabajo el que reúne las mejores condiciones para que la autonomía colectiva pueda dar de sí toda su potencialidad. La existencia de dos grupos bien identificados no sólo empuja hacia la organización de sus miembros y hacia la defensa de sus respectivos intereses, sino que permite y promueve relaciones de diálogo y negociación con vistas a la creación de reglas compartidas. Por su carácter bilateral, las relaciones de trabajo constituyen el terreno más propicio, y más proclive, para las prácticas de autorregulación. Es una de las pocas parcelas sociales en las que la autonomía colectiva puede mostrar en toda su plenitud sus dos grandes facetas: organización del grupo social y regulación (compartida) de su espacio de juego. La autonomía colectiva no sólo se revela en estos casos como fuente de poder o instrumento de reivindicación, sino también como fuente de regulación del correspondiente sector profesional.

3. La libertad sindical como crisol de la autonomía colectiva

En perspectiva global, es el derecho de asociación el que da vida y sustento al principio de autonomía colectiva. Pero en el ámbito que le es más familiar y cercano, el de las relaciones de trabajo, la autonomía colectiva cuenta a su favor con un derecho más específico y más especia-

lizado, también consagrado en la Constitución de 1978. Hablamos de la libertad sindical, que es precisamente libertad de organización y de acción, como desde hace mucho tiempo vienen expresando las normas internacionales en la materia. En especial, los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que traducen la libertad sindical en el derecho de trabajadores y empleadores a crear las organizaciones que consideren más convenientes para la defensa de sus intereses, con el consiguiente derecho de tales organizaciones a formular «su programa de acción» y a «reglamentar» las condiciones de empleo mediante «el uso de procedimientos de negociación voluntaria». Con el paso del tiempo, la libertad sindical se ha convertido en el soporte «universal» de la autonomía colectiva, con independencia de que unas veces goce de reconocimiento directo y otras (en los países de impronta anglosajona) quede garantizado mediante la asignación de inmunidades o fueros especiales a quienes lo ejercitan.

A la primera de esas opciones pertenece desde luego nuestro sistema, que consagra la libertad sindical en el artículo 28.1 de la Constitución y que cuenta a tal efecto con una regulación relativamente detallada, básicamente comprendida en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. Tres aspectos del derecho a la libertad sindical conviene mostrar en estos momentos. El primero de ellos se refiere a su titularidad, que no alcanza el carácter universal que alguien podría predicar de la palabra «todos» utilizada por el mencionado precepto constitucional. La libertad sindical es para nosotros un derecho exclusivo de los trabajadores por cuenta ajena, con extensión particularizada a los funcionarios públicos, pero con exclusión de quienes participan en el proceso productivo con la condición de empresario, de trabajador autónomo, de cooperativista o de profesional libre, por citar las facetas más señaladas en ese contexto. La ubicación de los tres últimos grupos profesionales en el espacio exterior de la libertad sindical tiene su más contundente justificación en la ausencia de contraparte en sus prestaciones de trabajo, pero no significa, por supuesto, que carezcan de derechos de asociación, incluido el correspondiente derecho constitucional. Más sorprendente puede parecer la exclusión de los empresarios, habida cuenta que para los Convenios de la OIT la libertad sindical es un derecho tanto de los trabajadores como de los sujetos pertenecientes a ese otro lado de las relaciones de trabajo. Pero la tesis de nuestra jurisprudencia constitucional, basada en esencia en la distinción que hace el propio texto constitucional entre «sindicatos» y «asociaciones empresariales» (art.7), ha sido para nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina científica motivo suficiente para limitar la libertad sindical a los primeros. Con la precisión de que tal opción interpretativa tampoco supone que los empleadores queden extramuros de la autonomía colectiva, por razones que el lector ya podría detectar con relativa facilidad.

El segundo aspecto destacable de la libertad sindical es el referido al contenido del derecho, que, como la jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve (y como ha ido ratificando el legislador), reviste una acusada complejidad. Suele hablarse de tres elementos básicos en el derecho de libertad sindical: a) el derecho a organizarse, esto es, el derecho a crear organizaciones con fines sindicales; b) el derecho de afiliación a tales organizaciones, que tiene como contrapunto, y tal vez como salvaguarda, el derecho de no afiliación (libertad sindical «negativa»), y c) el derecho de actividad, que en alguna medida podría predicarse del individuo que decide hacerse partícipe de lo sindical, pero que eminentemente remite a facultades propias de la organización. Todas esas facetas conectan obviamente con la idea de autonomía colectiva, que en esencia significa organizarse para actuar de modo conjunto o colectivo. Pero qué duda cabe de que la más boyante faceta de la autonomía colectiva desde esta particular perspectiva es la que conecta con la actividad sindical, pues poco sentido tiene la libertad sindical, y la propia noción de autonomía, si no es para adoptar medidas o tomar iniciativas. En este plano, la libertad sindical abre por sí misma diversos canales de acción colectiva: la negociación colectiva, la adopción de medidas de conflicto colectiva y la llamada a la huelga. Son componentes naturales e imprescindibles de la autonomía colectiva «laboral», que tienen asiento directo en la libertad sindical pero que en nuestro sistema constitucional y legal gozan asimismo de reconocimiento específico: el artículo 37.1 CE para la negociación colectiva (como derecho constitucional «de los ciudadanos»), el artículo 37.2 CE para la adopción de medidas de conflicto colectivo (con el mismo relieve constitucional), y el artículo 28.2 CE para la huelga (como derecho fundamental dotado de las máximas garantías jurisdiccionales). La libertad sindical como soporte general, y esos otros derechos como cauces más específicos de la acción colectiva, vienen a conformar el alcance del principio de autonomía colectiva en esa vertiente laboral, que no deja de ser la más genuina y expresiva. Mediante la conjunción de

todos esos mimbres se ponen a la vista, por otro lado, las dos grandes dimensiones de la autonomía colectiva: la orgánica y la dinámica.

Por último, debemos poner de manifiesto que, en nuestro sistema constitucional y legal, a diferencia de lo que parece ser más común en los países de nuestro entorno, la autonomía colectiva no está monopolizada por la libertad sindical, en tanto que puede encontrar espacios de juego más allá de la intervención del sindicato. En el sistema español de relaciones laborales pueden operar representaciones colectivas que no tienen naturaleza sindical, como es el caso de las denominadas «representaciones unitarias», que cuentan con apoyo constitucional extramuros de la libertad sindical (en el artículo 129.2 CE) y que tienen amplias posibilidades de acción conforme a la legislación laboral ordinaria. Actividades como la negociación colectiva e iniciativas como la adopción de medidas de conflicto colectivo, incluida la huelga, pueden ser protagonizadas no solamente por los sindicatos sino también por esas otras representaciones de los trabajadores, como admite el propio texto constitucional (al referirse sin más detalles a «trabajadores» y «empresarios», sin prejuzgar el tipo de representación legitimada a tales efectos), y como especifica la regulación legal correspondiente (condensada a estos efectos en el Título III de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo). En consecuencia, debe tomarse nota de que en España la autonomía colectiva no está del todo «sindicalizada», aun cuando haya que reconocer que su principal protagonista sigue siendo el sindicato y que su mayor fuente de energía es justamente la libertad sindical. Existe, en todo caso, una interesante diferencia en el posible alcance de la autonomía colectiva en función de la naturaleza del actor: para el sujeto sindical, la autonomía colectiva tiene toda la magnitud que se desprende de la libertad sindical (que por sí misma permite actuar, además de organizarse), mientras que para el sujeto no sindical sólo llega hasta donde expresamente vaya marcando el legislador.

4. A modo de epílogo

Vayamos recopilando ideas: a) La autonomía colectiva carece de manifestación explícita en la Constitución de 1978 pero goza de cobijo y amparo constitucional a través del derecho general de asociación y de todas aquellas cláusulas constitucionales que promueven y tutelan la organización de grupos sociales con vistas a la defensa y protección de los intereses que les son propios; b) Especial acogida brinda a la autonomía colectiva el derecho constitucional de libertad sindical, en tanto que tiene precisamente por objeto la organización y acción colectiva y la puesta en marcha de procedimientos de autorregulación en el ámbito de las relaciones de trabajo; c) El alcance constitucional de la autonomía colectiva en ese concreto terreno del trabajo asalariado se define y perfila mediante la conjunción de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y huelga, con el complemento de la representación de los trabajadores en la empresa; d) En ese mismo ámbito laboral la autonomía colectiva reviste una ineludible faceta relacional junto a su más primigenia faceta interna, en la medida en que algunas de sus más importantes manifestaciones y aplicaciones (la negociación colectiva) requieren el concurso de las dos partes implicadas en las relaciones de trabajo; e) Como principio constitucional (implícito), la autonomía colectiva no sólo reclama respeto para las previsiones constitucionales y legales que le sirven de base y le dan compostura, sino que, en buena lógica, marca pautas de orientación e interpretación para el conjunto del sistema.

LA LIBERTAD RECONOCIDA EN EL ARTÍCULO 17.1 CE: SU NECESARIA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

Yolanda Gómez Sánchez

*Catedrática de Derecho Constitucional
UNED*

Sumario. 1. La libertad personal: más allá de la libertad deambulatoria. 2. La libertad personal: recepción constitucional y derecho internacional. 2.1. La libertad personal en el constitucionalismo europeo. 2.2. La libertad personal en los textos internacionales. 3. El derecho a la libertad personal en la Constitución española. 3.1. El artículo 17.1 de la Constitución. 3.2. Las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional. 3.3. Las SSTC 19/2023 y 44/2023: la oportunidad perdida. 4. Final.

1. La libertad personal: más allá de la libertad deambulatoria

Como brevemente se expone en estas páginas¹, el reconocimiento del derecho a la libertad está presente en un número significativo de constituciones europeas y también ha sido recogido en los más relevantes textos internacionales de protección de derechos. Sin embargo, tanto en unas como en otros, este reconocimiento ha estado vinculado más frecuentemente al concepto de libertad de movimiento o libertad deambulatoria y, consecuentemente, ha representado un ámbito de protección contra la detención arbitraria, la privación de libertad o ha aportado las garantías para que la restricción de esa libertad física se produzca conforme a la constitución y la ley.

Sin embargo, otra interpretación de la libertad personal es posible; y no solo es posible, sino que es necesaria. En un tiempo en el que un alud de novedosas tecnologías y un innegable proceso de globalización obligan a replantearse los derechos actualmente protegidos, la aparición de nuevos derechos y la redefinición del contenido esencial de otros ya conocidos, el análisis del alcance de la libertad personal resulta inexcusable. El derecho a la libertad personal no debe limitarse a la protección de la libertad deambulatoria y a los derechos inherentes a la misma, sino que puede desplegar un contenido esencial mayor, un derecho de autodeterminación de la persona².

1 Sirvan estas páginas de sincero homenaje a la trayectoria académica de la profesora Ángela Figueruelo Burrieza, ejemplo de dedicación, entrega y rigor académico.

2 Desde hace décadas he defendido una interpretación extensiva del contenido en el artículo 17.1 CE. Pueden consultarse, entre otros: Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, 39 y sigs.; «Dignidad y autodeterminación física como fundamento del estatuto del paciente», en *Acta Bioethica*, vol. 17, núm. 1, 2011, págs. 37-46; *Derecho Constitucional Europeo: derechos fundamentales*, Sanz y Torres, Madrid, 2023, (6.ª edición y anteriores), 421-426. También han defendido una interpretación amplia de la libertad personal, entre otros: Luis PRIETO SANCHIS, «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», en *Derechos y libertades*, núm. 8, 2000, 429-468; Teresa FREIXES SANJUÁN, «La libertad personal», en *La experiencia constitucional: (1978-2000)*, obra colectiva, coordinadores Gumersindo TRUJILLO, Luis María LÓPEZ GUERRA, Pedro José GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, CEPC, 2000, 233-264; Alfonso RUIZ MIGUEL, «Autonomía individual y derecho a la propia vida (Un análisis filosófico-jurídico)», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, enero-abril, 1993.

No es fácil definir la libertad, pero según la interpretación que definiendo la libertad representa la esfera de autonomía en la que el sujeto puede adoptar decisiones libres sobre su propia vida y sus objetivos vitales. Sin duda, si la persona es detenida o privada de libertad, su capacidad de autodeterminación se limita considerablemente o desaparece totalmente, por eso la protección de la libertad deambulatoria es imprescindible en las democracias. Pero, de igual manera, la protección de un ámbito de autonomía personal, de autodeterminación física y moral, es igualmente ineludible.

Analizaremos, a través de algunos ejemplos, tanto de constituciones como de textos internacionales, tal posibilidad y examinaremos finalmente el artículo 17.1 CE y las posibilidades que encierra respecto de la tesis enunciada.

2. La libertad personal: recepción constitucional y derecho internacional

2.1. La libertad personal en el constitucionalismo europeo

El reconocimiento y protección de la libertad es muy frecuente en las constituciones europeas. Reconocimiento que se manifiesta en dos diferentes sentidos. Por un lado, algunas constituciones reconocen la libertad como el derecho a no ser detenido ni retenido, salvo en los casos y con las garantías establecidas en la propia constitución y en la ley, es decir, la libertad de movimientos o libertad deambulatoria³. En estos casos, el precepto suele incorporar también las garantías para los supuestos de detención, puesta a disposición judicial o privación de libertad, confirmando así el ámbito material de la regulación constitucional⁴.

De otra parte, algunas constituciones, aunque minoritarias muy significativas, reconocen el derecho a la libertad con una redacción que permite interpretar que el contenido esencial de dicho derecho abarca más allá de la protección de la libertad deambulatoria⁵. En estos casos, cabría entender protegido también un ámbito de autodeterminación personal; un ámbito de libre opción de la persona y de libre desarrollo de la personalidad. La Constitución de Alemania, Francia, Italia, Japón, Suiza, tres países de la Unión Europea y dos ajenos a la misma y de continentes y culturas jurídicas muy diferentes, son ejemplos significativos de un reconocimiento de la libertad que, potencialmente, permitiría la interpretación extensiva del concepto del derecho a la libertad que definiendo. Analizaré brevemente la redacción acogida en estas constituciones que se abren a una interpretación más amplia del derecho a la libertad para posteriormente examinar la redacción del artículo 17.1 CE que establece lacónicamente en su primer párrafo que «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», añadiendo a continuación la prohibición de la privación de libertad fuera de los casos establecido en la constitución y la ley.

a) *Alemania*. Dentro del capítulo I —Derechos Fundamentales— el artículo 2.1 de la Constitución alemana, bajo el rótulo «Libertad de acción y de la persona», establece que «Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral». El apartado 2 de este mismo precepto dispone que la «libertad de la persona es inviolable». Así, pues, el artículo 2 reconoce las dos vertientes del derecho a la libertad; por un lado, el libre desarrollo de la personalidad, que no es sino una forma de reconocimiento de la libertad como autodeterminación de la persona y, por otro lado, la protección de la inviolabilidad de la libertad personal. Esta regulación es especialmente significativa porque el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad, con naturaleza jurídica de derecho fundamental, permite proteger un ámbito de libre opción personal.

3 Utilizo este término, deambulatoria, aplicado al concepto de libertad personal, sin vinculación con el reconocimiento de la libertad de circulación con la que obviamente tendría igualmente conexión en otro contexto.

4 Por ejemplo, Constitución Dinamarca, art. 71.2; Constitución de Luxemburgo, art. 12; Constitución de Noruega, art. 94; Constitución de los Países bajos, art. 15; Constitución de Portugal, art. 27; Constitución de Rumanía, art. 23; Constitución de USA, V enmienda.

5 Indico las constituciones que permiten esta interpretación, pero no puedo extenderme en estas páginas sobre el desarrollo legislativo ni la interpretación judicial en su caso.

Así, pues, en su conjunto, el artículo 2 incorpora una amplia protección de la libertad física y de la libertad como autodeterminación personal. Situación muy diferente de la que, como más adelante se explica, acontece en la Constitución española, donde la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) no tienen la consideración de derecho fundamentales⁶.

b) *Francia*. Por su parte la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (incluida, por remisión, en el Preámbulo de la Constitución de Francia), tras el afamado texto de su artículo 1, «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», proclama, en su artículo 4, una significativa definición de libertad al afirmar que «La libertad consiste en ser capaz de hacer cualquier cosa que no dañe a otros. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley». Esta veterana regulación no contempla la protección de la libertad deambulatoria sino claramente el derecho de autodeterminación de cualquier persona libre que queda facultada para hacer «cualquier cosa que no dañe a otros».

c) *Grecia*. La vinculación entre el reconocimiento de la libertad, como derecho de autodeterminación, y el libre desarrollo de la personalidad, se recoge también en la Constitución de Grecia, dentro de la Parte II, Derechos individuales y sociales. El artículo 5.1 de la Constitución griega afirma que «Toda persona tiene derecho a desarrollar libremente su personalidad y a participar en la social, económica y política del país, en la medida en que no infrinjan los derechos de los demás ni violen la Constitución ni las buenas costumbres». La protección específica de la libertad se encuentra en el apartado 2 del mismo precepto que establece que «Todas las personas que vivan en el territorio griego gozarán de plena protección de su vida, de honor y de libertad, independientemente de su nacionalidad, raza o idioma y de creencias religiosas o políticas...». Que la libertad así reconocida no se refiere a la libertad deambulatoria se comprueba fácilmente atendiendo a la redacción del artículo 5.3 que es el encargado de establecer que «La libertad individual es inviolable. Nadie podrá ser perseguido, detenido, encarcelado ni privado de libertad en forma alguna sino en los casos y con arreglo a las modalidades que la ley determine». Así, pues, la Constitución griega reconoce las dos vertientes del derecho a la libertad, como autodeterminación personal y como libertad deambulatoria.

d) *Italia*. También la Constitución italiana nos ofrece una redacción de interés. Por un lado, dentro de los Principios Fundamentales con carácter vinculante, la Constitución establece la obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, «limitando de hecho la libertad y la igualdad entre los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana» (art. 3), una redacción que nitidamente incorpora el concepto de libertad como autodeterminación de la propia vida física y social. Confirma esta opinión, la redacción del artículo 13 (Parte I —Derechos y deberes de los ciudadanos—, Título I —De las relaciones civiles) que reconoce la inviolabilidad de la libertad personal y regula en los siguientes apartados las garantías de la restricción de la libertad personal, en los casos establecidos en la constitución y la ley—.

e) *Japón*. El caso de Japón es igualmente significativo. Aunque con una filosofía jurídica muy alejada de la europea, la Constitución de Japón se asemeja notablemente a la Constitución italiana y se refiere como aquella a la libertad en dos preceptos, en este caso, consecutivos y ambos dentro del Capítulo III —Derechos y deberes del pueblo—. El artículo 12 reconoce la libertad separadamente de los demás derechos del pueblo que quedan garantizados por la Constitución afirmando que «La libertad y los derechos garantizados al pueblo por la Constitución serán mantenidos con el constante empeño del mismo, quien a su vez evitará todo abuso de estas libertades y derechos y será responsable de su utilización en favor del bienestar público». Por su parte, el artículo 13, reconoce el valor de la persona individual y proclama que su «derecho a la vida, a la libertad y al logro de la felicidad, que será, en tanto que no interfiera con el bienestar público, el objetivo supremo de la legislación y de los demás actos de gobierno». Las garantías inherentes a la detención y privación de libertad se regulan en preceptos posteriores (arts. 33 y 34), desvinculados, por tanto, de las previsiones citadas anteriormente.

6 Como se señala más adelante, las SSTC 19/2023 y 44/2023 han introducido una interpretación singular al respecto.

f) *Suiza*. Por último, en este grupo de constituciones, también Suiza, en su artículo 10 (Título II. Derechos Fundamentales, Ciudadanía y Objetivos Sociales. Capítulo 1. Derechos Fundamentales), presenta un reconocimiento de la libertad personal ajeno a las garantías procesales inherentes a la libertad deambulatoria, que se regulan específicamente en el artículo 31. El artículo 10 de la Constitución suiza establece, bajo el rótulo, «Derecho a la vida y a la libertad personal», que «Toda persona tiene derecho a la libertad personal y, en particular, a la integridad física y mental y a la libertad de circulación». En este caso, por un lado, la libertad personal (derecho fundamental) se vincula a la integridad física y mental, en relación evidente con un ámbito de autodeterminación personal, y, por otro lado, con la libertad de circulación, enlazando, en este caso sí, con la protección de la libertad deambulatoria.

2.2. La libertad personal en los textos internacionales

Los más relevantes textos internacionales han reconocido también la libertad personal. En general, este reconocimiento discurre más cercano al concepto de libertad deambulatoria, aunque se va abriendo paso una cierta interpretación del concepto de libertad como ámbito de autonomía de la persona. Los siguientes ejemplos sirven de apoyo a esta afirmación.

a) *Textos suprarregionales y regionales no europeos*. Respecto de los textos internacionales de ámbito suprarregional, puede citarse el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que declara que «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona», siendo los artículos 9, 10 y 11 los encargados de reconocer las garantías en caso de detención y otras garantías procesales⁷. En igual sentido, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que «Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales».

En el ámbito regional no europeo, destaca el artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969) que reproduce la frase: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad». Sin embargo, la interpretación de la Corte Interamericana ha sido favorable a extender el ámbito de protección de este artículo a decisiones personales que afecten directamente a la vida y la salud de la persona⁸. Entre otras, en la sentencia del 30 de noviembre de 2016 (el *Caso I.V. vs. Bolivia*)⁹ y la sentencia de 22 de noviembre de 2016 (*Caso Yarce y otras vs. Colombia*)¹⁰ en la que la Corte incide en la autonomía de las mujeres para trabajar como defensoras de derechos humanos. Si en la primera sentencia citada, la CIDH mira a la decisión individual de la mujer que ha visto cercenada su capacidad reproductiva sin consentimiento fehaciente, en esta segunda sentencia la Corte va más allá, porque reconoce la libertad de decisión y de acción de la mujer en el ámbito del liderazgo social¹¹. En uno y otro caso, es relevante señalar que la CIDH, a partir de una redacción idéntica a la española (art. 17.1 CE), ha interpretado la libertad personal en la doble vertiente que venimos defendiendo (como libertad deambulatoria y como autodeterminación personal), mostrando

7 Aunque no puedo extenderme sobre ello en estas páginas, la redacción de la Declaración Universal no es ajena a la fecha en la que fue adoptada. Vida, libertad y seguridad son derechos de primera generación que pasaron, con semejante redacción, a otros textos posteriores como el propio Pacto que se cita.

8 Así se reconoce en diversos documentos recopilatorios de jurisprudencia de la Corte. Por ejemplo, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º 8: Libertad persona (2010-2017)*, CIDH, 3.

9 El caso se refería a una mujer que sufrió una ligadura de trompas de Falopio con posterioridad a un parto, sin que constara su consentimiento. La Corte declaró vulnerados los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar, de acceso a la información y a fundar una familia, reconocidos en los arts. 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 y 17.2 de la Convención Americana.

10 Se sustanció la reclamación de cinco defensoras de derechos humanos y sus familias por hechos acontecidos a partir del año 2002, en Comuna 13, en la ciudad de Medellín. Los hechos se produjeron en un contexto de conflicto armado en la zona, conocido por el Estado colombiano y caracterizado por enfrentamientos entre los grupos armados ilegales y la fuerza pública durante décadas.

11 La CIDH también ha reconocido la autodeterminación colectiva y la autodeterminación informática, que quedan fuera de este comentario ya que nos centramos en la persona individual.

que, aun con una redacción como la mencionada, se puede construir un mayor ámbito de protección de la libertad.

b) *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. En la redacción del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos encontramos una de las más amplias y detalladas regulaciones sobre la libertad personal, en su vertiente de libertad deambulatoria. El Convenio no ha recogido un concepto de libertad como autodeterminación, sino que, tras la afirmación de que «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», añade «nadie puede ser privado de su libertad», salvo en los casos que el mismo precepto establece y conforme siempre a un procedimiento establecido en la ley, previsión completada en seis subapartados que incluyen los casos y garantías de la privación de libertad.

El artículo 5 incluye, además, otros cuatro apartados que se refieren a los derechos del detenido (derecho a la información, plazo de puesta a disposición judicial, derecho al recurso y derecho a la reparación). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dictado una ingente jurisprudencia en aplicación de los derechos y garantías previstas en el artículo 5 del Convenio. Pero, entre tan abundante jurisprudencia, no encontramos doctrina que refuerce el concepto de libertad personal como autodeterminación de la persona, que, sin embargo, sí ha sido protegida por el Tribunal apoyándose en el derecho a la vida privada y familiar (art. 8). Entre otros, en el caso *Pretty vs. Reino Unido* (29 de abril de 2002), que resolvió un asunto sobre suicidio asistido, el Tribunal reconoció la existencia de un ámbito de autodeterminación de la persona en supuestos que afectan directamente a su realidad física y a su salud; en el caso *Haas vs. Suiza* (20 de enero de 2011), que resolvió un tema sobre acceso a sustancias para el suicidio asistido, el TEDH reconoce que el derecho a decidir cómo y cuándo morir forma parte del derecho a la vida privada, aunque admite el Tribunal la posibilidad de establecer medidas restrictivas justificadas para la protección de terceros; en el caso *Gross vs. Suiza* (30 de septiembre de 2014), reitera el derecho a la autodeterminación personal en el contexto del final de la vida con similar fundamento a pronunciamientos anteriores; en el caso *Lambert y otros vs. Francia* (15 de junio de 2015), que resolvió la demanda de los familiares de un enfermo en estado vegetativo sobre la retirada del soporte vital, el TEDH reconoció nuevamente la existencia de un ámbito de autodeterminación del paciente, aunque también apreció el margen de apreciación nacional; En estas y en otras sentencias el TEDH reconoce el derecho de la persona a decidir sobre cuestiones que afectan directamente a su propio cuerpo, pero, como se ha señalado, ha vinculado esta posibilidad de decisión personal con el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH, criterio alejado, pues, del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 5 CEDH.

Por su parte, el artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), con el rótulo, «Derecho a la libertad y a la seguridad», y un somero texto, «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», incluye la libertad entre el elenco de derechos reconocidos en la Carta. Este precepto está ubicado en el Capítulo II, *Libertades*, mientras que es el capítulo V, *Justicia*, el que recoge los derechos y garantías relativos a la tutela judicial que es, también, citada, junto a la presunción de inocencia, los derechos de defensa, principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas y el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito. La Carta no cita expresamente las garantías del derecho a la libertad deambulatoria, pero el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en su Título V (artículos 67 a 89), regula por extenso el denominado espacio de libertad, seguridad y justicia, cuyas previsiones afectan directamente a la libertad de circulación, la cooperación judicial y policial y las políticas de asilo, inmigración y fronteras. Por su parte, la Orden de Detención Europea (Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo) regula la solicitud de detención y entrega de una persona a otro Estado miembro en base al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

Contrariamente a lo señalado en el caso del TEDH, el Tribunal de Justicia no ha elaborado una doctrina sobre la existencia de un derecho de autodeterminación personal¹², ni basado en la liber-

12 Si se ha utilizado el TJUE el término autodeterminación informativa en casos sobre protección de datos, que no es al caso. También hay sentencias del Tribunal de Justicia sobre asuntos que afectan a la libre autodeterminación, aunque no se han resuelto en base al derecho a la libertad personal. Por ejemplo, en el Asunto C-43/24 (Shipov), petición prejudicial del Tribunal Supremo de Bulgaria, 23 de enero de 2024, se preguntó al TJUE si el Estado búlgaro está obligado a respetar la autodeterminación de las personas en cuanto a un sexo distinto del biológico (al cierre de estas páginas, pendiente de sentencia). También en

tad, ni en otros preceptos de los Tratados y la Carta. Ello no impide que, en base al artículo 6 citado, se pudiera legislar en esta materia ni que el TJUE pudiera resolver casos en base a una interpretación extensiva de la libertad.

3. El derecho a la libertad personal en la Constitución española

3.1. El artículo 17.1 de la Constitución

Como sabemos, la Constitución española reconoce que «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», frase con la que se inicia el apartado primero del artículo 17, que no figuraba en el Anteproyecto de Constitución y que fue incorporada en el Informe de la Ponencia (BOC, de 17 de abril de 1978). La libertad personal es, en nuestra Constitución, un derecho fundamental, pero en estrecha conexión con otros principios, como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, y derechos como la vida y la integridad física y moral (art. 15 CE). Como más adelante se indica será el libre desarrollo de la personalidad uno de los principios (¿reconvertido en derecho?)¹³ en el que el Tribunal Constitucional se apoya para reconocer y proteger el derecho de autodeterminación de la persona sin mencionar el artículo 17.1 CE, en las sentencias sobre la Ley Orgánica de eutanasia y sobre la Ley Orgánica de interrupción del embarazo. Volveremos sobre este punto más adelante.

Como hemos venido señalando, la tesis que se defiende en estas páginas es que la libertad personal constitucionalizada, en el caso español, en el citado artículo 17.1 CE, reconoce y protege dos grandes ámbitos: por un lado, la libertad de la persona y las garantías respecto de la detención o privación de libertad; y, por otro lado, un ámbito de autonomía individual que denominamos autodeterminación personal.

El derecho a la libertad constitucionalizado en España corresponde a las personas físicas. Es pacífico en la doctrina la exclusión de la persona jurídica de este derecho fundamental que, además, está así expresada, entre otros, en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que afirma que el derecho a la libertad personal está consagrado específicamente para las «personas privadas de libertad», entendido en la interpretación de la Corte Interamericana como «ser humano» y no personas jurídicas; en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que se refiere al derecho a la libertad de la «persona», como ser humano o en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala que «todo individuo» tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».

Como se ha indicado, otras constituciones europeas (principalmente Alemania) han regulado, en mi opinión, más acertadamente esta materia y han incluido un ámbito de autodeterminación personal como un derecho jurídicamente vinculante (se denomine o no derecho fundamental). También la Corte Interamericana de Derechos ha interpretado extensivamente el concepto de libertad incluido en la Convención Americana para acoger estas dos vertientes. Así, pues, sea a través de una redacción más amplia y completa del texto constitucional, sea a través de la interpretación judicial, hay ejemplos paradigmáticos que avalan la defensa de un concepto de libertad que realmente proteja a la persona, tanto en su libertad física como en las opciones sobre sí misma y sobre aspectos estrechamente relacionados con su realidad personal.

De los dos ámbitos que hemos señalado, la interpretación más habitual sobre el contenido esencial de este derecho fundamental lo vincula casi exclusivamente a la libertad deambulatoria y a las garantías inherentes a la detención y a la privación de libertad. El párrafo primero del artículo 17, coincide esencialmente con lo establecido en diferentes constituciones europeas, en el artículo

la sentencia Mirin (C-356/21) del TJUE, dictada el 23 de noviembre de 2023, que resolvió el caso de una persona que había cambiado su nombre y sexo en España y pidió ser reconocido así en su país, Rumania, el TJUE entiende que el cambio de nombre y sexo realizado en un país debe ser aceptado en los demás Estados miembros, pero resuelve en base al derecho a la libre circulación y al derecho a la vida privada.

13 Sara SIEIRA MUCIENTES, «El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad-autonomía: la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 116, 2023, 261-314.

5 del CEDH, en el artículo 6 de la CDFUE y tiene igual redacción que la incluida en el mencionado artículo 7.1 de la Convención Americana.

Como ya he reiterado, discrepo de la restrictiva interpretación mayoritaria (aun con las notorias discrepancias que se han señalado) y defiendiendo que el apartado primero del artículo 17 CE, encierra en su contenido esencial un concepto de libertad como autodeterminación, lo cual no se traduce automáticamente en una correlativa obligación de los poderes públicos de convertir en «derechos de prestación» cualquier posible opción libre del sujeto, pero sí en la obligación de no perturbar dichas decisiones libres ni de restringirlas, ni hacerlas especialmente costosas, siempre que no violen otros derechos constitucionales; es decir, aplicando las mismas reglas que permiten interpretar y hacer compatibles el conjunto de los derechos constitucionales. Por tanto, la Constitución española ha incorporado en su artículo 17.1 también una libertad negativa que impide las acciones de los poderes públicos perturbadoras de ese ámbito de autonomía personal¹⁴. La libertad, en sentido positivo, no puede ser ajena a la capacidad de decidir y ordenar la propia vida y el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento y permite igualmente otras acciones no prohibidas ni incompatibles con dicho ordenamiento.

3.2. Las líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional

La opinión que he expuesto no goza, sin embargo, de la aceptación del Tribunal Constitucional¹⁵ que, durante décadas, ha mantenido mayoritariamente que la libertad regulada en el artículo 17 CE se refería a la libertad física, en el sentido de libertad deambulatoria (no a la libertad de decisión) y a las garantías inherentes a la misma, reguladas en los apartados 2 a 4 de dicho precepto. El Tribunal ha confirmado en varias de sus sentencias las manifestaciones concretas de la libertad que tienen relevancia constitucional son las libertades expresamente reguladas en la Constitución¹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, también encontramos algunas sentencias en las que el Tribunal Constitucional incluye afirmaciones que parecen disentar de la posición que más frecuentemente se mantienen en las resoluciones del Tribunal. Así, por ejemplo, en la STC 147/2000, 29 de mayo de 2000, el Tribunal afirma que en un «Estado social y democrático de Derecho como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales». Y añade el Tribunal Constitucional que la «libertad de los ciudadanos es en un régimen democrático donde rigen derechos fundamentales la regla general y no la excepción, de modo que aquéllos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan. La libertad hace a los hombres sencillamente hombres» (FJ 3). Con todo, estas manifestaciones no llevan al Tribunal a extender el contenido esencial del derecho a la libertad personal más allá del concepto de libertad física o libertad deambulatoria.

Más recientemente el Tribunal Constitucional ha reconocido un ámbito de autodeterminación de la persona, aunque como más adelante se expone tampoco le han llevado a una interpretación extensiva del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) sino a buscar fundamento constitucional en otros preceptos constitucionales.

La línea jurisprudencial que avala el concepto de libertad personal como libertad deambulatoria se plasma en numerosas sentencias. Así, en las SSTC 98/1986, de 10 de julio, 149/1986, de 26 de noviembre, 89/1987, de 3 de junio, 22/1988, de 18 de febrero, 112/1988, de 8 de junio, 61/1990, de 29 de marzo, 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio, estas dos últimas dictadas en el caso de la alimentación forzosa a presos del GRAPO en huelga de hambre, el Tribunal Consti-

14 Juan Manuel SOSA SACIO, La libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad, *Pensamiento Constitucional*, núm. 23, 2018, pp. 181-182.

15 Puede consultarse también los comentarios por artículos de la base de datos de Derechos Fundamentales del Boletín Oficial del Estado en: https://www.boe.es/legislacion/derechos_fundamentales.php

16 Por todas, STC 140/1986, de 11 de noviembre y 120/1990, de 27 de junio.

tucional afirmó que la libertad constitucionalizada en este apartado primero del artículo 17 CE es la «libertad física» y que, por tanto, la protección de la misma radica en la regulación estricta y garantista de los límites a dicha libertad física (detención, condena o internamientos de otra naturaleza, como los de los menores o los de los incapaces) y, consecuentemente, no incluye un ámbito de autodeterminación personal.

En la STC 98/1986, de 10 de julio, el Tribunal Constitucional define el significado de la privación de libertad, a los efectos del artículo 17.1 CE, afirmando que solo hay tal privación de la libertad personal cuando se imposibilita «la autodeterminación de la conducta lícita» lo que implica una protección específica, pero no un reconocimiento y protección de cualquier forma de autonomía o determinación vital.

En la STC 89/1987, de 3 de junio, el Tribunal Constitucional puntualiza que sólo tienen carácter de derecho fundamental las manifestaciones de la libertad que expresamente se contengan en la Constitución bajo esta forma jurídica. El Alto Tribunal afirma que los derechos fundamentales que garantiza la libertad no pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, a pesar de la importancia que puedan tener para el individuo, pues lo que hacen es «asegurar que nadie pueda ser privado de libertad sino en los casos y en la forma previstos en la Ley (art. 17.1 C.E.) y protegen el ejercicio de libertades concretas», y así importa subrayar que «el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente, una manifestación de la libertad a secas».

La privación de libertad por internamiento en un centro psiquiátrico fue analizada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en su STC 112/1988. En este caso, la demandante había sido absuelta de un delito de homicidio frustrado, por eximente de enajenación mental, pero internada en el Hospital Psiquiátrico Provincial del que no podía salir sin previa autorización del Tribunal. El recurso, reitera la interpretación de sentencias anteriores y aplica las garantías del artículo 17 a la privación de libertad hospitalaria.

En el contenido de la libertad personal regulada en el artículo 17.1 CE, afirma el Tribunal Constitucional, en su STC 137/1990, de 19 de julio, no existe una «manifestación de la libre autodeterminación de la persona». En el mismo sentido, la STC 120/1990, de 27 de junio, niega que en el contenido esencial del derecho a la libertad contemplado en este apartado 1 del artículo 17 CE se encuentre recogida una «libertad general de autodeterminación», que, según el Alto Tribunal, sí se encuentra en la «libertad» como valor superior del ordenamiento jurídico del artículo 1.1 CE, lo cual la excluye de la protección jurisdiccional reforzada y, subsidiariamente, del recurso de amparo.

En su STC 341/1993, de 18 de noviembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, el Tribunal parece abrirse a una interpretación algo más amplia de la libertad al entender que en el concepto de libertad del artículo 17.1 CE se encuentra la «libertad de orientar la propia acción». Argumenta el Tribunal que la persona que acata la orden de detención (es decir que no se opone a acompañar a los agentes), expresa una voluntad, «pero no necesariamente una voluntad libre en el sentido del art. 17.1 de la Constitución: *volui, sed coactus volui*» y añade que la «libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud» (FJ 4). Esta reflexión del Tribunal Constitucional, no le lleva, sin embargo, a la defensa de un ámbito mayor de libertad en el artículo 17.1 CE.

3.3. Las SSTC 19/2023 y 44/2023: la oportunidad perdida

En 2023 el Tribunal Constitucional resolvió dos importantes recursos en los que directamente se encontraba implicada la libertad personal como autodeterminación de la persona. Me refiero a los recursos de inconstitucionalidad que se presentaron contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, que fue resuelto por la STC19/2023, de 22 de marzo, y contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que fue resuelto por la STC 44/2023, de 9 de mayo. En ambos casos, la constitucionalidad de estas leyes orgánicas pivotaba sobre el reconocimiento y protección del derecho de autodeterminación física de la persona, de su derecho a orientar su propia vida en circunstancias que afectaban directamente a su realidad física, moral y social. El Tribunal Constitucional avaló

ambas leyes¹⁷ y reconoció la implicación de los supuestos regulados en dichas normas en la vida de las personas y su derecho a decidir en los casos de eutanasia y de interrupción voluntaria del embarazo, pero evitó fundamentar su decisión en la libertad reconocida en el artículo 17.1 CE.

Resulta evidente que, en las dos sentencias citadas, el Tribunal Constitucional confirma la doctrina restrictiva del contenido esencial del derecho a la libertad del artículo 17.1 CE, en la medida en la que para la resolución de ambos recursos de inconstitucionalidad, en los que el reconocimiento de la libertad individual, como autodeterminación personal, era esencial, el Tribunal no se apoyó en el derecho fundamental a la libertad del artículo 17.1 CE, sino en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el valor libertad (art. 1.1 CE)¹⁸.

Específicamente, en la STC 44/2023, el Tribunal Constitucional afirmó que «El derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción voluntaria del embarazo encuentra su fundamento en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y en los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE)» (FJ 3 A)¹⁹ y que la interrupción voluntaria del embarazo «como manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE)» (FJ 3 B).

En la STC 19/2023, determinadas afirmaciones del Tribunal Constitucional son especialmente relevante porque, aunque la libertad parece fundamentar los argumentos contenidos en la sentencia, será el valor libertad (art. 1.1 CE), la dignidad personal (art. 10.1 CE) y el derecho a la vida (art. 15 CE) los citados a tal fin y no la libertad, como derecho fundamental, del artículo 17.1 CE. Así, el Tribunal, afirma que el derecho de prestación de ayuda a morir ha de ser considerado en el contexto de la «evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno» que ha afectado «a los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia» y que «ideas fuerza como la de autonomía del paciente y el consentimiento informado ha propiciado una ampliación de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad» (FJ 4). Así, pues, el tribunal Constitucional sí reconoce que se ha producido una ampliación del contenido esencial del artículo 15 CE —integridad física y moral— pero no avala que sea el contenido esencial del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) el que haya ampliado su ámbito.

La necesaria interpretación sistemática y evolutiva —afirma el Tribunal Constitucional— pone en relación el artículo 15 CE con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). En tal medida, «la Constitución no acoge una concepción del derecho a la vida y de la protección del bien vida desconectada de la voluntad de su titular y, por ende, indiferente a sus decisiones sobre cómo y cuándo morir» (FJ 6). Abunda en su argumento el Tribunal,

17 La STC 19/2023 desestimó plenamente el recurso interpuesto; la STC 44/2023, declaró extinguido el recurso de inconstitucionalidad, por pérdida sobrevenida de su objeto, respecto de la impugnación del apartado cuarto del art. 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, y de la disposición final segunda de la misma ley orgánica, que modificaba el apartado cuarto del art. 9 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y desestimó el recurso de inconstitucionalidad en lo restante.

18 Recordemos que, respecto del valor libertad, el Tribunal Constitucional ya había afirmado que sí podía acoger manifestaciones más generales de la libertad individual.

19 Se ha defendido que con esta interpretación el Tribunal Constitucional ha posicionado el principio de libre desarrollo de la personalidad como un nuevo derecho fundamental general de libertad. Sara SIERRA MUCIENTES. *El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad-autonomía: la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023*, ob. cit., 268 y sigs.

afirmando que la «consagración de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) «implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias», con cita, por todas, de la sentencia 132/1989, de 18 de julio.

En suma, afirma también el Tribunal, en nuestro ordenamiento constitucional, la libertad individual para la adopción y puesta en práctica autónoma de decisiones personales privadas e íntimas de profunda relevancia vital goza *prima facie* de protección a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, configurados expresamente en la Constitución como «fundamentos del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE), y de los derechos fundamentales íntimamente vinculados a dichos principios, de entre los que cobra particular relevancia el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).

Las SSTC 19/2023 y 44/2023 perdieron la oportunidad de definir el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) en coherencia con los abundantes argumentos que las propias sentencias incluyeron y tomando como referencia otras constituciones y la doctrina de la propia Corte Interamericana. La exclusión del artículo 17.1 CE de estas y de otras muchas sentencias, ha condenado a la libertad personal a una interpretación estricta, que ha sido superada ampliamente por la evolución del sistema de derechos. Estas sentencias, como otras anteriores, resolvieron recursos de inconstitucionalidad, pero no sería fácil incorporar algunas de las afirmaciones de los fundamentos jurídicos en ellas contenidos a un recurso de amparo, porque entonces, el valor libertad (art. 1.1 CE), la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) no podrían sostener la pretensión por sí solos.

Son precisamente las garantías inherentes a los derechos fundamentales las que aconsejan defender una interpretación más amplia del concepto de libertad personal, solo así, algunas opciones vitales de las personas podrán ser debidamente protegidas. Como dijimos al principio de estas páginas, ello no debe significar la obligación de proteger cualquier opción personal, pero sí aquellas, que en el marco de la interpretación evolutiva que el propio Tribunal utiliza, representen demandas consolidadas en una sociedad democrática.

4. Final

La restrictiva, aunque más frecuente, interpretación del derecho a la libertad como libertad deambulatoria, tanto en el constitucionalismo como en textos internacionales de derechos tiene excepciones notables que no deben ser obviadas. El Tribunal Constitucional ha seguido esta interpretación limitada al ámbito de la denominada libertad física o libertad deambulatoria, y a las garantías inherentes a la detención y a la privación legal de libertad, aunque tal posición no se desprende ni de la literalidad del artículo 17.1 CE ni de una interpretación sistemática del mismo respecto a otros preceptos constitucionales. Las recientes SSTC 19/2023 y 44/2023, que se referían sustancialmente a opciones libres de la persona, han perdido la oportunidad de cambiar este estado de cosas. Aunque el valor libertad (art. 1.1 CE) es plenamente normativo y puede avalar un recurso de inconstitucionalidad como los resueltos en dichas sentencias, el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE) no puede ser ajeno a la necesaria extensión del ámbito de libertad protegido constitucionalmente.

Termino como comencé. En la Constitución española puede defenderse la existencia del derecho a la libertad como derecho de autodeterminación junto a la interpretación más tradicional y restrictiva de este derecho como libertad deambulatoria. El derecho a la autodeterminación de la persona puede ser delimitado en la ley y puede quedar sujeto a la interpretación constitucional, como sucede con el propio derecho a la libertad deambulatoria. La libertad de la persona, sus libres opciones vitales, que no resulten contrarias a la Constitución ni a la ley, merecen, sin embargo, la protección fundamental que el artículo 17.1 CE puede prestar.

LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN LA LOSU Y SU IMPRONTA EN LAS UNIVERSIDADES. ESPECIAL INCIDENCIA EN EL PERSONAL DOCENTE INVESTIGADOR

Prof.ª Dra. M.ª Ángeles González Bustos

*Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca*

Sumario: 1. La Universidad y la necesidad de introducir medidas de acción positiva. 2. Medidas de acción positiva aplicables al PDI: La LOSU y su desarrollo. 2.1. Medidas de preferencia. 2.2. Representación equilibrada en la composición de las comisiones. 2.3. Medidas de conciliación y corresponsabilidad. 2.4. Medidas específicas de planificación. 3. Conclusiones.

1. La universidad y la necesidad de introducir medidas de acción positiva

Por medidas de acción positiva entendemos aquellas actuaciones legislativas, económicas o de cualquier naturaleza dirigidas a conseguir la igualdad entre hombres y mujeres aplicables a sectores concretos de manera temporal, ya que en el momento que se logre la igualdad efectiva dichas medidas dejarán de cumplir su función debiendo de decaer en ese momento por si solas¹.

Uno de los sectores en los que conviene aplicar las precitadas medidas es la Universidad pública ya que, aunque el acceso a la misma se produce en condiciones igualitarias en cuanto a los puestos docentes o investigadores basándose en criterios de mérito y capacidad, sin embargo, nos encontramos con una realidad muy diferente tanto en la promoción como en la retribución².

En este sentido, en la Universidad de Salamanca según el último diagnóstico elaborado en el 2024, respecto del Personal Docente e Investigador podemos observar que entre el PDI funcional el 41 % corresponde a mujeres mientras que el resto el 59 % representa a los hombres, en cambio respecto al PDI laboral el 52 % son mujeres y el 48 % de hombres. El Sistema Integrado de Información Universitaria señala además que respecto al cuerpo de catedráticos el 32 % son mujeres frente al 68 % de hombres, así como dentro de la categoría de Profesor Titular el 47 % lo conforman las mujeres y al 53 % los hombres. Estas cifras se invierten si observamos las categorías más inferiores como el Profesorado Permanente Laboral en el que las mujeres representan un 56 % frente al 44 % de hombres o la categoría de Profesor Ayudante Doctor en

1 Vid. sobre el concepto y clasificación de las medidas de acción positiva: GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª ÁNGELES: *La mujer ante el Siglo XXI. Una perspectiva desde el ordenamiento jurídico-administrativo*, @becedario, 2006, pp. 27-48.

2 Vid en general sobre las medidas de acción positiva en la Universidad: CASADO CASADO, Lucía: *Acción positiva para la igualdad de mujeres y hombres en el régimen jurídico del personal docente e investigador de las universidades públicas*, Atelier, 2025; así como GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª Ángeles.: «Políticas de conciliación de la vida personal y laboral del Empleado público en la Universidad» en SANZ MULAS, N. (coord.): *Políticas de empleo e igualdad: Especial referencia al ámbito universitario*, Granada (Comares), 2012.

el que el 51 % son mujeres y el 49 %. hombres³. Observándose la brecha en la promoción a los cuerpos de funcionarios.

Respecto a las retribuciones, la auditoria retributiva realizada en la USAL en el 2024 ha puesto de manifiesto que, aunque el sueldo base sea el mismo, sin embargo, en los complementos salariales es donde se encuentra la brecha identificándose una retribución menor por parte de las mujeres fundamentalmente en los complementos: destino, específicos, sexenios, remuneraciones por participación en proyectos de investigación y convenios, remuneraciones por coordinaciones, por cargos de gestión...⁴

Nuestra Constitución Española señala en su artículo 9.2 que los poderes públicos tienen la obligación de remover los obstáculos necesarios para alcanzar la igualdad real y efectiva, en cumplimiento de dicho mandato se han elaborado diferentes disposiciones normativas dirigidas a conseguirlo. En este sentido, y sin perjuicio de las normas anteriores la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, configuro las pautas que posteriormente se han ido desarrollando en los diferentes textos legales como el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o 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 en el que se introdujeron y adaptaron a la Función Pública las medidas de acción positiva reconocidas en la LO de igualdad, fundamentalmente las relativas a la conciliación de la vida familiar y laboral, de tal forma que el Estatuto constituye el texto jurídico en el que se recogen los derechos y deberes de las empleadas y empleados públicos orientados a conseguir la igualdad y no discriminación en las Administraciones Públicas⁵. Textos que se han de completar con las diferentes disposiciones que se han ido aprobando como el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; o la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres Así, en cuanto a la Universidad se refiere habrá de aplicarse la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU) que, sin perjuicio del desarrollo y adaptación por parte de cada una de las Universidades, sienta las bases de un nuevo marco jurídico del sistema universitario incidiendo en cuanto al personal docente e investigador en la necesidad de promoción de la equidad partiendo de la premisa de que en la universidad pública existe discriminación.

La preocupación por la igualdad y no discriminación en la Universidad se ha puesto también de manifiesto en la política planificadora de la Conferencia de Rectores aprobando la Estrategia Universidad 2030 de la CRUE que apuesta por la igualdad en el Sistema Universitario Español señalando diferentes propuestas y medidas para conseguirlo muchas de las cuales han sido tomadas en consideración en la Ley del Sistema Universitario, así como en disposiciones de desarrollo⁶:

3 <https://igualdad.usal.es/wp-content/uploads/sites/62/2025/05/USAL-PLAN-2025-29-P-L-A-N-I-G-U-A-L-D-A-D-1.pdf>

4 *Vid. Supra.*

5 *Vid.* GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a ÁNGELES.: «Los derechos de los empleados públicos a la luz de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres», en FIGUERUELO BURRIEZA, A., IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M.^a L., MERINO HERNÁNDEZ ROSA M.^a (ed.): *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Comares, 2007, pp. 209-220; ¿Medidas urgentes para la igualdad?, Diario LA LEY, n.º 9407, de 3 de mayo de 2019, N.º 9407, 3 de mayo. de 2019, Editorial Wolters Kluwer; Función pública e igualdad de oportunidades. La Administración pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar. pp. 763 - 781. Madrid INAP, 2010; «La trascendencia del sistema de función pública en el desarrollo de la igualdad de oportunidades». Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público. Mora Ruiz, M. (dir.) pp. 235 - 254. Barcelona Atelier, 2010. Así como BELANDO GARIN, BEATRIZ.: «Igualdad efectiva en el empleo público» en VENTURA FRANCH, A., GARCÍA CAMPÁ, S.: El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007, Pamplona (Thomson Reuters Aranzadi), 2018, pp. 793-816.

6 *Vid.* https://www.crue.org/wp-content/uploads/2021/11/CRUE_UNIVERSIDAD2030_VERSION-DIGITAL.pdf

- Medidas para favorecer la cultura de la igualdad, incorporar la perspectiva de género en todos los ámbitos, acabar con la brecha salarial y favorecer la cultura de la igualdad⁷.
- Propuestas para la conciliación corresponsable a través de nuevas medidas de acción positiva favorezcan la conciliación con la finalidad de corregir algunas de las disfunciones todavía presentes en este ámbito.
- Propuestas para facilitar el liderazgo de las mujeres, diseñar y desarrollar planes de promoción profesional de la mujer tanto en el acceso a los órganos de gobierno, como en la carrera docente e investigadora y en la carrera de administración y servicios.
- Medidas para acabar con la brecha de género en la universidad, implementando iniciativas encaminadas a la eliminación de la brecha de género en la universidad.

Con esta Estrategia se pretende que la Universidad sea un actor clave en la promoción del desarrollo de la igualdad a todos los niveles no sólo del personal a su servicio (PDI y PTGAS) sino también del estudiantado y de la sociedad en su conjunto.

2. Medidas de acción positiva aplicables al PDI: La LOSU y su desarrollo

La LOSU aboga por la importancia de establecer medidas de acción positiva en los diferentes ámbitos en que se detecte una mayor desigualdad como: concursos de acceso, composición de los tribunales, o conciliación de su personal.

2.1. Medidas de preferencia

Se contempla de forma específica la preferencia de las mujeres en los concursos de acceso a las plazas de personal docentes e investigador funcionario y laboral, introduciéndola como medida de acción positiva tal y como se señala en el art. 65.1 en el que se añade que *«A tal efecto, se podrán establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el cuerpo docente o categoría de que se trate»*. Es decir, en igualdad de condiciones se favorece al sexo menos representado por lo que no se trata de una preferencia absoluta a favor de las mujeres ya que como señala la ley existen casos en los que son los hombres el sexo menos representativo en cuyo supuesto se les aplicaría la medida de acción positiva a favor de ellos introduciendo así una cláusula de apertura siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.2. Representación equilibrada en la composición de las comisiones

La LO de igualdad establece el principio de presencia equilibrada en su disposición adicional primera conceptuándolo como la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos de cuarenta por ciento. En esta línea se establece en la LOSU la necesidad de garantizar la composición equilibrada señalando que *«Todas las comisiones y órganos de concursos y acreditaciones a que hacen referencia los artículos 69, 71 y 86 garantizarán el principio de composición equilibrada entre mujeres y hombres»* (par. 3 del art. 65). Este principio también es recogido con relación a la composición de las comisiones de evaluación y selección de todas las convocatorias y proyectos de investigación y transferencia de conocimiento que se aprueben

⁷ La estrategia propone que en los presupuestos universitarios se incluya un estudio del sistema de retribución desde el enfoque de igualdad de género; realizar informes sobre la brecha salarial y sobre el impacto de género en los procesos de selección, acceso y promoción del profesorado y del personal de administración y servicios; la incorporación del análisis de género en los trabajos fin de grado y máster, y facilitar, regular e incentivar el comportamiento inclusivo en todas las facetas de la vida universitaria, desde el lenguaje hasta el fomento de la docencia y la investigación en el ámbito del feminismo. Dichas propuestas se encuentran incluidas como premisa en el Sistema Integrado de Información Universitaria (<https://www.ciencia.gob.es/Ministerio/Estadisticas/SIIU.html>), en las Auditorías Retributivas realizadas para la elaboración de los diferentes Planes de igualdad por las universidades y en los propios planes de igualdad como medidas a adoptar.

por parte de las universidades y de las administraciones públicas incluyendo mecanismos para evitar los sesgos de género (art. 13). De esta forma, se pretende incentivar en el desarrollo de proyectos para la investigación, creación y transferencia e intercambio de conocimiento la promoción de proyectos científicos con perspectiva de género, la paridad de género en los equipos de investigación y los mecanismos que faciliten la promoción de un mayor número de mujeres investigadoras principales.

Por consiguiente, se introduce la necesidad de que los diferentes proyectos de investigación y transferencia deban tener en su equipo un número equilibrado de mujeres y hombres sin embargo no se dice nada para el caso de que dicho requisito no se cumpla por lo que convendría haber señalado la necesidad de motivar en el caso de desequilibrio entre género. Ocurre lo mismo con la referencia del párr. 2 del art. 13 a los «*mecanismos que faciliten la promoción de un mayor número de mujeres investigadoras principales*» ya que no se señala ni cuales son esos mecanismos ni como se incentivan por lo que se debería desarrollar dicha medida con el fin de evitar situaciones discriminatorias ya que habría que señalar por ejemplo en qué tipos de proyectos existe esa preferencia, si se produce en ramas de conocimiento donde están infrarrepresentadas las mujeres y como se ha de valorar, pues en caso contrario supondría descartar un gran número de proyectos liderados por hombres dando lugar a una desigualdad lo que a su vez sería inconstitucional. En mi opinión esta medida no es sostenible salvo que tanto el hombre como la mujer defendieran un mismo proyecto con igual objetivo.

La LO 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, que desarrolla dicho principio, establece una cláusula de garantía al señalar en su disposición adicional quinta la necesidad de adoptar medidas tendentes a garantizar la igualdad real y efectiva en los procesos de evaluación y/o selección del personal investigador, computándose en su caso el periodo de disfrute de los permisos inherentes a los progenitores estableciendo en las convocatorias de ayudas el factor corrector que corresponda con la finalidad de recompensar los periodos de inactividad investigadora y garantizar la igualdad de oportunidades. De esta forma se introduce un factor corrector como medida de acción positiva en el desarrollo de la actividad investigadora, a semejanza del configurado en la LOSU para el PDI de las Universidades públicas en los procesos de acreditación y sexenios.

2.3. Medidas de conciliación y corresponsabilidad

La corresponsabilidad cobra un papel relevante contemplando en el art. 65.4 de la LOSU que «*Las universidades y las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán favorecer la corresponsabilidad en los cuidados y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar*». Para conseguir dicho objetivo se comprometerán a «*aplicar criterios que aseguren la igualdad efectiva de todas las personas en la aplicación del régimen de dedicación y el acceso a los programas de movilidad que sean de su competencia, y analizar y corregir las desigualdades por razón de género, edad, discapacidad, origen nacional o etnicidad en los usos del tiempo académico*».

Por consiguiente, y sin perjuicio de las medidas de conciliación establecidas en la LO de igualdad, el Estatuto de los Trabajadores o el Estatuto de los Empleados Públicos, las diferentes Universidades podrán establecer medidas concretas en relación con el régimen de dedicación, a los programas de movilidad y al uso del tiempo. Entre las medidas que se pueden aplicar podemos señalar la reducción de la jornada laboral, becas específicas para programas de movilidad, adaptación de los horarios, preferencias a la hora de elegir horarios...

La LOSU establece la importancia de la movilidad del personal investigador (art. 46) pero no se hace referencia a la posibilidad de ayudas específicas para que puedan hacerse con la familia o que las mujeres en determinados periodos se le exima de dicho requisito a la hora de una acreditación debiendo tener en cuenta las circunstancias personales de cada persona.

Como medida relativa a la conciliación se hace referencia al régimen de dedicación pudiendo ser modulado dependiendo de las personas dependientes que se tengan a cargo por parte del docente, en este sentido se señala en el art. 75.2 de la LOSU: «*El profesorado funcionario en régimen de dedicación a tiempo completo tendrá asignada a la actividad docente un máximo de 240 y un mínimo de 120 horas lectivas por curso académico dentro de su jornada laboral anual. La uni-*

versidad podrá modificar esta horquilla para: a) *Corregir las desigualdades entre mujeres y hombres derivadas de las responsabilidades de cuidado de personas dependientes*».

Una medida que ha sido bien acogida por parte de la comunidad universitaria, aunque debería aplicarse también al personal en formación, ha sido la relativa a la interrupción de los plazos del contrato de los profesores ayudantes doctores al señalar que *«El cómputo del plazo límite de duración del contrato y de su evaluación se interrumpirá en las situaciones de incapacidad temporal y en los periodos de tiempo dedicados al disfrute de permisos, licencias, flexibilidades horarias y excedencias por gestación, embarazo, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, lactancia, riesgo durante la gestación, embarazo o lactancia, violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer, así como por razones de conciliación o cuidado de familiares o personas dependientes»* (art. 78).

El art. 65.4 de la LOSU relativo a que *«los procedimientos de acreditación del profesorado funcionario y laboral deberán incorporar criterios que garanticen que la igualdad y la conciliación sean efectivas»* es desarrollado por la Agencia Nacional de Acreditación por cuanto a los procesos de acreditación y evaluación de sexenios se trata, aprobando la Resolución de la Directora de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación por la que se hacen públicos los criterios para garantizar que la igualdad, la conciliación y la inclusión sean efectivas en las evaluaciones del profesorado universitario y del personal investigador⁸.

Se parte de la necesidad de que las comisiones de evaluación de las solicitudes de acreditación y de sexenios del profesorado universitario deberán tener en cuenta los permisos de maternidad y paternidad, las excedencias o permisos por el cuidado de hijos y familiares dependientes, así como por razón de violencia de género y por violencia terrorista, las bajas por larga enfermedad y la discapacidad para lo cual hay que analizar cómo han de tenerse en cuenta estas situaciones especiales.

- Respecto a la actividad docente e investigadora resulta necesario realizar una revisión de los años exigidos de tal forma que en la actividad docente se disminuirán las exigencias de los años de docencia y horas lectivas impartidas en proporción a la duración de los permisos, excedencias o baja cuando estén debidamente acreditados; y respecto a la actividad investigadora y transferencia en la que se evalúa un período temporal se tendrá en cuenta una ampliación de dicho período por tiempo idéntico al tiempo de duración de la situación especial.

- Por cuanto al requisito exigido en las evaluaciones de acreditación relativo a las estancias de investigación, se tiene en cuenta que ya que las personas que están en estas situaciones tienen muy difícil cumplir con el mismo sobre todo cuando estas se prolongan en el tiempo (mínimo de 2 años⁹), se sustituye tal requisito por la colaboración sostenida en el tiempo en grupos y redes de investigación internacionales debidamente acreditado, e incluso se podrá dispensar de cumplir la movilidad cuando se justifique de manera fehaciente la enfermedad, excedencia o el cuidado de personas dependientes. Se posibilita de esta forma la manera de cumplir con el requisito esencial que establece la LOSU en su artículo 46 en donde se señala la importancia de la movilidad del personal investigador.

Este requisito, en el que incide específicamente el legislador, debería de haber estado acompañado de una serie de medidas específicas que faciliten realizarlas como pudiera ser la posibilidad de mejoras de las ayudas económicas que permitan realizar las estancias de investigación acompañadas de la familia, ayudas de gastos de guarderías o educación obligatoria, prestaciones... y no sólo de la dispensa cuando se acredite la colaboración con otras universidades. Dicha medida, al no venir aprobadas con carácter general, deberá quedar al arbitrio de cada Universidad desarrollando las ayudas de manera interna. Con esta idea la CRUE, en la Estrategia Universitaria 2030,

8 Resolución de 28 de febrero del 2024 Vid. https://www.aneca.es/documents/20123/48615/report_2024+Resolucion+Igualdad_280224_final.pdf/87c2e871-b922-b6fa-eadb-d9518a-f068e1?t=1709189402109, por la que se actualizan las directrices de la Resolución de 1 de diciembre de 2020 de la Dirección de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación por la que se hacen públicos los criterios y principios de equidad e igualdad de oportunidades en las evaluaciones del profesorado universitario y personal investigador, dejando la misma sin efecto.

9 Estos dos años no han de ser necesariamente continuados en el tiempo.

señala la posibilidad de implementación de ayudas económicas tanto directas como indirectas que favorezcan la conciliación corresponsable.

- Para garantizar el cumplimiento del art 8.4 del RD 678/2023, de 18 de julio, por el que se regula la acreditación estatal para el acceso a los cuerpos docentes universitarios y el régimen de los concursos de acceso a plazas de dichos cuerpos, relativo a la designación de los miembros de las comisiones de acreditaciones y sexenios, es necesario que *«uno de los miembros de cada comisión deberá contar con experiencia en la integración del análisis de género en la evaluación, de acuerdo con los criterios que ANECA determine»* se señala que dicho miembro deberá tener experiencia profesional en la integración de la perspectiva de género para poder identificar los sesgos implícitos de género de quienes integran las comisiones a los efectos de erradicarlos o disminuirlos.

En este sentido, se entiende que tienen experiencia profesional en la integración de la perspectiva de género quienes hayan formado parte de comisiones de selección del Personal Docente Investigador en las que se haya integrado la perspectiva de género quienes hayan realizado trabajos fuera del ámbito académico que requieran dicha integración, o hayan integrado la perspectiva de género en su propia actividad académica (docencia, investigación, gestión o transferencia).

- Se señala como causa de renuncia para formar parte de las diferentes comisiones la acreditación de ser familia monoparental o tener al cuidado familiares con discapacidad.
- Para conseguir un sexenio de investigación es necesario con carácter general el cumplimiento de una serie de requisitos tanto temporales como de cantidad. Estas exigencias son rebajadas cuando se acrediten las situaciones de permiso de los progenitores, excedencia o baja, de tal manera que la vigencia del sexenio vivo podrá ampliarse a razón de un año por permiso, excedencias o baja. Además, podrán incluirse en la solicitud de evaluación de los sexenios los años —y las aportaciones publicadas en dichos años— durante los que hayan permanecido en dicha situación administrativa especial. Se establece también la posibilidad de reducir el número de las aportaciones obligatorias que se deben de presentar pasando de cinco a cuatro, así como una modulación de la puntuación de un mínimo de 24 puntos en lugar de los 30 que se solicitan.

Por consiguiente, se pretende que los procedimientos de acreditación del profesorado funcionario y laboral incorporen criterios que garanticen que la igualdad y la conciliación sean efectivas.

2.4. Medidas específicas de planificación

Como ya se ha señalado cada Universidad debe de ir desarrollando las diferentes medidas de acción positiva, y en este sentido, la Universidad de Salamanca ha aprobado el II Plan de igualdad teniendo en cuenta la regulación estatal contemplada en el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, RD 901/2020, de 13 de octubre por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y el RD 902/2020, de 13 de octubre de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, que desarrolla la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

El Plan se estructura en 7 ejes de intervención: 1. Transversalidad de género en la USAL. 2. Sensibilización, visibilización y comunicación. 3. Acceso, condiciones de trabajo y promoción profesional. 4. Formación y capacitación. 5. Corresponsabilidad y conciliación de la vida personal, familiar, cívica y laboral. 6. Salud laboral y prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de género. 7. Atención especializada para situaciones vulnerables¹⁰.

Se trata de un plan con objetivos reales y específicos de fácil cumplimiento si hay voluntad por parte de las instituciones para llevarlo a término, en este sentido son de destacar las medidas dirigidas a conseguir una mayor corresponsabilidad y conciliación por parte del personal que trabaja en la universidad, como es la elaboración y difusión de una «Guía de Conciliación y correspon-

10 <https://igualdad.usal.es/wp-content/uploads/sites/62/2025/05/USAL-PLAN-2025-29-P-L-A-N-I-G-U-A-L-D-A-D-1.pdf>

bilidad USAL» que recoja todas las medidas y permisos derivados de la conciliación y la corresponsabilidad, organización de las reuniones de trabajo durante el horario laboral, permitir que se pueda ajustar los horarios de trabajo según necesidades de conciliación, siempre y cuando se justifiquen adecuadamente, flexibilización del horario de los cursos de formación, regulación del teletrabajo como medida para la corresponsabilidad en los cuidados familiares o evaluación del impacto del disfrute de medidas de conciliación en la carrera profesional.

3. Conclusiones

Para concluir señalar que a pesar de la implementación de diferentes medidas persisten las desigualdades ya que podemos observar cómo hay menor representación de mujeres en equipos de investigación, incluso un número inferior de mujeres lideran grupos de investigación, o hayan alcanzado la cátedra, además hay muchas menos mujeres inventoras reconocidas como se observa en que de cada diez patentes solicitadas una tiene como titular a una mujer. De ahí que sea importante seguir aprobando políticas y llegar a compromisos institucionales para conseguir desarrollar un modelo que garantice e incremente la igualdad y elimine la discriminación por razón de sexo que todavía existe en la universidad, siendo decisivo el desarrollo de la LOSU para conseguir dicha finalidad.

Los cimientos están puestos ahora corresponde a la comunidad universitaria trabajar para hacerlos realidad y conseguir que la universidad sea el paradigma de la igualdad.

EL TRIBUTO Y LA IGUALDAD

María Ángeles Guervós Maillo

*Decana de la Facultad de Derecho
Catedrática de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca*

Las primeras líneas de este trabajo tienen que referirse a la homenajeada, la prof.^a Ángela Figueruelo Burrieza. Como todos los lectores de este libro deben saber, la prof.^a Figueruelo tras su rostro formal oculta una cercanía que a todos nos ha atraído. Y tras conocerla, además de su rigor y seriedad en el trabajo, de una u otra manera hemos recibido su calor y su apoyo. Siempre la tuve como horizonte de mujer, hija, madre y trabajadora, facetas que nunca descuidó y a las que brindó todos sus desvelos y nos mostró a muchas de las jóvenes que comenzábamos en esta institución a saber compaginar todas esas facetas, luchando por nuestros ideales. Ha sido un honor conocerla y tenerla en nuestra Facultad, donde estoy segura seguirá asomándose muchos días pues cuando se ama la profesión nunca se deja del todo. Aunque deseo que descanse y disfrute de su vitalidad en escenarios más relajados e importantes.

Dicho esto, un trabajo en un homenaje a la prof.^a Figueruelo relacionado con mi materia de trabajo, el Derecho Financiero y Tributario, no puede ser otro que relacionar la igualdad con el tributo y esto podría tener muchos epígrafes empezando con el principio de igualdad en el mundo tributario y todas las aristas que dicho principio encuentra pero realizaré únicamente un esbozo de problemas que he tratado en otros trabajos y a los que la doctrina tributarista ha dedicado ya muchas páginas muy necesarias. Me centraré en concreto, por la extensión de estas páginas, en la igualdad, el tributo y la mujer y en un segundo punto, en la desigualdad y el fraude tributario. Aspectos que sé, son de interés para la homenajeada.

Para hablar del tributo y su relación con la mujer, debo hacer referencia tanto a las medidas fiscales que afectan a una mujer, independientemente considerada, como a las medidas fiscales que afectan a una familia en la que una de las células sea una mujer. Y esto desgraciadamente tenemos que seguir analizándolo porque el trabajo de la mujer no es todavía igual que el de los hombres (hay que remarcar aquí el trabajo llevado a cabo por la homenajeada a través del impulso a los estudios interdisciplinares de género en esta Universidad) y sobre todo no es igual la repercusión económica de ese trabajo para la familia¹.

1 Este tema ha sido tratado en profundidad en trabajos a los que remitimos para un mayor análisis, entre otros: RUIZ GARIJO, M.: «Tributación conjunta y sesgos de género», en *Nueva fiscalidad*, núm. 7, 2006, págs. 9-26; CUBERO TRUYO, A.M. y JIMÉNEZ NAVAS, M.^a M.: «El tratamiento de la mujer en el IRPF. Medidas de discriminación positiva y medidas que favorecen la prolongación del rol tradicional» en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 322, 2010, págs. 69-96; MERINO JARA, I. y MANZANO SILVA, E.: *Fiscalidad e igualdad de género*. Madrid: Dykinson, 2012; IGLESIAS CARIDAD, M.: «Los mínimos personales y familiares del IRPF, especialmente a raíz de la reforma de la Ley 26/2014» en *Revista técnica tributaria*, núm. 113, 2016, págs. 61-112; Id.: *Igualdad y perspectiva de género en el derecho de la hacienda pública*, Reus, 2017; Id.: *El tratamiento fiscal de la mujer trabajadora y emprendedora en el I.R.P.F.*, Tirant lo Blanch, 2017; Id.: «Normas aplicables en la tributación conjunta: aspectos susceptibles de mejora», en AAVV: (Antonio Cubero Truyo (dir.), Leonor Toribio Bernárdez (dir.)): *Análisis transversal de la atención al hecho familiar en el ordenamiento tributario*, Aranzadi, 2020, págs.

Es evidente que en la decisión de la mujer de participar en el mercado de trabajo e incluso en la cantidad de trabajo por ellas realizado, el Sector Público, a través de sus políticas de ingresos y gastos, puede influir decisivamente.

España no es todavía un país que se caracterice por un apoyo y promoción intensivos del trabajo de la mujer, va dando pasos, pero se necesita aún muchas medidas y sobre todo mucha educación. Evidentemente desde el punto de vista de un empresario el ofrecer un puesto de trabajo a una mujer todavía puede resultarle poco rentable debido a las posibles bajas por maternidad y a lo que ello supone no solo en los gastos para su sustitución en esas semanas sino, más aún, en lo que este cambio puede alterar el orden normal de la empresa y del trabajo desarrollado por esa mujer. Esto es una realidad clara que provoca aún el rechazo de los empresarios a contratar a mujeres y sobre todo para determinados puestos. Hemos avanzado en igualdad para acceder al trabajo, pero no para poder progresar en el mismo con esa misma igualdad, quedan techos por romper.

Existen muchas medidas tributarias que pueden ayudar a fomentar el trabajo de la mujer, así, por ejemplo, los permisos por paternidad remunerados, que permiten a las parejas repartirse los cuidados del hijo, las deducciones por maternidad reguladas correctamente y de una manera general sin los exagerados requisitos de la regulación actual, etc. Hemos avanzado en estas medidas en nuestro país gracias a personas como la prof.^a Figueruelo, pero todavía la mujer se encuentra en muchos casos obligada a abandonar temporalmente su carrera profesional para atender a sus dependientes, fundamentalmente a sus hijos, dado que el Estado no se hace cargo de ellos, y no digamos a los ascendientes. La mujer sigue siendo la cuidadora de padres y abuelos con pocas ayudas para ello y prácticamente ningún reconocimiento.

Simplemente en este trabajo mencionaré algunas de las medidas fiscales que afectan a la mujer y a la familia. Lo haré en dos partes; una señalando alguno de los debates que sobre algunas medidas dentro del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas siguen produciéndose², que afectan directamente a la mujer (mínimos, reducciones y deducciones) y una segunda parte, dedicada a reflexionar sobre las medidas que afectan a situaciones de discapacidad y dependencia³ (en las que la mujer también suele ser parte afectada) y que deben estar presentes a lo largo de todos los impuestos existentes en nuestro sistema fiscal.

Con un análisis realista la intervención de la mujer en el mercado laboral cuando es madre tiene muchas complicaciones que se intensifican en situaciones en las que las mismas atienden a sus seres queridos en edad avanzada. Seguimos encontrándonos con temas de debate como la tributación conjunta de la familia, con sus dos modalidades. Como señala IGLESIAS CARIDAD⁴,

97-145; LUCAS DURÁN, M.: «Fiscalidad e igualdad de género», en AA. VV. (Encarna Carmona Cuenca y M.^a Isabel Garrido Gómez-Coord.): *Diversidad de género e igualdad de derechos. Manual para una asignatura interdisciplinar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018; DÍAZ CALVARRO, J. M.^a: «Los sesgos de género en el sistema financiero y tributario español: Propuestas de solución». *Ius et Veritas*, núm. 59, 2019, págs. 94-103; AA. VV. (CUBERO TRUYO, A. TORIBIO BERNÁRDEZ, L.-dir): *Análisis transversal de la atención al hecho familiar en el ordenamiento tributario*, Aranzadi, 2020; AA. VV. (coord. por María del Mar SOTO MOYA; Yolanda GARCÍA Calvente (aut.), Mercedes RUIZ GARIJO (aut.), José Francisco SEDEÑO LÓPEZ (aut.): *Fiscalidad y sesgos de género*, Tirant lo Blanch, 2020.

2 Trataremos en estas páginas sólo las medidas incorporadas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por ser el impuesto más general y que por tanto afecta a más mujeres en nuestro sistema tributario actual.

3 Nos ha parecido que, en la actualidad, dado el aumento de las personas que se encuentran en estas situaciones en nuestra sociedad, resulta de gran importancia conocer el tratamiento fiscal de la «discapacidad» y de la «dependencia» en nuestro sistema tributario, siendo un entorno en el que la mujer suele tener un papel fundamental.

4 Vid. IGLESIAS CARIDAD, M.: *El tratamiento fiscal de la mujer trabajadora y emprendedora en el I.R.P.F.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; del mismo autor: «Normas aplicables en la tributación conjunta: aspectos susceptibles de mejora», en AAVV (dirs. CUBERO TRUYO, Antonio y TORIBIO BERNÁRDEZ, Leonor): *Análisis transversal de la atención al hecho familiar en el ordenamiento tributario*, Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 97-140, donde realiza un exhaustivo análisis de esta medida. Igualmente, el trabajo de TORIBIO BERNÁRDEZ, L.: «Reglas sobre el ejercicio de la opción por la tributación conjunta», en AA. VV. (dirs. CUBERO TRUYO, Antonio y TORIBIO BERNÁRDEZ, Leonor): *Análisis transversal de la atención al hecho familiar en el ordenamiento tributario*, Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 147-165.

de la matrimonial como primera de ellas, sobre la que pesan acusaciones como que desincentiva la incorporación de la mujer casada al mercado de trabajo, o que es discriminatoria con las parejas de hecho. También de la otra modalidad, la monoparental, que estadísticamente beneficia a las mujeres separadas legalmente, solteras y divorciadas, con hijos. Igualmente faltan avances en cuestiones como la regulación en el mundo tributario de las parejas de hecho⁵, incluyendo todas las formas de convivencia que son una realidad en nuestra vida diaria y a las que hay que incluir en las regulaciones⁶.

Los ámbitos especialmente sensibles en los que la norma tributaria debe actuar, siguiendo el art. 14 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, son el trabajo dentro y fuera del hogar, la protección a la maternidad y la responsabilidad en el área de los cuidados⁷.

Dichos ámbitos, como señala SÁNCHEZ HUETE⁸, no sólo afectan a la relación de las mujeres con los hombres (conciliación y corresponsabilidad en tareas) sino también a la de las diversas mujeres en las diferentes posiciones que ocupan (migrantes, niñas, mayores, discapaces, viudas...).

En la actualidad el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) en España es un impuesto compartido por el gobierno central y los gobiernos regionales, lo que implica que el impuesto se comparte en recaudación por los dos niveles de gobierno y se otorga a las Comunidades Autónomas (CC. AA.) capacidad normativa para regular ciertos aspectos del impuesto que son básicamente, la tarifa autonómica, con ciertas limitaciones, y las deducciones de la cuota por circunstancias personales y familiares e inversiones no empresariales.

La adecuación del impuesto a las circunstancias personales y la atención a las cargas familiares para determinar la verdadera capacidad económica de las familias se realiza a través de unos mecanismos que operan en la base imponible del impuesto denominados mínimos vitales (son los conocidas actualmente como mínimo personal, mínimo del contribuyente, mínimos por descendientes, mínimo por ascendientes y mínimo por discapacidad —y las reducciones por atención a situaciones de dependencia y envejecimiento—).

Sobre la dependencia hemos de decir que se refiere a la necesidad de atención y cuidados que precisan las personas que no pueden hacer por sí mismas las actividades de la vida coti-

5 Vid. sobre esta cuestión los pioneros trabajos de ESTEVE PARDO, L.: «Las parejas de hecho ante el derecho tributario: la actuación legislativa de las comunidades autónomas», en *Manuales de formación continuada*, núm. 28, 2004 (Ejemplar dedicado a: Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: Soluciones armonizadoras), págs. 369-402 y «Las uniones de hecho ante el Derecho Tributario», en UNIVERSIDAD DE GIRONA (ed. lit): *Nous reptes del dret de família: materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Documenta Universitaria. Girona, 2005, e igualmente la aportación de SANZ CLAVIJO, A.: «El concepto de cónyuge en el Derecho tributario: hacia una interpretación que comprenda a los miembros de las parejas de hecho», en AA. VV. (dirs. CUBERO TRUYO, Antonio y TORIBIO BERNÁRDEZ, Leonor): *Análisis transversal de la atención al hecho familiar en el ordenamiento tributario*, Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 77-96.

6 Vid. el concepto de familia elegida en SANZ GÓMEZ, R.: «Los conceptos de unidad familiar en el Derecho Tributario: Análisis funcional y propuestas de reforma», en AA. VV. (dirs. CUBERO TRUYO, Antonio y TORIBIO BERNÁRDEZ, Leonor): *Análisis transversal de la atención al hecho familiar en el ordenamiento tributario...*, ob. cit., págs. 72-74, quien recoge la figura de la familia elegida, señalando que «la protección privilegiada de determinados modelos de familia puede llegar a invisibilizar y perjudicar a otros modelos de familia».

7 Vid. GUERVÓS MAILLO, M.A.: «Derechos humanos y Derecho tributario: Cuidados en el entorno familiar desde la perspectiva de género», en AA. VV. (dirs. IGLESIAS BÁREZ, M. y ARMENTA, G.): *Valores democráticos, derechos humanos e igualdad*, EUSAL, Salamanca, 2022.

8 Vid. SÁNCHEZ HUETE, M.A.: *Los sesgos y la discriminación de género en la norma tributaria...*, ob. cit., quien acertadamente recuerda que «También es importante destacar que las medidas a emplear no pueden ser genéricas, por los efectos contraproducentes que pueden originar tanto en la victimización de colectivos como en consolidar segregaciones; piénsese en medidas de fomento del trabajo que se realicen respecto de ámbitos muy feminizados. A la vez que se busca la igualdad de trato entre hombres y mujeres también se ha de propender a la equidad atendiendo a las diferentes posiciones de los individuos. Pues las medidas indiscriminadas por su generalidad pueden suponer una discriminación en su aplicación individualizada».

diana. En nuestra sociedad debido al envejecimiento de la población (se estima que, en el año 2026, el 24 % de la población española tendrá una edad igual o superior a 65 años y el 6,4 % de la población se hallará en la franja de edad de 80 años o más) y al cambio en el modelo familiar tradicional la dependencia se ha convertido en uno de los grandes retos socioeconómicos a los que hay que procurar una especial atención. Así la dependencia no puede verse hoy como un tema individual del dependiente y de su familia, sino que es un problema de toda la sociedad y por ello toda la ayuda que presten los poderes públicos será insuficiente. Tal ayuda debe recogerse desde dos puntos de vista, tanto por la vertiente de los gastos —cobertura de las necesidades vía prestaciones de servicios— como por la vertiente de los ingresos —medidas fiscales orientadas a paliar el mayor gasto que conlleva la situación de dependencia⁹—.

Por ello, la protección de las personas que sufren algún tipo de discapacidad o que se encuentran en situación de dependencia y la adopción de medidas conducentes a promover el disfrute de sus derechos en condiciones de igualdad constituye hoy una obligación asumida en convenios internacionales de distinta índole y reconocida, asimismo, tanto en las distintas regulaciones de la Unión Europea como en nuestra propia Constitución.

Así el artículo 13 del Tratado CE, introducido por el Tratado de Amsterdam, concede poderes específicos a la Comunidad para combatir la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. En el artículo II-86 de la Constitución Europea: *Integración de las Personas discapacitadas* se establece que: «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

Por su parte el artículo 49 de la Constitución Española compromete a los poderes públicos a realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, prestándoles atención especializada y amparándoles especialmente para el disfrute de los derechos que todos los ciudadanos tienen reconocidos. Este precepto, incluido entre los principios rectores de la política social y económica, está llamado a informar la actividad del legislador y la actuación administrativa en distintos campos, entre los que no puede dejar de encontrarse el de la política fiscal.

Los distintos estudios realizados desde la Unión Europea han hecho que en nuestro país se haya avanzado en la introducción de medidas fiscales que ayuden a las personas que tienen un dependiente en sus familias (ya sea una persona con algún tipo de discapacidad ya sea una persona mayor)¹⁰.

Vamos a reflexionar en un segundo punto sobre el fraude fiscal y la desigualdad. Como sabemos los sistemas fiscales deben respetar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, por eso han de ser progresivos y garantizar una redistribución justa. La justicia fiscal aparece como

9 Vid. DIZY MENÉNDEZ, D.: «Fiscalidad y dependencia: Tratamiento e incentivos», Ponencia presentada al Congreso Internacional sobre Dependencia y Calidad de Vida, organizado por Edad & Vida, Instituto para la Mejora de la Calidad de Vida de las Personas Mayores, celebrado en L'Oceanogràfic de la Ciudad de las Artes y las Ciencias de Valencia, los días 28 de febrero al 2 de marzo de 2007, con la colaboración de la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana y el IMSERSO.

10 Existen ya estudios, a los que remitimos, que analizan en mayor profundidad este tema, en particular *vid.* VV. AA.: *Guía de la fiscalidad de las personas discapacitadas en el ámbito del trabajo: las personas y las empresas*, obra cofinanciada por el fondo social europeo y la fundación ONCE en el marco del programa operativo plurirregional 2000 - 2006 de lucha contra la discriminación, Madrid, 2004; PÉREZ HUETE, J.: «Régimen fiscal del patrimonio protegido de los discapacitados», en CT núm. 116, 2005; el excelente análisis de ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I.: *La protección de las Personas con Discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006; CARBAJO VASCO, D.: «La situación fiscal del discapacitado: Algunas reflexiones», CT núm. 119, 2006, págs. 81-88; DIZY MENÉNDEZ, D. (directora); RUIZ CAÑETE, O. y FERNÁNDEZ MORENO, M. (investigadoras): *Las personas mayores en situación de dependencia. Propuesta de un modelo protector mixto y estimación del coste de aseguramiento en España*, PREMIO Edad & Vida 2004, Edad & Vida, 2006; la última referencia en el detallado trabajo de MARTÍN DÉGANO, I.: «Novedades en la regulación de la discapacidad y dependencia en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2007, págs. 51-118.

la pieza clave de un puzzle determinante en el contexto de liberalización internacional, para la consecución de muchos de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, no solo como garantía de ingresos sino como un ejercicio de justicia. Pensemos en cómo puede afectar una medida fiscal a un colectivo determinado. Habrá que evaluar, por ejemplo, si el impacto de esa medida puede ser diferente para hombres y mujeres.

Más allá de los Estados, existen actores relevantes en materia de fiscalidad y derechos humanos. Uno de los más destacados son las empresas. Veamos otro ejemplo: si una empresa evita conscientemente el pago de impuestos está privando a los países de los recursos que requieren para garantizar los derechos de su población. Para evitar este tipo de prácticas, los Estados deberían implementar regulaciones que impidan la contribución del sector financiero a la evasión tributaria y a la transferencia de ganancias.

La evasión fiscal mediante el fraude fiscal y las bolsas de corrupción están provocando una concentración de riqueza que impide una redistribución justa de la misma. Se diseñan actualmente, como hemos visto, el llamado Manual de buenas prácticas (*compliance*) fiscal con una montaña de normas que lo que realmente contienen es la obligación de que las empresas contribuyan correctamente en función de la riqueza de cada una.

No podemos olvidar que detrás de una norma fiscal, detrás de las anunciadas reformas fiscales cada vez que cambia un gobierno, hay personas, personas a las que tales medidas pueden cambiarle la vida para bien o para mal. Quizá sería útil dejar de ver estos debates como algo sin vida y lejano, y verlo como lo que es: medidas con impacto directo en la vida cotidiana de todas las personas que caminan por nuestras calles y más allá de nuestras fronteras. Podríamos quizá así empezar a plantear nuestros debates fiscales a partir del objetivo común de luchar contra nuestras desigualdades internas e internacionales, y generar sistemas de tributos que garanticen que las personas con mayores discriminaciones sean entendidas como personas de pleno derecho: protección a discapacitados o en situaciones de dependencia, por ejemplo.

Los recursos para obtener una reducción sustancial de la desigualdad y la pobreza están ahí. La pobreza va más allá de la falta de ingresos. Se manifiesta también en un acceso restringido a servicios básicos (sanidad, educación...) y a una vida digna. Lo que necesitamos, por tanto, son sistemas que aseguren que los tributos son realmente captados en función de la capacidad económica y que lo recaudado se destina a eliminar la desigualdad y la pobreza en nuestras sociedades. Por eso, precisamente, la política fiscal tiene tanto que ver con los derechos humanos.

Varios son los problemas por excelencia relacionados con las políticas fiscales: la elusión, la evasión y el fraude fiscal.

Es importante saber que evasión, elusión y fraude fiscal no son sinónimos. El fraude fiscal se caracteriza por un incumplimiento consciente de la norma; la evasión hace referencia a la ocultación de ingresos o de información para pagar menos impuestos; y, por último, cuando se habla de elusión se alude a actuaciones al límite de la legalidad, que aprovechan vacíos legales para obtener ventajas que en ningún modo prevé la normativa. Aún, siendo legales, contradicen el espíritu de la ley.

El fraude de ley se produce cuando se finge cumplir una norma, pero en realidad se están utilizando métodos ilícitos para dar otro sentido a la ley, con el claro fin de salir beneficiados de uno u otro modo. De este modo, el fraude fiscal puede definirse como un tipo de evasión fiscal premeditada que normalmente persigue el beneficio económico. Se utiliza una norma tributaria, pero con un fin distinto del que prevé esa norma y con una reducción en los impuestos que se pagan.

Se trata de una infracción administrativa que suele considerarse un delito cuando sobrepasa determinadas cantidades, se le conoce como «defraudación» y finalmente resulta en una disminución del ingreso percibido por la agencia tributaria.

El fraude fiscal es una práctica en la que es habitual la presentación de declaraciones y documentos falsos de manera deliberada. Es decir, se busca incumplir la normativa fiscal para pagar menos impuestos.

Cuando se habla de evasión fiscal (*tax evasion*) se hace referencia, a un incumplimiento deliberado por distintos medios, aunque no siempre es así. Acogerse a otras fórmulas legales para poder pagar menos (economías de opción, planificación fiscal, etc.) podrían estar al filo de la ley (concepto de elusión) y acabar considerándose infracciones que incluso acabasen en penas de

cárcel. Ese incumplimiento de las obligaciones tributarias por sustraer la actividad al control fiscal hace que su conducta se considere una infracción punible.

Así, el contribuyente pagará menos impuestos de los que le correspondería por ocultación de ingresos o información a la Hacienda Pública, ocultando la realidad de los hechos. La evasión fiscal nada tiene que ver con la evasión de capitales.

La elusión fiscal (*tax avoidance*) saca partido de los vacíos legales para conseguir la mínima carga fiscal, por lo que requiere actuar al límite de la legalidad con el fin de evitar o minimizar impuestos que en otro caso deberían pagarse. Por un lado, es la pieza clave de la planificación fiscal, pues se intentan aprovechar los recursos legales disponibles para obtener ventajas tributarias, en ocasiones evitando el hecho imponible o intentando dilatar su impacto en el tiempo. Así, en principio eludir es legal, pues se utilizan métodos legales para pagar menos impuestos, lo que no impide que sea perseguida y que no sea ético.

La creación de una sociedad instrumental es un ejemplo típico por el que la Administración suele alegar elusión. De hecho, la transparencia fiscal internacional es un régimen fiscal de carácter obligatorio que trata de evitar la elusión mediante la interposición de una sociedad interpuesta en territorios con una estructura fiscal distinta a la española.

Por tanto, nos referimos a evasión fiscal cuando hablamos del acto de no pagar tributos, defraudando por tanto (normalmente impuestos), mientras que elusión fiscal hace referencia a declarar cualquier actividad económica, pero al límite de la ley, aprovechando sus vacíos y utilizando de manera indirecta medios jurídicos para rodear la norma jurídico-tributaria. Tanto la evasión y el fraude como la elusión fiscal atentan contra el principio de justicia tributaria, siendo el objetivo de este principio un «sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que en ningún caso tendrán alcance confiscatorio».

Por tanto, son fenómenos que inciden negativamente en la sociedad, causando la erosión de los ingresos de los distintos entes territoriales, deteriorando la estructura social y económica del país, y vulnerando la legitimidad de los gobiernos.

Estos fenómenos defraudatorios, se agravan desde mediados del siglo pasado, en un contexto de postguerra y con la intención de atraer el capital extranjero, y parecen haber recuperado importancia sobre todo de cara a la opinión pública en los últimos tiempos, con la actual crisis económica y financiera mundial, las absurdas e intolerantes guerras en distintas zonas de nuestro planeta y también con la globalización creciente que hace hablar de actividades cada vez más internacionales y deslocalizadas que facilitan situaciones de fraude fiscal.

Tanto la evasión y el fraude, como la elusión fiscal, se han reforzado con la liberalización de la circulación de capitales, el comercio internacional y el proceso de globalización, que han permitido e incrementado la interconexión entre los diferentes países, además de encontrar en los paraísos fiscales un escenario clave para que las empresas y los individuos desarrollen su actividad de elusión y evasión y fraude fiscal.

Los paraísos fiscales son, según la OCDE, aquel país o territorio donde la ausencia o parvedad de impuestos y controles financieros aplicables a los extranjeros residentes, constituye un eficaz incentivo para atraer capitales del exterior. O dicho en términos coloquiales, aquellos países en los que unos residentes extranjeros, empresas o personas con gran capacidad económica —que son las que podrán mover sus bienes y actividades— colocan su dinero en dichos territorios para evitar pagar impuestos en sus territorios de origen.

Se trataría pues de un lugar que procura atraer negocios ofreciendo instalaciones políticamente estables que ayudan a personas o entidades a eludir reglas, leyes y regulaciones establecidas en otras jurisdicciones. El propósito de estos lugares consiste en ofrecer vías de escape a las obligaciones que derivan de una sociedad obteniendo beneficios de ella: entre ellos, impuestos, regulación financiera responsable, legislación penal, derecho hereditario, etc.

Los paraísos fiscales existen, por la intención de los evasores de no reportar la propiedad de activos financieros a las autoridades fiscales del país de residencia. Estos encuentran en los paraísos fiscales la posibilidad de evadir la regulación financiera y también la investigación criminal.

El problema que suscitan los paraísos fiscales incide directamente en la economía mundial, ya que debilita y empobrece al Estado, condiciona la calidad de los servicios públicos, y obliga a la ciudadanía a realizar un mayor esfuerzo en materia fiscal, de manera que lastra la confianza de

dicha ciudadanía en el Estado. Además, dificulta el establecimiento de sistemas impositivos estables para los países en vías de desarrollo.

El fraude fiscal, en los países en vías de desarrollo, tienen impactos dramáticos, pues a lo anteriormente mencionado hay que añadirle más efectos negativos. Así, sus economías tienen una gran dependencia económica de los impuestos que pagan las empresas transnacionales, y si éstas utilizan paraísos fiscales para realizar actividades de evasión y elusión fiscal, los países pierden grandes cantidades de dinero que pueden suponer para ellos la financiación de servicios públicos.

Para evitar esta situación se intenta conseguir a nivel internacional una coordinación fiscal como medida de control, a través fundamentalmente del intercambio automático de información entre jurisdicciones fiscales sobre la propiedad de activos.

Por lo tanto, se está planteando una coordinación que supondría una colaboración internacional entre países que pudiera perseguir el fraude fiscal, algo que permitiría acabar con situaciones de injusticia, reforzaría el papel del Estado como agente protector de la ciudadanía y serviría como impulso al progreso económico y social del mundo.

Se intentó en el año 2015 en la cumbre mundial sobre la Financiación al Desarrollo la creación de un organismo intergubernamental, una agencia de las Naciones Unidas en materia de cooperación fiscal. Sin embargo, no se consiguió el respaldo unánime de todos los países participantes para su creación, siendo algo duramente criticado por varias organizaciones ya que según Manos Unidas este organismo «permitiría a los países más pobres proponer reformas que favorecieran sus intereses, ya que actualmente el dinero que se evade cada año supera la ayuda al desarrollo que estos países reciben». También ONGD como Oxfam-Intermon han realizado propuestas en esta materia, denunciando a su vez esta clase de prácticas y el cobijo que algunos organismos internacionales les dan. Las ONGD proponen el aumento de la transparencia del Impuesto de Sociedades, una armonización de dicho impuesto en Europa y una regulación común en materia fiscal. Además de realizar denuncias, muchas ONGD han pasado a la acción realizando diversas campañas con el objetivo de sensibilizar a la sociedad sobre las prácticas de ingeniería fiscal, con una clara intencionalidad de incidencia política.

En el seno de la Unión Europea se siguen llevando muchas acciones (Plan BEPS, Pilar 1 y 2, etc.) para intentar disminuir el fraude fiscal y las planificaciones fiscales agresivas, ya que hacer oídos sordos a un problema económico y social, así como a las protestas ciudadanas no solamente no acaba con el problema, sino que lastra la confianza de los ciudadanos en los gobiernos perjudicando la democracia.

Como vemos, la igualdad, el desarrollo y los derechos humanos son condición *sine qua non* para el progreso social de cualquier territorio, independientemente del nivel de renta o los ingresos económicos, si entendemos como centro del progreso a las personas, su calidad de vida y sus derechos, ya que el crecimiento económico como variable tomada aisladamente no tiene por qué implicar el desarrollo ni el progreso de un territorio si no existe equidad en la distribución o la garantía del respeto de los derechos humanos.

La política tributaria puede tener un enorme impacto sobre la desigualdad, ya que en la situación en la que nos encontramos, casi la mitad de la riqueza del mundo está en manos del 1 % de la población mundial, por lo tanto, la función redistributiva de los impuestos cobra especial relevancia. También el Foro Económico Mundial considera que esta desigualdad supone un grave riesgo para el progreso de la humanidad, una desigualdad que sigue aumentando en los últimos tiempos.

Aunque el fenómeno del aumento de la desigualdad parece darse en todas las partes del mundo, siguen existiendo regiones en las que la desigualdad alcanza niveles mucho más preocupantes, es el caso de América Latina y el Caribe. Los países en vías de desarrollo experimentan mayores dificultades para la redistribución, puesto que los ingresos son mucho menores y por tanto los recursos de los que dispone el Estado son inferiores teniendo menos margen para lograr el equilibrio.

El sistema fiscal no es la solución para acabar con la desigualdad, su incidencia en este sentido es limitada, puesto que la igualdad no tiene únicamente una dimensión económica sino también social, pero sí puede ser un buen punto de partida para lograr la ansiada equidad, de hecho existen ejemplos de países en el mundo que han llevado a cabo sistemas fiscales más activos y que han conseguido a través de la redistribución, un impacto positivo en relación a la desigualdad, estando

estos sistemas, también, diseñados en función de las características y necesidades propias de cada región. Por ejemplo, la redistribución más activa en Europa Continental quizás explique por qué la desigualdad ha crecido menos allí que en los países anglosajones.

Por ello, la política fiscal y la reducción del fraude fiscal no sólo puede servir de motor del crecimiento, sino contribuir también a otros objetivos del desarrollo económico y social, como combatir la pobreza, evitar la exclusión social y generar una mayor igualdad de oportunidades.

La contribución de los tributos, y en particular de los impuestos para el desarrollo de un país y para la creación de oportunidades, está muy clara si se parte de la idea de la redistribución y la calidad de los servicios públicos, y la definición de desarrollo como la posibilidad de que cada persona pueda tener las oportunidades para ser lo que quiera ser.

Los impuestos deben hacer algo más que proporcionar ingresos, deben concebirse como un poderoso instrumento para el desarrollo.

Por ello, si conseguimos disminuir el fraude fiscal, y que las grandes riquezas (mayor capacidad económica) contribuyan de manera progresiva en relación con esa riqueza, conseguiremos una mejora en la recaudación y con ello una mayor cantidad de ingresos que se podrán destinar a cubrir los gastos públicos de una manera más eficiente, mejorando la vida de todos los ciudadanos y disminuyendo la desigualdad.

Basten estas líneas de reflexión como modo de reconocer el trabajo apasionado en líneas parecidas relacionadas con la igualdad y con el respeto a los derechos humanos que ha demostrado la prof.^a Figueruelo no solo en sus investigaciones sino en la huella que ha dejado en todos nosotros y en concreto en mí. Espero saber seguir sus pasos y seguir luchando por la igualdad tal como nos la ha sabido inculcar.

LIBERTAD E IGUALDAD: VÍNCULOS Y TENSIONES EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA¹

M.^a Luisa Ibáñez Martínez

*Dpto. de Sociología y Comunicación
Universidad de Salamanca*

Resumen: El presente artículo examina la relación entre **libertad e igualdad** desde una perspectiva sociológica e interseccional. Se argumenta que, en el imaginario democrático moderno, estos principios no son meros ideales abstractos, sino logros sociales cuya materialización depende de marcos institucionales, prácticas y relaciones de poder. Se sostiene que la igualdad formal por sí sola no garantiza resultados equitativos si no se consideran las desigualdades estructurales derivadas de factores como género, clase social, edad, discapacidad, etnicidad, orientación sexual, identidad de género y estatus migratorio, entre otros factores. Mientras que la libertad requiere garantías institucionales para su ejercicio efectivo, la igualdad sustantiva necesita agentes e infraestructuras que la promuevan activamente; sin embargo, estas estructuras nunca son neutrales y su aplicación sobre desigualdades preexistentes puede perpetuar la inequidad.

En el contexto español, la Constitución de 1978 y leyes posteriores, como la Ley Orgánica 3/2007 y la Ley 15/2022, reconocen la igualdad, la no discriminación y la diferencia interseccional, promoviendo instrumentos como las acciones positivas y ajustes razonables. No obstante, su efectividad depende de la implementación de políticas con **perspectiva interseccional**, que consideren múltiples dimensiones de desigualdad. Los datos empíricos muestran brechas persistentes. Según la **Encuesta de Población Activa (EPA) del primer trimestre de 2024 publicada por el Instituto Nacional de Estadística (INE)**, la tasa de temporalidad laboral afecta al 29 % de las mujeres migrantes, frente al 18 % de las mujeres de nacionalidad española. En materia salarial los datos de la **Encuesta Anual de Estructura Salarial (EAES) del INE, referentes al 2022**, muestran que el salario medio anual de las mujeres extranjeras es un 27 % inferior al de los hombres españoles. Asimismo, según el **informe sobre el empleo de las personas con discapacidad 2022 del INE, basado en la EPA y la EAES**, la brecha salarial por discapacidad es del 23 % para las mujeres con discapacidad.

Garantizar la libertad y la igualdad sustantiva requiere pasar del «trato idéntico» al «trato diferenciado razonable», abordando los cruces factores de dominación y combinando políticas redistributivas (auditorías salariales, fortalecimiento del sistema de cuidados, evaluaciones de impacto normativo y presupuestario) con políticas de reconocimiento (protección antidiscriminatoria, visibilidad mediante datos desagregados, gobernanza algorítmica con garantías).

¹ Este artículo se suma al homenaje con motivo de la jubilación de Ángela Figueruelo Burrieza. A lo largo de su trayectoria académica ha conjugado rigor y compromiso, recordándonos que la libertad y la igualdad se comprenden mejor a la luz de la vida cotidiana, las instituciones y la conversación pública. Quienes aprendimos a su lado sabemos que su enseñanza fue también una forma de cuidado: abrir preguntas, tender puentes y escuchar. Desde estas páginas agradecer la huella humana y profesional que deja y elogiar el impulso que nos lega para seguir trabajando por una ciudadanía más igualitaria y por ende más justa y más libre.

Se concluye que la verdadera libertad e igualdad solo se alcanzan cuando las políticas públicas no solo aseguran derechos legales en el papel, sino que también transforman las estructuras sociales que reproducen desigualdades. En este sentido la interseccionalidad se consolida como herramienta analítica y práctica central para la justicia social y el pleno ejercicio de los derechos humanos.

Palabras clave: libertad, igualdad, interseccionalidad, desigualdad estructural, políticas públicas, derechos humanos.

1. Introducción

La democracia moderna se basa, en gran medida, en dos principios fundamentales que a veces marchan juntos y a veces entran en tensión: la libertad y la igualdad. Desde el punto de vista sociológico estos conceptos no existen únicamente como abstracciones normativas, sino como realidades materializadas a través de prácticas, organismos e instituciones que conforman reglas, rutinas, tecnologías y relaciones de poder. Analizar esta relación implica, por tanto, examinar cómo se concretan, o cómo se vacían, en el ámbito de la vida cotidiana.

Partimos de una constatación sencilla: no hay libertad sin instituciones que la garanticen, ni la igualdad sin agentes e infraestructuras que la promuevan y desarrollen. Al mismo tiempo tampoco hay instituciones neutras. El objetivo general del presente trabajo es tratar de comprender las condiciones en que la libertad y la igualdad funcionan como complementos (reforzándose mutuamente) y en cuáles aparecen en tensión (limitándose recíprocamente).

Las ciencias sociales, sin sacrificar la seguridad y la fuerza normativa, pueden aportar las herramientas para representar estas distribuciones y entender cómo las biografías individuales se entrecruzan con estructuras de clase, género², edad, territorio, etnicidad y estatus migratorio, entre otras dimensiones.

Proponemos, en consecuencia, entender la libertad y la igualdad como logros sociales: realidades dinámicas que se producen, se protegen y se actualizan constantemente. La sociología, junto con otras disciplinas como la economía, la ciencia política o el derecho, ofrece, desde la observación crítica y atenta de las relaciones de poder, la gobernanza y las prácticas cotidianas, instrumentos para proponer salvaguardas y diseños institucionales que mantengan abiertas las posibilidades de una libertad e igualdad efectivas.

2. Raíces y brújulas de la libertad y la igualdad

En el imaginario democrático, la igualdad y la libertad aparecen como principios íntimamente ligados. No obstante, su relación real oscila entre la tensión y la complementariedad, constituyendo desde la modernidad el núcleo del debate sociopolítico occidental. Tal como advirtió ROUSSEAU (1762) en su obra sobre *el contrato social*: **«El hombre ha nacido libre, y, sin embargo, vive en todas partes entre cadenas»**³, lo que nos lleva a recordar que la realización de aquellos ideales tropieza con obstáculos normativos, económicos y culturales que aún permanecen vigentes.

2 Este trabajo se inspira en una tradición académica a la que la profesora Figueruelo Burrieza ha contribuido desde el derecho constitucional: pensar los derechos fundamentales junto con sus garantías constitucionales, la igualdad y la perspectiva de género como prácticas efectivas, no como meras declaraciones. Este enfoque incide en la **capacidad real** de las personas para ejercer esas libertades en condiciones no discriminatorias. Los derechos se ejercen en organizaciones y contextos, y su efectividad depende tanto de marcos normativos como de capacidades sociales y culturales que los hagan posibles. Sin entrar en detalles sobre su extensa obra, baste señalar que ésta permite **tender** puentes entre **ciudadanía, derechos e instituciones**, elementos indispensables para analizar, desde el punto de vista sociológico **cómo se equilibran la libertad y la igualdad en democracias avanzadas**.

3 ROUSSEAU, J.-J, *El contrato social* (ed. española), Edimat, 2009. (Trabajo original publicado en 1762, Libro I, Cap. I, pág. 5). Para mayor ampliación véase BIDANURE, Juliana y David AXELSEN, «Igualitarismo», *La Enciclopedia de Filosofía de Stanford* (Edición de primavera de 2025), en la obra colectiva, coordinadores Edward N. ZALTA y Uri NODELMAN, Disponible en URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2025/entries/egalitarianism/>>.

Desde la sociología clásica, DURKHEIM demostró que la cohesión en sociedades complejas descansa en la **diferenciación funcional**, subrayó que la igualdad no consiste en homogeneizar, sino en **institucionalizar el reconocimiento de la diferencia como principio de conexión social**. Afirmó que la solidaridad orgánica es posible cuando se respetan las diferencias funcionales y se distribuyen los bienes de manera equitativa, evitando así la anomia y la fragmentación social⁴. En consecuencia, la igualdad jurídica podía coexistir con desigualdades estructurales y que la cohesión social requiere mecanismos que compensen las diferencias funcionales. Este argumento se refleja en sistemas educativos contemporáneos, donde leyes de acceso universal a la educación no eliminan la influencia del origen socioeconómico sobre los resultados académicos (OCDE, 2022)⁵. Por su parte, la tradición weberiana **muestra** que el ejercicio efectivo de la libertad está mediado **por la posición que se ocupa en la estructura social y por el acceso a los recursos**, subrayando que la libertad política nunca es puramente abstracta, sino que se ejerce bajo órdenes económicos y jurídicos que distribuyen el poder y, con ello, capacidades efectivas de elección y que las oportunidades de vida no dependen únicamente de la ley, sino también de la posición que los individuos ocupan en la estructura económica y de estatus, lo que limita la igualdad formal. En el contexto español actual, esta idea se refleja en la baja movilidad social: los/as hijos/as de familias con bajos ingresos tienen menos probabilidades de acceder a la universidad, a pesar de las becas y ayudas públicas⁶ (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, 2021).

De ahí que un análisis contemporáneo de igualdad y libertad deba de trascender la teoría normativa y examinar **cómo las estructuras sociales habilitan o constriñen estos principios**⁷. Enfoques que encajan con el diseño de la Declaración Universal de los **Derechos Humanos, de 1948, en cuyo primer punto se afirma que: «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos»**⁸. Trasladado a políticas públicas, ello exige **obligaciones de respeto, protección y garantía**. No basta con abstenerse de interferir (libertad negativa), sino que también hay que **remover obstáculos** y desplegar **medios materiales** para que todas las personas puedan **ejercer sus derechos en condiciones reales de igualdad**. Como sintetiza FRASER (1997): **«la justicia exige tanto la redistribución como el reconocimiento. Por separado, ninguno de los dos es suficiente»**⁹. Bajo esta perspectiva la libertad se reconfigura como señala BERLIN¹⁰ a modo de **libertad**

4 La cohesión social no depende de la uniformidad, sino de la diferenciación funcional propia de la solidaridad orgánica: «Lo que [la solidaridad mecánica] la caracteriza es que constituye un sistema de segmentos homogéneos y semejantes entre sí», mientras que en las sociedades de solidaridad orgánica «están constituidas por un sistema de órganos diferentes, cada uno con su función especial» (DURKHEIM, É., *La división del trabajo social*, París, Alcan, 1893, pág. 112). En otras palabras, una democracia madura, la igualdad implica reconocer las diferencias e integrarlas en condiciones de equidad.

5 ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), *Education at a Glance 2022: OECD Indicators*. OECD, Publishing, 2022, Versión consultada: Panorama de la educación 2022 | OCDE.

6 Tal como nos recuerda la memoria del CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL del año 2021, en su página 24, en España, «la concentración de niveles más bajos de competencias, así como de altas tasas de repetición, absentismo crónico, y abandono educativo se produce entre el alumnado con perfiles sociales más vulnerables. Por ello, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, sienta las bases para luchar contra la segregación escolar, y las inversiones destinadas a reducir el fracaso escolar y abandono escolar temprano, a través del Programa para la orientación, avance y enriquecimiento educativo (PROA+) y las Unidades de Acompañamiento y Orientación Personal y Familiares». Véase el informe completo en https://www.ces.es/documentos/10180/5265482/Memoria-CES-2021_resumen.pdf/ec8c80f6-da5e-9cd9-c13f-d08179874732.

7 WEBER, M., *Economía y sociedad* (ed. esp.), Fondo de Cultura Económica, 1993. (Obra original publicada en 1922).

8 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948, Disponible en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

9 FRASER, N., «De la redistribución al reconocimiento. Dilemas en torno a la justicia en una época postsocialista». En *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición postsocialista*, Siglo del Hombre, 1995, pág. 17–54. Versión consultada de la redistribución al reconocimiento fraser (1).pdf.

10 Recuérdese que BERLIN distingue la libertad en dos sentidos. La **libertad negativa entendida como** la ausencia de interferencia, así en su página 2 señala que: «normalmente se dice que soy libre en la medida en que ningún hombre o grupo de hombres interfiere en mi actividad». Para la **libertad positiva**

sustantiva (capacidad efectiva para decidir la propia vida en contextos no opresivos). En este sentido son relevantes los aportes realizados por P. BOURDIEU, A. GIDDENS y T. H. MARSHALL.

Pierre BOURDIEU (1986), en su teoría de los campos y los capitales, profundiza en los mecanismos invisibles que reproducen la desigualdad bajo la apariencia de igualdad de oportunidades. Concibe los capitales **económico, cultural, social y simbólico** como recursos acumulados que estructuran las oportunidades¹¹. «*El capital es trabajo acumulado [...] que, cuando se apropia de forma privada [...], permite a los agentes apropiarse de la energía social*»¹². La **distribución desigual de estos capitales** convierte **opciones formalmente abiertas en capacidades efectivas desiguales**. Como señalan BOURDIEU y PASSERON (1970) «el sistema escolar legitima la diferencia de capital cultural como si fuera mérito individual»¹³, lo que significa que las ventajas heredadas en el entorno familiar se transforman en logros académicos y posteriormente en acceso privilegiado a posiciones de poder. Esta reproducción simbólica de la desigualdad se observa en el caso de las élites profesionales. **En España, los estudios** RUIZ, J. y CANTÓ, O. (2021), **muestran que el 60 % de los altos cargos provienen de familias con estudios universitarios, frente al 14 % de la población general**¹⁴. Anthony GIDDENS (1991) señaló que la autonomía individual requiere condiciones materiales y simbólicas que permitan ejercerla y que los individuos puedan actuar de manera autónoma¹⁵. En el contexto español, la situación de las personas con discapacidad es un claro ejemplo de esta tensión. Por un lado, la ley reconoce su derecho a la educación y al empleo, pero la falta de apoyos adecuados y la persistencia de barreras arquitectónicas y actitudinales limita su participación real¹⁶, como refleja la tasa de actividad laboral de las personas con discapacidad en 2022 apenas alcanzaba el 34,8 % (INE, 2023)¹⁷.

(«ser dueño de uno mismo») se pregunta sobre quién gobierna o determina una determina acción, lo que remite a la autonomía personal. BERLIN advierte, en su página 15, que la libertad positiva puede degenerar si se usa para imponer una supuesta «verdadera» voluntad del sujeto en coacción legitimada: «Enough manipulation of the definitions of “man”, and freedom can be made to mean whatever the manipulator wishes» («basta manipular la definición de “hombre” para que la libertad signifique lo que el manipulador quiera», traducción propia). En consecuencia, la libertad negativa protege esferas de acción; su déficit es la **ceguera estructural de tal forma que por ejemplo** si la pobreza, la violencia o la dependencia crean dependencia u obediencia anticipada, la «no interferencia» es insuficiente. Para mayor ampliación véase BERLIN, I, «Two Concepts of Liberty» 1958 y en BERLIN, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969. En este sentido cabe mencionar que **PETTIT afina esta propuesta** berliniana para evaluar la libertad importa no solo **si** hay interferencia (la libertad entendida como no-dominación) sino que si alguien puede interferir (y aunque no lo haga hay dominación), **cómo** y **sobre quiénes**. PETTIT, P, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, 1997.

11 Pierre BOURDIEU muestra que los capitales se **acumulan heredan**; sin **redistribución** (ingreso, tiempo de cuidados, educación) y **reconocimiento** (dignidad, pertenencia), la «libertad» es privilegio. véase en BOURDIEU, P., *The forms of capital*. En J. G. RICHARDSON (Ed.), *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*, Greenwood Press, 1986, págs. 241–258. Versión consultada Microsoft Word - BourdieuFormsOfCapital.docx.

12 Cf. BOURDIEU, P, 1986, pág. 241.

13 BOURDIEU, P., & PASSERON, J.-C. *La reproducción: Elementos para una teoría del sistema de enseñanza*. París, Les Éditions de Minuit, 1970, pág. 132.

14 RUIZ, J. y CANTÓ, O. *El espacio social de la movilidad intergeneracional. ¿De dónde venimos y hasta dónde llegamos?* Cotec Europa, Fundación Cotec para la innovación, 2021, pág. 27.

15 GIDDENS, A. *Modernity and Self-Identity*. Stanford, Stanford University Press, 1991, pág. 214

16 Como es sabido, en España, la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, «BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO», 289, de 3 de diciembre de 2013) garantiza el derecho a la educación y al empleo de las personas con discapacidad sin embargo existen muchas barreras **estructurales de carácter** arquitectónico, sociales y actitudinales que dificultan la participación plena. Esto se documenta en informes del **Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030**, así como en las encuestas de INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE). *Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD) 2022*. Madrid, INE, 2024. Disponibles en INEbase / Sociedad / Salud / Encuestas de discapacidades / Resultados.

17 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), *El empleo de las personas con discapacidad. Año 2022*. publicado en diciembre 2023 en notas de prensa. Disponible en NP EPD 2022

Por su parte, T. H. MARSHALL (1950)¹⁸ diferencia entre derechos civiles, políticos y sociales, entiende a la **ciudadanía** como un estatus que confiere **igualdad de derechos y deberes** a los miembros plenos de una sociedad. Sobre la importancia de los derechos sociales, MARSHALL señala: «la extensión de los derechos sociales ha sido esencial para el desarrollo de la ciudadanía en su conjunto; sin tales derechos, la ciudadanía permanece incompleta y en gran medida formal» (traducción propia)¹⁹. De esta manera, los derechos sociales, como la educación, la salud y la seguridad económica básica/ingresos mínimos, son esenciales para que la libertad y la igualdad sean efectivas, evitando que la ciudadanía se reduzca a un estatus meramente formal.

3. ¿Quiénes pueden ser (realmente) libres e iguales? la perspectiva interseccional como herramienta esencial para la libertad y la igualdad

En el caso español la Constitución de 1978, en su art. 1.1, define a España como un «Estado social y democrático de Derecho», cuyos valores superiores incluyen «la libertad y la igualdad» y ordena a los poderes públicos remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (art. 9.2). Consagra el derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14)²⁰. Estos mandatos se desarrollan mediante la Ley Orgánica 3/2007, que consolida la transversalidad del principio de igualdad: el art. 15 dispone que el principio «informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos» y prevé instrumentos como informes de impacto de género y datos desagregados por sexo (art. 27. f)²¹. La Ley 15/2022²², reconoce de forma expresa la discriminación múltiple e interseccional: «Se produce discriminación múltiple cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley...» (art. 6. 3. a) y «Se produce discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley...» (art. 6. 3. b). También incorpora mecanismos de ajustes razonables y habilita la realización de acciones positivas (arts. 6 y 7)²³. Ahora bien, la efectividad de ese marco legal requiere, sin embargo, una perspectiva interseccional que cruce, entre otros, factores, de género²⁴, edad, clase social,

18 MARSHALL, T. H., *Citizenship and Social Class*. Cambridge University Press, 1950, pág. 28.

19 Cf. MARSHALL, 1950, pág. 36.

20 Constitución Española, BOE, 29 de diciembre de 1978. Recuperado de BOE-A-1978-31229 Constitución Española. BOE-A-1978-31229 Constitución Española.

21 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, 71, 23 de marzo de 2007, 12647–12658.

22 También es conocida como «Ley Zerolo». Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, 164, 13 de julio de 2022, 60001–60010.

23 Desde el punto de vista jurídico la igualdad y la libertad se observan bajo el imaginario de no-dominación, pero como ya se ha indicado con anterioridad, en la nota 10, PETTIT **indicaba que**, si una persona depende de un empleador, de una pareja o del propio Estado que puede interferir arbitrariamente (aunque no lo haga) por razón de género, raza, clase, estatus migratorio o discapacidad u otra característica, no es libre, aunque la ley proclame su libertad. PETTIT, P., *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford University Press, 1997. Como indica SEN en términos de capacidades, estos «obstáculos compuestos» reducen la igualdad sustantiva de opciones y, con ello, la libertad real. La justicia demanda **capabilities** (capacidades reales) y **functionings** (logros). Véase en, SEN, A., *Development as Freedom*. Oxford University Press, 1999. De ahí la necesidad de articular un «trato diferenciado razonable», a través de instrumentos como medidas de acción positiva y ajustes razonables por ejemplo en los casos de discapacidad. En clave interseccional, igual libertad requiere **igual capacidad** de ejercerla.

24 CRENSHAW muestra cómo la violencia contra mujeres racializadas es **cualitativamente distinta** por la convergencia de jerarquías. Analizase en CRENSHAW, K., «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics». *University of Chicago Legal Forum*, 1989 (1), 139–167. CRENSHAW, K., «Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color». *Stanford Law Review*, 1991, 43(6), 1241–1299. Patricia COLLINS subraya que casi no hay «víctimas u opresores puros», por lo que la intervención pública debe evitar dicotomías simplistas. COLLINS, P. H., *Black feminist thought: Knowledge, consciousness, and the politics of empowerment* (2nd ed.). NY: Routledge, pág. 287 Para mayor información léase COLLINS, P. H. (2000) https://us.sagepub.com/sites/default/files/upm-binaries/13299_Chapter_16_Web_Byte_Patricia_Hill_Collins.pdf

territorio rural-urbano, origen étnico-racial²⁵, nacionalidad, discapacidad, orientación sexual e identidad de género (LGTBIQ+)²⁶. Según datos del INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE, 2023), la temporalidad laboral afecta al 25,3 % de los asalariados extranjeros no comunitarios, frente al 16,4 % de los españoles²⁷. La evidencia empírica recogida en el contexto de «sistemas interconectados de opresión: evidencias empíricas en España» confirma que la precariedad laboral afecta con mayor intensidad a las mujeres migrantes. Según el INE (2024), «la temporalidad afecta al 29 % de las mujeres migrantes frente al 18 % de las españolas», y que el salario medio anual de las mujeres extranjeras es un 27 % inferior al de los varones españoles²⁸. Esta doble discriminación, por género y origen, se traduce en contratos más inestables, menor acceso a derechos laborales y una mayor exposición a la economía informal. Esta realidad se agrava en sectores feminizados y racializados como el empleo doméstico. Según el informe del OBSERVATORIO DE LA IGUALDAD EN EL EMPLEO (2023)²⁹, las mujeres migrantes representan el 56 % de las trabajadoras en el sector del empleo doméstico, donde la brecha salarial respecto a hombres españoles supera el 40 % y la informalidad laboral alcanza el 30 %. La combinación de discriminación racial, estatus migratorio irregular y feminización de la pobreza genera un círculo vicioso de exclusión difícil de romper.

La intersección entre discapacidad y género también evidencia desigualdades significativas. La brecha salarial por discapacidad es del 23 % para mujeres con discapacidad» (INE, 2024)³⁰. La discriminación múltiple se manifiesta no solo en la dificultad de acceder al empleo, sino, también, en la infrarrepresentación en puestos cualificados y en la ausencia de apoyos efectivos para la conciliación familiar y laboral. Las barreras arquitectónicas y actitudinales, lejos de ser resueltas por la legislación vigente, siguen limitando el ejercicio efectivo de derechos fundamentales. Además, en el año **2022, el salario medio anual de las personas con discapacidad fue un 18,7 % inferior al del resto de la población (INE-SPD, 2024)³¹.**

Estas brechas muestran que la neutralidad normativa **no basta ya que tratar igual realidades desiguales perpetúa la desigualdad³².** Si las reglas no discriminan «en el papel», pero se

25 Baste como ejemplo que, en el terreno de la vivienda, las estadísticas de la FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO (2023) muestran que el 47 % de las familias gitanas vive en condiciones de infravivienda, y que la discriminación por etnia se agrava si la jefatura del hogar corresponde a una mujer, reproduciendo así el impacto acumulativo de los sistemas de opresión tanto por su etnia como por su género. Frente a esta realidad, la literatura especializada, insiste en la necesidad de políticas públicas interseccionales que no solo reconozcan la diversidad, sino que estén diseñadas para responder a la complejidad de las situaciones vividas por los colectivos más vulnerables, entre ellas abordar no solo la vivienda, sino también el empleo, la educación y la salud, ya que todos estos factores están interconectados. Para ampliación véase FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO, *Informe anual sobre vivienda y exclusión*, 2023, y en la web Inicio - Informe Anual 2024; Otros informes discriminación a mujeres gitanas tales como <https://www.informesdiscriminacion.gitanos.org/a-fondo/discriminaci%C3%B3n-interseccional-la-situaci%C3%B3n-de-las-mujeres-gitanas>.

26 Para ampliar el tema debe consultarse, entre otros el informe del CONSEJO PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL O ÉTNICA (CEDRE), *Informe Anual sobre Discriminación en España*, 2023.

27 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), (2023), *Mercado laboral por nacionalidad*. Recuperado de <https://www.ine.es> Instituto Nacional de Estadística (INE). (2024). *Encuesta de Estructura Salarial y Población Activa*.

28 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), *Encuesta de Estructura Salarial y Población Activa*, 2024.

29 OBSERVATORIO DE LA IGUALDAD EN EL EMPLEO, *Informe anual sobre empleo doméstico y brechas de género en España*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023.

30 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA-SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO (INE-SPD). (2024). *Salario medio anual de personas con discapacidad 2022* Puede ampliarse en el OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD a partir de INE. observatoriodeladiscapacidad.infoInstituto Nacional de Estadística.

31 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, Sistema de Publicaciones de Datos (SPD). (2024). *Salarios de personas con discapacidad*. Recuperado de <https://www.ine.es>. Ver nota la nota técnica del OED sobre la SPD del INE. observatoriodeladiscapacidad.info.

32 Las instancias europeas convergen en este diagnóstico. El GRUPO DE EXPERTAS DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES (GREVIO) ha valorado los avances de

aplican sobre desigualdades estructurales cruzadas, el resultado material sigue generando desigualdades.

En consecuencia, la materialización simultánea de **igualdad y libertad exige un conjunto integrado de políticas de carácter interseccional tanto redistributivas** (p. ej., auditorías salariales³³, potenciar y fortalecer el **sistema público de cuidados**³⁴, evaluaciones de impacto normativo³⁵ y presupuestario con enfoque interseccional), como de **reconocimiento** (por ejemplo, **protección antidiscriminatoria eficaz**³⁶ y **visibilidad mediante datos desagregados**³⁷, gobernanza algorítmica con garantías³⁸). La igualdad sustantiva combina justicia redistributiva y reconocimiento cultural, y requiere políticas integrales que aseguren la participación efectiva de todos los ciudadanos. Como indica BOURDIEU (1997): «la reproducción de la desigualdad está garantizada mientras no se cuestionen los mecanismos sociales que la producen»³⁹. En consecuencia, se debe de pasar del estándar de igualdad del «trato idéntico» al de «trato diferenciado razonable» con mirada interseccional, de manera que los derechos humanos de igualdad y libertad se materialicen para todas las personas.

En suma, en un Estado social y democrático de Derecho solo serán realmente libres e iguales todas las personas si el ordenamiento jurídico reconoce y corrige, mediante políticas públicas, los cruces de dominación que limitan sus capacidades reales de los individuos. La interseccionalidad no es un fin en sí misma, sino una condición para que la igualdad y la libertad, y sus garantías constitucionales, se hagan efectivos para toda la ciudadanía. Como recuerda CRENSHAW (1989), la interseccionalidad no se limita a un análisis académico de las desigualdades, sino que constituye una herramienta conceptual y política para identificar y enfrentar las múltiples formas de opresión que afectan a grupos marginalizados⁴⁰. Así, lograr la verdadera igualdad implica no solo

España, pero **recomienda** reforzar la formación de profesionales y la protección de **colectivos especialmente expuestos**, mujeres migrantes, refugiadas y con discapacidad, para garantizar el **acceso efectivo a derechos** (GREVIO–Consejo de Europa, 2024) Disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marco-internacional/informesgrevio/>.

- 33 Acorde por ejemplo RD 902/2020, para corregir brechas que cruzar género, discapacidad, origen y estatus migratorio. Véase Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, «BOE» núm. 272, de 14/10/2020.
- 34 En consonancia, entre otros, con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, «BOE» núm. 299, de 15/12/2006.
- 35 Informes de impacto con enfoque interseccional (edades, nacionalidad, discapacidad, territorio, etc.), apoyados en datos desagregados que es una obligación ya prevista respecto al sexo (LO 3/2007, art. 27.f) y coordinación multinivel, como subraya el informe de GREVIO. BOE Consejo de Europa.
- 36 Acorde con la Ley 15/2022, (art. 7) y ajustes razonables allí donde la neutralidad formal no detecta daños específicos. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, 164, 13 de julio de 2022.
- 37 Datos y rendición de cuentas. Series estadísticas comparables, con desagregaciones relevantes (sexo-género × nacionalidad × discapacidad × edad × territorio, etc.), tal como insisten las personas expertas de GREVIO Consejo de Europa.
- 38 En este sentido la **Ley de Inteligencia artificial, (Reglamento (UE) 2024/1689)**, fija obligaciones especialmente para sistemas «de alto riesgo». Se debe de tener en cuenta no solo la **Gobernanza de los algoritmos** (cómo se regulan y controlan) sino también la **Gobernanza por algoritmos, ya** que cuando las decisiones se apoyan en algoritmos se puede dar **caer en determinadas desigualdades** como por ejemplo en el caso de cribados del Currículo Vitae por Inteligencia artificial **el riesgo más usual es** de excluir más a mujeres jóvenes migrantes que a hombres nacionales sin discapacidad, aunque tengan méritos similares. Texto completo en Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). Otra información en Ley de IA de la UE: primera normativa sobre inteligencia artificial | Temas | Parlamento Europeo.
- 39 BOURDIEU, P, *La dominación masculina*, París, Seuil, 1997, pág. 54.
- 40 CRENSHAW, Kimberle, «Desmarginando la intersección de la raza y el sexo: una crítica feminista negra de

garantizar derechos legales, sino también transformar las estructuras sociales que perpetúan la desigualdad.

la doctrina antidiscriminatoria, la teoría feminista y la política antirracista», *Foro Legal de la Universidad de Chicago*, Vol. 1989, Artículo 8, pág. 139–167. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>.

LA DIRECTIVA (UE) 2024/1385 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA DE 14 DE MAYO DE 2024 Y LA AMPLIACIÓN DE LA CONDICIÓN DE VÍCTIMA. LA PROBLEMÁTICA DEL SUJETO POLÍTICO DEL FEMINISMO¹

Mercedes Iglesias Bárez

*Profesora Permanente Laboral de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca*

A mi querida maestra de oficio y de vida, la Dra. Ángela Figueruelo Burrieza, el mejor ejemplo que he conocido de que, como dijo Rubén Alves, enseñar es un ejercicio de inmortalidad

El 14 de mayo de 2024 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la primera Directiva europea de lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica (en adelante la Directiva)². Así, aunque de forma tardía, la Unión Europea se unía a otras organizaciones regionales en el establecimiento de una norma en la lucha y prevención contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, tales como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de 1994 y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de

1 Este artículo es el resultado de las investigaciones realizadas en el seno del GIR *Derechos y Libertades en la Sociedad actual* de la Universidad de Salamanca cuya Investigadora Responsable es la Dra. Ángela Figueruelo Burrieza; así como del Proyecto de Investigación *El Estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el contexto europeo* (ESPAREU) REFERENCIA: PID2021-124531NB-I00 (Ministerio de Ciencia e Innovación. Agencia Estatal de Investigación. Cofinanciado por la Unión Europea) y cuya Investigadora Principal es la Dra. María Salvador Martínez.

2 Vid el texto en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-80770> consultado por última vez el 15 de abril de 2025. TORRES DÍAZ, C. «Directiva (ue) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [doe-l-2024-80770]. La importancia de contar con un marco común europeo que permita delimitar jurídicamente qué es violencia de género: desafíos iusfeministas», en *Ars Iuris Salmanticensis*, Ediciones Universidad de Salamanca, vol. 12, diciembre 2024, págs. 119-125. NUÑO GÓMEZ, L. «¿Hacia un cambio de paradigma en la normativa comunitaria en materia de derechos humanos?: examen de la directiva 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica», en *La violencia contra las mujeres en el siglo XXI: derechos, cultura e inteligencia artificial*, Laura Nuño Gómez (dir), Lidia Fernández Montes (dir.), Comares, 2024, págs. 105-132.

2011. La aprobación de la normativa europea respondía a una triple necesidad. Por un lado, la exigencia de armonizar unas legislaciones nacionales de los Estados miembros muy dispares; garantizar la efectividad de la libertad de circulación en Europa para las víctimas de violencia de género y violencia doméstica y establecer, por último, una protección equivalente de estas víctimas en el territorio de la Unión³.

Entre los principales efectos de la Directiva se encuentra, por un lado, que, si bien esta norma no supondrá una regulación idéntica en los Estados miembros, sí al menos implicará una regulación básica común y de mínimos que los Estados deben cumplir. Y, por otro lado, la nueva normativa requerirá en la fase de transposición la modificación de las legislaciones internas para adecuarse a la misma, entre ellas, nuestra Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género para incluir la violencia económica, y nuestra legislación penal, especialmente en los casos de delitos cibernéticos.

Entre los cambios más significativos en materia de violencia de género, Freixes⁴ destaca principalmente la delimitación de la condición de víctima que introduce la Directiva, que no sería *strictu sensu* la mujer biológica, sino como establece el artículo 2 apartado c) de la Directiva «toda persona, independientemente de su género, que haya sufrido algún daño directamente causado por violencia contra las mujeres o violencia doméstica (...)». Esta extensión plantea la problemática del alcance a las mujeres trans, pero también puede tener consecuencias en lo que se refiere a la violencia doméstica ya que podría incluir así no solo a las parejas heterosexuales, sino también a las parejas del mismo sexo, entre otros supuestos, es decir, lo que se ha venido a llamar la violencia intragénero⁵. En este sentido, el artículo 2.b) de la Directiva define la violencia doméstica como «todo acto de violencia de naturaleza física, sexual, psicológica o económica que se produzca dentro de la unidad familiar o doméstica, sean cuales sean los vínculos familiares biológicos o jurídicos, o entre cónyuges o excónyuges o parejas o exparejas, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio con la víctima». La Directiva pues ha tomado el camino de entender la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica como un tipo de violencia que no está intrínsecamente ligada a la violencia operada por los hombres en relación a las mujeres, posicionándose en un debate que se ha generado en la última década.

Más dudoso sería poder deducir de la Directiva si en el caso de una mujer o niña trans le sería aplicable la definición de la violencia contra las mujeres del artículo 2. a), que es entendida como «todo acto de violencia de género dirigido contra una mujer o una niña por el hecho de ser mujer o niña, o que afecten de manera desproporcionada a mujeres o niñas, que causen o sea probable que causen daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada».

En este caso, varias razones podrían avalar el entendimiento amplio de la condición de mujer y niña de esta definición. Por un lado, la interpretación sistemática de la Directiva nos indica que víctima es toda persona con independencia de su género. Si bien la normativa habla de género y no sexo, en este supuesto, puede ser entendido como con independencia de su identidad de género. En otro sentido, podemos plantearnos también la interpretación evolutiva del concepto de mujer y del propio término sexo, que incluiría no solo a la mujer biológica, sino también a la mujer trans. En esta línea, cabe incluir la jurisprudencia del sistema interamericano, que podría ser utilizada como argumento de derecho comparado. Por último, esta es también la tendencia que asume Naciones Unidas con los Principios de Yogyakarta, que si bien se trata de una norma de *soft law* informaría la normativa y aplicación de la misma en los órdenes jurídicos de los Estados miembros.

3 FREIXES, T. «Los cambios necesarios», en *Artículo 14. Periodismo por la igualdad*, 28 de diciembre de 2024, <https://www.articulo14.es/opinion/los-cambios-necesarios-20-anos-despues-20241228.html> consultado por última vez el 15 de julio de 2025.

4 FREIXES, T. *op cit*.

5 SANTANA DEL PINO, R. *Violencia en parejas LGBTQIA+, heteropatriarcado y masculinidad hegemónica*, Colex, 2025.

En el Caso Vicky Hernández contra Honduras de 2021⁶ la Corte Interamericana aborda el primer fallo de identidad de género de una mujer trans, defensora de los derechos humanos y trabajadora sexual, que fue asesinada en San Pedro Sula durante el toque de queda que emitió el Gobierno hondureño el 28 de junio de 2009, existiendo indicios de participación de agentes estatales en su muerte.

Esta decisión judicial, en lo que ahora nos interesa, nos sirve para repensar sobre las categorías sexo/género, así como la violencia de género y la violencia interseccional aplicadas a las mujeres trans, ya que la Corte estimó que Honduras también había violado la Convención de Belem do Pará de 1994 en sus arts. 7 y 9⁷. Es en este fallo donde por primera vez la Corte aplica este tratado, previsto para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, al caso de una mujer trans.

La fundamentación que empleó la Corte para aplicar la Convención de Belem do Pará fue, como ha sido común en los casos del reconocimiento de la diversidad sexo-afectiva, la interpretación evolutiva aplicada, en este supuesto, al concepto de mujer, género, violencia de género e interseccionalidad. Para la Corte, la Convención de Belem do Pará no solo no está ligada a la genitalidad (sexo), sino que además considera que «el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad»⁸.

El fallo de la Corte Interamericana en el Caso Vicky Hernández y otras contra Honduras de 2021 plantea el interesante problema de la extensión del sujeto político de la violencia contra las mujeres de la Convención de Belem do Pará a las mujeres trans⁹. Esta sentencia refleja así la tensión actual en el seno del movimiento feminista y el enfrentamiento entre el feminismo radical y los movimientos de protección de los derechos de las personas trans. Por un lado, las llamadas feministas radicales, conocidas como transexcluyentes, se apoyan en el concepto biológico de mujer. Para estas, la mujer biológica sería la única posible víctima de la violencia de género, la única titular de los derechos reforzados de las mujeres y a las que se deberían dirigir las políticas públicas en materia de violencia de género. El género es entendido y concebido para el feminismo radical como una dimensión o variable estructural y de asimetría, y no como una mera cuestión individual. No sería, pues, aplicable ni a los hombres ni a las mujeres trans. Para las feministas incluyentes y transfeministas, en cambio, el sexo es una categoría histórica, dinámica y no binaria y, por tanto, el sujeto político del feminismo tiene una dimensión social y no biológica¹⁰. El término género abarcaría cualquier manifestación, ya sea identitaria o ya sea de expresión individual.

Por otra parte, también la mayoría de la Corte interpretó evolutivamente las situaciones de vulnerabilidad de la mujer que recoge el art. 9 de la Convención de Belem do Pará y las extendió a las mujeres trans, al deducirlas de la cláusula abierta «entre otras»¹¹. Así, el art. 9 de la Convención recoge estos supuestos de vulnerabilidad relacionados con la interseccionalidad, donde para la Corte también se incluiría como supuesto interseccional la identidad de género. Ello le lleva a apli-

6 ALTERIO, A. M. «La interpelación en clave feminista al sistema binario de protección de derechos humanos en América Latina», en <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/la-interpelacion-en-clave-feminista-al-sistema-binario-de-proteccion-de-derechos-humanos-en-america-latina/314C4547CBE2595020700C9884EB33CC>, 2022: págs. 318-322, consultado por última vez el 15 de julio de 2025; REY ARAMENDÍA, M. «El género (sigue) en disputa. Algunas reflexiones a la luz de la sentencia Vicky Hernández et al. vs. Honduras», en *Enomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 24, 2023, págs. 118-136.

7 Párrs. 126 y ss. En el Párr. 133 se establece que «de conformidad con lo anterior y atendiendo a una interpretación evolutiva, la Corte estima que el ámbito de aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer se refiere también a situaciones de violencia basada en su género contra las mujeres trans, como sucede en este caso».

8 Párr. 129.

9 *Vid* para aproximarse a la argumentación sobre el denominado «borrado de mujeres» <https://contraelborradodelasmujeres.org> consultado por última vez el 15 de abril de 2025.

10 BUTLER, J. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, 2007.

11 El Tribunal aplica el principio de la interpretación evolutiva al art. 9, y lo extiende a la orientación sexual y a la identidad de género Párr. 129.

car de forma extensiva el art. 7 en las letras a y b, que establecen los deberes estatales de abstención de actos de violencia contra la mujer, así como la necesidad de tomar las medidas necesarias en forma de deberes positivos de los Estados para prevenir, sancionar y erradicar estos actos.

El sentido del fallo es una decantación de la doctrina que la Corte ya expuso en su Opinión Consultiva de 2017 y que entiende la identidad de género como un derecho de autodeterminación, que deriva de la propia voluntad del sujeto, que no depende de la genitalidad¹². Por lo cual, «(...) que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad»¹³. Por tanto, la Opinión Consultiva quebró ya en 2017 la cisnormatividad al considerar que se ha disuelto la concepción de que «todas las personas son cisgénero, y que aquellas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres»¹⁴.

En esta Opinión se refleja la crítica posmoderna del género, que además también recoge los estándares de los Principios de Yogyakarta¹⁵, por lo que podemos ver que en esta cuestión existe una circulación de modelos y un diálogo entre Naciones Unidas y la Corte.

Junto al fallo de la mayoría se emitieron tres votos particulares: dos votos parcialmente disidentes, uno de la Presidenta, la juez Elizabeth Odio y otro del juez Eduardo Vio Grossi¹⁶, y un voto concurrente del juez L. Patricio Pazmiño Freire¹⁷.

El voto particular más interesante para nuestro objeto de estudio, ya que es el que aporta más al debate teórico, es el de la Presidenta Elizabeth Odio Benito. Se muestra favorable al reconocimiento de los derechos del colectivo, pero no a que la vía que se utilice para esta finalidad sea la sustitución de la categoría del sexo por la del género. En este sentido, para la Presidenta no sería aplicable a este caso la Convención de Belem do Pará. En su opinión, buena parte de la confusión

12 Párr. 11. «(...) En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad», Opinión Consultiva OC-24/17 párr. 94.

13 Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17 párr. 95.

14 Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 32.

15 Sobre el sistema de Naciones Unidas vid ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. «Caminante, se hace camino al andar. Comunidad LGTBI, derechos humanos y Naciones Unidas», en *Estudios de Deusto*, enero-junio, 2019. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. «La organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivos de orientación sexual identidad de género: apuntes para un debate», en *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 17, 2013.

16 El voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi discrepa de la mayoría en relación al ámbito de aplicación de la Convención y de su decisión de extender el sujeto político a la mujer trans. En su opinión, la Convención es solo aplicable a las mujeres biológicas. No habría, pues, incumplimiento por parte del Estado de Honduras de las obligaciones dimanantes de los arts. 7. a y 7.b de la Convención. No obstante, debemos destacar que el análisis de este voto discrepante no interesa tanto al debate teórico que plantea la extensión del sujeto político en temas de violencia contra las mujeres a las mujeres trans. El juez básicamente se centra en el incumplimiento por parte de la Corte del respeto y seguimiento de los parámetros de interpretación de los tratados de conformidad al art. 31.1 de la Convención de Viena.

17 El juez Pazmiño muestra su conformidad con la aplicación de la Convención de Belem do Pará a las mujeres trans, si bien difiere en la argumentación asumida por la Corte para proceder a su aplicación. Así, en su opinión, la mayoría que sustenta el fallo opera un salto argumentativo, al entender que la Corte debería haber estimado, en primer término, que las mujeres trans están sujetas a la Convención por el mero hecho de ser mujeres. En este sentido, la mayoría debería haber aplicado sin más la jurisprudencia ya asentada y contenida en la Opinión Consultiva OC-24.

de la mayoría proviene de la ausencia, en ciertos ámbitos académicos y especialmente judiciales, de un marco teórico-conceptual adecuado para encuadrar este problema.

Así, en primer lugar, en su opinión sería necesario distinguir entre el concepto de sexo, con un contenido y configuración biológica, del concepto de género, como una construcción social y jerárquica. El sexo no lo determina una construcción social, ni tampoco es una cuestión meramente subjetiva o un sentimiento personal. Por el contrario, el género, al ser una construcción social, es un concepto más flexible y que tiene una impronta histórica, por lo que podría mutar si la sociedad y los estereotipos se modificaran.

De la misma forma, habría que disolver la muy extendida errónea equiparación entre la categoría de la identidad de género y el sexo. La identidad de género como categoría sospechosa de discriminación está protegida por la Convención Americana y por la Opinión Consultiva OC-24. Para la jueza buena parte del problema que plantea la Sentencia viene derivado de la posición que tomó la Corte en 2017 con la Opinión consultiva al concebir la identidad de género en su versión fuerte, bajo el criterio del derecho a la autodeterminación de género. Esta asunción teórica, que ahora lamenta la jueza¹⁸, ha provocado en la práctica a su parecer que la identidad de género sustituya al sexo biológico y borre a las mujeres¹⁹. No se habla ya de hombres ni mujeres, sino solo de personas. Incluso también el concepto de género como construcción social, que constataba la subdiscriminación de las mujeres frente a los hombres, también ha sido sustituido por el de la identidad de género. Esta sustitución no es gratuita y supone la pérdida del sujeto político de la lucha feminista, que es la mujer, por lo que puede implicar también la propia desaparición del propio feminismo. Además, esta acotación de la concepción del sujeto político «mujer biológica» es esencial también para la lucha contra la violencia de género porque permite detectar las violencias históricas, que han estado asociadas al sexo. La jueza destaca a mayor abundamiento que el origen y las causas de la violencia sufrida por la mujer, que tienen su fundamentación o razón de ser en el sexo, son muy diferentes de las causas de la violencia que sufren los miembros del colectivo trans, una violencia que se asienta en su propia identidad de género. No realizar un diagnóstico certero de estos dos diferentes tipos de violencia tendrá una repercusión trascendental a la hora de construir por parte de los Estados políticas públicas efectivas para la disolución de estos fenómenos violentos²⁰.

A continuación, la jueza Elizabeth Odio explica las razones concretas de su disenso en la extensión de la aplicación de la Convención de Belem do Pará a las mujeres trans. La argumentación de su rechazo se fundamenta en una razón teleológica, a la vez que práctica, y en dos razones de naturaleza más técnica.

La finalidad de la Convención es luchar contra la violencia que sufren las mujeres por razón de su sexo, es decir, por el hecho de ser mujeres. En el caso sentenciado, sin embargo, la violencia sufrida por Vicky Hernández difiere del tipo de violencia protegida por la Convención pues tal y como señala la Sentencia la violencia sufrida por Vicky Hernández tiene su razón de ser en la identidad de género, es decir, en su condición de persona trans y no en su condición de mujer.

En lo que se refiere a las razones técnicas del empleo erróneo de la Convención, la jueza estima, por una parte, que la mayoría aplica la Convención al caso, remitiéndose al art. 9, que prevé los supuestos de interseccionalidad, por entender que dentro de los mismos se garantiza la condición de interseccionalidad de la identidad de género. Ahora bien, para la jueza este artículo solo es aplicable siempre y cuando se cumpla la premisa principal de que el sujeto es una mujer, por lo que la Sentencia también incurre en una tacha lógico-jurídica, al incluir la categoría identidad de género como categoría protegida por la Convención²¹.

La propia Directiva si bien reconoce que las medidas previstas en la misma están creadas para cubrir las necesidades especiales de mujeres y niñas, al ampliar el concepto de víctima a todas las personas, con independencia de su género, y salvo que se disponga otra cosa para supuestos

18 Párr. 7.

19 Párrs. 5, 12 y 13.

20 Párrs. 16 y ss párrs. 22 y ss. Y especialmente el párr. 34.

21 Párrafo 38 en relación al párr. 129 de la Sentencia.

concretos como la mutilación genital femenina, podría permitir a las sexualidades no normativas «poder acogerse a los derechos relacionados con la protección de las víctimas y el acceso a la justicia, el apoyo a las víctimas y las medidas de prevención»²². Así, el artículo 1.2 de la Directiva establece que los Capítulos 3 a 7 de la misma²³ «son aplicables a todas las víctimas de delitos de violencia contra las mujeres y violencia doméstica, independientemente de su género».

Antes de abordar en concreto las acciones positivas y los deberes de los Estados debemos hacer dos reflexiones. En primer lugar, tenemos que tener en cuenta que si nos acogemos a la posición que entiende que la determinación de la violencia contra la mujer se asienta en el sexo biológico, estas políticas públicas solo serían aplicables a las mujeres biológicas y quedarían excluidas las mujeres trans. Así, el feminismo radical no solo cuestiona la ampliación del sujeto político del feminismo, sino consecuentemente la aplicación del mismo régimen jurídico en materia de violencia contra las mujeres a las mujeres trans. Por el contrario, entender que la condición de víctima de la Directiva lo es con independencia del género, permitirá que las políticas públicas alcancen también a las mujeres trans y a las parejas intragénero en los casos de violencia doméstica. No cabe duda de que, si estamos en presencia de meras medidas de acción positiva, que forman parte del contenido propio del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, y que no perjudican a un grupo en relación a otros, tendremos que tener en cuenta que no solo el poder público no tendrá que justificarlas más allá de lo razonable, sino que debemos asumir que no supondrían un menoscabo de los derechos de las mujeres biológicas. Más problemático sería el planteamiento de políticas públicas que comporten deberes de los Estados catalogadas como supuestos de discriminación positiva, donde ya sí podemos hablar de la afectación de derechos de un grupo en beneficio de otros. En estos casos, no solo el poder público tiene que justificar de forma reforzada la necesidad de esas medidas, sino si esas medidas que afectan a minorías sexuales son legítimas en relación a un grupo mayoritario como es el de las mujeres biológicas.

Por otra parte, también debemos atender a otra cuestión que incide en las políticas públicas relacionadas con las sexualidades no normativas, y es la perspectiva interseccional. Con la aprobación de la Directiva se cumple con el objetivo de crear una ley integral que tiene la intención no solo de superar una normativa existente en la Unión caracterizada por la fragmentación, sino también por la ineficacia a la hora de garantizar las necesidades especiales de las víctimas. Estas necesidades especiales requieren tener en cuenta la discriminación interseccional²⁴ para adoptar medidas específicas, adecuadas a cada uno de los grupos de víctimas.

Todas estas consideraciones exigen un tratamiento especializado de las víctimas, tanto en el proceso de la evaluación individual que se realice para determinar las necesidades de protección de este tipo de víctimas, como en el apoyo especializado que se les debe prestar, así como incluso en la formación e información de los profesionales que estén en contacto con estas personas. En este sentido, el Considerando 71 de la Directiva incluye como víctimas de discriminación interseccional a «personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero o intersexuales», que son concebidos como grupos vulnerables²⁵. Y, por su parte, el Considerando 74 aborda el deber positivo de los Estados de adoptar las medidas preventivas adecuadas, tanto primarias, secundarias como terciarias²⁶.

22 Considerando 12, p. 3.

23 El Capítulo Tercero se refiere a la protección de las víctimas y el acceso a la justicia; el Capítulo Cuarto al apoyo a las víctimas; el Capítulo Quinto a la prevención e intervención temprana; el Capítulo Sexto a la coordinación y cooperación y el Capítulo Séptimo recoge las disposiciones finales.

24 CRENSHAW, K. «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine», en *The University of Chicago Legal Forum*, S. 1989, págs. 139-167.

25 Vid por todos YÁÑEZ ESPINOZA, M. «El desarrollo de la noción de vulnerabilidad en el ámbito de los derechos humanos», en *IgualdadES*, CEPC, n. 11, 2024, págs. 191-223.

26 Considerando 73 «Las medidas preventivas primarias deben tener por objeto evitar que se produzca violencia y pueden incluir medidas como campañas de concienciación y programas educativos específicos para aumentar la comprensión entre el público en general de las diferentes manifestaciones de todas las formas de violencia y sus consecuencias y para ampliar los conocimientos sobre el consentimiento en las relaciones interpersonales a una edad temprana. Las medidas preventivas secundarias deben tener por objeto detectar la violencia en una fase temprana y prevenir su progresión o escalada en una fase temprana. Las medidas preventivas terciarias deben centrarse en prevenir la reincidencia y la revictimización

Además, también debemos tener en cuenta que estas personas acarrean mayor riesgo de sufrir violencia de género por lo que los Estados tienen un deber reforzado y sometido a un escrutinio más estricto en su cumplimiento de dirigir medidas especiales a los grupos de mayor riesgo, entre los que se encuentran las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero o intersexuales.

Por otro lado, el empleo en las políticas públicas de la perspectiva interseccional como principio transversal es imprescindible pues es un variable fundamental para la disolución de las estructuras sociales, políticas y jurídicas de la discriminación. Este tipo de discriminaciones interseccionales está muy relacionado también con la discriminación estructural e institucional. Naciones Unidas en el Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 2017 destaca la relación del uso de la fuerza y otras violencias de derechos humanos por los agentes y poderes públicos con la discriminación interseccional, pues los prejuicios y los estereotipos de los agentes estatales, en particular de la policía y los órganos del sistema de justicia penal, pueden provocar discriminaciones, ya que tiene serias consecuencias sobre los altos niveles de falta de denuncias, y conducir a violaciones a la igualdad de trato ante la ley y a la tutela judicial efectiva. Por su parte, y ya en el ámbito de la Unión Europea el Informe sobre la Igualdad de Género de la Unión Europea de 2021²⁷ considera que en las políticas de la Unión no ha sido común la aplicación de un enfoque interseccional, sino que la Unión y los Estados miembros se han centrado en la vertiente individual de la discriminación, lo que opaca la importancia de la dimensión institucional del fenómeno e ignora sus vertientes estructurales e históricas. El análisis interseccional es considerado por la Unión no solo como un medio para conocer y superar la discriminación estructural, sino «que también proporciona datos para crear parámetros de referencia y trazar el camino hacia unas políticas estratégicas y eficaces contra la discriminación, la exclusión y las desigualdades sociales sistémicas»²⁸.

En el Capítulo 3 se reconocen un conjunto de medidas de protección de las víctimas y acceso a la justicia, que incluyen la denuncia de violencia mediante canales accesibles, seguros y con disponibilidad inmediata, o bien la garantía del acceso de las víctimas a la asistencia jurídica gratuita (art. 14); en el art. 15 se aseguran los deberes estatales de una investigación suficiente y efectiva, así como de enjuiciamiento, que incluye que los profesionales de la investigación y del enjuiciamiento tengan una formación especializada y adecuada.

Especialmente interesante es la previsión en el art. 16 del deber del Estado de realizar una evaluación individual del caso para determinar las necesidades de protección de las víctimas centrada en el riesgo, pues para la misma se tendrán en cuenta las circunstancias individuales de la víctima, incluida si en ella está presente alguna causa de discriminación interseccional de conformidad al art. 21 de la Carta. En la Carta y en lo que ahora nos interesa se reconoce al menos la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación. Así mismo, se incluyen deberes de evaluación individual de la necesidad de apoyo de las víctimas y de las personas a cargo (art. 17) y de la derivación a servicios de apoyo (art. 18).

En aquellas situaciones en las que concurre un peligro inmediato para la salud o la seguridad de la víctima o de las personas a cargo, las autoridades competentes tienen la facultad de emitir órdenes urgentes de alejamiento, prohibición o bien protección (art. 19), que tendrán un efecto inmediato, y no estarán supeditadas a la denuncia de la víctima, o bien al inicio de una evaluación individual.

En el art. 22 se establece el deber de los Estados de designar órganos nacionales encargados de publicar informes, formular recomendaciones, recopilar las buenas prácticas existentes e intercambiar información con los organismos europeos existentes. Y en el art. 23 se garantiza por parte de los Estados el derecho a solicitar por parte de las víctimas una indemnización íntegra a los victimarios por los daños y perjuicios causados por los delitos de violencia contra las mujeres o de violencia doméstica.

y en gestionar adecuadamente las consecuencias de la violencia, y podrían incluir la promoción de la intervención de quienes presencien la violencia, los centros de intervención temprana y los programas de intervención».

27 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0315_ES.html

28 Informe, *op cit.* 7.

En el art. 21 se reconoce la posibilidad de que los Estados miembros elaboren directrices para las autoridades policiales y las autoridades encargadas de la persecución de los casos de violencia contra las mujeres o de violencia doméstica. Lamentablemente, no nos encontramos ante un supuesto de una obligación positiva de los Estados, sino ante una mera recomendación. Por otra parte, entre las orientaciones que establece la Directiva, el apartado e) reconoce el género, la discapacidad y la minoría de edad, pero no incluye al menos de forma clara los supuestos de la diversidad sexo-afectiva. No hace referencia a la orientación sexual ni la identidad de género, salvo que en este último caso entendamos que la palabra género se refiere a la identidad de género. Esta falta de claridad de la Directiva puede ser paliada con la orientación del apartado i) del mismo precepto, que se refiere a la posibilidad de «concienciar sobre todos los grupos de víctimas en el contexto de la violencia doméstica» y que permitiría incluir la violencia doméstica intragénero.

El Capítulo 4 de la Directiva (arts. 25 a 33) regula las obligaciones positivas de los Estados miembros para garantizar el apoyo a las víctimas. Este apoyo debe ser especializado y se otorgará con independencia de que se haya formalizado una denuncia (art. 25). Si bien no se incluye una referencia expresa al supuesto de la diversidad sexo-afectiva, el apartado f) prevé que los servicios de apoyo especializado proporcionarán «información y, en su caso, derivación a servicios de apoyo especializado para víctimas con un mayor riesgo de violencia»; con lo cual se puede deducir una alusión a la discriminación interseccional, que como se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones implica sin duda un mayor riesgo de violencia. Es en el caso de los servicios de apoyo especializados del art. 25.5 cuando los Estados tienen el deber de elaborar directrices y protocolos dirigidos a los profesionales sanitarios y de los servicios sociales sobre la detección de las víctimas y la prestación de un apoyo adecuado para las mismas, así como sobre la derivación de las víctimas a los servicios médicos y de apoyo que sean necesarios. Y es aquí cuando la Directiva exige que estas directrices y protocolos indicarán «cómo atender las necesidades especiales de las víctimas expuestas a un mayor riesgo de sufrir esa violencia como consecuencia de su discriminación por razón de sexo combinada con discriminación por cualquier otro motivo o motivos», previsión que alcanza a la diversidad sexo-afectiva.

También la Directiva prevé deberes específicos de los Estados para un apoyo especializado a las víctimas de violencia sexual (art. 26) y a las víctimas de acoso sexual en el trabajo (art. 28), en este último caso en el supuesto de que constituya delito de conformidad con el Derecho nacional.

Por otra parte, se incluyen como medidas de apoyo a las víctimas las líneas de ayuda a las mismas (art. 29) y el deber de los Estados de crear unas normas de organización que permitan asegurar el apoyo efectivo a las víctimas por medio de la creación de refugios y alojamientos provisionales (art. 30). Estos deberán atender de manera específica las necesidades de las víctimas de violencia doméstica y violencia sexual, especialmente de aquellas con un mayor riesgo de violencia, es decir, en las que concurra la condición de la interseccionalidad, por lo que incidiría directamente en el caso del colectivo LGTBI+. Entre las previsiones del artículo 30.2 se reconoce el deber de los Estados de garantizar un apoyo a las necesidades especiales de las mujeres, lo que supone que se creen refugios exclusivamente para mujeres con un espacio para menores. Aquí se plantea la problemática de si este concepto de mujeres es en sentido biológico o puede incluir a las mujeres trans.

Especialmente interesantes son las previsiones del art. 33 que reconocen el apoyo específico para las víctimas con necesidades interseccionales y los grupos de riesgo. Así, se incluye un deber general de los Estados miembros de garantizar la prestación de un apoyo específico a las víctimas que sufren discriminación interseccional. El art. 33.1 parece exigir como requisito añadido que esas víctimas en las que concurre la interseccionalidad corran al mismo tiempo un mayor riesgo de sufrir violencia contra las mujeres o violencia doméstica. En mi opinión esta no sería una condición concurrente, pues y así ha sido declarado por la propia Directiva, una de las características genéticas de la discriminación interseccional es que conlleva *per se* un mayor riesgo de violencia y por ello requiere un tratamiento específico. Más allá de esta precisión, no cabe duda de que el deber de apoyo a este tipo de víctimas debe ser específico y reforzado por parte del Estado por la mayor vulnerabilidad de estos grupos. La condición de interseccionalidad del colectivo LGTBI+ les hace acreedores de este apoyo específico a pesar de que de nuevo la Directiva no se refiere en ese precepto expresamente al mismo. Por otro lado, presenta problemas interpretativos la previsión del art. 33.3 *in fine* al determinar que «Los Estados miembros se asegurarán de que las víctimas

que lo soliciten puedan permanecer separadas de personas de diferente sexo en los centros de internamiento para nacionales de terceros países objeto de procedimientos de retorno o que se las aloje separadamente en los centros de acogida de solicitantes de protección internacional», pues plantea dudas en relación a las personas trans, especialmente en los casos en que no se han sometido a una cirugía de reasignación de sexo, o bien en el supuesto de los intersexuales.

El Capítulo 5 (arts. 34 a 37) aborda los deberes positivos del Estado en la creación de políticas públicas de prevención e intervención temprana en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

En el art. 34 se exige que los Estados implementen medidas adecuadas, adoptando un enfoque integral y multidimensional. Entre las medidas preventivas se incluyen las campañas o programas de concienciación específicos, que podrán incluir programas de investigación y educación. Dentro de las medidas preventivas, una política pública que merece una especial atención es la dirigida a disolver los estereotipos de género, que afectan tanto a hombres como mujeres. También existen estereotipos que afectan a la heteronormatividad y al concepto de masculinidad²⁹, que deben ser disueltos, especialmente entre los menores y que es fundamental implementar en el ámbito de la educación y los cuidados desde la primera infancia. Otra de las medidas preventivas es la información. Y de nuevo, los Estados deben implementar medidas preventivas específicas, centradas en los grupos en mayor riesgo, que son aquellos entre otros que sufren discriminación interseccional.

El art. 36 recoge el deber de formación e información para los profesionales. En primer lugar, los Estados tienen el deber de impartir formación general y también especializada e información específica de un nivel adecuado para todos aquellos empleados públicos que tengan una probabilidad de entrar en contacto con las víctimas. Aquí se encontrarían tanto los agentes de policía, como el personal de los órganos jurisdiccionales, los jueces y fiscales que intervienen en los procesos penales y en las investigaciones, y los abogados. Esta formación e información tiene como propósito detectar, prevenir y abordar los casos de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica. Además, se exige que estos profesionales traten a las víctimas teniendo en cuenta las condiciones de su trauma, el género y la minoría de edad. En esta ocasión, como sucede en otras, la Directiva emplea el término género, que, en una interpretación extensiva, al no hacer referencia específicamente al sexo, como en otros supuestos, podría incluir la identidad de género. Más allá de esta consideración de lo que no cabe duda es de que estos profesionales deben tener en cuenta la perspectiva interseccional y, por tanto, no solo deben recibir formación e información sobre el propio colectivo LGTBI+, sino también tener en cuenta esta condición para tratar a todas las víctimas en las que concurra la orientación sexual, la identidad de género y la identidad sexual en sentido estricto.

Esta formación se prevé también para los profesionales sanitarios, los servicios sociales y el personal educativo, con probabilidad de entrar en contacto con las víctimas.

Resulta especialmente interesante que esta formación también alcance a las personas con funciones de supervisión en el lugar de trabajo, tanto en el sector público como en el privado, que también deberán recibir información sobre el acoso sexual en el trabajo. Tanto los supervisores como los empleadores deberán recibir información sobre las consecuencias de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en el ámbito laboral y sobre el riesgo de esta violencia ejercida por terceros. Por otra parte, los Estados miembros fomentarán y apoyarán las actividades de formación dirigidas a los medios de comunicación llevadas a cabo por parte de «organizaciones profesionales de los medios de comunicación, organismos de autorregulación, de los medios de comunicación y representantes sectoriales u otras organizaciones pertinentes» (art. 36.8). Con esta previsión, la Directiva plantea la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares³⁰.

29 LORENTE, M. *Nuevos Hombres Nuevos*. Destino, 2009; O. SALAZAR, *Los hombres también tienen género*, Dykinson, 2013.

30 BILBAO UBILLOS, J. M. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado: (la noción de State Action en la jurisprudencia norteamericana)*. McGraw-Hill Interamericana de España, 1997 y J. M. BILBAO UBILLOS, J. M. «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la drittwirkung: una visión de conjunto», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2017, 21, págs.

Finalmente, las actividades de formación podrán incluir «módulos sobre cómo detectar y abordar las necesidades especiales de protección y apoyo de las víctimas que están expuestas a un mayor riesgo de violencia, como consecuencia de una discriminación interseccional» (art. 36.10). De nuevo, y teniendo en cuenta que la Directiva requiere tener en cuenta la perspectiva interseccional, no parece adecuado el carácter de mera recomendación de esta previsión.

El Capítulo 6 (arts. 38 a 44) establece los deberes positivos del Estado que tienen que ver con la organización de la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, y que requieren la coordinación y cooperación en materia de políticas públicas.

Así, el art. 38 establece el deber de los Estados de adoptar y aplicar políticas que sean eficaces, integrales y coordinadas, y para ello debe designar o crear organismos oficiales que sean responsables de coordinar, aplicar, supervisar y evaluar las medidas y políticas públicas. Una de las principales funciones de estos organismos es la recepción de datos, su análisis y la difusión de sus resultados. También en el ámbito de Naciones Unidas, ACNUDH ha aprobado una Nota de orientación sobre una estrategia de compilación de datos basada en los derechos humanos de 2018³¹ donde ha diseñado un plan de seis principios básicos para que los estados implementen una estrategia de compilación y uso de datos basada en los derechos humanos. Esta herramienta exige la participación de diversos grupos de población, especialmente de aquellos que están preteridos en el proceso de recolección de datos; el desglose de los datos, teniendo en cuenta distintas causas de discriminación como el sexo, la edad, la étnica, la discapacidad, la orientación sexual o la religión, entre otras; la autodefinición de estos grupos, sin perpetuar su discriminación; la transparencia; el respeto a la privacidad y la protección de datos y la rendición de cuentas en lo referente a la recopilación y el uso de los datos.

De forma más extensa el art. 44 recoge este deber positivo de la recogida de datos al que suma la investigación. Los Estados miembros deberán disponer de un sistema adecuado para la recogida de datos, el desarrollo, la elaboración y también la difusión de las estadísticas sobre violencia contra las mujeres y violencia doméstica. Más allá de que la Directiva lo reconozca expresamente las estadísticas deberían recoger datos en los que se desglose también las categorías sospechosas de discriminación que hacen referencia al colectivo LGTBI+. Y en todo caso, el artículo 44.3 recomienda que los Estados miembros lleven a cabo encuestas de población periódicamente para evaluar la frecuencia y las tendencias de todas las formas de violencia contempladas en la Directiva, por lo que se deberán tener en cuenta las encuestas relativas a los derechos del colectivo. En el mismo sentido, en su deber de investigación los Estados deberán atender a los supuestos de violencia que también sufre el colectivo.

El artículo 39 establece el 14 de junio de 2029 como la fecha máxima para que los Estados miembros adopten Planes de Acción Nacionales para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Uno de los contenidos de estos Planes debería ser específicamente prevenir y combatir la violencia contra las sexualidades no normativas.

El artículo 40 reconoce el deber de los Estados de implementar mecanismos adecuados que garanticen la gobernanza contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, permitiendo desarrollar mecanismos adecuados que aseguren una coordinación y una cooperación eficaces de todos los intervinientes en esta lucha. Este deber de cooperación para los Estados y de consulta periódica alcanza según el artículo 41 también a las organizaciones no gubernamentales; así como entre los prestadores de servicios intermediarios (art. 42), y a nivel de la Unión Europea (art. 43) para mejorar la ejecución de la Directiva.

Finalmente, el Capítulo 7 relativo a las Disposiciones Finales recoge en el art. 45 el deber de los Estados de presentar informes y revisar sus medidas en materia de lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en aplicación de la Directiva.

43-74; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. «Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares», en *Teoría y Realidad constitucional*, n. 3, págs. 193-211.

31 «Guidance Note on a human rights-based approach to data» (PDF) [Nota de orientación sobre una estrategia de compilación de datos basada en los derechos humanos] *Los derechos humanos y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Consultado por última vez el 15 de julio de 2025.

AMNISTÍAS FISCALES Y POLÍTICAS: PERPLEJIDADES

José María Lago Montero

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca*

Sumario. 1. ¿Con qué legitimidad puede exigir impuestos a sus ciudadanos un Estado que amnistía (lo pretende) delitos contra la integridad de la Hacienda Pública y contra la existencia misma del Estado? 2. La lucha por el Derecho sigue siendo la lucha contra las inmunidades del Poder.

1. ¿Con qué legitimidad puede exigir impuestos a sus ciudadanos un Estado que amnistía (lo pretende) delitos contra la integridad de la Hacienda Pública y contra la existencia misma del Estado?

La aprobación de la más reciente ley de amnistía para con los delitos cometidos por los sublevados independentistas catalanes, y la S.T.C. 13/2025, de 26 de junio, que la convalida parcialmente, me han traído a la cabeza la amnistía fiscal aprobada por el Gobierno anterior en 2012¹, anulada totalmente por la S.T.C. 73/2017, de 8 de junio.

Y no he podido menos que reflexionar acerca de los PODERES DEL ESTADO, de gravar, sancionar y perdonar deudas y sanciones, tributarias y penales, con las limitaciones que encuentran a tal efecto en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico, singularmente en lo que incorpora Derecho de la Unión Europea.

¿O acaso se trata de PODERES OMNÍMODOS que carecen de limitación alguna? ¿Puede el Parlamento legislar sobre cualquier materia, de cualquier manera y en cualquier sentido, sin sometimiento a nada ni a nadie? Así parece sostenerlo la S.T.C. 13/2025, de 26 de junio, aprobada por escasa mayoría, muy dispar en su planteamiento de su predecesora e impecable S.T.C. 73/2017, de 8 de junio, aprobada por unanimidad.

Causa perplejidad la laxitud de la segunda frente al rigor de la primera: Como el parecer del T.C. torna de severo, cuando se enfrenta a una amnistía fiscal, que perdona deudas y sanciones, administrativas y penales, a laxo, cuando enjuicia una amnistía político-penal, que comprende también graves delitos referidos al manejo del dinero público (malversaciones) que afectan de lleno a nuestra Hacienda Pública.

1 Fue aprobada por la D.A. Primera del Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo, bajo la forma de una declaración tributaria especial que albergare rentas no declaradas en periodos no prescritos, con pago del 10 % del valor de lo aflorado, condonadora de todas las deudas devengadas, así como de intereses, recargos, sanciones administrativas y penales, así como infracciones y delitos instrumentales tales como blanqueo, contables o falsedades. No fue la primera amnistía fiscal/penal aprobada en España, la precedieron otras, de distintos Gobiernos y colores políticos.

Este planteamiento del Poder omnímodo del Legislativo contradice la tradicional y mayoritaria doctrina de la vinculación positiva de los Poderes Públicos a la ley, y no digamos a la ley de leyes, **positive binding** que les impide actuar allí donde no hay habilitación normativa al efecto: lo que no está previsto está prohibido. Doctrina hasta ahora no puesta en tela de juicio como imperante en las relaciones jurídico-públicas, que no en las relaciones jurídico-privadas regidas por el criterio contrario, ámbito en el que sí que es cierto que lo que no está previsto está permitido...

Los comentaristas han llamado la atención acerca de la desatención de la C.E. hacia la amnistía, siendo ello objeto de valoraciones dispares. Pero visto que prohíbe los indultos generales, no me cabe a mi ninguna duda que también prohíbe implícitamente las amnistías, que van incluso más allá que éstos, borrando no solo penas sino delitos enteros: **quien prohíbe lo más prohíbe lo menos**, no haciendo falta (¿o sí?) traer a colación la anécdota del campesino alemán que pretendía subir al tren con un oso, aún consciente de la prohibición de acceder con perros...².

Si la posibilidad de otorgar amnistías fue deliberadamente excluida del texto constitucional en el debate constituyente, al hilo de las enmiendas que ilustres profesores y diputados plantearon entonces (TIERNO GALVÁN, MORODO), no puede deducirse ahora que la C.E. la autorice implícitamente, porque no la prohibió expresamente, modo de razonar éste notoriamente fariseo, y perdónenme los que así argumentan...

Se ha dicho con razón que la amnistía invade la **reserva jurisdiccional de hacer justicia que compete en exclusiva a jueces y tribunales**. También el indulto es una interferencia análoga y anacrónica en la potestad jurisdiccional. En mi opinión, ni indultos ni amnistías deberían poder ser otorgados por Gobiernos y Parlamentos, pues contravienen directamente la división de poderes que la C.E. consagra. Si acaso el Rey, y a solicitud de la Sala Sentenciadora en firme que lo motive, podría tener la potestad de indultar, siempre excepcional y singularmente, caso por caso, y con fundamento en la solicitud judicial que lo justifique³.

Que las amnistías quiebran los principios de GENERALIDAD e IGUALDAD que rigen el sometimiento de todos los ciudadanos al ordenamiento jurídico, ya sea en el orden tributario, administrativo, laboral, penal, etc., lo aprecia claramente la S.T.C. 73/2017, de 8 de junio, pero no así, lamentablemente la S.T.C. 137/2025, de 26 de junio. «**Todos** contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos...», del art. 31 C.E., quiere decir que no haya distinciones apriorísticas en el llamamiento a contribuir entre personas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeros, residentes y no residentes, empleadores y empleados, hombres y mujeres...Que todos los sujetos son llamados a sostener las cargas públicas **sin inmundades ni privilegios, ni dispensas arbitrarias que son la historia, el presente** y esperemos que no el futuro del Derecho Tributario...

Para excepcionar esta sujeción de TODOS al ordenamiento jurídico haría falta una **justificación razonable y de indudable peso, que gozara del consenso de la comunidad política que la hubiera debatido serenamente**, características todas que brillan por su ausencia en la amnistía aprobada para con los catalanes sublevados: no se ha aprobado por consenso sino que se ha impuesto por una mayoría exigua; no se ha debatido con calma sino que se ha aprobado por el procedimiento de urgencia; no se ha fundamentado ni mucho ni poco porque **la única motivación que resplandece es espuria, lo es la obtención de votos** de los grupos políticos separatistas para la investidura del Presidente del Gobierno⁴. Amnistía a cambio de votos, **autoamnistía**, visto que la votan (y

2 La ha recordado Virgilio ZAPATERO GÓMEZ: «La amnistía y el oso del profesor Recassens», en la obra colectiva *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, Colex, Madrid, 2024. En el mismo sentido y en la misma obra colectiva, Enrique GIMBERNAT ORDEIG: «Indultos generales y amnistías».

3 Como bien señala Juan Antonio ORTEGA DÍAZ-AMBRONA: «La amnistía como penoso anacronismo», en la obra colectiva *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, Colex, Madrid, 2024, la amnistía es una reliquia de devociones medievales, no encaja hoy con las coordenadas del moderno Estado de Derecho. Huele demasiado a absolutismo, a totalitarismo y hasta a franquismo. Parece un instrumento retrógrado. Además, sería una gran impostura darla por “progresista” y no como un fardo de tiempos superados. Por higiene mental, honestidad intelectual y rigor histórico mejor sería reconocer que es un retroceso para el Estado de Derecho y un penoso anacronismo».

4 Ni la Comisión Europea ni la Comisión de Venecia participan de la visionaria explicación de motivos de la ley, seguida por la Sentencia, acerca del carácter pacificador que la amnistía tendría pues la misma «ha ahondado una división profunda y virulenta en la clase política, en las instituciones, en el mundo judicial,

la redactan) los propios beneficiarios de la misma, según se ha detectado ya en instancias de la U.E...⁵.

Sorprende que tamaña ARBITRARIEDAD no hay sido frenada esta vez por el T.C., como lo fue la amnistía fiscal del inefable ministro MONTORO. Estamos como entonces ante una auténtica barbaridad jurídica, política y moral, creadora de un insufrible agravio comparativo entre ciudadanos que cumplen las leyes *versus* ciudadanos que no solo no las cumplen, sino que se rebelan contra el ordenamiento constitucional establecido. Vulneraciones tan flagrantes del ordenamiento jurídico, de la ley de leyes, no deben tener cabida en ningún país que se sienta democrático y auspiciador del Estado de Derecho⁶.

Como bien señalaron entonces los magistrados del T.C. español, habitualmente tan prudentes, cuando no pacatos, no caben dispensas arbitrarias del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Tales dispensas arbitrarias forman parte del pasado del Derecho Tributario, más no pueden formar parte ni del presente ni del futuro del mismo. Amnistías selectivas a determinados grupos de contribuyentes otrora defraudadores carecen de justificación objetiva y razonable que las fundamente. No superan el triple test de la proporcionalidad que debe superar cualquier medida que friccione con los principios de generalidad y de igualdad, puesto que ni era necesaria, ni era la medida adecuada para conseguir el fin que se pretendía ni era en si misma proporcionada, esto es, de entidad e intensidad adecuada para lograr el objetivo perseguido⁷.

La S.T.C. 73/2017, de 8 de junio, le recordó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo que el fin no justifica los medios, tampoco en materia tributaria. La necesidad de conseguir una mayor recaudación para cumplir con las exigencias comunitarias, constitucionalizadas bajo el principio de estabilidad presupuestaria en el artículo 135 de la Carta Magna, no habilita a vulnerar flagrante-

en el mundo académico y en la sociedad española», más crispada que nunca por razón de la misma» (párrafo 95 del Informe de la Comisión). «La pretendida finalidad pacificadora que se invoca de forma falaz en el preámbulo de la ley no se corresponde con la realidad, como es público y notorio, pues la amnistía otorgada por esa ley, lejos de servir a los intereses generales, solo ha sido un medio para obtener el apoyo parlamentario a la investidura del Presidente del Gobierno a cambio de la inmunidad de quienes subvirtieron gravemente el orden constitucional, esto es, ha respondido a un interés particular de los propios impulsores de la ley de amnistía, que deslegitima a nuestras instituciones y degrada nuestro Estado social y democrático de Derecho. La arbitrariedad de esta ley está fuera de toda duda...» (voto particular del magistrado Enrique ARNALDO).

5 Buena parte de los comentaristas y operadores reprochan al T.C. que no planteara al T.J.U.E. cuestión prejudicial visto que se vulnera con la amnistía la cláusula de Estado de Derecho del art. 2 T.F.U.E., amén de la prohibición de amnistiar malversaciones de dinero público de la U.E. Al menos se debería haber esperado a las resoluciones de las cuestiones prejudiciales ya interpuestas por otros órganos. Análogo reproche formulan los votos particulares emitidos a la S.T.C. 137/2025, de 26 de junio, por los magistrados Enríquez SANCHEZ, TOLOSA TRIBIÑO, ESPEJEL JONQUERA y Arnaldo ALCUBILLA.

6 Así lo sustentan los 4 votos particulares emitidos, siendo especialmente brillante el de Enrique ARNALDO, que se guía del profesor Jesús CRUZ VILLALÓN: «la ley de amnistía es inconstitucional y nula al contrariar frontalmente principios esenciales de nuestro ordenamiento constitucional: la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, la separación de poderes, la independencia del poder judicial y la exclusividad jurisdiccional, así como la propia supremacía de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos y también, por consiguiente, las Cortes Generales...Se trata, pues, de una decisión arbitraria del legislador, en flagrante contradicción con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E.), pues está acreditado que la Ley Orgánica 1/2024 no responde al pretendido objetivo de interés general que en su falaz preámbulo se invoca (restablecer la convivencia social y política quebrada por la insurrección independentista catalana), sino al mero interés particular de quienes suscribieron los referidos pactos y se beneficiaron de las correspondientes contrapartidas recíprocas, como así lo ha advertido no solo la mejor doctrina académica sino incluso la Comisión Europea en el informe referido sobre la cuestión prejudicial sobre la Ley Orgánica 1/2024».

7 La regularización entonces aprobada por un Gobierno conservador le pareció al profesor, otrora diputado, Fernando PÉREZ ROYO: «Más que una amnistía», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 154/2012, una medida de favor, una medida de gracia excepcional que otorga el perdón a quien sigue sin pagar la deuda que en su día defraudó, a cambio de ingresar la tercera o la cuarta parte de lo defraudado, norma manifiestamente inconstitucional.

mente otros principios constitucionales. La interdicción de la arbitrariedad se erige en la frontera del espacio jurídico, marca los confines de la discrecionalidad del legislador, de la Administración y del juez, vedando la decisión injustificada, de cualquiera de los tres poderes, carente de razones que la sustenten⁸.

¿Cómo es posible que aquella brillante doctrina se haya abandonado ahora en la S.T.C. 137/2025, de 26 de junio?

2. La lucha por el derecho sigue siendo la lucha contra las inmunidades del poder

Como explicáramos hace ya años⁹ tratando de seguir, siquiera sea de lejos, la estela de los grandes maestros¹⁰, la lucha por el Derecho resulta ser, en gran medida la lucha contra las **inmunidades** del Poder, ya sea éste ejercido en cualquiera de sus manifestaciones —normativa, administrativa o jurisdiccional—. Y la lucha ha de continuar vista la Ley de Amnistía, que pretende consagrar la **impunidad** a cambio de poder y es incompatible con el Estado de Derecho¹¹.

Como bien ha señalado la mejor doctrina, el Tribunal Constitucional no puede hacerle decir a la Constitución lo que este Tribunal quiera, aunque no lo diga la Constitución. Tampoco puede cambiar la Constitución sin seguir su procedimiento de reforma, pues ello sería, según vaticinó Kelsen, como un golpe de Estado¹².

Participamos de la opinión de quienes piensan que la ley de amnistía y la sentencia que la convalida han causado un evidente destrozo en la realidad jurídica de la eficacia del orden constitucional¹³. La desgraciada Ley de amnistía y la S.T.C. que la convalida marcan un antes y un después en las expectativas de credibilidad de la ciudadanía en el Estado de Derecho, en sus instituciones y en el sometimiento a los deberes que se le imponen. ¿Con qué legitimidad puede exigir impuestos a sus ciudadanos un Poder legislativo que consagra una arbitrariedad manifiesta en forma de amnistía? ¿Qué respeto merece un Estado que dice ser de Derecho en el que se aprueban y bendicen arbitrariedades de este calibre? ¿Con qué legitimidad se le puede obligar a los ciudadanos a contribuir al sostenimiento de los gastos de un Estado que se muestra tan torticero?

8 Así el profesor Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su ponencia en el curso *Nuevos retos del Derecho Administrativo* celebrado en la Universidad de Salamanca en el mes de marzo de 2017, acerca de «La arbitrariedad», glosando la doctrina del Consejo de Estado francés.

9 LAGO MONTERO, J.M.: «El control judicial de la actividad administrativa, financiera y tributaria. Una nota codificadora», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* n.º 103/2002.

10 GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000.

11 Así lo expresa con toda claridad el voto particular del magistrado César TOLOSA: «La ley de amnistía no responde a una finalidad constitucionalmente legítima, sino que constituye una autoamnistía articulada como una ley singular, arbitraria y carente de justificación real, cuyo origen se encuentra en un acuerdo político orientado a asegurar los votos necesarios para la investidura del Presidente del Gobierno, y no en la búsqueda del interés general, ni en un verdadero proceso de reconciliación institucional...Las intervenciones de la Diputada Noguera del Grupo Junts no dejan lugar a dudas acerca del carácter de auténtica **autoamnistía**, cuyo texto fue moldeándose progresivamente para satisfacer las exigencias de impunidad de los dirigentes políticos de Junts, cuyos votos resultaban imprescindibles para asegurar su aprobación parlamentaria...La ley de amnistía se inscribe plenamente en la noción de autoamnistía denunciada por las instituciones europeas. Negarlo es negar no solo los hechos políticos constatables, sino también los principios esenciales sobre los que se edifica el Estado de Derecho. Y hacerlo en nombre de una mayoría parlamentaria circunstancial es tanto como afirmar que la legalidad democrática puede ser utilizada para vaciar de contenido la democracia constitucional».

12 Así, Manuel ARAGÓN REYES: «¿Constructivismo jurídico?», en la obra colectiva *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, Colex, Madrid, 2024.

13 Así Javier DELGADO BARRIO: «Una amnistía arbitraria», en la obra colectiva *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, Colex, Madrid, 2024. El voto particular del magistrado César TOLOSA subraya «la claudicación del Tribunal: de garante constitucional a notario del legislador: la sentencia de la mayoría renuncia de un modo absolutamente injustificado al control efectivo de la arbitrariedad de la norma».

Seamos optimistas y sigamos creyendo en el Derecho. La lucha continúa pues como ha expresado con lucidez nuestra más brillante académica, «de la autocracia solo nos salvaremos gracias a la ciudadanía pacífica, a los miles de jueces independientes y al Tribunal Supremo de España»¹⁴.

Bibliografía

- ARAGÓN REYES, M.:** «¿Constructivismo jurídico?», en la obra colectiva *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, Colex, Madrid, 2024.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.:** «De la arbitrariedad», ponencia en el curso *Nuevos retos del Derecho Administrativo* celebrado en la Universidad de Salamanca en el mes de marzo de 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.:** *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.:** «Indultos generales y amnistías», en la obra colectiva *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, Colex, Madrid, 2024.
- LAGO MONTERO, J.M.:** «El control judicial de la actividad administrativa, financiera y tributaria. Una nota codificadora», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* n.º 103/2002.
- MANGAS MARTÍN, A.:** «¿Europa nos salvará de nosotros mismos?», en la obra colectiva *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, Colex, Madrid, 2024.
- ORTEGA DÍAZ-AMBRONA, J.A.:** «La amnistía como penoso anacronismo», en la obra colectiva *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, Colex, Madrid, 2024.
- PÉREZ ROYO, F.:** «Más que una amnistía», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 154/2012.
- ZAPATERO GÓMEZ, V.:** «La amnistía y el oso del profesor Recassens», en la obra colectiva *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, Colex, Madrid, 2024.

14 Así Araceli MANGAS MARTÍN: «¿Europa nos salvará de nosotros mismos?», en la obra colectiva *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, Colex, Madrid, 2024.

ESTRATEGIAS PARA LA IGUALDAD

M.ª Teresa López de la Vieja de la Torre

Catedrática Emérita Honorífica

Universidad de Salamanca

tlv@usal.es

1. Introducción

«Esta Estrategia de Igualdad de Género es el marco para el trabajo de la Comisión Europea sobre la igualdad de género, define objetivos políticos y acciones clave para el periodo 2020-2025. El propósito es lograr una Europa igualitaria en la cual la violencia de género, la discriminación por razón de sexo y la desigualdad estructural entre mujeres y hombres sean cosa del pasado...»¹.

En los países de la Unión, los avances en favor de la igualdad entre mujeres y hombres han ido un ritmo más lento de lo deseable, aun ofreciendo mejores resultados que otros países en esta materia. Por tal motivo, en 2020 la Comisión Europea presentó su Estrategia de Igualdad de Género. Confirmaba así que el marco normativo es fundamental, sin duda, pero no es suficiente: hacen falta intervenciones y medidas específicas en pro de la igualdad efectiva. Habían quedado pendientes los cambios institucionales necesarios y actuaciones específicas frente a la desigualdad estructural entre mujeres y hombres.

¿Cuándo será un tema del pasado? Los mecanismos institucionales son determinantes para lograr cambios significativos, como se explica en el informe de 2025, elaborado por el Instituto Europeo para la Igualdad de Género. El reto está, pues, en la traslación del principio de igualdad (el «debe») a la práctica (el «es»), acudiendo de manera sistemática a estrategias con enfoque de género interseccional (el «cómo»). La política sanitaria ejemplifica el impacto de ese enfoque, al ser la salud un asunto tan personal como político. En las siguientes páginas se analiza el papel de estrategias y planes en la aplicación del principio de igualdad:

- (1) Marco normativo (el «debe») sobre igualdad de género (el «que») y metodología transversal (el «cómo»). En España, la Ley Orgánica 3/2007 es el marco para el diseño de políticas públicas con perspectiva de género, en la línea de las directivas europeas. En 2020, la Estrategia de Igualdad de Género de la Unión defendía planes e intervenciones específicas frente a la violencia de género, la discriminación y la desigualdad estructural. En 2025, la Comisión Europea ha presentado la Hoja de Ruta para la protección de los derechos de las mujeres: el «cómo» al servicio del «debe».
- (2) ¿Cuándo llegarán los cambios estructurales? La Estrategia de Cuidados, aprobada en 2022 por la Comisión Europea, señalaba que está en juego la salud de quienes necesitan cuidados, también la salud y el bienestar de quienes cuidan, mujeres en su mayoría. Desde

1 EUROPEAN COMMISSION: *A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025*, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, Brussels, 5.3.2020 COM(2020) 152 final, p.1

2020, los informes de la Organización Mundial de la Salud y de otras entidades internacionales llaman la atención sobre los sesgos que condicionan el acceso de la mitad de población, las mujeres, a los servicios y bienes públicos. En 2024, la Organización Mundial de la Salud ha insistido en los riesgos de las brechas de género, así como en el valor de la igualdad. Se justifica, por tanto, el enfoque proactivo en las políticas de género, ante las limitaciones del modelo meritocrático de sociedad y gestión de lo público.

- (3) El marco normativo es clave, como la Ley Orgánica 3/2007 o las estrategias para la igualdad y para los cuidados en la Unión Europea. Pero habrá que intervenir desde la esfera pública para acortar la distancia entre normas y prácticas. El papel de las instituciones es fundamental en ese itinerario del «debe» al es», ¿por qué y para qué? La aplicación (o no) del principio de igualdad entre mujeres y hombres tiene consecuencias para la salud y el bienestar de toda la ciudadanía, también para la construcción de sociedades más justas.

2. Igualdad. Marco y método

«Merece, asimismo, destacarse que la Ley prevea, con el fin de alcanzar esa igualdad real efectiva entre mujeres y hombres, un marco general para la adopción de las llamadas acciones positivas. Se dirige, en este sentido, a todos los poderes públicos un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal»².

Acciones positivas e intervenciones desde la esfera pública para hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres —derecho universal, recogido en la Constitución española y en los tratados de la Unión Europea— están previstas en la Ley Orgánica 3/2007. El objetivo era, continúa siendo acabar con las desigualdades, más allá del reconocimiento formal del derecho a la igualdad. La legislación nacional se situaba así en la línea de anteriores directivas europeas, al asumir tanto la *perspectiva de género* como el *carácter transversal* de las actuaciones en favor de la igualdad, en todos los ámbitos³.

«Género» es una categoría analítica⁴, no es lo mismo que «sexo», se refiere a la construcción cultural y social. Tiene que ver con la atribución convencional de papeles y responsabilidades, diferentes para mujeres y hombres. La «transversalidad» como política comunitaria estaba en un documento de la Comisión Europea, de 1986, con el propósito de movilizar todas las medidas, las capacidades y las políticas para fomentar de manera sistemática la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres⁵. En 2004, el informe del Consejo Europeo sobre transversalidad la consideraba un proceso tanto político como técnico, con metodología y estrategias para integrar de forma activa el enfoque de género en todos los campos. Permite reorganizar las relaciones y las políticas, con mayor equilibrio en la sociedad; es, pues, importante, aunque no resulte sencillo definir ni aplicar la transversalidad de género⁶. En 2002, la Organización Mundial de la Salud la defendía como estrategia válida en pro de la igualdad, siendo el género un determinante de la salud. Veinte años después al OMS sigue actualizando el manual y las guías para aplicarla⁷.

2 LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Exposición de Motivos, III

3 LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, art. 15

4 SCOTT, J: «A Useful Category of Historical Analysis», *The American Historical Review*, 91, 1986, pp. 1053-1075,

5 COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: *Incorporating Equal Opportunities for Women and Men into all Community Policies and Activities*, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION, Brussels, 21.02.1996, COM(96) 67 final, pp. 2-5

6 COUNCIL OF EUROPE: *Gender Mainstreaming. Conceptual Framework, Methodology and Presentation of Good Practices*, Directorate General of Human Rights, Strasbourg, 2004, pp.8-15

7 WORLD HEALTH ORGANIZATION: *Madrid Statement. Mainstreaming Gender Equity in Health: The Need to Moving Forward*, Geneva, 2002, pp.3,5; WORLD HEALTH ORGANIZATION: *Gender Mainstreaming for Health Managers: A Practical Guide*, Geneva, 2022, pp. 6-10

Dentro de ese marco teórico y normativo, la Ley Orgánica de 2007 contempla *planes estratégicos y acciones positivas* contra las inequidades. Se entiende que tales acciones o medidas correctivas han de ser desiguales, en favor de las mujeres⁸. Es cierto que antes y después de la aprobación de esta norma, el sentido y alcance de las acciones positivas (el «cómo») y, por extensión, el de la igualdad (el «qué») han sido objeto de debate —continuando siéndolo⁹—, por eso es necesario afinar los argumentos (el «por qué») sobre el impacto positivo de tales medidas contra las brechas de género.

En suma, la igualdad entre mujeres y hombres puede ser una noción compleja —un valor de referencia que es multiforme y multidimensional¹⁰—, su traducción práctica casi siempre lo es. No se trata de igualdad simple (todos por igual, como equivalencia o equiparación), sino de tratar a todas las personas como iguales. Es decir, el objetivo es la *igual consideración y respeto*, más allá de cómo y cuándo se garantice el derecho para acceder a las mismas oportunidades y a los bienes públicos. Han de ser distribuidos conforme a esa igual consideración¹¹. Las razones para hacerlo pueden ser bien distintas.

A) Dos argumentos

Se suelen utilizar dos argumentos sobre por qué hacen falta acciones positivas y, a ser posible, el modo de eliminar a las reticencias —las hay, siguen todavía ahí— hacia la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En el primero, se plantea la necesidad de compensar en alguna medida el trato discriminatorio, sufrido en el pasado o en el presente, por un amplio sector de la población. En el segundo argumento, las medidas en favor de la igualdad son decisivas, fundamentales para construir sociedades más igualitarias y equilibradas o más equilibradas que en épocas anteriores.

1. El argumento de la *compensación* se centra en la discriminación que viene de tiempo o atrás, pero los daños causados siguen afectando a personas o grupos determinados. Al margen del hecho de que las mujeres no son un grupo en cuanto tal —son la mitad de la población—, ¿cómo se podría «compensar» a tantas personas por el daño provocado durante tanto tiempo? ¿Hay que compensar a las personas o bien aquellos grupos que más han padecido la discriminación?¹² ¿Cómo borrar las huellas profundas que la desigualdad y la discriminación han dejado? Este argumento tiene a su favor el conectar los daños a las víctimas con la necesidad de repararlos. Su inconveniente es estar centrado en el pasado, al haber siempre debate sobre lo que pudo o no ocurrir y el modo evaluarlo desde el presente.

2. Otro argumento en favor de la igualdad mira al futuro, a consecuencias deseables. Lo es la *construcción* de relaciones más equilibradas en una sociedad que sea también más equitativa. Este segundo planteamiento se centra en las razones para justificar las acciones positivas todo el tiempo que sea necesario —cuotas, trato preferente o discriminación inversa¹³—, a fin de acabar con la marginación y la desigualdad sistemática. Los precedentes cuentan, pero solo hasta cierto punto; aportan información valiosa, si bien interesa más el objetivo, llegar a la igualdad plena.

Es decir, las metas han de ser la igualdad de oportunidades, igual trato, paridad en las listas electorales y medidas análogas para las distintas áreas¹⁴. Se trata, pues, de hacer efectiva la igualdad en todos los ámbitos, tal como se contempla en la Ley Orgánica 3/2007.

8 LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, art. 11

9 FERRAJOLI, L.: «Il principio di uguaglianza e la differenza di genere», *Giudicedonna*, 2015, no 3, pp. 1-14

10 FIGUERUELO, A.: «La igualdad compleja en el Constitucionalismo del siglo XXI. Referencia especial a la no discriminación por razón de sexo», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, pp. 245-271

11 DWORKIN, R.: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, pp. 223-239

12 FULLINWIDER, R.: *The Reverse Discrimination Controversy*, Rowman and Littlefield, Totowa, 1980, pp. 30-44

13 BOXILL, B.: «The Morality of Preferential Hiring», *Philosophy & Public Affairs*, 7, 3 pp. 246-268, 1978

14 FIGUERUELO, A.: «Exordio preliminar», Figueruelo, A., Ibáñez, M. L. (eds.): *El reto de la igualdad efectiva de oportunidades*, Comares, Granada, 2006, pp. 1-6

(B) Del «debe» al «es»

En lo referente al «cómo», tras más de una década de su entrada en vigor, el balance sobre la Ley Orgánica de 2007 muestra que aún quedan retos pendientes en el itinerario hacia la igualdad; hacen falta, por ejemplo, mejoras en la formación, en el ámbito profesional y de la cultura¹⁵. Es de destacar que desde hace años el enfoque de género interseccional está presente en la literatura especializada¹⁶. Los organismos internacionales la han incorporado en sus análisis de la situación, con recomendaciones en favor del compromiso con la igualdad por parte de los agentes implicados y las instituciones. A título de ejemplo, la Organización Mundial de la Salud ha elaborado numerosos documentos con esa perspectiva —de género e interseccional—, destacando su impacto en el bienestar y la salud de la población.

La equidad es un principio básico en salud pública. Por eso, la Organización Panamericana de la Salud insiste en que hacen falta sistemas de salud universales en el contexto de sociedades más justas. Lo serán solo aquellas en las cuales se reduzca la violencia y se mejore la interacción con el entorno, incluido el medio ambiente¹⁷. En la Estrategia Europea de Igualdad de Género, los argumentos se han centrado en la transversalidad, así como en la *interseccionalidad de género*¹⁸, por las dimensiones que aún tienen la desigualdad y las formas de discriminación. En 2025, la Hoja de Ruta sobre derechos de las mujeres en la Unión ha dejado también claro el compromiso común con la igualdad de género¹⁹.

Por tanto, se van dando pasos para trasladar el «deber ser» al «ser». La igualdad es un valor básico en la Unión Europea, un derecho reconocido en países como España y una forma de vivir. Crea el marco para implementar otro tipo de políticas sociales y económicas²⁰. A ese marco de leyes, recomendaciones, y hojas de ruta, habría que sumar los planes y medidas (el «cómo») para incorporar el enfoque de género en todas las áreas y, al fin, en todas las políticas públicas. Así estaba, está contemplado en la norma vigente, la Ley Orgánica 3/2007.

3. Estrategias para el cambio

«En el sector de los cuidados, las buenas condiciones de trabajo son vitales para la resiliencia y el atractivo del ese sector, y para la igualdad de género. Las mujeres son el 90 %, con trabajos a menudo mal pagados y precarios. El cuidado es con frecuencia un trabajo infravalorado, también cuando afecta a los seres que nos son más queridos»²¹.

En la Estrategia de Cuidados, de 2022, se insistía en la necesidad de servicios asistenciales de calidad, ya que la responsabilidad de cuidar de otros suele recaer sobre todo y casi siempre

15 FIGUERUELO, A.: «Diez años de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres: balance y perspectivas», Figueruelo, A., Del Pozo, M. (dirs.), Ramos, P. (coord.): *Cambio de paradigma en la prevención y erradicación de la violencia de género*, GraComares, Granada, 2017, pp. 33-46

16 WELDON, L.: «Intersectionality», en: Goertz, G., Mazur, A.: *Politics, Gender, and Concepts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 193-218

17 PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION (PAHO) *Just Societies. Health Equity and Dignified Lives*. Washington D.C., 2019, pp. 177-235

18 EUROPEAN COMMISSION: *A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025*, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, Brussels, 5.3.2020 COM(2020) 152 final, pp. 3-6, 15-18.

19 EUROPEAN COMMISSION: *A Roadmap for Women's Rights*, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, Brussels, 7.3.2025 COM(2025) 97 final, pp. 5-6

20 EUROPEAN COMMISSION: *A Roadmap for Women's Rights*, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, Brussels, 7.3.2025 COM(2025) 97 final, p. 2

21 EUROPEAN COMMISSION, *On the European Care Strategy*. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, {SWD(2022) 440 final}, p. 4

en las mujeres. Los datos lo confirman²², los efectos de ese reparto desigual condicionan luego las actividades profesionales o los proyectos personales y, claro está, el estado de salud de quienes asumen la mayor parte de tareas del cuidado. En consecuencia, deben formar parte de los derechos sociales los servicios de atención a menores —con centros de educación y atención en la primera infancia— y personas que necesitan cuidados de larga duración. Los cuidados tienen que ser accesibles para quienes los necesitan, las condiciones de trabajo han de ser adecuadas, suficientemente atractivas para quienes se encargan de cuidar.

Ahora bien, los costes de los servicios asistenciales de calidad son cada vez más elevados, su impacto es tanto económico como social, así que la provisión de cuidados y su financiación han de estar en la *agenda política*, no solo entre las preocupaciones de la ciudadanía. A pesar de que se ha difundido poco entre la opinión pública, la Estrategia de Cuidados ha sido un paso significativo, con la propuesta de un marco común y recomendaciones para todas las partes interesadas en la implementación del sistema de cuidados —cuidados de calidad— en los países de la Unión, ¿por qué es importante contar con esa estrategia? El desequilibrio en la distribución de tareas entre cuidadoras y cuidadores es todavía un problema estructural²³.

De ahí que sea necesaria la participación de las instituciones en el sistema de cuidados, con planes y recursos para avanzar hacia la igualdad en ese ámbito. A ello se refería el III Plan Estratégico nacional para la igualdad, de 2022: hay obligaciones institucionales en la provisión de cuidados, la erradicación de la violencia de género, la protección de derechos y la mejora de la participación²⁴. En 2025, el *compromiso institucional* está en la Hoja de Ruta sobre derechos de las mujeres²⁵, para que sean efectivos los cambios normativos en favor de la igualdad, la eliminación de la violencia de género y contra la desigualdad en el ámbito laboral, educativo, sanitario, político o en los cuidados.

Las estrategias con ese enfoque requieren cierta infraestructura institucional, planificación y recursos, no cabe duda. En esta línea está la propuesta reciente —4 de julio 2025— del Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE) sobre *mecanismos institucionales especializados* en transversalidad de género. Contribuirían a implementar las políticas de igualdad en todas las áreas. El argumento a favor de tales mecanismos es la correlación entre su puesta en marcha y mejores datos estadísticos en los países con estructuras para promover la igualdad²⁶.

De este documento elaborado por el Instituto Europeo para la Igualdad de Género y de la Estrategia de Cuidados de la Unión —también la Estrategia de Igualdad de Género— se desprende que hacen falta cambios de largo alcance, para que el «ser» coincida finalmente con el «deber ser»: la *igualdad plena* entre mujeres y hombres. En definitiva, habría que considerar otro modelo y mayor equilibrio entre la esfera de lo personal y la de lo político.

(A) Otro modelo

La defensa de las acciones positivas, el enfoque proactivo y la apuesta por mecanismos institucionales para trabajar por la igualdad demuestran que se está produciendo un giro en la metodología y, sobre todo en el modelo social y la gestión de las políticas públicas. Estas han de beneficiar a toda la población, sin exclusiones. El modelo meritocrático está, pues, en cuestión, ya que está centrado en los esfuerzos individuales para mejorar la posición social o profesional, sin tener en cuenta las circunstancias de partida, favorables o desfavorables. Además, los resultados de su puesta en práctica son contradictorios, generan otras formas de desigualdad y nuevos privilegios.

22 EUROPEAN COMMISSION, *On the European Care Strategy*. p. 2

23 LÓPEZ DE LA VIEJA, M.T.: «Igualdad en los cuidados», Fernando Pablos, M., Terrón, D, Dominguez, J.L. (eds.) *La administración de los cuidados*, Colex, A Coruña, 2025, pp. 127-141

24 INSTITUTO DE LAS MUJERES: *III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025*, Ministerio de Igualdad, marzo 2022, pp. 54, 64-77

25 EUROPEAN COMMISSION: Annex to: *A Roadmap for Women's Rights*, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, Brussels, 7.3.2025 COM(2025) 97 final, p. 5

26 EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY (EIGE): *Institutional Mechanisms that Deliver on Gender Equality and Gender Mainstreaming*, Publications Office of the European Union, Luxembourg. 2025, pp. 23-24

Frente a la idea general de que los logros en cualquier actividad han de estar basados solo en el esfuerzo y los méritos individuales, una mirada crítica —como la de M. Sandel— descubre las sombras de un modelo ideado para crear sociedades más justas pero que, en realidad, fomenta la competitividad, con ganadores y perdedores, generando así desigualdades²⁷. En teoría, la movilidad social basada en los méritos puede ser la alternativa a un modelo aristocrático, en la práctica, los merecimientos no son suficientes, de modo que hacen falta actuaciones para garantizar la igualdad de oportunidades a quienes parten de condiciones desfavorables.

Cabe recordar también que las promesas del modelo meritocrático no suelen cumplirse cuando las brechas y prejuicios de género lastran los esfuerzos y proyectos profesionales o personales. Méritos destacables y competencia profesional acreditada no han evitado que muchas mujeres acabaran haciendo renunciaciones. Lo ha contado en primera persona A.M Slaughter, reconocida jurista, profesora y experta en relaciones internacionales. Ella planteaba la cuestión de fondo, ¿por qué las mujeres «no pueden tenerlo todo»²⁸ o aspirar a tenerlo? Como hacen los hombres.

B) Entre lo personal y lo político

La experiencia de los cuidados es también la de la interdependencia y la vulnerabilidad. Se entienden mejor desde un modelo relacional. Por esas experiencias pasan todas las personas en algún momento de su vida, obligando a mirar más allá de las circunstancias individuales. En ese contexto se valoran las relaciones con los demás, la calidad de las prácticas profesionales o del sistema de salud, también el papel que desempeñan las instituciones. La propuesta de un «cuidado democrático»²⁹, defendida por J. Tronto, va en esa dirección: responsabilidad individual y colectiva en los cuidados. Para lograrlo habría que reformar las instituciones, con un sistema público de calidad y con los poderes públicos como garantes del derecho a recibir los cuidados³⁰. De nuevo, el problema está en el desajuste entre el marco normativo y los hechos.

Analizar cómo se traslada el principio de igualdad a la práctica en el ámbito de la salud es, tal vez, la forma más directa de comprobar que aún existe separación entre el «deber ser» —la igualdad efectiva— y el papel que, de facto, desempeñan mujeres y hombres (el «es»). En 2024, el informe de la Organización Mundial de la Salud destacaba el valor de la equidad de género, la mejor respuesta ante las brechas de género en salud y en el trabajo de los cuidados³¹. En general, la política sanitaria tiene consecuencias para la vida y el bienestar individual: lo político es también personal³². En 2020 lo demostró la emergencia sanitaria global a causa de la COVID-19 y su impacto en la vida y la salud, sobre todo la de la mitad de la población, las mujeres³³.

Prevenir, anticiparse a los riesgos es una tarea ineludible para quienes tengan responsabilidades en materia de política sanitaria. Ese enfoque proactivo es, pues, fundamental para dar impulso a la atención sanitaria y a la igualdad en los cuidados. Se puede añadir que las estrategias de prevención serán más eficaces —y más democráticas— cuanto mayor sea la participación ciudadana en su diseño y en la toma de decisiones³⁴.

27 SANDEL, M.: *The Tyranny of Merit*, Penguin UK, London, 2021, pp. 21-34, 109-145

28 SLAUGHTER, A.M.: «Why Can We All "Have It All"?», *The Atlantic*, July/August 2012 Issue

29 TRONTO, J.: *Who Cares?: How to Reshape a Democratic Politics*. Cornell University Press, Ithaca and London, 2015, pp. 28-40.

30 FIGUERUELO, A.: «La Constitución y los cuidados», Fernando, M., Terrón, D., Domínguez, J.L. (eds.): *La administración de los cuidados*, Colex, A Coruña, 2025, pp. 61-77

31 WORLD HEALTH ORGANIZATION: *Fair Share for Health and Care: Gender and the Undervaluation of Health and Care Work*, Geneva, 2024, pp. 58-73

32 LÓPEZ DE LA VIEJA, M.^a T.: «Lo público es personal. Género y salud pública», *Dominio o ciudadanía*, pp. 239-252

33 LÓPEZ DE LA VIEJA, M.T.: «Salud pública y feminismo», Pando, M.^a P, Calleja, M.^a, Enríquez, J.M.^a (coord.) *Feminismo(s)*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2024, pp. 555-566

34 LÓPEZ DE LA VIEJA, M.T.: «Prevenir: con participación ciudadana», *Revista Española de Salud Pública*, 2022; 96: XX de junio e202206046, pp. 1-12

4. Igualdad efectiva. Algunas conclusiones

«Asegurar la participación plena, igual y significativa de las mujeres, su representación y liderazgo, fomenta también democracias más estables y resilientes. Las democracias que promueven los derechos de las mujeres incorporan en los procesos de toma de decisiones más perspectivas y experiencias, llevando a políticas más integrales y acordes con las necesidades de todos los ciudadanos»³⁵.

En la Hoja de Ruta sobre derechos de las mujeres, de 2025, se insiste en la relación entre incremento de la participación femenina y el fortalecimiento de los sistemas democráticos. Las políticas públicas serán así más cercanas a las necesidades y demandas de toda la población. Se puede añadir que la firme defensa de los derechos fundamentales y la *incorporación efectiva* de las ciudadanas a la toma de decisiones son cada vez más necesarias, ante la dinámica de grupos e individuos que hoy defienden a las claras el retroceso social y político, con el consiguiente recorte de derechos y libertades para amplios sectores de la población. Frente a esa estrategia, adoptada por distintos movimientos ultraconservadores y antifeministas, la respuesta ha de ser inequívoca, en favor de las políticas democráticas y la igualdad efectiva.

¿Cuál es el enfoque adecuado para aplicar este principio fundamental? En 2020, la pandemia de COVID-19 desencadenó una crisis sanitaria global que no se parecía a ninguna anterior. Lo ha reconocido así el Fondo Monetario Internacional³⁶, con datos sobre quienes más sufrieron por los bajos salarios o la pérdida de ingresos durante aquellos meses, las mujeres. Por ese y otros motivos de peso, el *enfoque de género* es el procedimiento para abordar las desigualdades estructurales, más evidentes aún en situaciones de riesgo para la población. Es decir, la igualdad entre mujeres y hombres no ha de ser considerada un problema sino la base de políticas públicas más acordes con los intereses de la ciudadanía, toda la ciudadanía.

Sin embargo, el funcionamiento rígido de determinadas administraciones o grupos políticos se convierte a menudo en un obstáculo —auténticas fronteras³⁷— para integrar el enfoque de género en la esfera pública e incluso para entender su significado, ¿qué hacer al respecto? Habría que situar la igualdad entre mujeres y hombres en el centro de la agenda política, con información y recursos apropiados para llevar el principio a las prácticas. Asumir la transversalidad de género —interseccional— para todas las áreas implica, entonces, definir proyectos y elaborar *planes estratégicos* desde las administraciones y los poderes públicos³⁸. Por tanto, el giro hacia metodologías con perspectiva de género ha de completarse con el giro institucional³⁹ para la toma de decisiones, con la igualdad efectiva como meta,

El *compromiso de las instituciones* en favor de la igualdad tendrá consecuencias favorables para el bienestar y la salud, también incidirá en el sistema de cuidados, la prevención de la violencia de género, la eliminación de brechas en el empleo y, más en general, la pervivencia de los sistemas democráticos. En 2025 así lo ha planteado la Hoja de Ruta sobre derechos de las mujeres en la Unión Europea. En 2019, el argumento sobre las consecuencias positivas a largo plazo de la equidad —con el papel activo de los gobiernos— fue defendido por la Organización Panamericana de la Salud: el resultado bien puede ser una sociedad que funcione mejor y, ante todo, sea justa⁴⁰.

35 EUROPEAN COMMISSION: *A Roadmap for Women's Rights*, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, Brussels, 7.3.2025 COM(2025) 97 final, p. 2

36 INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF) *A Crisis Like no Other. An Uncertain Recovery*, June 2020, p.3

37 MURILLO, S.: *Supervivencia de las políticas de igualdad*, Comares, Granada, 2024, pp. I-XX, 37-55

38 LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, arts. 17, 18 y 19.

39 LÓPEZ DE LA VIEJA, M.ª T.: «Las instituciones», *Dominio o ciudadanía*, Plaza y Valdés, Madrid, 2025, pp. 183-199

40 PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION (PAHO) *Just Societies. Health Equity and Dignified Lives*. Washington D.C., 2019, pp. 33-51, 263-263

¿Para qué la igualdad entre mujeres y hombres? A las preguntas sobre qué es, cómo por hacerla efectiva o quiénes han de implicarse en ello, habrá que añadir, entonces, la cuestión de qué tipo de sociedad es preferible. ¿Para qué comprometerse en la defensa de políticas igualitarias? Están en juego la salud, el bienestar y las libertades de la población y, además, la construcción (o no) de sociedades más justas.

Bibliografía

- BOXILL, B.:** «The Morality of Preferential Hiring». *Philosophy & Public Affairs*, 7, 3 pp. 246-268, 1978, <https://www.jstor.org/stable/i313720>
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES:** *Incorporating Equal Opportunities for Women and Men into all Community Policies and Activities*, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION, Brussels, 21.02.1996, COM(96) 67 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0067>
- COUNCIL OF EUROPE:** *Gender Mainstreaming. Conceptual Framework, Methodology and Presentation of Good Practices*, Directorate General of Human Rights. Strasbourg, 2004, <https://rm.coe.int/1680596135>
- DWORKIN, R.:** *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977
- EUROPEAN COMMISSION:** *A Roadmap for Women's Rights*, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, Brussels, 7.3.2025 COM(2025) 97 final, https://commission.europa.eu/document/download/0c3fe55d-9e4f-4377-9d14-93d03398b434_en?filename=Gender%20Equality%20Report%20Chapeau%20Communication.pdf
- EUROPEAN COMMISSION:** Annex to: *A Roadmap for Women's Rights*, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, Brussels, 7.3.2025 COM(2025) 97 final, [https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvke1fm2yd1u0_j9vvik7m1c3gyxp/vmlhimld5gzv/v=s7z/f=com\(2025\)97_en.pdf](https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvke1fm2yd1u0_j9vvik7m1c3gyxp/vmlhimld5gzv/v=s7z/f=com(2025)97_en.pdf)
- EUROPEAN COMMISSION,** *On the European Care Strategy*. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, {SWD(2022) 440 final} <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0440>
- EUROPEAN COMMISSION:** *A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025*, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, Brussels, 5.3.2020 COM(2020) 152 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152>
- EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY (EIGE):** *Institutional Mechanisms that Deliver on Gender Equality and Gender Mainstreaming*, Publications Office of the European Union, Luxembourg. 2025 <https://eige.europa.eu/publications-resources/publications/luxembourg-institutional-mechanisms-gender-equality-and-gender-mainstreaming>
- FERRAJOLI, L.:** «Il principio di uguaglianza e la differenza di genere », *Giudicedonna*, 2015, no 3, pp. 1-14, <http://www.giudicedonna.it/numero-tre/Articoli/Ferrajoli.pdf>
- FIGUERUELO, A.:** «La Constitución y los cuidados», Fernando, M., Terrón, D., Dominguez, J.L. (eds.): *La administración de los cuidados*, Colex, A Coruña, 2025, pp. 61-77
- FIGUERUELO, A.:** «Exordio preliminar», Figueruelo, A., Ibáñez, M. L. (eds.): *El reto de la igualdad efectiva de oportunidades*, Comares, Granada, 2006, pp. 1-6
- FIGUERUELO, A.:** «Diez años de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres: balance y perspectivas», Figueruelo, A., Del Pozo, M. (dirs.), Ramos, P. (coord.): *Cambio de paradigma en la prevención y erradicación de la violencia de género*, Comares, Granada, 2017, pp. 33-46.

- FIGUERUELO, A.:** «La igualdad compleja en el Constitucionalismo del siglo XXI. Referencia especial a la no discriminación por razón de sexo», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, pp. 245-271, <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2008.123.5.4055>
- FULLINWIDER, R.:** *The Reverse Discrimination Controversy*, Totowa, Rowman and Littlefield, 1980, <https://eric.ed.gov/?id=ED292213>
- INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF)** *A Crisis Like no Other. An Uncertain Recovery*, June 2020, <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/06/24/WEOUpdateJune2020>
- INSTITUTO DE LAS MUJERES:** *III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025*, Ministerio de Igualdad, marzo 2022, <https://www.inmujeres.gob.es/publicaciones-electronicas/documentacion/Documentos/DE1824.pdf>
- LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo**, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/boe-a-2007-6115-consolidado.pdf>
- LÓPEZ DE LA VIEJA, M.T.:** *Dominio o ciudadanía*, Plaza y Valdés, Madrid, 2025
- LÓPEZ DE LA VIEJA, M.T.:** «Igualdad en los cuidados», Fernando Pablos, M., Terrón, D, Dominguez, J.L. (eds.) *La administración de los cuidados*, Colex, A Coruña, 2025, pp. 127-141.
- LÓPEZ DE LA VIEJA, M.T.:** «Salud pública y feminismo», Pando, M.ª P., Calleja, M.ª, Enríquez, J.M.ª (coord.) *Feminismo(s)*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2024, pp. 555-566.
- LÓPEZ DE LA VIEJA, M.T.:** «Prevenir: con participación ciudadana», *Revista Española de Salud Pública*, 2022; 96: XX de junio e202206046., pp. 1-12, <https://ojs.sanidad.gob.es/index.php/resp/article/view/265>
- MURILLO, S.:** *Supervivencia de las políticas de igualdad*, Comares, Granada, 2024, <https://accesoabierto.comares.com/index.php/coa/catalog/book/70>
- PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION (PAHO)** *Just Societies. Health Equity and Dignified Lives*. Washington D.C., 2019 <https://iris.paho.org/handle/10665.2/51571>
- SANDEL, M.:** *The Tyranny of Merit*, Penguin UK, London, 2021
- SCOTT, J.:** «A Useful Category of Historical Analysis», *The American Historical Review*, 91, 1986, pp. 1053-1075, <https://doi.org/10.2307/1864376>
- SLAUGHTER, A.M.:** «Why Can We All “Have It All”?», *The Atlantic*, July/August 2012 Issue, <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2012/07/why-women-still-cant-have-it-all/309020/>
- TRONTO, J.:** *Who Cares?: How to Reshape a Democratic Politics*, Cornell University Press, Ithaca and London, 2015.
- WELDON, L.:** «Intersectionality», en: Goertz, G., Mazur, A.: *Politics, Gender, and Concepts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 193-218
- WORLD HEALTH ORGANIZATION:** *Fair Share for Health and Care: Gender and the Undervaluation of Health and Care Work*, Geneva, 2024, <https://www.who.int/publications/i/item/9789240082854>
- WORLD HEALTH ORGANIZATION:** *Gender Mainstreaming for Health Managers: A Practical Guide*, Geneva, 2022, <https://www.who.int/publications/i/item/9789241501057>
- WORLD HEALTH ORGANIZATION:** *Madrid Statement. Mainstreaming Gender Equity in Health: The Need to Moving Forward*. Geneva, 2002, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/348338/WHO-EURO-2002-3968-43727-61515-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. APORTES DESDE EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL EUROPEO E INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Rogelio López Sánchez¹

Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de Nuevo León

Alan Javier Castillo Morales²

Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de Nuevo León

Introducción

Este capítulo se inscribe en el homenaje a la profesora Ángela Figueruelo Burrieza, jurista mayor de la Universidad de Salamanca cuya obra ha nutrido la cultura jurídica iberoamericana sobre igualdad y no discriminación. Nos proponemos mostrar, con utilidad práctica para la judicatura, cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha perfilado un paradigma de juzgamiento con perspectiva de género y cuáles son sus estándares operativos para desactivar estereotipos judiciales y reconocer intersecciones de vulnerabilidad.

Tal itinerario jurisprudencial articula la prohibición de discriminación (art. 14 CEDH) con derechos sustantivos (arts. 2, 3, 8, entre otros), y ha sido especialmente fecundo en materias de violencia doméstica y sexual, vida familiar, nombre y filiación, trabajo y estatus jurídico de las personas trans³.

La propuesta de «igualdad compleja» de la doctora Figueruelo— integra igualdad formal (art. 14 CE), igualdad material (art. 9.2 CE) y transversalización de políticas públicas⁴— proporciona un armazón idóneo para juzgar con enfoque de género y atender diversas capas de vulnerabilidad. Desde obras colectivas como *Igualdad, ¿para qué?*⁵ (Comares, 2007) y *¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?*⁶, hasta trabajos más recientes orientados a formar y enseñar en igualdad, su

1 Especialista en Argumentación Jurídica y Derechos Humanos.

2 Especialista en el Área de Derecho Constitucional.

3 TEDH, Guía de jurisprudencia sobre el art. 14 CEDH (Prohibición de discriminación), ECHR-Knowledge Sharing (ediciones actualizadas).

4 FIGUERUELO BURRIEZA, Á., «La igualdad compleja en el constitucionalismo del siglo XXI. Referencia especial a la no discriminación por razón de sexo», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008.

5 FIGUERUELO BURRIEZA, Á. (coord.), *Igualdad, ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Comares, 2007.

6 FIGUERUELO BURRIEZA, Á.; LEÓN ALONSO, M.; DEL POZO PÉREZ, M. (Dirs.), *¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?*, Andavira, 2012.

insistencia en desactivar estereotipos y asegurar debida diligencia reforzada frente a la violencia contra las mujeres ha sido constante⁷.

Antes de entrar al detalle jurisprudencial, conviene situar el estereotipo judicial en el mapa de la teoría de la igualdad. La literatura lo entiende como una premisa normativa o fáctica no demostrada que asigna roles, capacidades o expectativas por razón de sexo y desplaza la evaluación individualizada del caso. En clave garantista, ello opera como una presunción prohibida que contamina la motivación y puede tornar ilegítima la decisión: no sólo porque viola la imparcialidad, sino porque distorsiona el estándar probatorio al introducir sesgos de pertenencia grupal⁸.

La propuesta de «igualdad compleja» de Figueruelo ofrece aquí una guía operativa: integrar igualdad formal, igualdad material y transversalización permite convertir la prohibición de discriminación en un método de decisión que exige motivaciones libres de tópicos, remedios eficaces y políticas de prevención.

En tal sentido, el abordar la perspectiva de género como paradigma en la jurisprudencia europea e interamericana, implica recurrir a un método comparatista que en palabras de los autores Torres Estrada y Núñez Torres permite la obtención de datos que generan un conocimiento superior de las instituciones jurídico-políticas, analizándolas desde una perspectiva formal correspondiente a las disposiciones normativas, y material como la efectiva interacción de las instituciones en una realidad influida, más no determinada, por las previsiones formales⁹.

1. El paradigma de juzgamiento con perspectiva de género a partir del estereotipo judicial en el TEDH

Desde la teoría del igualitarismo sustantivo, Sandra Fredman ha mostrado que la igualdad exige no sólo neutralidad, sino un proyecto cuatridimensional: atajar la desventaja, desmontar estigma y estereotipos, amplificar voz y participación, y acomodar diferencias mediante cambios estructurales¹⁰. Esta arquitectura coincide con la práctica del TEDH cuando sanciona el victim-blaming, exige lenguaje judicial respetuoso y ordena medidas positivas para remover obstáculos reales.

En un plano más analítico, Deborah Hellman sostiene que la discriminación es incorrecta cuando denigra o comunica una jerarquía de estatus; el estereotipo, precisamente, «dice» que la persona vale menos por pertenecer a un grupo, lo que vicia el juicio de razonabilidad¹¹. A nivel de derecho antidiscriminatorio, Tarunabh Khaitan subraya que la justificación de las distinciones debe superar pruebas de finalidad, adecuación y necesidad, con especial escrutinio cuando la regla reproduce subordinación histórica¹².

En el plano internacional, la CEDAW ha pedido a los jueces remover estereotipos y garantizar acceso a la justicia con perspectiva de género, introduciendo criterios de debida diligencia y de no revictimización. Y el Convenio de Estambul del Consejo de Europa añade una base convencional robusta para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres, exponiendo cómo los estereotipos estructurales están en el origen del riesgo y del fracaso institucional.

7 DEL POZO, M.; FIGUERUELO, Á.; RAMOS, P. (Dirs.), *Formando en la igualdad real: contenidos para un proyecto democrático*, Aranzadi, 2021; Figueruelo BURRIEZA, Á. (Dir.), *Enseñar en igualdad de género: aspectos multidisciplinarios*, 2022.

8 COOK, R. J.; CUSACK, S., *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, U. Pennsylvania Press, 2010.

9 TORRES, P.; NÚÑEZ, M. «La garantía jurisdiccional del municipio en España y México. Estudio comparado», en FERRER, E.; ZALDIVAR, A. (Coords.) *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-IIJ, 2008, pp. 245-271.

10 FREDMAN, S., «Substantive Equality Revisited», *International Journal of Constitutional Law*, Volume 14, Issue 3, July 2016, Pages 712-738.

11 HELLMAN, D., *When Is Discrimination Wrong?* Harvard University Press, 2008.

12 KHAITAN, T., «A Theory of Discrimination Law A Theory of Discrimination Law». En: *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 40/2015. Disponible: <https://ssrn.com/abstract=2628112>

Sobre ese trasfondo doctrinal, la jurisprudencia de Estrasburgo se entiende mejor: cuando el Tribunal reprocha motivaciones ancladas en clichés sobre sexualidad, maternidad o «roles naturales», no sólo aplica el art. 14 en relación con el 8; también operacionaliza este consenso teórico en estándares de diligencia epistémica, prueba no sesgada y reparación transformadora.

La noción de estereotipo judicial permite identificar premisas no probadas que asignan roles, conductas o capacidades según sexo, edad u otras características, desplazando la evaluación individualizada de los hechos. Así ocurrió en *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal* (2017), donde el TEDH apreció violación del art. 14 en relación con el art. 8 al advertir que la jurisdicción interna restó gravedad al impacto de una lesión ginecológica sobre la vida sexual de una mujer, apoyándose en ideas preconcebidas sobre la sexualidad de las mujeres de más edad y en comparaciones improcedentes con demandantes varones¹³. La consecuencia es inmediata: la cuantificación del daño y la motivación judicial deben liberarse de prejuicios de género.

En el mismo registro, *J.L. c. Italia* (2021) evidenció cómo la reproducción de clichés sexistas y prácticas de culpabilización de la víctima en un proceso por violación afecta la integridad moral y la dignidad de la denunciante, lo que llevó al Tribunal a declarar la vulneración del art. 8. La vestimenta, la orientación sexual o la vida íntima no pueden operar como criterios para minar la credibilidad; utilizarlos revictimiza y perpetúa sesgos institucionales¹⁴.

La ruptura de roles de género tradicionales también ha sido decisiva en el ámbito de los cuidados. En *Konstantin Markin c. Rusia* (Gran Sala, 2012), negar permiso parental a un militar varón —mientras se concedía a mujeres— resultó discriminatorio (art. 14 y art. 8). El Tribunal rechazó el prejuicio según el cual el cuidado es función femenina y afirmó la corresponsabilidad como interés jurídicamente protegido¹⁵.

En el terreno del empleo y la seguridad social, la jurisprudencia de Estrasburgo demanda justificaciones particularmente sólidas para cualquier diferencia por razón de sexo. De ahí que en *Emel Boyraz c. Turquía* (2014) el despido de una mujer como agente de seguridad por «no ser hombre» y no haber realizado el servicio militar fuese considerado discriminatorio (art. 14 y art. 8), mientras que en *Di Trizio c. Suiza* (2016) el método «combinado» para calcular la invalidez fue declarado indirectamente sexista al penalizar a mujeres que reducen jornada tras la maternidad¹⁶. En el Derecho civil, decisiones como *Ünal Tekeli c. Turquía* (2004) y *Cusan y Fazzo c. Italia* (2014) desalojan residuos patriarcales que imponían el apellido del marido a la mujer o el apellido paterno a la descendencia, al reconocer que tales reglas perpetúan jerarquías de género contrarias al art. 14 en relación con el art. 8¹⁷.

2. Interseccionalidad y diálogo entre Estrasburgo y San José

La interseccionalidad nace como crítica a los modelos de igualdad que tratan categorías de manera aislada: Kimberlé Crenshaw mostró que la experiencia de una mujer negra no se entiende sumando «mujer» + «negra», porque las opresiones se entrelazan generando efectos cualitativamente distintos¹⁸. En términos jurídicos, esto obliga a abandonar la visión de «caso tipo» y a diseñar un itinerario probatorio y remedial sensible a motivaciones y efectos concurrentes.

13 TEDH, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, núm. 17484/15, Sentencia de 25.07.2017 (art. 14 en relación con el art. 8).

14 TEDH, *J.L. c. Italia*, núm. 5671/16, Sentencia de 27.05.2021 (art. 8: estereotipos y revictimización).

15 TEDH (Gran Sala), *Konstantin Markin c. Rusia*, núm. 30078/06, Sentencia de 22.03.2012 (permiso parental para hombres; art. 14 y art. 8).

16 TEDH, *Emel Boyraz c. Turquía*, núm. 61960/08, Sentencia de 02.12.2014 (art. 14 y art. 8; empleo público); TEDH, *Di Trizio c. Suiza*, núm. 7186/09, Sentencia de 02.02.2016 (discriminación indirecta en método de invalidez).

17 TEDH, *Ünal Tekeli c. Turquía*, núm. 29865/96, Sentencia de 16.11.2004; TEDH, *Cusan y Fazzo c. Italia*, núm. 77/07, Sentencia de 07.01.2014 (apellidos y estereotipos de género).

18 CRENSHAW, Kimberlé, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», *University of Chicago Legal Forum*: Vol. 1989: Iss. 1, Article 8.

Aquí vuelve a ser útil la igualdad compleja de Figueruelo: la dimensión material exige deberes positivos cuando los riesgos se agravan por la confluencia de género con etnia, edad, pobreza o estatus migratorio; la dimensión de transversalización pide rutas institucionales que no expulsen a quienes enfrentan barreras acumuladas; y la formal vigila que la justificación no se esconda tras una neutralidad aparente¹⁹.

Desde la teoría del derecho antidiscriminatorio, Khaitan conceptualiza la «subordinación estructural» como el criterio que intensifica el escrutinio y legitima medidas diferenciales protectoras, lo cual encaja con la exigencia de debida diligencia reforzada cuando hay riesgo real e inmediato de violencia. A su vez, la igualdad sustantiva de Fredman aporta dos piezas clave para el análisis interseccional: la remoción de estigma/estereotipos y la ampliación de voz y participación de grupos históricamente silenciados, elementos que explican por qué la prueba estadística, los indicadores de riesgo y las medidas estructurales son pertinentes y, a veces, imprescindibles.

En el Sistema Interamericano, la debida diligencia se robusteció desde *Velásquez Rodríguez* y evolucionó hacia estándares de no revictimización, consentimiento informado y reparación transformadora en casos de violencia sexual y salud reproductiva. Ese desarrollo se ha traducido en órdenes estructurales y garantías de no repetición que colocan a la víctima en el centro. La teoría del control de convencionalidad —difundida en la región por la doctrina y la Corte IDH— ofrece el canal para irradiar esos estándares en todas las jurisdicciones internas.

El diálogo Estrasburgo–San José no es una suma de pronunciamientos, sino un lenguaje común: motivar sin estereotipos, investigar móviles discriminatorios, evaluar riesgos con matrices interseccionales y reparar de manera transformadora. Lo interseccional deja de ser etiqueta y se convierte en método de decisión, plenamente alineado con la igualdad compleja que inspira este homenaje.

La perspectiva de interseccionalidad atraviesa, aunque no siempre con ese nombre, la práctica del TEDH: los jueces deben reconocer motivaciones concurrentes y el deber de investigar el sesgo cuando existe violencia o trato degradante, incluidos prejuicios por sexo, etnia, edad, estatus migratorio u ocupación²⁰.

Un ejemplo elocuente es B.S. c. España (2012): una mujer nigeriana, trabajadora sexual, fue sometida a controles y malos tratos policiales acompañados de insultos racistas y sexistas. El Tribunal exigió una investigación efectiva del móvil discriminatorio (art. 3 procesal y art. 14) y dejó sentada la lógica de la discriminación interseccional²¹.

Cuando se trata de violencia contra las mujeres, el estándar se refuerza. Desde *Opuz c. Turquía* (2009), tolerar o minimizar riesgos en contextos de violencia doméstica equivale a discriminación por razón de sexo y activas obligaciones de prevención, protección, investigación y sanción (arts. 2, 3 y 14)²².

Esta línea se robustece con *Eremia c. Moldavia* (2013), *Bălșan c. Rumanía* (2017), *Talpis c. Italia* (2017), *Volodina c. Rusia* (2019) y *Buturugă c. Rumanía* (2020) —esta última ampliando la protección a la ciberviolencia—, donde el Tribunal demanda respuestas estatales diligentes y no estereotipadas²³. En *Kurt c. Austria* (Gran Sala, 2021) se precisan los principios generales bajo el art. 2 para casos de alto riesgo, afinando el test *Osman* y exigiendo evaluaciones de riesgo proporcio-

19 FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, «La igualdad compleja en el constitucionalismo del siglo XXI: (referencia especial a la no discriminación por razón de sexo)», en: *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, ISSN 0413-2963, N.º 38 (enero), 2008, pp. 37-60.

20 TEDH, Guía art. 14 CEDH, cit., sobre deber de indagar móviles discriminatorios; ver también Guía de derechos de las personas LGBTI (ECHR-KS).

21 TEDH, B.S. c. España, núm. 47159/08, Sentencia de 24.07.2012 (art. 3 procesal y art. 14; discriminación interseccional).

22 TEDH, *Opuz c. Turquía*, núm. 33401/02, Sentencia de 09.06.2009 (violencia doméstica como discriminación por sexo).

23 TEDH, *Eremia c. Moldavia*, núm. 3564/11, Sentencia de 28.05.2013; *Bălșan c. Rumanía*, núm. 49645/09, Sentencia de 23.05.2017; *Talpis c. Italia*, núm. 41237/14, Sentencia de 02.03.2017; *Volodina c. Rusia*, núm. 41261/17, Sentencia de 09.07.2019; *Buturugă c. Rumanía*, núm. 56867/15, Sentencia de 10.02.2020.

das cuando existan indicadores de letalidad²⁴. Con ello, el proceso penal debe alejarse de rutinas «neutras» y, ante indicios de odio o prejuicio sexista, explorar expresamente el móvil discriminatorio²⁵, evitando prácticas de revictimización como las censuradas en J.L. c. Italia²⁶.

Esta misma lógica estructural orienta el abordaje de la trata y la explotación sexual. En Rantsev c. Chipre y Rusia (2010) y S.M. c. Croacia (Gran Sala, 2020), el TEDH ancla la problemática en el art. 4 y refuerza las obligaciones estatales de prevenir, investigar y proteger, reconociendo su sesgo de género y su intersección con otras vulnerabilidades —migración, pobreza, pertenencia a minorías—²⁷. Asimismo, la protección de la salud sexual y reproductiva de mujeres romaníes en V.C. c. Eslovaquia (2011), N.B. c. Eslovaquia (2012) e I.G. y otras c. Eslovaquia (2012) evidencia la necesidad de garantías robustas de consentimiento informado y de medidas activas contra prácticas discriminatorias²⁸.

En paralelo, decisiones como A.P., Garçon y Nicot c. Francia (2017) y Y.Y. c. Turquía (2015) eliminan requisitos médicos estigmatizantes para el reconocimiento legal de la identidad de género, protegiendo la autonomía corporal bajo el art. 8²⁹. Esta línea encuentra apoyo sistemático en guías complementarias del propio Tribunal, como la dedicada a derechos LGBTI, que refuerzan la prohibición de estereotipos y de discriminaciones basadas en identidad y expresión de género³⁰.

Al mismo tiempo, el diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) consolida un lenguaje compartido. En Atala Riffo y Niñas vs. Chile (2012), la Corte IDH proscribire que custodias o decisiones familiares descansen sobre presunciones o estereotipos relativos a orientación sexual, roles y «modelos tradicionales» de familia, mientras que en Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador (2020), referida a violencia sexual en el ámbito escolar, fija parámetros de no revictimización, reglas probatorias sensibles al sesgo y reparación transformadora³¹.

De modo correlativo, la idea de debida diligencia reforzada se alimenta en el Sistema Interamericano de la Convención de Belém do Pará y cristaliza en González y otras («Campo Algodonero») vs. México (2009), se profundiza en Fernández Ortega y Rosendo Cantú (violencia sexual perpetrada por agentes estatales), y se proyecta en Velásquez Paiz (feminicidios y falencias investigativas), con una cronología que activa el deber estatal antes (evaluación del riesgo), durante (protección efectiva) y después (investigación con enfoque de género)³².

24 TEDH (Gran Sala), Kurt c. Austria, núm. 62903/15, Sentencia de 15.06.2021 (art. 2: riesgo real e inmediato y deber operativo).

25 TEDH, Guía art. 14 CEDH, cit., párrs. sobre investigación de móviles discriminatorios.

26 TEDH, J.L. c. Italia, cit. (prohibición de victimblaming y de explorar vida íntima irrelevante).

27 TEDH, Rantsev c. Chipre y Rusia, núm. 25965/04, Sentencia de 07.01.2010; TEDH (Gran Sala), S.M. c. Croacia, núm. 60561/14, Sentencia de 25.06.2020 (art. 4: trata y explotación).

28 TEDH, V.C. c. Eslovaquia, núm. 18968/07, Sentencia de 08.11.2011; N.B. c. Eslovaquia, núm. 29518/10, Sentencia de 12.06.2012; I.G. y otras c. Eslovaquia, núm. 15966/04, Sentencia de 13.11.2012 (esterilizaciones no consentidas).

29 TEDH, A.P., Garçon y Nicot c. Francia, núms. 79885/12, 52471/13 y 52596/13, Sentencia de 06.04.2017; TEDH, Y.Y. c. Turquía, núm. 14793/08, Sentencia de 10.03.2015 (requisitos médicos para reconocimiento legal del género).

30 TEDH, Guía art. 14 CEDH, cit., sobre deber de indagar móviles discriminatorios; ver también Guía de derechos de las personas LGBTI (ECHR-KS).

31 Corte IDH, Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de 24.02.2012; Corte IDH, Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, Sentencia de 24.06.2020.

32 Corte IDH, González y otras («Campo Algodonero») vs. México, Sentencia de 16.11.2009; Corte IDH, Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia de 30.08.2010; Corte IDH, Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31.08.2010; Corte IDH, Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19.11.2015; Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer («Belém do Pará»), 1994; Figueruelo Burrieza, Á. (ed.), Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género, Comares, 2008.

La convergencia continúa en la protección de la autonomía corporal mediante *I.V. vs. Bolivia* (2016), que exige consentimiento previo, libre, pleno e informado en esterilizaciones³³, y en el reconocimiento de la interseccionalidad en *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (2015), donde género, edad, salud y condición socioeconómica se entrelazan para activar remedios reforzados³⁴.

Finalmente, la Opinión Consultiva OC24/17 (2017) ancla en la CADH el derecho a la identidad de género, la adecuación registral y la igualdad de las parejas del mismo sexo, ofreciendo un referente normativo que dialoga con Estrasburgo y potencia su recepción en Iberoamérica³⁵.

En la Opinión Consultiva OC-31/25 (2025) la Corte IDH aborda el derecho al cuidado como un derecho autónomo, concluyendo que ante estereotipos negativos de género que obstaculizan a las mujeres el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad por asumir mayores cargas de cuidado no remuneradas, los Estados deben adoptar medidas tendentes a revertir estereotipos y eliminar las barreras al ejercicio considerando la intersección de factores de discriminación en las mujeres³⁶.

3. Conclusiones

Lo expuesto permite afirmar que la igualdad compleja propuesta por Ángela Figueruelo no es sólo una tesis académica, sino una clave hermenéutica ya incorporada —explícita o implícitamente— por los tribunales que aplican los cánones europeos e interamericanos de derechos humanos. En efecto, la articulación entre igualdad formal, igualdad material y transversalización de la igualdad facilita que las reglas de no discriminación se conviertan en criterios operativos para juzgar casos concretos con sensibilidad a los contextos y a las asimetrías de poder.

En el plano de la igualdad formal, la jurisprudencia de Estrasburgo demuestra que la neutralidad abstracta no basta: la motivación judicial debe desactivar estereotipos y expresiones que culpabilizan a las víctimas, tarea que exige una diligencia epistémica para fundamentar en hechos y peritajes, no en normas sociales implícitas. La línea que va de Carvalho Pinto de Sousa Morais a J.L. c. Italia marca este punto de no retorno, mientras las guías del propio Tribunal consolidan un deber de identificar y excluir sesgos tanto en la valoración de la prueba como en el lenguaje de las resoluciones.

Desde la igualdad material, los deberes positivos de prevención, protección e investigación —claramente perfilados en Opuz y precisados en Kurt— imponen adoptar medidas oportunas cuando exista riesgo real e inmediato, actualizar protocolos con matrices de riesgo y asegurar la protección efectiva de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad. Esta dimensión de la igualdad compleja traduce el estándar de diligencia reforzada en decisiones que salvan vidas y evitan daños irreparables.

La transversalización, por su parte, desplaza la igualdad fuera del estrecho perímetro del proceso y la inserta en políticas públicas, servicios y prácticas institucionales que condicionan el acceso a la justicia: desde la formación permanente en perspectiva de género, hasta el diseño de rutas de atención y la coordinación interinstitucional para la protección inmediata. Cuando tribunales y administraciones operan con esta mirada, la igualdad deja de ser un mandato declarativo y se convierte en un principio de gobierno judicial.

A la luz de esta triple dimensión, el método de decisión también se reordena. Primero, el juzgador identifica las asimetrías de poder, los posibles estereotipos y las intersecciones relevantes del caso, explicitando por qué los descarta en su motivación. Luego, contrasta las pruebas con estándares de proporcionalidad y razonabilidad reforzados, cuidando que la práctica probatoria no revictimice ni reproduzca sesgos. Finalmente, diseña remedios con vocación transformadora

33 Corte IDH Corte IDH, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 01.09.2015 (enfoque interseccional),

34 Corte IDH, *I.V. vs. Bolivia*, Sentencia de 30.11.2016 (consentimiento informado y esterilización).

35 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24.11.2017; Corte IDH, OC-24/17, cit., y estándares derivados para registro e identidad.

36 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-31/25: el contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos; 12.06.2025; Serie A No.31.

—reparación integral, garantías de no repetición y medidas estructurales— que atiendan el origen sistémico del daño y no sólo su manifestación individual.

La interseccionalidad, lejos de ser un añadido retórico, se revela como el núcleo operativo de la igualdad compleja: permite comprender por qué un mismo acto puede producir efectos agravados cuando confluyen sexo, raza o etnia, edad, identidad de género, estatus migratorio o pobreza. Los casos *B.S. c. España* en Estrasburgo y *Gonzales Lluy* en San José muestran que el reconocimiento de motivaciones y efectos concurrentes eleva el estándar probatorio, activa deberes estatales reforzados y orienta remedios más eficaces.

El diálogo entre Estrasburgo y San José ha permitido, además, estabilizar una gramática común de no estereotipación, diligencia reforzada y reparación transformadora. La Corte Europea ha desmantelado requisitos y lenguajes que estigmatizan; la Corte IDH ha añadido la potencia normativa de Belém do Pará y ha explicitado reglas de no revictimización y consentimiento informado, particularmente en violencia sexual y salud reproductiva. Juntas, estas líneas sostienen la aplicabilidad inmediata del paradigma y facilitan su recepción en la región iberoamericana.

La recepción judicial de la igualdad compleja ya es visible en la argumentación que reemplaza la pretendida neutralidad por una imparcialidad sustantiva, consciente de las estructuras que producen desigualdad. Esa mutación metodológica invita a consolidar protocolos de evaluación de riesgo, a construir indicadores de cumplimiento —tiempos de respuesta, efectividad de medidas de protección, lenguaje libre de estereotipos, análisis de impacto de género en las decisiones— y a fortalecer la formación jurisdiccional continua.

De este modo, el aporte de la doctora Ángela Figueruelo —que unifica teoría constitucional y prácticas institucionales— se confirma como puente entre el diseño normativo y la tutela efectiva: su igualdad compleja ofrece criterios para decidir mejor y para gobernar mejor la justicia. Si el objetivo es convertir la igualdad normativa en igualdad real, dentro y fuera de los tribunales, el camino ya está trazado por la jurisprudencia europea e interamericana; toca a la judicatura recorrerlo con decisión, claridad argumentativa y compromiso transformador.

LA MATERNIDAD EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Ana Marrades Puig

*Profesora titular de derecho constitucional
Universitat de València*

1. Introducción: El lugar de la maternidad en el orden constitucional

La maternidad ocupa un espacio central en el estado constitucional y es significativamente relevante para su sostén. Esta es la respuesta que daría a la pregunta de qué lugar ocupa o cuál es su significado en el orden constitucional. Si bien no estaría exenta de una cierta ironía paradójica ya que, siendo un hecho trascendental para la vida de las mujeres y, en definitiva, para la existencia de la sociedad, la maternidad no ha tenido un papel esencial para el estado constitucional, y, por ende, para el área de conocimiento que lo estudia, el derecho constitucional, mejor dicho, no ha tenido siquiera un lugar. Pero, además, siendo trascendente en la vida de las mujeres, ha sido y sigue siendo un tema incómodo para el propio feminismo, pero al mismo tiempo, un objeto de estudio imprescindible para el feminismo jurídico.

La incomodidad proviene del valor que se le ha otorgado como función principal de las mujeres. Ha sido incómoda porque durante mucho tiempo las mujeres que han sido madres han tenido que enfrentarse a una necesidad de conciliar las facetas personal y profesional, a menudo sumamente irreconciliables, sin reconocimiento de su valor y sin apoyos institucionales. Fueron décadas durante las cuales costaba mencionar la condición de madre en los currículum y presentaciones académicas, y hasta se ocultaba para que «no pareciera» que entorpecía de algún modo la carrera académica o que no se era «suficientemente profesional». Ha costado mucho recuperar su valor a lo largo de un proceso de impulso y aplicación de políticas de conciliación corresponsable que han contribuido a ello notablemente, pero también gracias a la labor de reconocimiento de mujeres de prestigio académico como la profesora Ángela Figueruelo. Siempre quedará en mi memoria su célebre frase «mis hijas son mis dos mejores tesis doctorales» pronunciada, aunque en un contexto informal, en el trascurso de un acto académico donde se destacaba la importancia de incluir en las biografías profesionales también esa parte personal como ya lo había hecho la profesora Julia Sevilla. Esa idea contribuía a seguir hablando de estas cuestiones en la Academia.

2. La maternidad en el Estado constitucional

La maternidad es esencial para el sostenimiento del estado constitucional por varias razones.

La primera, es obvia, se trata de un hecho biológico del cual depende la pervivencia de la sociedad. De tan claro resulta superfluo decirlo, pero no, es preciso decirlo, sin nacimientos no hay sociedad, sin ésta no hay Estado.

La segunda, se trata de un hecho de gran trascendencia para la vida de las mujeres que afecta sus vidas en toda su extensión, su salud física, emocional, sus derechos laborales, sus derechos políticos y su dimensión relacional

En **tercer lugar**, afecta directamente las bases del sistema democrático que se fundamenta sobre la igualdad ya que este hecho biológico se convierte en un factor de discriminación en el

contexto de una estructura patriarcal que ha asignado de forma exclusiva a las mujeres las funciones de la crianza.

Por último, ha sido y es objeto de utilización por parte del capitalismo neoliberal como servicio que puede prestarse amparado en una falsa libertad y a cambio de retribución económica con o sin contrato sin contar con la voz de las mujeres.

A pesar de ello, nunca se ha sido consciente de su significado más allá de la cuestión demográfica que supone una realidad inquietante desde el punto de vista del decrecimiento de la natalidad, cuyas razones, por cierto, se prefiere ignorar o no indagar en profundidad evitando tener que asumir el problema y la toma de decisiones para resolverlo.

Las razones por las que no ha ocupado un lugar central en el sistema constitucional pueden resumirse en una idea principal: es una función de las mujeres que se da por descontado. Y, además, entra dentro de las actividades de reproducción social, que no tienen relevancia jurídica, ni económica ni política.

Por otro lado, más que se presume, se castiga siempre en todo caso, tanto su ejercicio como su no ejercicio. La sociedad patriarcal penaliza las mujeres sin descendencia ejerciendo una presión particularmente agotadora en las mujeres jóvenes que sienten que pasa el tiempo para tener hijos al dedicar mayor atención al desarrollo profesional sin analizar los motivos por los que deciden no tener hijos/hijas o posponen la decisión de tenerlos.

Y castiga a las que son madres al no ofrecer soluciones para poder tomar decisiones libremente frente a la carga que supone la maternidad para su proyección en el ámbito laboral y también por las consecuencias que en éste tienen los periodos de embarazo, parto y crianza. En los años 90 del pasado siglo, conscientes de la necesidad de promocionar a las mujeres en el «mercado laboral» irrumpieron las políticas de conciliación para hacer posible la coexistencia de dos realidades bastante irreconciliables: la vida personal y familiar con la vida profesional tal como la concibe el sistema, en fin, lo que la economía feminista contempla como el conflicto capital-vida que, además, estaban pensadas solo para las mujeres como si solo de ellas fuera el problema que se les estaba tratando de aliviar. Tras el análisis de lo absurdo de la situación este concepto de conciliación fue sustituido por el de corresponsabilidad. Comenzaron a implementarse las medidas de conciliación corresponsable, es decir, siguiendo dentro del sistema, que no se adapta a las vidas de las personas trabajadoras, sino nosotras a éste, se puso el foco de atención en la necesidad de implicar a los hombres, a los padres, en las tareas del cuidado, comenzando por la crianza, pensando que la conciliación debía realizarse tanto para las mujeres como para los hombres. Se hablaba de la corresponsabilidad familiar y de la necesidad de los permisos iguales e intransferibles como un instrumento necesario para que la implicación de los padres fuera auténtica (PIINA). No exento de críticas por otras voces feministas que reclamaban una verdadera capacidad de agencia de las madres para gestionar los permisos (PETRA) y esta doble mirada mostraba también dentro del feminismo una escisión argumentada en ambos casos y perfectamente justificada.

Recientemente estamos construyendo un concepto de corresponsabilidad en sentido amplio que engloba a otros agentes como las instituciones y las empresas dentro de un nuevo contexto que dirige su atención hacia un nuevo paradigma cultural centrado en la revalorización del cuidado y de todas actividades que lo componen, eso es, las actividades de reproducción social, dentro de las cuales la maternidad ocupa un lugar principal¹.

3. La maternidad en el derecho constitucional

Del mismo modo que no ha tenido un lugar preeminente en el orden constitucional, la maternidad tampoco ha sido objeto de estudio del derecho constitucional a pesar de ser objeto de centenas de sentencias del Tribunal constitucional y objeto central de análisis por la legislación y jurisprudencia laboral. Y no ha sido objeto de estudio por el derecho constitucional por varios motivos.

En primer lugar, porque no pertenece a ningún tema central del derecho constitucional, ni siquiera al ámbito del estudio de los derechos. Solo aparece en el Capítulo III, del Título I, como principio rector de la política social y económica, una referencia a la protección de las mujeres en

1 *Documento de bases por los cuidados*, Instituto de las Mujeres, Ministerio de igualdad, 2023

cuanto madres (a.39 CE. «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de las madres») ubicada en la parte a la que menor valor se concede. Concretamente, se trata de temas que no se llegan a explicar en el curso académico de un Grado en Derecho aunque sí han sido tratados en la Academia en el campo de la investigación, la mayoría de las veces dentro del estudio de la familia²; otras, como estudio específico³.

Si se hubiera reconocido la maternidad como derecho⁴, se habría exigido su análisis por parte del derecho constitucional, pero, este derecho no aparece como tal en el marco constitucional y solo en el ámbito internacional en la categoría de los derechos reproductivos (IV Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, El Cairo).

En segundo lugar, tampoco compromete las bases del estado social y democrático de derecho, es decir que queda fuera del estudio de la teoría del estado y de la teoría de la Constitución, aun siendo un elemento imprescindible para comprenderlas.

Una teoría del estado, y también del derecho, analizada con perspectiva de género contempla la maternidad como objeto central de estudio desde diversas perspectivas: como factor de discriminación, como desarrollo de la personalidad, como ejercicio de la libertad o como derecho no plenamente reconocido, entre otras, ya que realiza un análisis crítico de los fundamentos del Derecho y del Estado moderno partiendo de tres postulados básicos: «a) la construcción social de la mujer; b) la situación de subordinación de la mujer respecto al hombre; c) la necesidad de cambiar la situación de subordinación en todos los ámbitos (Beauvoir, 2000) y (Friedan, 1963)» como explica Arantza Campos⁵.

Desde un punto de vista académico la Teoría feminista, se enfrentó y cuestionó más rápidamente los paradigmas fundacionales de gran parte de los conocimientos de las Ciencias Sociales, especialmente en el caso de la Historia y de la Filosofía, denunciando su androcentrismo como un sesgo teórico e ideológico que impedía analizar su objeto de conocimiento en el contexto interpretativo de la estructura social que ha asignado características, funciones, recursos y espacios a las personas en función de su sexo. Sin embargo, está siendo más complejo y lento el proceso en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Políticas, como son la Teoría del Derecho y la Teoría del Estado, «quizás porque sea una tarea más viable volver a escribir la Historia incorporando a las ausentes, las mujeres, que reescribir el sexo de la ley y del Estado» según argumenta Arantza Campos⁶. La autora considera que se dispone de algunas aportaciones en el caso de la Teoría del Derecho pero que son escasas las de la Teoría del Estado, como nos diría Catharine Mackinnon en su Teoría Feminista del Estado⁷. Como bien explica Arantza Campos en el Manual de derecho constitucional español con perspectiva de género⁸, obra de referencia del estudio del derecho constitucional que incorpora la mencionada teoría feminista, «la Teoría del Derecho y la Teoría del Estado han asumido determinados presupuestos científicos para explicarnos qué es el Derecho y qué es el Estado, cuál es su origen, evolución, estructura, justificación, funcionamiento y finalidad, que deben ser revisados y cuestionados... Se asume que el Estado y el Derecho son conceptos neutros que están libres de sesgos ideológicos, sean estos sexuales, raciales, étnicos o de clase» y por tanto se rechaza el concepto de género como categoría de análisis para investigar el origen de la discriminación de las mujeres y ofrecer propuestas de equilibrio. Sin embargo, esta categoría es

2 Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, *Familia y Matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1990

3 Ana I. MARRADES PUIG, *Luces y sombras del derecho a la maternidad*, Servei de Publicacions de la Universitat de València, 2002

4 *Ibidem*.

5 Arantza CAMPOS RUBIO, «Teoría del Estado y del Derecho: Una revisión crítica desde la teoría feminista», en *Manual de derecho Constitucional Español con Perspectiva de Género*, obra colectiva, coordinadoras Asunción Ventura Franch y Mercedes Iglesias Báez, Universidad de Salamanca, 2020, p.35

6 *Ibidem*, p.20

7 Catherine MACKINNON, *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1990, p.277

8 Arantza CAMPOS, *Ibidem*, p.28

imprescindible si no se quiere caer en una investigación sesgada, parcial y superficial. No es cierto que el Derecho sea neutro y eso debe estar siempre presente.

Según esta premisa (la que presupone que el derecho es y debe ser neutro) en la igualdad formal de mujeres y hombres, la maternidad no existe, no aparece en la ecuación, no condiciona. Y si condiciona hay que reconocer la diferencia. Entramos en el dilema Wollstonecraft que acuñaba Carol Pateman⁹.

Por eso, y, en tercer lugar, cuando ha emergido la maternidad en el derecho ha sido como un «tema de mujeres» y, por tanto, tratado con indiferencia o como algo residual, que, sin embargo, se ha vuelto crucial para el feminismo jurídico y para el Derecho, en todas sus especialidades, ya que su ejercicio colisiona con el ejercicio de otros derechos y ello repercute en el funcionamiento del sistema democrático porque éste no puede avanzar si no se eliminan los factores de discriminación que afectan a más de la mitad de la población.

Pero, además de los problemas que tienen que ver con la conciliación y la corresponsabilidad y todo aquello que ocasiona el coste laboral, profesional y las limitaciones también para la participación y representación social y política, hay que atender a grandes temas que afectan al orden público y que ocupan un lugar relevante en el debate social que guardan relación con la maternidad y los derechos reproductivos: como lo concerniente a la interrupción voluntaria del embarazo o ejercicio de la maternidad en negativo y, en otra dimensión, el problema de la gestación subrogada que lesiona los derechos de las mujeres gestantes para favorecer un pretendido derecho a la maternidad de otras mujeres o a la reproducción de hombres o parejas comitentes, constituyendo un problema de orden público, no solo por la lesión de derechos a las madres gestantes sino también por la afectación a los derechos de los bebés nacidos mediante esta práctica.

Estos temas, centrales para el feminismo no son el núcleo principal de este trabajo pero no pueden dejar de mencionarse por su estrecha relación con la maternidad, que como ya se ha visto, constituye un elemento imprescindible para el orden constitucional y para el estudio de su disciplina que implica otros muchos conceptos y conflictos jurídicos como: la conciliación y la corresponsabilidad como principios de la democracia, el derecho a no ser madre sin presiones ni exigencias, o, las prácticas que transgreden los fundamentos de la dignidad y los derechos de las mujeres como la gestación por sustitución.

4. La maternidad en el feminismo

En este apartado se trata de analizar las razones por las que, siendo esencial para el feminismo, ha sido siempre un tema incómodo y fuente de conflicto que sigue siendo primordial en el debate feminista.

Si hay un aspecto indisolublemente unido a las mujeres es su capacidad reproductiva. Utilizada ésta al servicio del sistema patriarcal, para la reproducción de la especie, el feminismo radical se postuló en frente al desentrañar la raíz de la discriminación identificando las esferas de la vida «privada» como el centro de la dominación patriarcal. A partir de entonces «lo personal será político» y en el epicentro de lo personal estaba la maternidad y las relaciones asociativas entre ésta y la crianza de la prole. Como explicaba Anna Jonasdóttir¹⁰, en su análisis de la teoría de Pateman, la capacidad de la mujer de dar a luz es lo que ha puesto a las mujeres en una posición de sumisión que debe revisarse para lograr una ciudadanía plena; y, siguiendo también a Shulamith Firestone, que consideraba que la maternidad constituía la principal causa de opresión de las mujeres, el feminismo radical puso efectivamente el foco en la cuestión de la maternidad como factor de discriminación.

Es preciso detenernos en la evolución de la cuestión maternal en las últimas décadas del siglo XX, los años sesenta, setenta, ochenta y noventa y, dar luego un salto al siglo XXI para poder comprender la brecha generacional y su reflejo en la percepción sobre la maternidad en el feminismo.

9 Carole PATEMAN, *The Disorder of Women*, Stanford University Press, 1989

10 Anna JÓNASDÓTTIR, *El poder del amor: ¿le importa el sexo a la democracia?*, Madrid, Cátedra, 1993, p.,258., y Shulamith FIRESTONE, *La dialéctica del sexo*, Barcelona, Kairós, 1976.

Para ello hay que partir de una frase prestada de Elisabeth Badinter: «El deseo de los hijos no es ni constante ni universal» frente al pensamiento fuertemente arraigado del «instinto maternal». Si éste fuera cierto acompañaría a todas las mujeres y no es así. Sobre esto profundiza también Badinter en «¿Existe el instinto maternal?» (1991), obra de referencia en las ciencias sociales¹¹.

Los años sesenta representan la apertura hacia la libertad. Libertad que comienza tímidamente a hacerse patente en la elección de tener o no descendencia y el número de hijos que se desea tener, gracias en parte al descubrimiento de la píldora anticonceptiva, ya que otros métodos anticonceptivos más rudimentarios y menos seguros se habían empleado con anterioridad. Sin embargo, este escenario debe ser matizado y contemplado según cada contexto particular. Por ejemplo, en España, el contexto político y social no permitía esta capacidad, las mujeres estaban bajo la presión de una educación y una socialización que les exigía la maternidad prolífica para alcanzar la plenitud como mujer. En Estados Unidos, es preciso mencionar la obra de Betty Friedan, «La mística de la feminidad»¹² por el alcance que el descubrimiento de la mística ha tenido en los estudios feministas. Ésta representa el conjunto de cualidades y virtudes «típicamente» femeninas que había que ensalzar para conseguir que las mujeres americanas disfrutaran recuperando y desempeñando como función exclusiva en la vida sus roles tradicionalmente femeninos de esposa y madre para lo que se las había preparado y de ellas se esperaba. Éstas comenzaban a dudar de la supuesta felicidad que estas funciones podían proporcionar y así lo manifestaban expresando una serie de malestares que describió B. Friedan en su primera obra.

No obstante, el camino hacia la libertad había comenzado y el feminismo radical en la siguiente década de los setenta se ocupó de forjar las estructuras para liberar a las mujeres del esencialismo que suponía el sentimiento maternal y explicar las consecuencias que éste y el ejercicio de la maternidad en sí podían tener para el ejercicio de sus otros derechos. Era preciso liberarse del escollo que la maternidad podía tener para el desarrollo no solo profesional sino también personal de las mujeres y aquella comenzó a ser vista como un lastre que había que soltar y un obstáculo para la autonomía de las mujeres y su realización en el mercado laboral que comenzaba a ser muy cruel.

Recrudecido más aun por la crisis económica, la década de los ochenta impacta en la vida de las mujeres que comenzaban a dar saltos mortales entre su realización personal, profesional, la familia y el trabajo —dentro y fuera del hogar— malabares que, como explica Cristina Carrasco¹³, se intensifican en la década de los noventa proyectando el intento por parte de las mujeres, arrastradas por la presión del sistema, de compaginar dos lógicas temporales que son contrapuestas e irreconciliables: la del capital y la de la vida». Como reclamaba Betty Friedan en «La segunda fase»¹⁴ (1983), dos décadas después de la mística, era imprescindible la corresponsabilidad. Lo importante ahora era solucionar la tensión entre lo privado y lo público incluyendo a los hombres en la ecuación, si no se obraba de este modo no salían las cuentas. Era imposible abarcar todo en ambos espacios sin contar con los hombres, no era suficiente diseñar políticas de conciliación porque éstas solo estaban pensadas para las mujeres, y comenzó a hablarse de conciliación corresponsable. Ahora debían ser hombres y mujeres quienes necesitaban conciliar en un sistema hostil, pero de manera corresponsable. ¿Aliviaba esto en algo el peso de la maternidad como factor de desigualdad convertido en factor de discriminación de las mujeres? En principio sí, bastante, aunque, bien pensado, según se mire.

El siglo XXI representa un cambio de paradigma en la percepción sobre la maternidad. Las mujeres recuperan el deseo de los hijos sin complejos y de la maternidad como fuente de placer, aunque de manera progresiva y atendiendo a las distintas generaciones. Las mujeres que se

11 Elisabeth BADINTER, *¿Existe el instinto maternal?*, Barcelona, Paidós, 1991; *La mujer y la madre*, La esfera de los libros, 2011, p.19

12 Betty FRIEDAN, *La mística de la feminidad*, Madrid, Cátedra (1.ed. 1965), 2009

13 Cristina CARRASCO, «La sostenibilidad de la vida humana: ¿un asunto de mujeres?», en *Mientras Tanto*, 82, 2001, pp.43-69

14 Betty FRIEDAN, *La segunda fase*, Plaza & Janes, 1983

encontraban desarrollando su carrera profesional en la primera década del siglo XXI, vinculadas al feminismo clásico de los años setenta y ochenta del siglo XX, vivieron en esa época con cierto sentimiento de culpa acerca de su condición de madres. Si se estaba demasiado volcada en la crianza había culpa por mala feminista, si se estaba poco volcada había culpa por mala madre.

Este sentimiento que todavía hoy nos acompaña, está bastante mitigado por un proceso de superación de los complejos maternos, en parte acompañado por la presencia de otra percepción del hecho maternal, la maternidad del apego, que reivindican las generaciones de mujeres más jóvenes (y también feministas), las que ahora están en sus treinta y cuarenta años y que viven la maternidad sin complejos, pero sin dejar de reclamar garantías para su ejercicio compatible con otras facetas de la vida y sin renunciarse¹⁵.

¿Qué dice sobre esto el feminismo clásico? Elisabeth Badinter¹⁶ le llamó una revolución silenciosa, a la que también se refiere como «involución» porque considera que su objetivo es devolver la maternidad al centro del destino femenino. Aunque no parece que el riesgo sea tal porque a diferencia de tiempos pasados en los actuales el deseo maternal coexiste con dos factores clave, la libertad y la educación. No obstante, sigue latente el dilema «hedonista» o maternidad contra libertad dentro del cual juega un papel fundamental la crianza o el tipo de crianza. La decisión que se tome acerca del tipo de maternidad que se elija va a comportar consecuencias importantes para el desarrollo profesional de las mujeres. De ello se ha ocupado y sigue haciéndolo el feminismo jurídico ya que, con independencia de la posición que se adopte en relación con la maternidad, éste tiene por objeto velar porque el ejercicio de la maternidad no acarree un recorte de derechos.

5. El enfoque del feminismo jurídico sobre la maternidad: ámbitos de intervención

Se han mencionado varios temas objeto de estudio del feminismo relacionados con la maternidad que están, algunos desde hace mucho tiempo, otros desde hace algunos años, pero todos actualmente en el centro del debate político y social y que, al mismo tiempo, son relevantes para el sistema constitucional y su disciplina de estudio.

Los problemas que suscita la conciliación de la vida personal y laboral para el desarrollo profesional pero también para la participación y representación política. Son problemas que afectan directamente las bases de la democracia porque constituyen factores de discriminación lesionando la igualdad ya que ésta no puede materializarse si no se eliminan los obstáculos que impiden la participación de todas las personas en la vida política, social, económica y cultural como dispone la propia Constitución (artículo 9.2).

La maternidad que se subroga por medio de un contrato genera graves problemas para la filiación y los derechos del bebé y, además, lesiona gravemente los derechos de las mujeres gestantes constituyendo, por tanto, un asunto de orden público.

La libertad de elegir en el ámbito de los derechos reproductivos y de elegir sobre la propia gestación se enlaza con los problemas que plantea la legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Los derechos reproductivos comprenden además otras problemáticas que surgen al compás de los avances de la medicina y la tecnología y que tienen fuerte alcance constitucional, como puede ser la protección de la intimidad de las personas donantes de gametos o de los antecedentes de los embriones para los bebés que nazcan mediante técnicas de reproducción asistida que requieran de la donación de células sexuales o de embriones.

Es preciso analizar cómo aborda el feminismo jurídico la argumentación para resolver estos conflictos. Estudiar el marco normativo vigente y analizar la jurisprudencia resulta imprescindible como punto de partida.

Uno de los textos normativos básicos que sentó las bases para enfocar la legislación y las políticas públicas de igualdad es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de

15 Asociación Yo no renuncio por la conciliación, <https://yonorenuncio.com/>, recuperada en 22-09-2025

16 Elisabeth BADINTER, *La mujer y la madre*, La esfera de los libros, 2011, p.23

mujeres y hombres. Ángela Figueruelo¹⁷ explica que su finalidad es el logro de la igualdad material mediante la eliminación de los obstáculos y los estereotipos sociales que dificultan su consecución y para ello se precisa políticas de acción y prevención de conductas antidiscriminatorias. Los criterios generales de actuación de los poderes públicos a dichos efectos se recogen en el art. 14 de la LOI y se repiten a lo largo de la ley aplicados a campos concretos de actuación en las distintas políticas públicas antidiscriminatorias; unos son de carácter general y abstracto y otros inciden en políticas más concretas. Según la profesora Figueruelo, los de carácter abstracto han sido más fáciles de implementar porque son declaraciones de principios en la letra de las normas y difíciles de evaluar en la práctica dado su carácter programático; pero, los de contenido concreto que requieren inversiones materiales han visto sus expectativas mermadas porque «han carecido de las imprescindibles dotaciones presupuestarias». Según este argumento se observa menor adopción de medidas necesarias para erradicar la violencia de género, el acoso sexual, el acoso por razón de sexo... o las medidas de acción positiva para atender a aquellos colectivos de mujeres en situaciones de especial vulnerabilidad: minorías, migrantes, niñas, personas con discapacidad, mujeres mayores, viudas... haciendo especial hincapié en la protección de la maternidad (embarazo, parto, lactancia) en la LOI que pretendió, además, asegurar la conciliación de la vida laboral, personal y familiar de las mujeres y los hombres y la corresponsabilidad en las tareas domésticas. Sin embargo, a pesar de los avances, señala la falta de estabilidad en los puestos de trabajo de las mujeres que decidieron ser madres, siendo éste un tema crucial.

La STC 17/2003 ya en su día estableció que la protección de la mujer trabajadora «...no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, abarca el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral (...) afianzando al mismo tiempo todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado». Así quedan protegidos los derechos de las mujeres, madres trabajadoras en el ámbito laboral frente incluso a las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Existe una prolija jurisprudencia al respecto que parte de la LOI ampliando la cobertura de los derechos laborales de las mujeres por lo que el impacto de la LOI ha sido notable¹⁸. Todo en su conjunto forma parte y es al mismo tiempo resultado de la labor del feminismo jurídico.

El Tribunal Constitucional reiteraba en la STC (162/2016) que «es la maternidad la que, como circunstancia unida a las mujeres y solo a ellas, provoca una situación de discriminación profesional» y, por eso, «la condición biológica y la salud de la mujer trabajadora han de ser compatibles con la conservación de los derechos profesionales, sin que la maternidad pueda permitir ninguna desventaja» con ello se afianzaban también los derechos de conciliación que iban completándose con la corresponsabilidad. De nuevo el feminismo jurídico ha tenido un papel fundamental en su consolidación reivindicando los derechos iguales e intransferibles para ambos progenitores. Los votos particulares de María Luisa Balaguer en las sentencias 111/2018, de 17 de octubre de 2018 y 117/2018, de 29 de octubre de 2018 son muestra de ello¹⁹ incluyendo la perspectiva de género en el análisis.

El feminismo jurídico, pues, ha sido determinante en el reconocimiento de la maternidad como derecho asociado al reconocimiento de los derechos de conciliación en relación con la responsabilidad compartida esencial para que la maternidad pueda ejercerse sin detrimento del ejercicio de otros derechos.

17 Ángela FIGUERUELO BURIEZA. «Encuesta sobre la igualdad entre hombres y mujeres» en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, p.42.

18 Ana I. MARRADES PUIG, «Discriminación por embarazo y maternidad», en *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007* obra colectiva, coordinadores Asunción VENTURA FRANCH y Santiago GARCÍA CAMPA, Aranzadi, 2018.

19 Ana I. MARRADES PUIG, «La interpretación con perspectiva de género en el ámbito de los cuidados y la corresponsabilidad», en *La interpretación y aplicación del Derecho en clave de igualdad de género*, obra colectiva, coordinadores Octavio Salazar Benítez y Alicia Cárdenas Córdón, Tirant lo Blanch, monografías. Valencia, pp. 149-176

BREVE REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN ELECTORAL EN ESPAÑA COMO GARANTÍA DE LA TRANSPARENCIA Y OBJETIVIDAD DEL PROCESO ELECTORAL Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

José Luis Mateos Crespo

*Profesor Asociado de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca*

1. Introducción

Esta aportación pretende ser una pequeña contribución a la obra colectiva en la que se inserta como parte del homenaje a la trayectoria de la profesora Ángela Figueruelo Burrieza a lo largo de sus más de cuatro décadas de compromiso y dedicación con la academia. En este sentido, en estos más de cuarenta años de ejercicio profesional, el Derecho electoral ha constituido una de las materias a las que la profesora Figueruelo Burrieza ha dedicado buena parte de su obra publicada, si bien su interés por el análisis del régimen electoral no sólo responde a inquietudes intelectuales desde un punto de vista teórico, sino que también ha quedado demostrado por su participación como miembro destacado de la Administración electoral.

En distintos periodos, la profesora Figueruelo Burrieza ha formado parte de las juntas electorales de zona y provincial de Salamanca, destacando, además, su pertenencia como vocal de la Junta Electoral Central entre los años 2017 y 2019. Precisamente durante su activa participación en la Junta Electoral Central (JEC, en adelante), este órgano superior de la Administración Electoral, con carácter permanente y sede en el Congreso de los Diputados, afrontó algunas de las decisiones más complejas de toda su historia. Así, entre ellas, debe destacarse la exclusión de los miembros de la candidatura de JUNTAS para las elecciones al Parlamento Europeo del año 2019; decisión que, lejos de ser unánime, contó con el voto particular de varios vocales de la JEC, entre los que se encontraba la profesora Figueruelo.

El papel de la Administración electoral es clave para el desarrollo de los procesos electorales desde su posición de garante, como se pone de manifiesto en sus acuerdos y resoluciones. No siempre se atiende adecuadamente a su decisiva posición en relación con el procedimiento electoral, quizás, tan solo cuando de sus resoluciones derivan consecuencias políticas como la mencionada. Por ello, a través de este trabajo, además de contribuir al homenaje a quien ha dedicado su vida a la academia y al Derecho Constitucional, también pretende destacar la importancia de contar con órganos electorales que garanticen el desarrollo de elecciones periódicas, con todas las garantías, en nuestro país; cuestión indisoluble para preservar el sistema democrático.

2. La administración electoral en la LOREG

La normativa electoral general se identifica fundamentalmente en el contenido de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG, en adelante), vigente hasta nuestros días. Esta norma respondía, en el momento de su aprobación y, entre otras razones, a la

necesidad de contar con un código electoral que sustituyera al Real Decreto-Ley 20/1977 de normas electorales -aunque muchas cuestiones permanecieron invariables en la nueva legislación-, que estuvo aún vigente durante ocho años, a pesar de su carácter provisional, así como respuesta del mandato constitucional de reservar la materia del régimen electoral general a su regulación mediante ley orgánica (art. 81.1 CE)¹. De este modo, el constituyente español hizo suya la consideración de cierta *sacralidad* atribuida a la normativa electoral y que se sintetiza en las palabras del profesor Martínez Cuadrado al considerar que, salvando las evidentes distancias, declaró que «la ley electoral viene a tener en las democracias representativas la misma importancia que la ley de sucesión en las Monarquías absolutas»².

El alcance de la expresión «régimen electoral general» incorporada en ya referido precepto constitucional había sido interpretado como un mandato para regular, sobre todo, la «ordenación de las campañas electorales y su financiación», con énfasis en la definición de «los principios básicos de actuación de los candidatos y candidaturas, para no vulnerar el principio de igualdad entre contendientes y el principio de neutralidad de los poderes públicos (...)» así como «la determinación de principios y reglas operativas para el control de las finanzas electorales, de su procedencia y de su magnitud»³. El resultado fue una norma completa con vocación de codificar, sin llegar a ser un código en sentido estricto, la legislación general en materia electoral; algo que ha cumplido su función desde su aprobación y hasta la fecha.

En todo caso, la legislación electoral es verdadera norma primaria de un Estado democrático puesto que «constituye el marco jurídico garantizador de la libre competencia por el poder entre las fuerzas políticas en presencia, cuya articulación procedimental es la elección como método especial de selección de los dirigentes y por ende de creación de los órganos representativos»⁴. Además, tiene encomendada las tareas asociadas a la determinación de «todos los actos relativos al proceso electoral, teniendo en cuenta que, por un lado, cada proceso electoral afecta a una pluralidad de sujetos (Gobierno, Administración Pública, Administración Electoral, Tribunales, Partidos...), con una duración aproximada de tres meses, excluyendo los contenciosos electorales posteriores y el control sobre la contabilidad electoral; y, por otro, resulta también afectada la vida política de un país como el nuestro donde la pluralidad de procesos electorales (generales, autonómicos, locales...) conduce a que casi todos los años se celebren elecciones de uno u otro signo»⁵.

Las principales características de la LOREG pueden resumirse en torno a los siguientes aspectos destacados⁶:

- a) La elaboración y tramitación de la Ley se caracterizó por un amplio acuerdo entre los principales partidos políticos con representación parlamentaria, los mayoritarios, contando, además, con el apoyo en las votaciones del texto de más partidos representados en el Congreso⁷, con votos en contra y abstenciones que «no representaban un rechazo

1 Pablo SANTOLAYA MACHETTI, «Significado y alcance de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 53, 1986, pág. 52.

2 Javier GARCÍA ROCA y PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Democracia interna y control de los partidos políticos», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 42, 1984, pág. 242; donde se extractaba la intervención del profesor MARTÍNEZ CUADRADO como parte de la crónica del encuentro italo-español sobre «Partidos políticos y Democracia», celebrado en Roma en el mes de octubre de 1983.

3 José MARÍA VALLÉS, «Derecho electoral y ley orgánica: comentario al artículo 81.1 de la Constitución de 1978», en *Revista de Derecho Político*, núm. 18-19, 1983, pág. 127.

4 Enrique ARNALDO ALCUBILLA y Manuel DELGADO-IRIBARREN, M., *Código Electoral* (9.ª ed.), Wolters Kluwer España, Madrid, 2019, pág. 11.

5 Enrique ÁLVAREZ CONDE, «Los principios del Derecho Electoral», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991, págs. 9-10.

6 Un análisis más completo de esta cuestión del origen de la LOREG, aunque más centrado en aspectos relacionados con la financiación electoral, se puede encontrar en el libro José Luis MATEOS CRESPO, *La financiación electoral en España: evolución, estado de la cuestión y propuestas de reforma*, Aranzadi, 2023.

7 En la primera votación de totalidad del Proyecto de Ley Orgánica de Régimen Electoral General, de los 243 votos emitidos, 239 fueron a favor, 2 en contra y 2 abstenciones. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 199, 18 de abril de 1985, pág. 9190.

global y frontal de la Ley, sino que fijaban una posición contraria al sistema electoral que en ella se mantenía»⁸. Hasta alcanzar un alto grado de acuerdo en torno a la Ley Orgánica, es posible la distinción de tres momentos⁹: uno primero en el que se desarrollaron las conversaciones preliminares a la remisión del Proyecto de ley a las Cortes Generales que no fructificó por la presentación de varias enmiendas a la totalidad; uno segundo, relativo a los debates en el Congreso de los Diputados donde predominan, por un lado, las discrepancias de contenido técnico con el Grupo Parlamentario Popular y, por el otro, las negociaciones con los grupos nacionalistas por las competencias en materia electoral de las comunidades autónomas; y, el tercer momento, que coincide con los debates en el Senado, donde se constatan los efectos de los momentos anteriores y el descuelgue de los partidos de menor tamaño e integrados en el Grupo Mixto, que rechazaban el texto planteado. Una vez aprobada, gozando de un amplio consenso, en cambio no ha dejado de ser cuestionada y fruto de este cuestionamiento son las diferentes reformas que se han llevado a cabo¹⁰.

- b) Es una norma continuista del modelo anterior fijado en las normas de carácter provisional de las primeras elecciones de la actual etapa democrática¹¹, pero también se produjeron mejoras en torno a cuestiones de índole organizativa entre las que se encuentran nuevas disposiciones en torno a la campaña y criterios para atribuir competencias en materia electoral a las comunidades autónomas junto con las del Estado. Esta Ley electoral no suponía reformar sustancialmente las normas que regulaban hasta entonces el proceso electoral en España, sino que vino a «sistematizar, ordenar e introducir mejoras técnicas y correcciones» a la regulación anterior que estaba dispersa^{12 13}.
- c) Es posible identificarla como un código electoral, por la forma en que el legislador sistematizó los aspectos que aborda a través de la LOREG, así como por su estructura y el nivel de agregación de la normativa antes dispersa. La concentración de la normativa electoral en una única ley permite ubicar en ella el grueso de las normas electorales, aunque no puede afirmarse con rotundidad definitiva que sea un verdadero código integrador de todas las normas electorales puesto que también debemos considerar, en el contexto de un Estado compuesto descentralizado, la legislación autonómica en materia electoral.

En relación con la Administración electoral, la LOREG dedica el Capítulo III del Título I a su regulación y, en su sección I, determina el régimen de las juntas electorales. El primero de los artículos integrantes de este capítulo dedicado a los órganos electorales, en concreto, el apartado primero del artículo 8, establece que la Administración electoral debe velar por el cumplimiento de los principios de transparencia y objetividad del proceso electoral, así como del principio de igualdad. El objetivo de estas funciones responde al papel de las juntas electorales «para garantizar la limpieza y pureza de las elecciones, y el respeto de los principios básicos del sufragio y de la competición

8 Joan MARCET MORERA, «Consenso y disensos de doce años de ley electoral», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 41, 1997, pág. 201.

9 Enrique ÁLVAREZ CONDE y Juan Carlos GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, *Código de Derecho electoral español*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 38 y ss.

10 Enrique ÁLVAREZ CONDE: «Las reformas estatutarias y los sistemas electorales autonómicos», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadique Furió Ceriol*, núm. 60-61, pág. 6.

11 Juan Carlos GAVARA DE CARA, «La distribución de competencias en materia electoral en el Estado de las Autonomías», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 22-23, 2004, pág. 57, que lo expresaba del siguiente modo: «nuestro sistema electoral se caracteriza por la continuidad de sus principales elementos y una prueba de ello fue que la LOREG no supuso ningún cambio significativo salvo en aspectos procedimentales y técnicos en relación con el régimen previsto en el Real Decreto-ley 20/1977».

12 Manuel BARQUÍN ÁLVAREZ: «Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 56, 1986, pp. 595 y 596.

13 Enrique ARNALDO ALCUBILLA: «Las reformas posibles del Régimen Electoral Español», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 11, 2001, págs. 45 y ss.

electoral»¹⁴. Si bien en este trabajo nos centraremos en el papel de la Junta Electoral Central, es necesario señalar que la Administración electoral se compone, además, de las juntas electorales provincial, de zona, de comunidad autónoma y las mesas electorales.

3. Las competencias de la junta electoral central

Las funciones de la JEC están definidas también a lo largo de la LOREG y, de forma específica, en el artículo 19.1 se relacionan las competencias que le corresponden a la JEC.

El amplio catálogo de las competencias de la Junta Electoral Central responde a sus funciones principales determinadas con anterioridad, esto es, velar por el cumplimiento de los principios de transparencia y objetividad del proceso electoral, así como del principio de igualdad. Y da cuenta, además, de la relevancia de este órgano para el buen funcionamiento del sistema democrático velando por el procedimiento electoral, habiéndose convertido en un «actor estratégico del sistema político-representativo en España» por su participación activa, su trascendente papel de garantía del procedimiento y velar por el adecuado desarrollo del proceso electoral¹⁵. De hecho, podemos destacar cómo la doctrina que emana de la Junta Electoral a través de sus acuerdos, resoluciones e informes, es de una solidez contrastada; doctrina «que crece progresiva y paulatinamente en cada proceso electoral y que hoy resulta esencial para la comprensión del ordenamiento que lo rige, que no se agota, ni mucho menos, en el *desnudo* texto normativo de la LOREG»¹⁶.

4. La composición y los medios de la junta electoral central

La Junta Electoral Central es el único órgano de la Administración electoral con carácter permanente y se compone, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la LOREG, por los siguientes miembros:

- a) Ocho Vocales Magistrados del Tribunal Supremo, designados mediante insaculación por el Consejo General del Poder Judicial.
- b) Cinco Vocales Catedráticos de Derecho o de Ciencias Políticas y de Sociología, en activo, designados a propuesta conjunta de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores con representación en el Congreso de los Diputados.

Las designaciones de los miembros de la JEC deben realizarse en los noventa días siguientes a la sesión constitutiva del Congreso de los Diputados. Si transcurrido el plazo no se hubiera hecho propuesta de los cinco vocales entre catedráticos de Derecho o Ciencias Políticas y de Sociología en activo, entonces la Mesa del Congreso de los Diputados, oídos los grupos políticos representados en la Cámara, procede a su designación teniendo en cuenta la representación de los grupos políticos. Los miembros de la JEC son nombrados por Real Decreto y su mandato se extiende hasta la toma de posesión de la nueva JEC en el momento del inicio de la siguiente legislatura.

De entre los vocales de origen judicial, se elige por todos los miembros de la JEC en su sesión constitutiva a quienes serán presidente/a y vicepresidente/a. El secretario/a de la JEC será el secretario general del Congreso de los Diputados. El presidente o presidenta se dedicará exclusivamente a las funciones propias de la JEC desde la convocatoria de un proceso electoral hasta la proclamación de electos, pudiendo extenderse este periodo «hasta la ejecución de las sentencias de los procedimientos, contenciosos, incluido el recurso de amparo previsto en el artículo 114.2 de la presente Ley, a los que haya dado lugar el proceso electoral» (art. 9.5 LOREG). Además, también

14 Luis GÁLVEZ MUÑOZ, «Los límites de la campaña institucional y la incentivación de la participación», en *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral: texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pág. 581.

15 Gema PASTOR ALBALADEJO, «La Administración electoral como actor estratégico del sistema político democrático-representativo en España», en Irene BELMONTE MARTÍN y María ÁNGELES ABELLÁN LÓPEZ, *El sistema político español. Entre la memoria y el devenir*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 137-158.

16 Isabel María ABELLÁN MATESANZ, «El proceso electoral desde la doctrina de la Junta Electoral Central», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2004, pág. 273.

participan en las sesiones de la JEC el Director de la Oficina del Censo Electoral, dependiente del Instituto Nacional de Estadística (INE), si bien lo hace con voz, pero sin voto.

De acuerdo con la información extraída de la página web de la propia JEC¹⁷, la composición histórica de este órgano electoral en el periodo 2017-2019 en el que la profesora Figueruelo Burrieza se integró como vocal, tuvo la siguiente composición:

Los miembros de las juntas electorales son inamovibles y sólo podrán ser suspendidos por la comisión de delitos o faltas electorales, previo expediente abierto por la propia JEC mediante acuerdo de la mayoría absoluta de sus componentes, sin perjuicio del procedimiento judicial que pudiera corresponder (art. 16 LOREG). A las sesiones que se celebren y convocadas por su presidente, se exige la presencia de al menos siete de sus miembros para la existencia del quorum suficiente. El régimen de los acuerdos determinad su adopción por mayoría de votos de sus miembros presentes, con voto de calidad del presidente. Y el contenido de las resoluciones o consultas evacuadas por la JEC deben publicarse en el Boletín Oficial del Estado (art. 18 LOREG).

Los medios con los que cuenta la JEC son, en términos generales, escasos. Este órgano electoral no cuenta con personal propio, sino que es asistido por el de las Cortes Generales, tales como letrados u otro personal que permita a la JEC desarrollar sus competencias. La sede del propio órgano electoral se sitúa en la sede del Congreso de los Diputados, lo que da cuenta de la dependencia no sólo orgánica sino también funcional de la JEC. Además, sus vocales no tienen dedicación exclusiva y completa a las labores de la JEC durante su mandato, tan sólo el presidente, como hemos señalado, tiene dedicación exclusiva a las labores inherentes a esta responsabilidad «desde la convocatoria de un proceso electoral hasta la proclamación de electos»; pero el resto de sus miembros y el personal puesto a su servicio únicamente percibirán «dietas y gratificaciones», que también son fijadas por las Cortes Generales (art. 22.1 LOREG). A pesar de esta escasez de medios, la JEC ha ejercido sus competencias de manera eficaz en todos los procesos electorales, con decisiones de enorme trascendencia como la adoptada en el año 2019 en relación con la exclusión como candidatos de miembros de la candidatura de la coalición electoral *Lliures per Europa* (JUNTS) en las elecciones al Parlamento Europeo, como analizaremos en el siguiente apartado.

5. La JEC ante la exclusión de candidatos en las elecciones al Parlamento Europeo en 2019

La decisión adoptada por la JEC en su acuerdo núm. 287/2019, de 28 de abril, en relación con la exclusión de tres miembros de la candidatura de *Lliures per Europa* (JUNTS) en las elecciones al Parlamento Europeo de ese año es, sin duda, una de las que más trascendencia y polémica han generado en los últimos años, por su relación con la figura de destacados dirigentes políticos vinculados con el movimiento y declaración unilateral de independencia de Cataluña en el año 2017. En concreto, la resolución de la JEC valoró la reclamación de dos formaciones políticas, Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía y Partido Popular, solicitando la exclusión de candidatos por entender que no reunían la condición de electores¹⁸.

La mayoría de la JEC estimó parcialmente, con cuatro votos particulares discrepantes, entre los que se encontraba el de la profesora Figueruelo Burrieza, la reclamación presentada y decidió excluir a tres miembros de la candidatura de JUNTS al Parlamento Europeo (Carlos Puigdemont Casamayó, Antoni Comín Oliveres y Clara Ponsatí Obiols) porque, como argumento principal, no reunían el requisito de elegibles al no ser electores y, de acuerdo con la JEC, «para ser elegible ha de concurrir esa cualidad de elector, que vincula, de este modo, el derecho de sufragio pasivo al previo derecho de sufragio activo». A pesar de que estas personas figuraban formalmente como inscritas en el censo electoral, la JEC aprecia «inexactitud del censo electoral pues los candidatos propuestos están incluidos en el censo de presentes cuando es notorio que no son residentes

17 Página web de la Junta Electoral Central, donde se refleja su composición histórica (2017-2019): https://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/admelectoral/jecentral/composicionhistorica?idJecComposicion=937&jecPeriodo=2017%20-%202019&template=Composicion/JEC_Composicion

18 Carlos VIDAL PRADO, *La Junta Electoral Central española: análisis de algunas decisiones recientes*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2020, págs. 57 y ss.

en las localidades donde figuran empadronados, sino que desde hace dos años están fuera del territorio nacional para evadirse de la acción de la justicia». Esta posición de rebeldía procesal impide, además, la consideración como inelegibles de acuerdo con el artículo 6.2 de la LOREG de los candidatos a los que la mayoría de la JEC propone excluir porque su situación como «huidos de la justicia» parece otorgarles más derechos que quienes se encuentran en territorio nacional y han sido procesados por los mismos hechos.

Sin embargo, la decisión no fue unánime y formuló voto particular por parte de cuatro de los miembros de la JEC, entre los que se encontraba, como hemos señalado, la profesora Figueruelo Burrieza. En el voto particular se pone de relieve la importancia de los derechos políticos, entre los que se integran el derecho al sufragio, tanto en su vertiente activa como pasiva, cuya protección y preservación deben ser máximas, garantizando así su ejercicio e interpretando de forma restrictiva las posibles limitaciones. Así, por ejemplo, se alude a la naturaleza declarativa del censo en relación con la titularidad del derecho de voto, no naturaleza constitutiva porque «no existe un derecho a tal inscripción separado del de sufragio, y este comprende el de ser inscrito en el censo». Añadiendo, además, entre otras razones, que la JEC no tiene competencia «para acordar la exclusión del Censo de un ciudadano, pues esta función corresponde exclusivamente a dicha Oficina del Censo Electoral, por los motivos legalmente previstos, y su resolución recurrible directamente ante el juez de lo contencioso-administrativo». Los vocales que suscriben el voto particular, en base a sus razones, que las reclamaciones deberían haber sido desestimadas y no haber excluido a los mencionados candidatos.

Los candidatos excluidos recurrieron la decisión ante la propia JEC, ante el Tribunal Supremo y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo¹⁹. El Tribunal Supremo, en un auto de 5 de mayo de 2019, se declaró incompetente para juzgar el asunto; siendo el juzgado competente el de lo Contencioso-Administrativo. Así, en sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo de Madrid²⁰, declaró la nulidad de la decisión de la JEC y admitió como candidatos a los tres excluidos por el órgano electoral. Como argumento principal, y para rebatir lo esgrimido por la mayoría de la JEC, la jurisdicción contencioso-administrativa afirmó que «No se exige para los candidatos a las elecciones que deban estar inscritos en censo, sino que reúnen los requisitos para ello. Y el único motivo por el cual no se podría proclamar a un candidato es que en él concurriera alguna causa de inelegibilidad. Como se ha indicado anteriormente la única causa de inelegibilidad imputada a los actores es la de su situación de rebeldía, pero, como ha dicho el Tribunal Supremo, tal situación no es causa de inelegibilidad»; por lo que, además, las juntas electorales no tienen competencia para «poner en duda los datos que consten en los registros públicos». A su vez, los partidos políticos Ciudadanos y Partido Popular recurrieron en amparo al Tribunal Constitucional por posible vulneración de derechos fundamentales del derecho a la participación política (art. 23 CE) y la tutela judicial efectiva (art. 24 CE); pero no fueron admitidos a trámite.

6. Conclusiones

La amplia trayectoria de la profesora Figueruelo Burrieza y su relación con el Derecho electoral ha permitido no sólo hacer una breve referencia al papel que desempeña la Administración electoral en su conjunto, sino de manera muy particular la Junta Electoral Central, a la que perteneció durante el periodo 2017-2019. El desempeño de los miembros de la JEC ha contribuido a que este órgano de la Administración electoral haya cumplido de manera sobresaliente las funciones y competencias que tiene encomendadas por el legislador orgánico, y ello a pesar de la escasez de medios propios con los que cuentan.

Esta nota de la escasez de medios de los que dispone la JEC debería ser objeto de análisis particular, no sólo para constatar la realidad que han vivido y viven quienes forman parte de este órgano electoral, sino para poner remedio después de más de cuatro décadas de vigencia del régi-

19 David DELGADO RAMOS, «Inelegibilidad, inmunidad y Junta Electoral Central: a propósito de los “casos Puigdemont y Junqueras”», *Revista de Derecho Político*, núm. 122, 2025, págs. 223 y ss.

20 Sentencias de 6 de mayo núm. 153/2019, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Madrid; 144/2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid; y 113/2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 21 de Madrid.

men electoral para dotar a uno de sus principales *garantes* para que desarrolle sus competencias de una manera más completa. No obstante, y a pesar de que esta circunstancia sea una realidad incuestionable, nada ha impedido a la JEC cumplir con su finalidad de garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad; pero tampoco es indudable que, si se contaran con más medios de todo tipo, incluyendo personal propio y un régimen de dedicación exclusiva para sus miembros, el desempeño de sus competencias y funciones habría sido, sin pocas dudas, aún mejor.

En todo caso, a pesar de las cuestiones susceptibles de mejora en relación con la JEC, su importancia y relevancia no es sólo algo formal, sino, sobre todo, por la trascendencia de sus decisiones y cómo han forjado una doctrina sólida que ha complementado a base de resolver lagunas o con interpretaciones adecuadas de preceptos de la legislación electoral. También, como se ha analizado en este breve trabajo, por el impacto de las decisiones en los terrenos político y jurídico, con un origen plural también en el seno de la JEC en la que cabe discrepar a través de votos particulares. Así sucedió en el caso aquí esbozado relacionado con la exclusión de candidatos a las elecciones al Parlamento Europeo del año 2019, decisión que posteriormente fue enmendada por los juzgados de lo Contencioso-Administrativo, en sintonía con el voto particular de cuatro de los vocales de la JEC.

No obstante, es necesario, además, mejorar la comunicación acerca del papel que desempeña la JEC en el régimen electoral español, no tanto en el ámbito académico que, por supuesto, es sobradamente conocido, sino por el conjunto de la ciudadanía. Seguramente haya muchas fórmulas para lograr ese objetivo de dar a conocer el funcionamiento y la importancia de la Administración electoral y, más en particular, de la JEC, pero resulta, a mi juicio, imprescindible para reforzar las garantías del procedimiento electoral y, sobre todo, mejorar la percepción de la ciudadanía acerca de nuestro sistema democrático, en particular, del procedimiento electoral, frente a la posible difusión de información inexacta o con intención de generar confusión y desconfianza hacia el mismo.

ESTRATEGIAS PARA SUPERAR LA BRECHA DIGITAL Y LA DESINFORMACIÓN COMO MECANISMOS GENERADORES DE DESIGUALDADES

Noelia Morales Romo

*Dpto. Sociología y Comunicación
Universidad de Salamanca*

Beatriz Morales Romo

*Dpto. Didáctica, Organización y Métodos de Investigación
Universidad de Salamanca*

1. Introducción

El derecho a la libertad y la igualdad constituye un pilar fundamental en los sistemas democráticos contemporáneos y en la construcción de sociedades justas. No obstante, estos principios se ven amenazados por las dinámicas propias de la sociedad de la información, donde la digitalización ha ampliado tanto las oportunidades de acceso al conocimiento como las desigualdades estructurales. En particular, la desinformación y la brecha digital afectan de manera desproporcionada a los colectivos más vulnerables, limitando su capacidad de ejercer plenamente sus derechos y participar en la esfera pública¹.

La desinformación, entendida como la difusión deliberada de información falsa o engañosa con la intención de manipular la opinión pública, ha adquirido una dimensión crítica en la era digital. Su impacto es especialmente profundo en sectores con menores niveles de alfabetización mediática y digital, quienes tienen más dificultades para discernir entre información veraz y contenido manipulador². Este fenómeno no solo distorsiona la percepción de la realidad, sino que también puede reforzar prejuicios, generar exclusión social y debilitar la toma de decisiones informada, afectando directamente el ejercicio de la libertad y la igualdad³.

Por otro lado, la brecha digital, definida como la desigualdad en el acceso, uso y apropiación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), profundiza las diferencias económicas, educativas y políticas entre distintos grupos sociales⁴. La falta de conectividad, las limitadas competencias digitales y la exclusión tecnológica reducen las oportunidades de participación en

1 CASTELLS, M. *COMMUNICATION POWER*. Oxford University Press, 2009.

2 WARDLE, C., & DERAKHSHAN, H. *INFORMATION DISORDER: TOWARD AN INTERDISCIPLINARY FRAMEWORK FOR RESEARCH AND POLICYMAKING*. Council of Europe, 2017.

3 BENNETT, W. L., & LIVINGSTON, S. *THE DISINFORMATION AGE: POLITICS, TECHNOLOGY, AND DISRUPTIVE COMMUNICATION IN THE UNITED STATES*. Cambridge University Press, 2018.

4 VAN DIJK, J. *THE DIGITAL DIVIDE*. Polity Press, 2020.

el entorno digital, dejando a ciertos colectivos en una situación de vulnerabilidad aún mayor⁵. De este modo, la brecha digital no solo es un reflejo de desigualdades preexistentes, sino que también las amplifica, afectando especialmente a personas de bajos ingresos, mujeres, adultos mayores y comunidades rurales⁶.

Este capítulo analiza cómo la desinformación y la brecha digital impactan a los sectores más vulnerables de la sociedad, restringiendo su derecho a la libertad y la igualdad. A partir de un enfoque sociológico, se explorarán las dinámicas de exclusión digital y sus consecuencias en la estructura social, así como las posibles estrategias para mitigar estos efectos y garantizar una sociedad de la información más equitativa e inclusiva.

2. La brecha digital y la igualdad de oportunidades

La brecha digital no es una realidad homogénea, sino que varía significativamente en función del contexto geográfico, económico y social. En primer lugar, la diferencia entre los contextos rurales y urbanos es uno de los factores más influyentes que determina el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Las zonas urbanas suelen contar con una infraestructura de telecomunicaciones más avanzada, una mayor cobertura de internet de alta velocidad y un mayor acceso a dispositivos tecnológicos, lo que facilita la participación digital⁷. En contraste, las áreas rurales, especialmente aquellas situadas en países en desarrollo, afrontan serias dificultades en cuanto a conectividad y acceso a servicios tecnológicos. La falta de infraestructuras como redes de internet de alta velocidad, y las distancias geográficas que limitan el acceso físico a servicios tecnológicos, perpetúan una exclusión digital en estos contextos⁸. Esta disparidad tiene implicaciones directas en la igualdad de oportunidades, ya que quienes residen en zonas rurales tienen menos acceso a las herramientas necesarias para participar activamente en la sociedad de la información, afectando su educación, su acceso al empleo y su participación cívica.

La desigualdad en el acceso a las TIC no se limita a las diferencias entre áreas urbanas y rurales dentro de un país, sino que también se da entre países. En el ámbito global, las naciones desarrolladas disfrutan de un acceso generalizado y avanzado a internet y dispositivos digitales, lo que les permite a sus ciudadanos participar plenamente en la economía digital, la educación online y la ciudadanía digital. Sin embargo, en los países en desarrollo, particularmente en África, América Latina y Asia, el acceso a internet sigue siendo limitado, y las infraestructuras necesarias para la conectividad y la formación digital son insuficientes⁹. De acuerdo con el Informe sobre el Desarrollo Mundial del Banco Mundial, alrededor del 60 % de la población mundial aún no tiene acceso a Internet, lo que deja a cientos de millones de personas en una posición de desventaja en cuanto a la participación social, política y económica¹⁰. En este sentido, la brecha digital refuerza las desigualdades económicas y sociales entre países, dificultando el desarrollo de políticas inclusivas a nivel global y limitando las posibilidades de que los sectores más desfavorecidos puedan beneficiarse del potencial transformador de la tecnología.

5 NORRIS, P. *Digital Divide: Civic Engagement, Information Poverty, and the Internet Worldwide*. Cambridge University Press, 2001.

6 HILBERT, M. *Digital Gender Divide or Technologically Empowered Women in Developing Countries? A Typical Case of Lies, Damned Lies, and Statistics*. *Women's Studies International Forum*, 34(6), 2011, págs. 479-489.

7 GRAHAM, M., & ZOOK, M. *Augmented Reality in the Global North and South: Examining the Digital Divide in the Age of Augmented Reality*. *Information, Communication & Society*, 16(6), 2013, págs. 935-952.

8 GRAHAM, M., et al. *Digital Divides, Digital Economies, and the Digital Economy: A Critical Discussion of Internet Infrastructure in Rural Areas*. *Journal of Rural Studies*, 55, 2017, págs. 135-144.

9 HILBERT, M. *Digital Gender Divide or Technologically Empowered Women in Developing Countries? A Typical Case of Lies, Damned Lies, and Statistics*. *Women's Studies International Forum*, 34(6), 2011, págs. 479-489.

10 WORLD BANK. *World Development Report 2016: Digital Dividends*. World Bank Group, 2016.

2.1. La brecha digital de acceso y las diferencias generacionales

Uno de los aspectos más destacados de la brecha digital es la desigualdad en el acceso a la información, un fenómeno que se acentúa de manera particular según las diferencias generacionales. Mientras que las generaciones más jóvenes, que han crecido rodeadas de tecnología, se benefician del acceso casi omnipresente a dispositivos digitales e internet, las generaciones mayores enfrentan obstáculos significativos para integrar las tecnologías en su vida cotidiana, lo que contribuye a la perpetuación de una brecha digital de acceso con implicaciones sociales, económicas y políticas.

El concepto de brecha digital generacional se refiere a las disparidades en la adopción y uso de las tecnologías digitales entre distintas cohortes de edad. Las personas jóvenes, generalmente nacidas en la era digital, tienen una mayor familiaridad con las tecnologías y son más propensas a ser usuarias activas de internet y dispositivos electrónicos. En cambio, los individuos de las cohortes etarias más altas tienden a ser más reticentes al uso de las TIC o enfrentan dificultades derivadas de la falta de formación digital, lo que limita su capacidad para acceder y participar en el entorno digital¹¹.

Las generaciones más jóvenes, nacidas en la era de la información, han integrado las TIC de manera natural en sus vidas, lo que les otorga una ventaja significativa en el acceso a recursos educativos, oportunidades laborales y participación política. Los jóvenes son consumidores activos de plataformas digitales, desde las redes sociales hasta aplicaciones educativas y profesionales, y su dominio de las herramientas digitales les permite obtener información de manera rápida y participar en comunidades globales de forma directa. Además, las generaciones más jóvenes tienden a ser más innovadoras en la adopción de nuevas tecnologías, lo que las coloca en una posición favorable para aprovechar las oportunidades que ofrece la digitalización, desde el aprendizaje a distancia hasta la creación de contenido y la participación en debates políticos y sociales en línea.

En contraste, las generaciones mayores enfrentan barreras más marcadas en el acceso y uso de las TIC, que van desde la falta de familiaridad con las tecnologías hasta cuestiones relacionadas con la disponibilidad de recursos o la percepción de que estas tecnologías son innecesarias o complicadas¹². En muchos casos, las personas mayores se sienten excluidas del uso de internet y de los dispositivos electrónicos debido a su falta de habilidades tecnológicas, lo que se conoce como *alfabetización digital limitada*. Este fenómeno puede estar vinculado a una historia de exclusión de las tecnologías digitales, en la que las generaciones mayores no tuvieron acceso ni la oportunidad de aprender a utilizarlas de manera efectiva. Además, problemas como la falta de confianza en la tecnología, la visión deteriorada o las discapacidades cognitivas pueden generar una mayor resistencia o dificultad en su uso.

El acceso limitado de los mayores a internet también está relacionado con aspectos socioeconómicos, ya que muchas personas mayores viven en situación de pobreza o tienen ingresos limitados, lo que dificulta su capacidad para adquirir dispositivos digitales o pagar por una conexión a internet¹³. En este sentido, la brecha digital se convierte en una barrera adicional para su participación activa en la sociedad de la información, limitando su acceso a servicios esenciales como la atención médica en línea, la educación a distancia, las oportunidades laborales y las interacciones sociales en plataformas digitales.

Las implicaciones de la brecha digital generacional son profundas, no solo en términos de acceso a oportunidades y recursos, sino también en términos de equidad social y económica. Las personas mayores que carecen de acceso a las TIC pueden experimentar aislamiento social, ya que muchas actividades cotidianas -como el pago de servicios, la búsqueda de información o la interacción con familiares y amigos- se están digitalizando rápidamente. La exclusión de estas

11 VAN DEURSEN, A. J. A. M., & HELSPER, E. J *The Third-Level Digital Divide: Who Benefits Most from Being Online?*. *Communication and Information Technologies Annual*, 10, 2015, págs. 1-23.

12 CHOPIK, W. J. *The Aging of Technology: The Importance of Digital Literacy for Older Adults*. *The Gerontologist*, 56(2), 2016, págs. 200-218.

13 DUTTON, W. H. *The Fifth Estate: The Age of Digital Inequality*. Polity Press, 2016.

interacciones puede aumentar la vulnerabilidad de los mayores, afectando su bienestar social y psicológico¹⁴.

Además, esta brecha tiene implicaciones en la igualdad de oportunidades. En un mundo cada vez más digitalizado, los jóvenes que no solo acceden a la tecnología, sino que también desarrollan competencias digitales avanzadas, tienen mayores probabilidades de acceder a empleos de calidad, participar en la innovación y tomar decisiones informadas. Por el contrario, los mayores con menor acceso y habilidades digitales se ven limitados en su capacidad para competir en el mercado laboral o incluso para acceder a servicios gubernamentales básicos, lo que perpetúa las desigualdades estructurales dentro de la sociedad.

3. La desinformación como motor de la discriminación: mujeres, migrantes y minorías en la era digital

Tras exponer cómo la brecha digital restringe las oportunidades, analizamos ahora el aporte de la desinformación como motor de desigualdades. La desinformación, entendida como la propagación deliberada de información falsa o engañosa con el propósito de manipular, influir o distorsionar la percepción pública, ha alcanzado dimensiones masivas con la expansión de las redes sociales y las plataformas digitales. En un mundo donde la información circula de manera instantánea y a gran escala, la desinformación se ha convertido en una herramienta poderosa para fomentar estereotipos, prejuicios y, en última instancia, la discriminación social. Como señala Tufekci¹⁵, la desinformación se convierte en un fenómeno de amplificación, donde las emociones, en lugar de la razón, se convierten en el motor de la comunicación. Este fenómeno de amplificación tiene efectos devastadores en ciertos grupos sociales, en especial en las mujeres, migrantes y distintas minorías.

Uno de los grupos más vulnerables a los efectos de la desinformación son las mujeres. Las narrativas de desinformación, que a menudo están cargadas de prejuicios y misoginia, contribuyen a la perpetuación de estereotipos dañinos sobre las mujeres, especialmente en el ámbito político y social. Investigaciones como las de Ciela Schiffer y Erika Chin¹⁶ muestran que las campañas de desinformación dirigidas contra figuras públicas femeninas no solo distorsionan sus palabras y acciones, sino que también crean una representación de las mujeres como incapaces, irracionales o traidoras. Estos discursos, en los que se difunden rumores falsos sobre el comportamiento de las mujeres o sus capacidades, refuerzan la idea de que el liderazgo o la autoridad femenina es inapropiada, provocando la exclusión de las mujeres de ciertos espacios de poder. La tecnología, en este sentido, no solo amplifica la desinformación, sino que también crea un caldo de cultivo para la normalización de actitudes misóginas que de otro modo serían socialmente inaceptables.

El caso de las mujeres migrantes es igualmente alarmante. La desinformación relacionada con la inmigración ha sido utilizada para construir narrativas de invasión y amenaza, alimentando el miedo y la xenofobia. Rumores infundados sobre la criminalidad de los inmigrantes, la sobrecarga de los sistemas de salud o el abuso de beneficios sociales, son presentados como verdades sin base empírica. La desinformación es una herramienta clave para construir una imagen de los inmigrantes como una amenaza, y las mujeres migrantes son las que más sufren las consecuencias de este proceso¹⁷. Estos mitos no solo aumentan el rechazo hacia los inmigrantes, sino que también fomentan una mayor discriminación contra las mujeres inmigrantes, quienes, en muchos casos, se ven estigmatizadas doblemente: como inmigrantes y como mujeres. La desinformación sobre

14 CZAJA, S. J., et al. *Effects of Aging on Access to Technology and Information*. *Journal of Aging & Social Policy*, 18(4), 2006, págs. 137-151.

15 TUFEKCI, Z. *Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest*. Yale University Press, 2017.

16 SCHIFFER, C., Y CHIN, E. *Feminist perspectives on the impact of disinformation*. *Gender Studies Journal*, 2020.

17 GONZÁLEZ, R. G. *La desinformación en la inmigración: Un análisis sociopolítico*. Editorial Migración y Sociedad, 2019.

el rol de las mujeres en las comunidades inmigrantes a menudo refuerza los estereotipos de que son dependientes, pasivas o incluso una carga para la sociedad, lo que legitima políticas públicas discriminatorias y contribuye a su marginación.

Por otro lado, las minorías raciales y étnicas también se ven profundamente afectadas por las campañas de desinformación, que a menudo las presentan como otros, como sujetos de sospecha o de amenaza para la estabilidad social. Este tipo de desinformación no solo distorsiona la realidad, sino que también tiene el poder de cristalizar actitudes racistas que, en un contexto pre-digital, podrían haber permanecido en la periferia del discurso público. Según el investigador en comunicación política, Zuckerman¹⁸, la desinformación amplifica las narrativas que deshumanizan a ciertos grupos, lo que facilita su exclusión social y la reproducción de prejuicios raciales y étnicos. A través de la viralización de información errónea o manipulada, los miembros de grupos minoritarios son representados como peligrosos, inadaptados o inferiores, lo que perpetúa la discriminación institucionalizada y social.

La interacción entre la desinformación y la discriminación es bidireccional. Mientras la desinformación alimenta los prejuicios y las actitudes hostiles hacia mujeres, inmigrantes y minorías, estas mismas personas se encuentran, a menudo, en desventaja en cuanto al acceso a la información y a las herramientas necesarias para contrarrestar la desinformación. Las mujeres, las personas migrantes y las minorías son quienes más sufren las consecuencias de vivir en una sociedad que no solo las marginaliza, sino que también distorsiona su imagen a través de los medios digitales, con efectos devastadores para su dignidad y sus derechos humanos. La desinformación genera una atmósfera de desconfianza y temor, donde los colectivos más vulnerables son los más indefensos y los que necesitan de más protección¹⁹.

4. La alfabetización mediática y digital como estrategia para reducir las desigualdades

Uno de los aspectos clave que determina la capacidad de los individuos para superar la brecha digital es la alfabetización digital. La alfabetización digital se refiere a la habilidad para utilizar las tecnologías digitales de manera eficiente, crítica y ética, no solo en términos de acceso a la información, sino también de creación y participación en el entorno digital²⁰. La falta de alfabetización digital es una barrera crucial que limita el acceso efectivo a los beneficios de la tecnología. La población que carece de las competencias necesarias para utilizar internet y dispositivos digitales no solo enfrenta dificultades para acceder a la información, sino también para participar en la toma de decisiones políticas, acceder a servicios públicos o mejorar sus perspectivas de empleo²¹. En este contexto, los grupos más vulnerables -como los adultos mayores, las personas con bajos niveles educativos y las comunidades rurales- son los más afectados por la escasa alfabetización digital, lo que agrava la desigualdad de oportunidades y perpetúa la exclusión social²².

Así, la brecha digital no solo es una cuestión de acceso a la tecnología, sino también de capacidades cognitivas y educativas que permiten a los individuos participar plenamente en la sociedad de la información. Las políticas públicas y los programas educativos que promueven la alfabetización digital son, por tanto, herramientas clave para reducir esta brecha y fomentar la igualdad de oportunidades en un contexto digital globalizado. La implementación de estrategias que permitan el acceso a las TIC y la capacitación digital de las poblaciones más vulnerables es fundamental para lograr una inclusión real en la sociedad de la información.

18 ZUCKERMAN, E. *Rewired: The Social Media Revolution*. W. W. Norton & Company, 2018.

19 JAMIESON K. H. *Cyberwar: How Russian Hackers and Trolls Helped Elect a President*. Oxford University Press, 2020.

20 VAN DIJK, J. *THE DIGITAL DIVIDE*. Polity Press, 2020.

21 OECD. *THE DIGITAL TRANSFORMATION OF EDUCATION AND ITS IMPACT ON INEQUALITY*. OECD Publishing, 2016.

22 VAN DEURSEN, A. J. A. M., & HELSPER, E. J *The Third-Level Digital Divide: Who Benefits Most from Being Online? Communication and Information Technologies Annual*, 10, 2015, págs. 1-23.

El reto de la alfabetización digital se encuentra, en muchos casos, interrelacionado con la brecha económica. En los países en desarrollo, la falta de recursos financieros para la adquisición de dispositivos y el acceso a internet crea una doble brecha: una en términos de infraestructura y otra en términos de habilidades y formación²³. En países más desarrollados, la brecha digital está siendo cada vez más definida por el nivel de educación y la capacidad de las personas para adaptarse a los rápidos cambios tecnológicos. En este sentido, se ha señalado que, a medida que la tecnología se convierte en un requisito esencial para la vida cotidiana, las personas con bajo nivel de alfabetización digital se encuentran en una posición aún más vulnerable, ya que no solo carecen de las herramientas, sino también de la capacitación necesaria para interactuar con los entornos digitales de manera efectiva²⁴.

La educación desempeña un papel crucial en la lucha contra la desinformación y en la mitigación de las desigualdades sociales derivadas de su propagación. En un contexto global marcado por la rápida circulación de información, a menudo manipulada o distorsionada, se hace urgente que los sistemas educativos preparen a las futuras generaciones no solo para adquirir conocimiento, sino también para ser críticos y reflexivos sobre las fuentes de información que consumen. La capacidad de discernir entre hechos y opiniones, entre la verdad y la falsedad, es esencial para la construcción de una ciudadanía informada, capaz de desafiar narrativas que perpetúan la discriminación y los prejuicios.

Un aspecto clave de la educación en este sentido es el desarrollo de alfabetización mediática y digital. Según el Informe de la UNESCO²⁵ sobre *Alfabetización Mediática e Información*, la alfabetización mediática no solo implica el acceso a la información, sino también la capacidad crítica para analizar, evaluar y crear contenido mediático. Esta habilidad permite a los individuos no solo reconocer la desinformación, sino también cuestionar las narrativas discriminatorias que a menudo se difunden a través de las redes sociales y otros medios digitales. Una educación crítica sobre los medios de comunicación puede contrarrestar los prejuicios y las representaciones negativas que alimentan la discriminación hacia las mujeres, los inmigrantes y las minorías²⁶.

La integración de programas de alfabetización digital en los currículos escolares es, por lo tanto, un paso fundamental. Estos programas deben enseñar a los estudiantes a utilizar las herramientas digitales de manera responsable y reflexiva, proporcionándoles los recursos necesarios para identificar fuentes confiables y detectar señales de desinformación. En un estudio de 2020, la investigadora Laura Peters²⁷ destacó que la alfabetización digital no solo capacita a los estudiantes para navegar el vasto océano de la información en línea, sino que también fomenta una comprensión más profunda de las estructuras de poder.

Además de la alfabetización mediática, la educación debe ofrecer un espacio para reflexionar sobre los prejuicios estructurales que subyacen a las narrativas discriminatorias. La desinformación se nutre de estereotipos profundamente arraigados sobre las mujeres, los inmigrantes y las minorías raciales y étnicas, y es precisamente en la educación donde se pueden cuestionar estos estereotipos. En este sentido, las prácticas educativas basadas en la educación intercultural y de género son fundamentales. Promover una educación que celebre la diversidad y que enseñe sobre la historia y las experiencias de los grupos marginalizados puede ser una herramienta poderosa para dismantlar los prejuicios que alimentan la desinformación. Como afirma el sociólogo Manuel Castells la educación es la mejor defensa contra la manipulación ideológica y los discursos de odio²⁸.

23 GUNKEL, D. J. *The Internet and Social Inequality*. In *The Internet and Social Inequality* (págs. 1-22). Routledge, 2015.

24 VAN DIJK, J. *THE DIGITAL DIVIDE*. Polity Press, 2020.

25 UNESCO. *Alfabetización mediática e información: un enfoque integral*. UNESCO, 2013.

26 LEUNG, L. *Media Literacy and Digital Citizenship in the Age of Disinformation*. Springer, 2020.

27 PETERS, L. *Digital Literacy in the Age of Misinformation*. Routledge, 2020.

28 CASTELLS, M. *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*. Alianza Editorial, 2018.

La educación también tiene un papel crucial en empoderar a los grupos vulnerables para que puedan ser agentes activos en la producción y distribución de información. Las mujeres, los inmigrantes y las minorías tienen derecho no solo a ser receptoras de información, sino también a ser creadoras de contenido que refleje sus realidades y voces. Fomentar el acceso a la educación en tecnología y medios digitales puede brindar a estos grupos la oportunidad de contrarrestar las narrativas desinformadas que se les imponen.

Por último, la educación en valores democráticos también juega un rol esencial en la lucha contra la desinformación. Enseñar sobre la importancia de la verdad, la justicia y el respeto por los derechos humanos fomenta una ciudadanía crítica que puede identificar las mentiras y los engaños que buscan dividir a la sociedad. Programas educativos que promuevan el pensamiento crítico, el respeto a la diversidad y el análisis ético de la información permiten crear una población menos susceptible a los efectos divisivos de la desinformación.

5. Conclusiones

El acceso a la información se encuentra en una encrucijada entre la libertad y la desigualdad. Si bien el entorno digital ha abierto nuevas oportunidades para la circulación del conocimiento, también ha profundizado brechas preexistentes y generado nuevos desafíos en términos de equidad y justicia informativa.

Las mujeres, al igual que otros colectivos vulnerables, enfrentan barreras específicas en el acceso a información veraz y confiable. La desinformación, lejos de ser un fenómeno aislado, es un mecanismo que refuerza desigualdades estructurales y limita la participación equitativa en la sociedad.

Para enfrentar esta problemática, es necesario un enfoque integral que combine la alfabetización mediática, la regulación de plataformas digitales y políticas de igualdad de género. Solo así será posible garantizar que el derecho a la información no se convierta en un privilegio de unos pocos, sino en una herramienta de empoderamiento y transformación social para todas y todos.

La brecha digital generacional, al igual que otras dimensiones de la brecha digital, refleja la desigualdad en el acceso y uso de las tecnologías, pero con un componente adicional de exclusión social y económica. Superar esta brecha implica no solo mejorar la infraestructura digital y la accesibilidad, sino también fomentar programas de alfabetización digital inclusivos que brinden a las generaciones mayores las herramientas necesarias para integrarse plenamente en la sociedad digital. La política pública, la educación y la acción comunitaria deben trabajar de manera conjunta para garantizar que todas las generaciones tengan igualdad de oportunidades para participar en la sociedad de la información, reduciendo así la exclusión digital y promoviendo una mayor cohesión social.

En resumen, la educación tiene el potencial de ser una herramienta transformadora en la reducción de las desigualdades derivadas de la desinformación. A través de la alfabetización mediática y digital, la reflexión sobre los prejuicios sociales, la promoción de la diversidad cultural y de género, y el empoderamiento de los grupos vulnerables, la educación puede contribuir a la creación de una sociedad más equitativa, informada y libre de discriminación. Como señala Nussbaum²⁹, la educación es el medio por el que los individuos se convierten en ciudadanos responsables, justos y autorreflexivos. Solo a través de un enfoque educativo integral se podrá combatir efectivamente la desinformación y sus consecuencias sobre las mujeres, los inmigrantes y las minorías.

29 NUSSBAUM, M. *Not for Profit: Why Democracy Needs the Humanities*. Princeton University Press, 2010.

LA PRODUCCIÓN DE ESPACIOS JURÍDICOS COMO PRÁCTICA «IDEO-LÓGICA»

Matteo Nicolini

Universidad de Verona

La investigación científica requiere constancia, dedicación y aplicación. E intuición. No es tanto una cuestión de perseguir los deseos y ambiciones personales de los profesores o seguir modas y tendencias en la selección de los temas a investigar —lo que, desgraciadamente, es un fenómeno difuso en los círculos académicos—. La intuición es algo distinto; se trata, en mi opinión, de reconocer que la relación entre Derecho-realidad es dinámica y susceptible de ser indagada desde múltiples perspectivas; se trata, por ende, de aceptar el desafío y «abrir» nuestras investigaciones a las oportunidades facilitadas por estas nuevas perspectivas. La intuición consiste precisamente en eso: aprovechando de la libertad de investigación que nos ofrece la comparación¹, debemos pisar nuevas sendas, explorar el Derecho desde nuevas perspectivas o, en su caso, sustentar los que desean recorrer nuevas trayectorias científicas.

Ángela hizo precisamente esto conmigo. Tras de publicar mi monografía sobre geografía jurídica², en 2023 ella me ofreció la posibilidad de impartir, en el ámbito de la «Cátedra Extraordinaria de Derecho Comparado “Professore Lucio Pegoraro”» de la Universidad de Salamanca, un curso de especialización en Derecho comparado dedicado a la relación entre fenómeno jurídico y espacio. Intitulado «Introducción a la Geografía Jurídica», aquel curso pretendía facilitar unas claves básicas de lectura para explorar dicha relación. Este ensayo está dedicado a Ángela y toma aquellas clases como punto de partida y profundiza el estudio de la geografía jurídica la luz de las investigaciones que he llevado a cabo en los últimos dos años. Gracias a la intuición de Ángela, me he vuelto «caminante» por los *Campos de Castilla* hacia Salamanca, lugar de preciosas amistades, para enseñar geografía jurídica. Dicha disciplina aún sigue siendo una senda parcialmente inexplorada, poblada solo por estudiosos (muchas veces ocasionales) que se autodefinen geógrafos jurídicos. Al pisar dicha senda, sin embargo, me acompañan los versos de Antonio Machado: «no hay camino, se hace camino al andar».

1. La navegación interdisciplinar del jurista

La relación entre Derecho y espacio ejerce un encanto irresistible sobre los juristas. Se trata, pues bien, de una verdadera atracción la cual, sin embargo, suele ir acompañada de una sensación de *desorientación*, puesto que dicha relación insta al estudioso del Derecho positivo a abandonar la protegida y segura rada de sus estudios disciplinares para embarcarse en una distinta (y menos usual) forma de navegación, esto es, la de la investigación interdisciplinar. A la hora de explorar dichas intersecciones el jurista no puede limitarse a una reseña (por muy puntual que sea) de las infraestructuras jurídicas reguladoras de la realidad. Al contrario, la realidad debe estudiarse tal y

1 Sobre la comparación como «gift of freedom» v. KAHN-FREUND, O., «Comparative Law as an Academic Subject», en *Law Quarterly Review*, núm. 82, 1966, pág. 41.

2 NICOLINI, M., *Legal Geography. Comparative Law and the Production of Space*, Cham, Springer, 2022.

como es: «una geografía concreta ... una escritura sin palabras depositada en la superficie de la Tierra, en las ciudades y los campos» y en las extensiones del mar³. Esto requiere «un arte de la lectura e interpretación, una hermenéutica» de la complejidad de la realidad, que es en sí misma irreductible a las categorías lineales (y cartesianas) que solemos aplicar en la investigación jurídica⁴.

¿Cuáles son, pues, las coordenadas para el jurista que se embarca en esa navegación?

La respuesta habitual a dicha pregunta es la siguiente: la ciencia jurídica siempre ha ido dialogando con las disciplinas geográficas⁵. Se trata de una respuesta insatisfactoria y que elude el problema. Quienes se acercan a la geografía jurídica deben aprender a navegar con una gran variedad de métodos y temas: lo que hace poco práctico basarse en puntos de referencia adoptados en navegaciones geográfico-jurídicas anteriores⁶. La navegación de los geógrafos jurídicos es, sin duda alguna, una navegación que recuerda la τέχνη ναυτική que el filósofo italiano Massimo Cacciari considera típica «del marinero-colonizador, del viaje, de aquel que «desplaza» incesantemente los límites de su «propia» tierra» y de sus propias investigaciones también sobre la superficie marina, sabiendo muy bien que esta no conservará el recuerdo del recorrido emprendido, sino solo su narración⁷. «Los barcos que cruzan los mares», nos recuerda Carl Schmitt, «no dejan huellas»⁸. El concepto es reiterado, *in partibus geographiae*, por Antoine Frémont: «El hombre solo está de paso aquí. No deja rastro, salvo su basura»⁹.

El uso de metáforas idénticas por un filósofo, un jurista y un geógrafo no puede reducirse a una curiosa coincidencia. Todo lo contrario: al converger en una característica de la hidrosfera (la imposibilidad de dejar huellas en los mares), los tres señalan su *geografía concreta* como la coordenada de navegación entre el espacio y el derecho capaz de mitigar la desorientación interdisciplinar.

En apoyo de este planteamiento puede citarse *La poétique de l'espace* del filósofo de la ciencia Gaston Bachelard (1884-1962): «El espacio captado [*saisi*] por la imaginación no puede seguir siendo un espacio indiferente dejado a la medida y la reflexión del geómetra. Está vivo. Y se vive ... con todos los sesgos de la imaginación»¹⁰. Volveremos más adelante sobre el papel de la imaginación en los procesos de producción (también jurídica) del espacio. Lo que resulta evidente aquí es la apertura del crédito a la geografía concreta para operar como coordenada de navegación. No es casual que se haya utilizado la locución «producción del espacio». Es expresiva de la *vuelta espacial* («spatial turn») de la geografía (cultural) humana que tuvo lugar a finales del siglo XX¹¹.

3 BESSE, J.-M., *La nécessité du paysage*, Marsella, Éditions Parenthèses, 2020, pág. 17. Sobre la configurabilidad de una hidrología jurídica y de los espacios marinos, cf. NICOLINI, M., *Legal Geography*, cit., págs. 72-76. Cf. además CRISTY, C., *Legal Geographies of Water The Spaces, Places and Narratives of Human-Water Relations*, Adingdon y Nueva York, Routledge, 2025.

4 BESSE, *La nécessité*, cit., pág. 18.

5 Para una reconstrucción de este diálogo, véase BRAVERMAN, I. Y OTROS, «Expanding the spaces of law», en *The expanding spaces of law: a timely legal geography*, obra colectiva, coordinadores Irus Braverman y Otros, Stanford, Stanford U.P., 1-29; CHIODELLI, F., «Research methods for legal geography», en *Area*, 2025 accesible a <https://doi.org/10.1111/area.70019> (acceso 30.07.25).

6 De hecho, nuestra disciplina ha ampliado su alcance hast al punto de presentar una «notable amplitud temática»: ORZECK R., HAE L., «Restructuring legal geography», en *Progress in Human Geography*, núm. 44, 2019, pág. 832.

7 CACCIARI, M., *Geofilosofia dell'Europa*, Mila2n, Adelphi, 2008, 5.ª ed., pág. 53.

8 «Sobre las olas, todo es ola»: SCHMITT, C., *Der nomos der erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlín, Duncker & Humblot, 1950, trad. castellana *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del «Jus publicum europaeum»* por D. Schilling Thon, Buenos Aires, Struhart y Cía, 2003, pág. 22. Cf. además RUSCHI, F., *El nomos del mar. Espacio, derecho y hegemonía en Carl Schmitt*, traducido al castellano por P.D. Eiroa, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, pág. 39 y sigs.

9 FRÉMONT, A., «L'espace maritime et marchand: pour une problématique», en *L'Espace géographique*, núm. 25, 1996, pág. 204.

10 BACHELARD, G., *La poétique de l'espace*, París, Presses Universitaires de France, (1950) 2020, pág. 50.

11 NAYAK, A. Y JEFFREY, A., *Geographical Thought. A Critical Introduction to Ideas in Geography*, Abingdon y Nueva York, Routledge, 2a ed., 2025, pág. 127 y sigs.

El enfoque era (y sigue siendo) declaradamente interdisciplinar; el espacio es una construcción social resultante de la interacción de una pluralidad de variables económicas, sociales, políticas e incluso jurídicas¹².

Aquí radica la razón de la desorientación del jurista. En el imaginario de éste, el Derecho es una práctica reguladora, que ordena la realidad *ab extrínseco*. Por lo tanto, es patente que reducir el Derecho a una variable, entre otras variables, de producción espacial cause contrariedad entre los juristas, incluso entre ellos que participan activamente en la investigación interdisciplinaria.

Cabe señalar que la producción de geografías concretas no es totalmente ajena al Derecho comparado, esto es, la disciplina que más frecuenta los espacios donde las geometrías de la dogmática jurídica se encuentran con la realidad. Con su vocación interdisciplinar y su método empírico, se orienta en tales espacios e investiga sus procesos de producción. Su enfoque crítico, a menudo provocador y decididamente subversivo, le confiere «un punto de vista externo» sobre el Derecho¹³, que lo hace permeable a las contaminaciones del mundo real.

En este sentido, puede decirse que el espacio *también* se produce a través del Derecho.

La comparación ayuda a aliviar la incomodidad del estudioso del Derecho positivo. El jurista que se acerca a los procesos de producción espacial puede contar con su mediación al emplear *la geografía concreta* como coordenada de navegación. Y esta mediación será el centro de este ensayo. En mi opinión, la comparación jurídica deriva su capacidad de navegar entre las geografías del mundo de ciertas *cualidades* que comparte con las ciencias geográficas y que revelan el cuadro —conceptual y epistemológico— para comprender los procesos de producción espacial. En virtud de estas cualidades, la comparación jurídica puede ser definida como una *competencia cultural*: su vocación interdisciplinar, empírica y crítica le permite penetrar en la realidad y comprender sus dinámicas socio-geográficas, para averiguar cómo se realiza la práctica «ideo-lógica» de su producción a través de la apropiación del espacio y asignación de significado a los datos del mundo real. Este doble proceso es evidente en la producción del paisaje, en el cual, como se verá a continuación, se desenmascara dicha componente ideológica y se manifiesta el papel de la imaginación como interfaz a la hora de transformar el espacio jurídico en un *lugar vivido* por sus propias comunidades.

2. Las cualidades «geográficas» de la comparación jurídica

A la luz de lo que se acaba de exponer, es evidente la aportación de la comparación al estudio de las relaciones entre espacio y fenómeno jurídico. Como ya he ido repitiendo varias veces, su capacidad de mediación deriva de una vocación interdisciplinar que le permite «frecuentar» la realidad, dentro de la cual el Derecho actúa como una de las demás variables de producción de los espacios.

Sin embargo, tal frecuentación no es suficiente para dar cuenta de la actitud crítica de la comparación. Penetrar en la complejidad de los procesos de «descripción de la tierra»¹⁴ requiere cualidades ulteriores, que el Derecho comparado comparte con las ciencias geográficas. Consideremos, a modo de ejemplo, los objetivos epistemológicos, que son comunes a ambas disciplinas. Al preservar *la continuidad* entre las dimensiones humana y medioambiental, el Derecho comparado y la geografía prestan especial atención al mundo sin convertirlo en una entidad separada del sujeto pensante que, con toda evidencia, vive inmerso en el mundo mismo¹⁵. De hecho, no es casualidad que el geógrafo humano Alastair Bonnett identifique el *proprium* de la geografía en su «capacidad de aprehender el mundo intelectualmente [*ability to grasp the world intellectually*]»¹⁶.

12 Sobre el espacio como construcción social, véase ya LEFEBVRE, H., *La production de l'espace*, París, Éditions Anthropos, 1974 traducción inglesa *The Production of Space* a cargo de D. Nicholson-Smith, Oxford, Blackwell, pág. 26.

13 SOMMA, A. *Introduzione al diritto comparato*, Turín, Giappichelli, 205, pág. 25.

14 Estos son los procesos que Eratóstenes de Cirene (288-205 a.C.) denominó por primera vez γεωγραφία.

15 Véase NICOLINI, M., «“Writing the Earth and Representing the World”: The Cartographical Ambitions of Comparative Law», en *Journal of Comparative Law*, núm. 19, 2024, págs. 80-81.

16 BONNETT, A., *What is geography?*, Londres, SAGE, 2008, pág. 32.

Bonnett no podría haber acuñado una definición mejor, ya que esta capacidad es *también* un atributo de la comparación, como ciencia crítica dotada de sus propios fines cognitivos, entre ellos la comprensión del Derecho como rasgo constitutivo del mundo real.

La finalidad de ambas disciplinas es conocer, comprender y ordenar el mundo, dando sentido al entrelazamiento de variables que crean la construcción del espacio social. Derecho comparado y geografía utilizan diversos métodos para examinar el significado del fenómeno jurídico practicado en contextos socio-geográficos para apreciar su unidad; en el mismo tiempo, es necesario reconocer que el fenómeno jurídico no es impenetrable (*indiferente*, diría Bachelard) al contexto en el que se practica. Aquí se manifiesta otra cualidad de la comparación: el enfoque empírico que le permite apreciar la íntima conexión entre el Derecho y los contextos en que se practica¹⁷.

La geografía posee también un enfoque empírico. Exploraciones, viajes, descubrimientos, cartografía y *trabajo de campo* le permiten describir e interpretar las variaciones diatópicas que hacen de la tierra «el mundo del hombre»¹⁸. Con su enfoque empírico, investiga «la huella de la historia», es decir, los procesos de antropización (y producción) de los espacios¹⁹. La geografía establece un puente entre la compleja red de relaciones que subyace a estos procesos, contribuyendo a la reflexión crítica sobre la naturaleza inherente del derecho a la dinámica generadora de geografías concretas.

Las cualidades —epistemológicas y metodológicas— que la comparación jurídica comparte con las ciencias geográficas nos facilitan un enfoque empírico a la hora de abordar las relaciones espacio-Derecho en una perspectiva interdisciplinar. Por un lado, el enfoque empírico permite a ambos abordar las consecuencias concretas que plantea la diatopía de las relaciones entre el espacio y el derecho, así como llevar a cabo una investigación interdisciplinaria en un diálogo continuo y fructífero con «una amplia gama de fenómenos relacionados con la Tierra»²⁰. Por otro lado, la interacción entre el derecho y el espacio pueden ser investigada adoptando una pluralidad de perspectivas, incluyendo también las aportaciones de disciplinas como la historia, la ciencia política, la sociología, la economía y, en general, las ciencias sociales. Al igual que las variables que crean y recrean constantemente los espacios, la variedad de enfoques metodológicos de los comparativistas y geógrafos se presta a combinaciones que redefinen la relación entre la geografía y Derecho en términos de interdisciplinariedad, fortaleciendo la componente crítica de la comparación y de la geografía y activando procesos de replanteamiento de los «principios fundamentales» de ambas disciplinas²¹.

Esto confirma la utilidad del ya mencionado *punto de vista externo* del Derecho comparado, que reafirma su capacidad real para mediar entre el estudio dogmático del derecho y las geografías concretas de este mundo.

3. Paradigma territorial y competencia cultural de comparación

En el estudio de la producción jurídica del espacio, la comparación es también portadora de la «competencia cultural», que refuerza la aptitud crítica del jurista al facilitarle las herramientas necesarias para interpretar y comprender el nexo entre el Derecho y geografías concretas. La definición de la comparación jurídica en términos de competencia cultural es consecuencia de la mencionada capacidad de comprender (y captar) intelectualmente el mundo [*ability to grasp the world intellectually*]. En efecto, su vocación interdisciplinaria, su predilección por la investigación empírica

17 HOEBEL, E.A., *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge, MA, Harvard UP, 1954, págs. 39.

18 HARTSHORNE, R., *Perspective on the nature of geography*, Chicago, Rand McNally, 1959, pág. 47.

19 JOHNSTON, R.J., «Texts, actors and higher managers: judges, bureaucrats and the political organisation of space», en *Political Geography Quarterly*, núm. 2, 1983, pág. 16.

20 AGNEW, J. Y OTROS, «General Introduction», en *Human Geography. An Essential Anthology*, Oxford, Blackwell, 1996, pág. 5.

21 BLOMLEY, N. *From 'What?' to 'So What?': Law and Geography in Retrospect*, in J. Holder, C. Harrison C (eds), *Law and Geography*, Oxford, 2003, 22.

y su dimensión crítica permiten al Derecho comparado de penetrar en profundidad en la realidad y comprender sus dinámicas socio-geográficas, explicando así cómo se realiza la apropiación del espacio y la asignación de significado a los datos del mundo real.

Curiosamente, el verbo «aprehender» —que en el texto inglés de Bonnett se traduce con *to grasp*— es el equivalente del francés *saisir*, que encontramos utilizado en el texto de Bachelard citado con anterioridad para indicar la capacidad de la imaginación de captar el espacio y hacer que *no sea indiferente* a la imaginación (y, por tanto, *significativo* para ella).

¿Otra curiosa coincidencia que integra la metáfora de la navegación marítima en Cacciari, Schimtt y Frémont? En *La poétique de l'espace* de Bachelard, el verbo *saisir* expresa una verdadera epistemología del espacio²². Los geógrafos culturales lo recuerdan: la producción de tales construcciones sociales es también un proceso de asignación de significado a las variables que las componen. Los espacios se convierten en «depósitos» y en «entornos culturalmente definidos en los que se toman decisiones económicas, sociales y políticas»²³. La idea del espacio experimentado, producido y dotado de significado *también y a través del* derecho es recurrente entre los juristas que practican la geografía jurídica. Se piensa, por ejemplo, en el concepto de «entornos nómicos» («nomic settings»), una fórmula de compendio de espacios en los que la construcción social adquiere relevancia jurídica «mediante la inscripción o asignación de significados jurídicos»²⁴.

El prototipo de la producción del espacio y la asignación de significado mira al territorio, cuya «fabricación» transforma «así un trozo de tierra en “nuestro lugar”»²⁵. El propio *L'espace saisi par l'imagination* de Bachelard refleja esta matriz territorial, expresando una «voluntad material y simbólica de apropiación»²⁶. El territorio no posee un valor abstracto ni es una categoría jurídico-política de universalización del modelo occidental de organización comunitaria del poder²⁷. En la construcción de geografías concretas, nuestro referente es la noción de *territorialidad*, esto es, el resultado de la apropiación de los datos morfológicos, antrópicos y económicos que hacen significativo el territorio: según se expresa el antropólogo Marc Augé, «el dispositivo espacial es ... lo que expresa la identidad del grupo»²⁸. Su significado jurídico reside, por lo tanto, en la naturaleza política intrínseca del espacio vivido, que se convierte así en parte de la identidad territorial de las comunidades que lo producen.

No hay nada ideológico en la forma en que la imaginación transforma un territorio en un lugar. Mientras que el espacio representa un concepto *absoluto* y *matemático* caracterizado por «un significado estrictamente geométrico» (un *no-lugar*²⁹), el territorio se convierte en el lugar por excelencia, la categoría a la que se han asignado una serie de características culturales, jurídicas y de otro tipo. De ahí la necesidad de conocerlo, comprenderlo y ordenarlo política y jurídicamente.

22 Cf., entre otros, CHIODELLI, F., MORONI, F., *The Legal and Political Geography of Pluralism: Supporting Diverse Public and Private Spaces in Contemporary Cities*, Bristol, Bristol UP, 2025, pág. 67 y sigs.; KYMÄLÄINEN, P., «Legal geography II: The possibilities and disruptions of place», en *Progress in Human Geography*, núm. 49, 2025, pág. 323 y sigs.

23 Respectivamente: RELPH, E., *Place and Placeness*, Londres, Pion, 1976, pág. 43; Così JOHNSTON, R.J., «Four Fixations and the Quest for Unity in Geography», en *Transactions of the Institute of British Geographers*, núm. 11, 1986, pág. 542. Cfr. además GODDEN, L., «Legal geography – place, time, law and method: the spatial and the archival in ‘Connection to Country’», en (cur.), *Legal Geography. Perspectives and Methods*, Abingdon and New York, 2020, 130 ss.

24 DELANEY, D., *The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making. Nomospheric Investigations*, Oxford, Blackwell, 2010, pág. 59.

25 BESSE, *La nécessité*, cit., pág. 20.

26 BESSE, *La nécessité*, cit., pág. 20.

27 MOORE, M., *A Political Theory of Territory*, Oxford, Oxford UP, 2015.

28 AUGÉ, M., *Non-lieux. Introduction à une anthropologie de la surmodernité*, París, Seuil, 1991, pág. 60.

29 Así se expresaba LEFEBVRE, *The Production of Space*, cit., pág. 1: lo que la idea de espacio «evocaba era simplemente una idea vacía».

Los conceptos de *identidad*, *territorio* y *territorialidad* representan las tramas epistemológicas a través de las cuales los hombres buscan, incluso antes de apropiárselo políticamente, aprehender (o verbo equivalente: *to grasp, saisir*) el mundo y su conocimiento³⁰. El deseo material y simbólico de apropiación esboza un paradigma territorial para comprender las variables y los procesos de las geografías concretas.

Aquí es donde arraiga la competencia cultural de la investigación del Derecho comparado. Ya esté relacionado con la imaginación o con la apropiación física, el proceso de aprehensión *νέμει* (es decir, divide) y crea espacios diferenciados, al igual que su *νόμος* (el Derecho)³¹. Los órdenes sociales se hacen espacial y geográficamente visibles y el paradigma territorial transforma el derecho y la geografía en unidades de orden y localización: *geografía jurídica*. Ya se ha hecho referencia a esta expresión en varios lugares para definir el enfoque interdisciplinar desarrollado para explorar el nexo entre el derecho y el espacio. Menos conocido es que el primer estudioso que se refirió a la geografía jurídica fue el historiador jurídico inglés Frederic William Maitland en *Township and Borough* (1897). Maitland hace un doble uso de ella. Por un lado, describe la norma operativa del nexo espacio-derecho en la Inglaterra medieval: «Hubo un tiempo en que en Inglaterra teníamos un sistema respetablemente ordenado de geografía jurídica ... todo el país ... estaba dividido en villas o ciudades. El Derecho suponía que cada acre de tierra era parte de alguna ciudad». Por otra parte, reconoce que el alcance del paradigma territorializado expresa una competencia cultural: «la relación de la comunidad urbana con las tierras urbanas, la relación de los *burgenses* más antiguos con las franjas cultivables y las zonas verdes comunes» define la geografía jurídica como la relación entre la comunidad y su territorio³².

Maitland nos facilita un esquema conceptual que nos permite examinar los procesos de producción espacial y —a través de ellos— investigar las complejas relaciones entre Derecho, geografía, poder y territorio. No es de extrañar que él califique los resultados del proceso político-jurídico de aprehensión (y producción) del espacio con una expresión muy singular, esto es, «pertenencias de derecho público». [*belongings of public law*]³³. Dentro de *l'espace saisi par l'imagination* encontramos el arquetipo de conceptos de toma de posesión de nuevas tierras: «descubrimiento», «posesión» y «producción» (o «construcción») espacial, pero también «propiedad», «dominio», «señorío», «gobierno» y «soberanía» generan una matriz que trasciende el tiempo y el espacio y explica la diacronía y variedad geográfica del fenómeno jurídico como resultado de los más diversos procesos de producción espacial. Probablemente Maitland tenía razón: «todo poder político exhibe rasgos de propiedad, y toda propiedad de la tierra es, en realidad o en potencia, un derecho a gobernar y a impartir justicia»³⁴.

El paradigma territorial también es aplicable a los procesos de producción de espacios jurídicos que caracterizan la era actual. No creo de estar equivocado al afirmar que Maitland habría considerado que la globalización, los espacios digitales, el Antropoceno y los espacios generados por el cambio climático conservan, por mucho que sus dinámicas parezcan a-territoriales, la marca de la territorialidad, pareciéndose «mucho a cualquier otra pertenencia»³⁵. La capacidad de la imaginación para aprehender el espacio y dotarlo de sentido opera también con respecto a ellos, porque «las ordenaciones básicas de la sociedad requieren categorías y compartimentos»; requieren límites que —incluso en espacios no delimitados— «creen orden»³⁶. Lo territorial es —tal

30 Sobre los mecanismos de apropiación territorial sigue siendo insuperada la teoría de ARDREY, R., *The Territorial Imperative: A Personal Inquiry Into the Animal Origins of Property and Nations*, Nueva York, Atheneum, 1966.

31 Se retoma aquí la pseudoetimología del *νόμος*; cf. SCHMITT, *El Nomos*, cit., pág. 24.

32 MAITLAND, F.W., *Township and Borough: The Ford Lectures 1897*. Cambridge, Cambridge UP, 1964, págs. 6-9.

33 MAITLAND, *Township and Borough*, cit., pág. 29.

34 MAITLAND, *Township and Borough*, cit., págs. 11 y 29.

35 MAITLAND, *Township and Borough*, cit., págs. 11 y 29.

36 NEWMAN, D., «The lines that continue to separate us: borders in our 'borderless' world», en *Progress in Human Geography*, núm. 30, 2006, pág. 143.

vez— el único paradigma de que disponemos, dado que el ser humano es en definitiva un agente terrestre³⁷, como terrestre es su derecho, porque «unidad de orden y localización»³⁸.

4. Comparación jurídica y espacio ideológico

La comparación jurídica es, por lo tanto, una competencia cultural y epistémica para analizar los espacios que experimentan los individuos y las comunidades. Como competencia cultural, es capaz de explicar cómo se realiza la apropiación del espacio y la asignación de significado a los datos del mundo real; desde la perspectiva epistemológica, interpreta la variedad —diacrónica y diatópica— del Derecho se lee a la luz del incesante proceso de regeneración del paradigma territorial, asignando nuevos significados a datos morfológicos, antrópicos y económicos como parte del proceso de producción de espacios jurídicos. La geografía nunca es «una simple cuestión de hechos concretos»; al producirla, se origina un «salto imaginativo»³⁹ que transforma su propio entorno de «natural» a cultural⁴⁰. El proceso de producción de los espacios no se refiere a la ontología de los datos geográficos, sino a su representación; no a su «esencia», sino a su «existencia». La cartografía contribuye a ello, perfeccionando la normalización (y naturalización) del proceso de producción y asignación de nuevos significados; en definitiva, legitima la apropiación de la realidad. Como se ha dicho felizmente, estamos ante una decisión relativa a la «remodelación del mobiliario espacial como resultado de alguna intervención externa»⁴¹.

¿Dónde tiene lugar esta *reorganización*? El referente más próximo es el concepto de «espacio lógico» que Ludwig Wittgenstein introduce en el *Tractatus Logico-Philosophicus*. Wittgenstein utiliza esta expresión para referirse al «lugar» donde los hechos se procesan y se presentan como partes del mundo real⁴²: «Los hechos en el espacio lógico son el mundo» (1.13). Se trata, bien mirado, de una aplicación más del paradigma espacial, que opera como «el armazón lógico en torno a la figura [que] determina el espacio lógico» (3.42).

Pensemos, por ejemplo, en la superficie terrestre. Su *reorganización* espacial tiene lugar en el espacio lógico: «la tierra no está dividida excepto en nuestras cabezas y en nuestros mapas», recuerda el cartógrafo Daniel Wood; somos nosotros quienes la dividimos en unidades espaciales, dando «existencia al mundo ontológico popular de las cosas»⁴³. El espacio lógico es también el lugar donde las coordenadas geográficas físicas adquieren significado. Por un lado, la *remezcla* «determina un lugar en el espacio lógico»; por otro, «la existencia de este espacio lógico viene garantizada únicamente por la existencia de las partes integrantes, por la existencia de la proposición con sentido», que es formulada por quienes, como la imaginación, pueden aprehender el espacio, tomar la decisión sobre su producción y dotarlo de sentido (3.4). La espacialidad se *remezcla* y cada elemento geográfico se ordena de manera significativa e inequívoca con respecto a todos los demás: «Aunque a la proposición sólo le es dado determinar un lugar del espacio lógico, el espacio lógico total tiene, sin embargo, que venir dado ya por ella» (3.42).

37 Tanto en términos religiosos (Gn. 1:28 y 39) como filosóficos (ARENDT, H., *Vita activa (The Human Condition)*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, 2.ª ed., pág. 2) y geográficos («Because human beings are fated to live mostly on the surface of the earth, the patterns of entitlements to use land is a central issue in social organization»: ELLICKSON, R.C., «Property in land», en *Yale Law Journal*, núm. 102, 1993, pág. 1317).

38 «Einheit von Ortung und Ordnung»: SCHMITT, *El Nomos*, cit., pág. 20.

39 BONNETT, A., *What is geography?*, cit., pág. 7.

40 KRISTOF, L.K.D., «The Nature of Frontiers and Boundaries», en *Annals of the Association of American Geographers*, núm. 49, 1959, pág. 275.

41 BLOMLEY, N., «Text and Context: Rethinking the Law-Space Nexus», en *Progress in Human Geography*, núm. 13, 1989, pág. 517.

42 WITTGENSTEIN, L., *Logisch-Philosophische Abhandlung Tractatus Logico-Philosophicus* (1918) trad. al castellano por Jacobo Muñoz Veiga e Isidoro Reguera Pérez, Madrid, Gredos, 2009, pág. 9 y sigs.

43 WOOD, D., *Rethinking the Power of Maps*, New York, The Guildford Press, 2010, pág. 49.

El espacio lógico tiene un alcance que afecta la misma ontología de la realidad; determina lo que, en el mundo, ha de considerarse realmente existente porque es significativo. Por su capacidad de asignar significado al mundo, el espacio lógico se convierte así en *espacio ideo-lógico*. Al igual que ocurre con el paradigma espacial, el espacio ideo-lógico no tiene nada de ideológico. Se trata siempre y en todo caso de un proceso de producción espacial, en el que, apoyándose en su propio «armazón lógico», el espacio lógico procede a asignar significado a hechos que forman parte del mundo real. Al imprimir su propia comprensión del mundo en los εἶδωλα que lo componen, normaliza su propia asignación de sentido que llega a ser compartida e incluso aceptada por los distintos actores que intervienen en la producción del espacio. El espacio ideológico-lógico es el lugar donde el significado del mundo real llega así a coincidir, alineándose, con la definición asignada en el espacio lógico a los fenómenos del «mundo real» en términos de posición, atributos, topología y regulación legal. El mundo, diría Wittgenstein, es una imagen, «una figura [que] representa el estado de cosas en el espacio lógico, el darse y no darse efectivos de estados de cosas» (2.11). Marc Augé, por su parte, diría que la transcripción del espacio *ideo-lógico* en espacio real «le da la apariencia de hechos de segunda naturaleza»⁴⁴.

En virtud de su representación normativa y jurídica, el espacio ideológico se convierte en el principal instrumento de producción del mundo real.

5. Espacio ideológico y construcción del paisaje

Una aplicación clásica del espacio ideológico se da en relación con el paisaje. Que es el caso prototípico de la producción del espacio se deduce del lema *inglés landscape*, que traduce⁴⁵. La segunda parte del lema (*scape*) expresa la dimensión colectiva de su construcción. *scape* adquiere otra connotación: la de un «sistema» de espacios, que imprime y «organiza» un *conjunto de terrenos* estructurados según una distribución topológica precisa de elementos físicos y humanos⁴⁶.

La connotación tiene un significado *cultural y jurídico*.

En términos culturales, en la Inglaterra del siglo XVIII surgió una verdadera *organización del paisaje*, utilizada para construir su representación pictórica: el punto de observación se eleva y se sitúa en primer plano, a una distancia considerable del horizonte; en la imagen, esto crea un movimiento que remite inmediatamente del primer plano al fondo, mientras que el espacio que los separa se llena con una sucesión de planos intermedios en los que se alternan bandas de colores claros y oscuros, llenos de elementos físicos y antrópicos para captar la atención del observador⁴⁷. No se está lejos del «armazón lógico» de Wittgenstein. Una vez inscritos en esta espacialidad imaginada, a cada una de las partes constituyentes (elementos físicos y antrópicos) y al todo (el paisaje) se les asigna un significado en sí mismos y en sus relaciones recíprocas: «la estructura del estado de cosas es el modo y manera como los objetos se interrelacionan en él» (2.032), volvería a decir Wittgenstein.

En términos jurídicos, la «organización» (o, según reza Sauer, su «morfología»⁴⁸) del paisaje define su *territorialidad*, porque la estructuración topológica de la realidad expresa el orden político-jurídico de las comunidades que lo construyen y viven. *El paisaje* es una unidad de localización y orden, ya que organizar el territorio significa adoptar las normas jurídicas de construcción y ges-

44 AUGÉ, *Non-lieux*, cit., pág. 58.

45 Se puede repetir un razonamiento similar para el equivalente en otras lenguas germánicas: BESSE, *La nécessité*, cit., pág. 65 y JACKSON, J.B, *Discovering the Vernacular Landscape*. New Haven, Yale UP, 1984, pág. 5. Para una lectura innovadora del paisaje inglés a través de la música cf. Hubbard, P., *Listening to Landscape. Hauntology and the Echoes of Albion*, Londres, Bloomsbury, 2025.

46 Sobre el paisaje como «una asociación peculiar de hechos», una «asociación distinta de formas, físicas y culturales» cf. SAUER, C.O., «The Morphology of Landscape», en *Human Geography. An Essential Anthology*, obra colectiva, coordinada por J. Agnew et otros, Oxford, Blackwell, 1996, pág. 300.

47 BARRELL, J., *The idea of landscape and the sense of place, 1730-1840; an approach to the poetry of John Clare*, Cambridge, CUP, 1972, págs. 6-9.

48 SAUER, «The Morphology of Landscape», cit., pág. 303 y sigs.

ción del espacio rural, la «distribución y utilización» del mismo —por tanto, su proyección espacial «en la práctica, los usos y las organizaciones territoriales»⁴⁹—.

La idea del «armazón lógico» vuelve a aparecer en los principales instrumentos del Convenio *in subiecta materia*. En primer lugar, los artículos 1(d) y 5(a) del Convenio Europeo del Paisaje (2000), cuyo valor deriva «de su configuración natural y/o la acción del hombre»; para las poblaciones que lo habitan, el paisaje es «expresión de la diversidad de su patrimonio común cultural y natural y ... fundamento de su identidad» —por tanto, de su espacio ideológico—. El Convenio de Florencia se complementa con el Convenio marco del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad firmado en Faro (2005), donde la «diversidad ... paisajística» se define como un valor cultural para las sociedades que lo pueblan y crean (Art. 8 lett. b). En ambas convenciones, el paisaje guarda relación con los territorios y las comunidades que los pueblan y viven en ellos y es un patrimonio cultural construido y transformado por el hombre.

Por último, los conceptos de «construcción» y «transformación» del paisaje sugieren una interpretación que realiza las competencias culturales del espacio ideológico. Por un lado, el art. 2.1 de la Convención de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003) ofrece una definición de patrimonio cultural inmaterial que permite desplazar la investigación de lo estático (la *forma*) a la *dinámica* de los procesos a través de los cuales se diseña y construye el paisaje. Por otra parte, señala como constitutivos del patrimonio paisajístico inmaterial «las prácticas ... los conocimientos, el *saber hacer*», cuya aplicación ha asignado significado a las partes constitutivas individuales y al conjunto: «las herramientas, los objetos, los artefactos y los espacios culturales asociados» a estas prácticas, según la terminología de la Convención⁵⁰.

El «espacio» del paisaje es, pues, un *espacio ideológico* que configura las relaciones entre territorios y comunidades y lo *representa* como un dato real. Cada paisaje es, tradicionalmente, una interacción entre el hombre y el medio ambiente, una «composición de espacios naturales, algunos aptos para la agricultura, otros para el pastoreo, otros cubiertos de bosques y matorrales, pero todos ellos, cuando se contemplan en conjunto, aptos para la explotación comunitaria»⁵¹. Si la construcción del paisaje es una forma de producción del espacio —en lo que aquí nos interesa, de los espacios jurídicos territoriales y culturalmente relevantes—, es por tanto capaz de imprimir sentido a las εἰδωλα que lo componen. El «espacio» del paisaje es, por lo tanto, un espacio ideológico que da forma a las relaciones entre territorios y comunidades y lo representa como un dato real. En este sentido, el paisaje es sin duda «político»⁵².

6. La parcialidad de la imaginación y la producción de espacios jurídicos

Condicionada por nuestra dimensión terrenal, la imaginación transforma un territorio en un lugar significativo para las comunidades que lo habitan basándose únicamente en la competencia cultural y el «armazón lógico» correspondiente que nos permite descifrar, aprehender y determinar el mundo. Esto no quiere decir que los factores ideológicos sean ajenos a la producción del espacio. Al contrario, son los lugares donde la *parcialidad* de la imaginación se deja sentir con mayor intensidad, hasta tal punto que, como señala Marc Augé, es capaz de hacer creer que un territorio existe porque es «descubierto por quienes lo reclaman como propio»⁵³.

Así lo confirma el uso de la cartografía —más concretamente, la cartografía jurídica— por parte de los europeos para crear una representación del mundo acorde con los espacios coloniales tras los descubrimientos (y conquistas) geográficos entre los siglos XVI y XIX. Esto supuso una reescritura de la relación entre comunidades y territorios conquistados, sustituyendo las complejas relaciones entre derecho, geografía, poder y territorio de los pueblos nativos de Asia, África,

49 BESSE, *La nécessité*, cit. pág. 65 y JACKSON, *Discovering*, cit., p. 5.

50 Cf. PETTENATI, G., *Landscape as Heritage: International Critical Perspectives*, obra colectiva, Abingdon y Nueva York, Routledge, 2022.

51 JACKSON, *Discovering*, cit., pág. 44.

52 JACKSON, *Discovering*, cit., pág. 42.

53 AUGÉ, *Non-lieux*, cit., pág. 58.

América y Oceanía por otras «construidas» para reflejar los intereses de las potencias coloniales europeas. La voluntad —material y simbólica— de apropiación del imaginario occidental ha marginado deliberadamente las geografías concretas de los pueblos dominados por los europeos. Como resultado de un proceso de apropiación y reescritura de los datos morfológicos, antrópicos y económicos, estos espacios han sido reprocesados para garantizar la plena aplicación del Derecho occidental trasplantados allí por las potencias coloniales europeas. El mundo se interpreta a través del filtro del derecho occidental asignando un nuevo significado a las geografías de las colonias de acuerdo con los principios y valores de la *tradición jurídica occidental*.

El papel de la imaginación es evidente en las formas en que las variables geográficas físico-humanas han «absorbido» el nuevo significado que se les ha asignado. Su producción forma parte de una narrativa político-jurídica más amplia que gira en torno a la asignación de significado a entidades geográficas (como montañas, bosques y ríos) que conforman el medio natural. Como se ha llegado a esto es el resultado de la integración del conocimiento práctico que las geografías (físicas y humanas) proporcionan a la producción de espacios nueva *forma y representación* en términos políticos, geográficos y (sobre todo) jurídicos.

El «lugar» de su integración es el *espacio ideológico* de los colonizadores. No porque sea ideológico, sino porque proporciona las herramientas —la competencia cultural, la rejilla hermenéutica y el armazón lógico— a través de las cuales la *parcialidad* de la imaginación puede impartir significado a la εἶδωλα del mundo. Es decir, el espacio ideológico es el marco que permite a la imaginación captar el espacio y hacer real su representación. La relación entre el espacio ideológico y la ideología refleja los métodos antes mencionados de organización del paisaje para construir su representación pictórica: mientras que el marco lógico (punto de observación, horizonte; movimiento permanece del primer plano al fondo; sucesión de planos intermedios) sigue siendo el mismo, lo que cuenta es captar la atención del observador, operando una *remodelación* de las entidades geográficas que les confiere a ellas y al espacio representado el significado deseado por la imaginación.

En la construcción de los espacios jurídicos, la imaginación es la «interfaz» entre la geografía física y la humana: es la tercera geografía, la imaginativa⁵⁴. Reelabora los datos geográficos naturalizando su propia representación del mundo al proyectarla sobre la superficie terrestre a través de los mapas. Con respecto a la geografía imaginativa, de las geografías física y humana se procesan para crear, y no simplemente revelar, un nuevo conocimiento práctico del mundo, cuyo uso es funcional a la producción de espacios sobre la superficie jurídica de la tierra.

7. Cartografiar el mundo, entre espacio ideológico e ideología

Al navegar por la relación entre espacio y derecho, mi contribución ha asignado a la comparación jurídica una función de orientación para que el estudioso de Derecho positivo atravesase los espacios liminales donde las geometrías de la dogmática jurídica se encuentran con las geografías del mundo.

Hemos visto que la comparación deriva su capacidad de navegación de ciertas *cualidades* que comparte con las ciencias geográficas —en particular, los objetivos heurísticos, el enfoque empírico y el pluralismo metodológico— y de ser una competencia cultural inherente a los procesos de producción espacial. La comparación y su espacio ideológico repiten del paradigma espacial la trama epistemológica para comprender y explicar cómo la imaginación capta ideológicamente el espacio asignando significado a los datos del mundo. La comparación, por tanto, también dispone de un «andamiaje lógico» que organiza la variedad diatópica y diacrónica de la producción de espacios jurídicos: los sistemas jurídicos del mundo. Al igual que el espacio ideológico, establece una relación con la imaginación que se hace evidente en la parcialidad con la que la cartografía jurídica ha producido una representación del mundo coherente con las geografías imaginativas de la *tradición jurídica occidental*.

54 NICOLINI, *Legal Geography*, cit., pág. 50. Del mismo modo, HIERONIMUS, G., «Introducción» a *La poétique de l'espace*, cit., pág. p. 13, se refiere al concepto de «imaginación material, que valoriza en grados variables los distintos elementos, confiriendo a cada uno de ellos una fuerza de animación y unos vertices específicos».

El tema de la parcialidad de la cartografía jurídica es especialmente delicado. La comparación es —y sigue siendo— la práctica *ideo-lógica* más adecuada para navegar por los espacios jurídicos diatópicos y diacrónicos. Sin embargo, al introducir al estudioso del Derecho positivo a la navegación de las geografías concretas, es evidente que, a través de la cartografía, ofrece su propia propuesta de cartografía jurídica, su propia interpretación y organización de la realidad. Al guiar al estudiante de derecho positivo a través de geografías concretas, sugiere sus propias claves de interpretación: «traza líneas, construye interiores y exteriores, asigna significados jurídicos a las líneas y atribuye consecuencias jurídicas»⁵⁵. La cartografía jurídica es, en efecto, una práctica ideo-lógica; como parte del andamiaje lógico de la comparación es, por tanto, «intrínsecamente geográfica». Al mismo tiempo, la organización de los sistemas jurídicos que propone a través de la *cartografía* jurídica es «claramente mucho más que una superficie pasiva»; es decir, es un conjunto de «lugares» producidos a través de la *parcialidad* de la imaginación, cuyas «especificidades... pueden servir para dar forma al Derecho» y hacerla variable en la producción de esa⁵⁶.

Por lo tanto, no es de extrañar que, en su labor de mediación entre el derecho positivo y las geografías concretas, el cartógrafo jurídico sea «creador más que [un] reflector» del mundo⁵⁷. Dicha creatividad se ve favorecida por el flujo continuo entre la producción del espacio como práctica ideo-lógica y la producción del espacio como expresión de la parcialidad (de la ideología) que conlleva la imaginación. La cartografía jurídica es, en definitiva, una cuestión de «elección», que se extiende a «la escala, la proyección, la orientación, la simbolización, la clave, el color, el título y el pie de foto», así como a la supresión intencionada del conocimiento del mundo para reducir otras representaciones de la realidad al «silencio cartográfico»⁵⁸. El espacio así producido y el significado impreso en su εἶδωλα aspiran a convertirse en el carácter, la forma y la representación permanentes de la realidad; a imponerse, es decir, como la verdadera forma y representación de la realidad.

Con ello, la producción de espacios jurídicos oscila sistemáticamente entre la práctica ideo-lógica y el uso ideológico de técnicas comparativo-cartográficas. Lo que, una vez más, revela toda la parcialidad de la imaginación en los procesos de apropiación del espacio. Y la cartografía, verdadero almacén, se pliega a los intereses de la tercera geografía, la imaginativa, que reescribe la tierra como el lugar donde se realiza su unidad concreta de espacio y derecho, a su vez expresión de su modo —*parcial pero significativo*— de aprehender y definir la esencia del mundo real.

55 DELANEY, D. 2015, págs. 96 y 99.

56 BLOMLEY, «Text and Context», cit., pág. 517.

57 BLACK, J., *Maps and Politics*, Chicago, University of Chicago Press, 1997, pág. 11.

58 HARLEY, J.B., «Silences and Secrecy: The Hidden Agenda of Cartography in Early Modern Europe», en *Imago Mundi*, núm. 40, 1988, págs. 57 y sigs.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS ADOPTADOS POR LA UNIÓN EUROPEA QUE CONTRIBUYEN A PREVENIR Y COMBATIR LOS MATRIMONIOS FORZADOS DE MUJERES Y NIÑAS: ESPECIALMENTE EN MATERIA DE TRATA DE SERES HUMANOS, PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS DE DELITOS, INMIGRACIÓN, ASILO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL

María Nieves Saldaña

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Huelva*

1. Los matrimonios forzados en la Unión Europea: emergencia, impacto y bases jurídicas para su prevención y erradicación

En Europa, aunque los matrimonios forzados estaban prácticamente extinguidos, a excepción de algunos países de Europa Central y del Este, sin embargo, en las últimas décadas se observa su emergencia como consecuencia de los fenómenos migratorios, pues una buena parte de las poblaciones migrantes que ahora residen en territorio europeo proceden de países donde se vienen celebrando tradicionalmente matrimonios forzados¹. Sin embargo, en el ámbito de la Unión Europea (UE) no se disponen de datos fiables y comparables actualizados sobre la violencia contra las mujeres a nivel nacional y europeo, especialmente en relación con los matrimonios forzados². Como se pone de manifiesto en el Índice de Igualdad de Género publicado por el Instituto Europeo de Igualdad de Género (EIGE) en 2023, siguen faltando datos fiables, comparables y actualizados en el ámbito sobre la violencia contra las mujeres a nivel nacional y europeo, incluyéndose las

1 Hasta la fecha no existen datos estadísticos actualizados sobre la prevalencia de los matrimonios forzados en toda Europa, solo se dispone de algunos estudios del Consejo de Europa y la Unión Europea, *vid.* COUNCIL OF EUROPE, *Forced Marriages in Council of Europe Member States. A Comparative Study of Legislation and Political Initiative*, prepared by Ms Edwige Rude-Antoine, Equality Division, Directorate General of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2005. Disponible en [https://eige.europa.eu/resources/CDEG\(2005\)1_en.pdf](https://eige.europa.eu/resources/CDEG(2005)1_en.pdf); EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2014. Disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-forced-marriage-eu_en.pdf.pdf.

2 Al respecto *vid.* EUROPEAN PARLIAMENT, *The Issue of Violence against Women in the European Union*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Brussels, 2016, págs. 24-26. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556931/IPOL_STU\(2016\)556931_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556931/IPOL_STU(2016)556931_EN.pdf).

formas graves de violencia como los matrimonios forzados³. Con todo, aunque no se dispone todavía de datos estadísticos globales sobre la prevalencia de los matrimonios forzados en todos los Estados miembros de la UE, no obstante, como evidencian algunos estudios, la práctica de los matrimonios forzados está presente en los Estados miembros (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Grecia, Noruega, República Checa, Rumania, Suecia, entre otros), especialmente en comunidades migrantes o grupos minoritarios⁴, afectando a niñas y mujeres jóvenes de diferentes orígenes culturales y nacionales, siendo los padres y familiares los principales perpetradores de los matrimonios forzados⁵.

Sin duda, los matrimonios forzados, en tanto que vulneración de los derechos humanos y manifestación de la violencia ejercida contra las mujeres y niñas basada en prácticas perjudiciales, se oponen frontalmente a los valores esenciales y principios fundamentales de la Unión Europea reconocidos en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), especialmente, la dignidad humana, la libertad, la igualdad y el respeto de los derechos humanos (art. 2 TUE), así como la lucha contra la discriminación, la igualdad de mujeres y hombres y la protección de los derechos de los menores (arts. 2 y 3.3 TUE; arts. 8 y 10 TFUE)⁶. Asimismo, constituyen una violación de los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), especialmente, el respeto y protección de la dignidad humana (art. 1), el derecho a la integridad física y psíquica de la persona (art. 3), la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 4), la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 5), el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 7), el derecho a contraer matrimonio libre y voluntariamente (art. 9), el derecho a la educación (art. 14), la prohibición de todo tipo de discriminación (art. 21), la igualdad entre mujeres y hombres (art. 23), los derechos de los menores (art. 24), así como el derecho a la protección de la salud (art. 35)⁷.

3 El ámbito de la violencia contra las mujeres del Índice de Igualdad de Género proporciona un conjunto de indicadores que pueden ayudar a la UE y a sus Estados miembros a supervisar el alcance de las formas más comunes y documentadas de violencia contra las mujeres, incluyéndose las reguladas en el Convenio de Estambul, y a adoptar medidas y acciones para su erradicación, *vid.* EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY, *Gender Equality Index. Violence in the European Union in 2023*, Edition 2023. Disponible en <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023/domain/violence>.

4 En la región de Larisa, en Grecia, donde reside una gran población gitana, una encuesta realizada entre 1.500 gitanos mostró que la edad media de matrimonio era de 15-16 años para las mujeres y de 18 años para los hombres, aunque 8 de cada 10 mujeres se casaban antes de los 15 años, no obstante, no hay datos cualitativos sobre si estos matrimonios fueron forzados o no. Asimismo, parece que los matrimonios de niñas a partir de los 12 años y de niños a partir de los 14 son comunes entre los musulmanes griegos, al respecto *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Criminalisation of Gender-based Violence against Women in European States, Including ICT-facilitated Violence*, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, authors: Sara De Vido and Lorena Sosa, Directorate-General for Justice and Consumers, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, pág. 113, nota 371. Disponible en <https://www.equalitylaw.eu/downloads/5535-criminalisation-of-gender-based-violence-against-women-in-european-states-including-ict-facilitated-violence-1-97-mb>.

5 *Vid.* EUROPEAN PARLIAMENT, *Forced Marriage from a Gender Perspective*, Directorate-General for Internal Policies, Police Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Brussels, 2016, págs. 34-37. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556926/IPOL_STU\(2016\)556926_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556926/IPOL_STU(2016)556926_EN.pdf). EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Addressing Forced Marriage in the EU: Legal Provisions and Promising Practices*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2014, págs. 9-10. Disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-forced-marriage-eu_en.pdf. EUROPEAN PARLIAMENT, *Forced Marriages and Honour Killings: Study*, Directorate-General for Internal Policies, Police Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Brussels, 2008, págs. 9-12. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/408334/IPOL-LIBE_ET\(2008\)408334_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/408334/IPOL-LIBE_ET(2008)408334_EN.pdf).

6 UNIÓN EUROPEA, Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, DO C 202 de 7.6.2016, págs. 13 y ss., especialmente págs. 17. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=ES>. Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 202 de 7.6.2016, págs. 47 y ss. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=ES>.

7 UNIÓN EUROPEA, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DO C 83/389 de 30.3.2010, págs. 389-403. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12010P&from=EN>.

Por esto no sorprende que la Unión Europea haya abordado de forma progresiva el desafío que plantean los matrimonios forzados en diversos mecanismos jurídicos integrados en el marco de la acción general para garantizar la igualdad de mujeres y hombres, la prohibición de discriminación y combatir la violencia de género contra mujeres y niñas, instándose a los Estados miembros a la adopción de numerosas medidas para combatir los matrimonios forzados y proteger a las mujeres y niñas víctimas de los mismos, entre otras, adoptar disposiciones que garanticen el libre consentimiento al contraer matrimonio, salvaguardas frente al matrimonio contraído por menores de edad y mecanismos que permitan la anulación del matrimonio forzado; adoptar garantías que eviten que los Estados miembros de la UE se vean obligados a aceptar normas de terceros países que priven a las víctimas de protección contra el matrimonio forzado; establecer garantías en los procedimientos de reunificación familiar para combatir los matrimonios forzados, estipulándose una edad mínima para la reunificación familiar de los cónyuges; o conceder un permiso de residencia autónomo para que las mujeres víctimas de matrimonios forzados soliciten la protección necesaria de las autoridades sin temor a que el cónyuge tome represalias retirándole o amenazando con retirarle los beneficios de la residencia⁸.

Asimismo, los matrimonios forzados han sido objeto de regulación de forma directa o indirecta en disposiciones específicas dirigidas a garantizar una protección más efectiva de las mujeres víctimas de violencia de género con un componente transfronterizo, al ser un ámbito propio de competencia de la Unión, estando contemplados en la legislación relativa a diversas materias, especialmente, protección de las víctimas de delitos, trata de seres humanos, inmigración, derecho de asilo y protección internacional.

2. Los matrimonios forzados como modalidad de trata de seres humanos: evolución normativa y protección de víctimas

El marco legal de la Unión Europea contra la trata de seres humanos tiene en cuenta que las mujeres y las niñas son la gran mayoría de las víctimas de la trata, especialmente de explotación sexual, pudiendo ser el matrimonio forzado una manifestación de la explotación propia de la trata de seres humanos. Así, la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, obliga a los Estados miembros a prestar la necesaria asistencia médica o de otro tipo a los nacionales de terceros países que no posean suficientes recursos y tengan necesidades especiales, como mujeres embarazadas, personas discapacitadas, víctimas de violencia sexual y otras formas de violencia, incluyéndose, por tanto, los matrimonios forzados, así como a los menores si el Estado decide aplicarles también la Directiva en las condiciones establecidas en la legislación nacional (art. 9.2)⁹.

Posteriormente, en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Directiva Marco 2002/629/JAI del Consejo, se reconoce la especificidad del fenómeno de la trata en función del sexo y el hecho de que las mujeres y los hombres son a menudo objeto de trata con diferentes fines, debiendo ser las medidas de asistencia

8 Vid. UNIÓN EUROPEA, Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2018, titulada hacia una estrategia exterior de la Unión contra los matrimonios precoces y forzados: próximas etapas (2017/2275(INI)), DO C 118 de 8.4.2020, págs. 57-64. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IP0292&from=SL>; y Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2017, sobre erradicación de los matrimonios infantiles (2017/2663(RSP)), DO C 346 de 27.9.2018, págs. 66-69. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0379&from=DE>.

9 UNIÓN EUROPEA, Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, DO L 261 de 6.8.2004, págs. 19-23. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32004L0081>.

y apoyo también diferentes según el sexo (Considerando 3), incluyéndose de forma expresa los matrimonios forzados como una manifestación de la trata de seres humanos en la medida en que concurren los elementos constitutivos del tipo penal de la trata de seres humanos (Considerando 11), debiendo tenerse en cuenta la perspectiva de género para la prevención del delito y la protección de las víctimas (art. 1), y considerándose que cuando la conducta de la trata implique un supuesto de matrimonio infantil por afectar a menores de edad, la trata constituirá una infracción punible aunque no se hayan empleado ninguno de los medios comisivos recogidos en la propia Directiva (art. 1.5)¹⁰.

Más recientemente, de acuerdo con lo previsto en la Estrategia de la UE para luchar contra la trata de seres humanos 2021-2025¹¹, que hace hincapié en la protección de las víctimas en todas las etapas, teniendo en cuenta, en particular, a las mujeres y los menores, y a la propuesta de la Comisión de 2022¹², se adoptan nuevas normas para reforzar la lucha contra la trata de seres humanos, especialmente frente al incremento de nuevas formas de explotación que no están incluidas en la Directiva, como la adopción ilegal y la gestación por sustitución ilegal, incluyéndose también los matrimonios forzados, que afectan fundamentalmente a mujeres migrantes vulnerables y de minorías étnicas, como el pueblo gitano, siendo estas últimas especialmente vulnerables a la trata y la explotación con fines de matrimonio de conveniencia a efectos de permitir la libre entrada y la circulación de nacionales de terceros países en la UE, manteniéndose ocultas en los hogares privados, lo que dificulta su detección e identificación¹³. Así, la Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, exige a los Estados miembros que incluyan la explotación del matrimonio forzado como forma de explotación cubierta explícitamente por la definición de trata de seres humanos en su legislación nacional en la medida en que reúna los elementos constitutivos de la trata de seres humanos, constituyendo el uso consciente de los servicios prestados por las víctimas un delito castigado con una pena máxima de al menos cinco años de prisión, o de al menos diez años en caso de explotación agravada. Para garantizar un mayor nivel de asistencia y apoyo a las víctimas, se requiere que los Estados miembros de la UE establezcan mecanismos formales, consistentes en un conjunto de procedimientos, directrices, acuerdos de cooperación o protocolos establecidos, que coadyuven a mejorar la identificación temprana y la asistencia a las víctimas, así como puntos focales nacionales únicos, que formarán la base de un Mecanismo de Referencia Europeo (art. 1), debiendo los Estados miembros adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva a más tardar el 15 de julio de 2026 (art. 2)¹⁴.

10 UNIÓN EUROPEA, Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Directiva Marco 2002/629/JAI del Consejo, DO L 101 de 15.4.2011, págs. 1-11. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32011L0036>.

11 UNIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14 de abril de 2021, sobre la Estrategia de la UE en la lucha contra la trata de seres humanos 2021-2025, COM(2021) 171 final, especialmente págs. 14-19. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021DC0171>.

12 UNIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, Bruselas, 19.12.2022, COM(2022) 732 final, especialmente págs. 2, 6, 10, 13, 14 22. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0732>.

13 UNIÓN EUROPEA, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (Cuarto informe), Bruselas, 19.12.2022, COM(2022) 736 final, especialmente págs. 6 y 15. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0736>.

14 UNIÓN EUROPEA, Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, DO L 1712 de 24.6.2024, págs. 1-13. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401712.

3. La tutela penal reforzada de las mujeres y niñas víctimas de matrimonios forzados

En la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, que se aplica a las medidas de protección penal destinadas de manera específica a proteger a una persona contra actos delictivos de otra persona que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida o su integridad física, psicológica o sexual o su dignidad o libertad, así como a evitar nuevos actos delictivos o reducir las consecuencias de los cometidos anteriormente, se insta a los Estados miembros a tener en cuenta en la aplicación de la Directiva los derechos y principios consagrados en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (Considerando 38), aplicándose la Directiva a las medidas de protección destinadas a amparar a las mujeres víctimas de violencia de género, como los matrimonios forzados, teniéndose en cuenta las características propias de cada uno de los tipos de delitos de que se trate (Considerando 9)¹⁵.

Un año más tarde, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, adoptada con la finalidad de que las víctimas de los delitos (incluida cualquier persona menor de 18 años) reciban información, apoyo y protección adecuados, incluida su participación en los procesos penales, independientemente de su nacionalidad y en cualquier lugar de la UE donde se produzca el delito, incluso si las víctimas viajan o se desplazan dentro de la UE, al establecer los derechos de las víctimas y las obligaciones de los Estados miembros afirma que la violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado, se entiende como violencia por motivos de género, pudiendo causar a las víctimas lesiones corporales o sexuales, daños emocionales o psicológicos, o perjuicios económicos, entendiéndose la violencia por motivos de género como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima, incluyéndose expresamente las prácticas nocivas, como los matrimonios forzados, como una forma de violencia de género (Considerando 17), debiendo los Estados garantizar que las mujeres víctimas de este tipo de delitos reciban el apoyo especializado e integrado que requieren debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia (arts. 8 y 9)¹⁶.

4. Los matrimonios forzados en el marco común europeo de inmigración, asilo y protección internacional

En el ámbito de la reagrupación familiar, ya la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, establece que los Estados miembros pueden exigir, para evitar matrimonios forzados y garantizar una mejor integración, que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que ésta exceda de 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante (art. 4.5), desincentivándose así la celebración de matrimonios con menores con el objetivo de alcanzar la residencia legal en un Estado miembro de la UE¹⁷.

15 UNIÓN EUROPEA, Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, DO L 338 de 21.12.2011, págs. 2-18. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32011L0099>.

16 UNIÓN EUROPEA, Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, DO L 315 de 14.11.2012, págs. 59, 68 y 69. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&from=es>.

17 UNIÓN EUROPEA, Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, DO L 251 de 03.10.2003, págs. 12-18. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003L0086&from=en>.

En materia de protección internacional, la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), que define las personas que necesitan protección internacional y establece sus derechos y deberes, incluye entre los motivos de persecución que pueden dar lugar a la protección internacional las cuestiones relacionadas con el sexo de la persona vinculadas a ciertas tradiciones jurídicas y costumbres de las que pueden derivarse, entre otras, la mutilación genital, la esterilización forzada y el aborto forzado, debiendo considerarse incluidos también los matrimonios forzados (Considerando 30) entre los motivos de los actos de persecución dirigidos contra las personas por razón de su sexo (art. 9.2.f). Asimismo, cuando se establecen las normas generales relativas al contenido de la protección internacional, se señala expresamente que los Estados deben tener en cuenta la situación específica de personas vulnerables como los menores, los menores no acompañados, las personas con trastornos psíquicos y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, de manera que los matrimonios forzados, en tanto que forma grave de violencia psicológica, física o sexual, debe entenderse incluida como motivo a tener en cuenta para el reconocimiento de la protección internacional (art. 20.3)¹⁸.

Dos años más tarde, la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), requiere que el factor de género sea tenido en cuenta en los procedimientos de asilo para garantizar una igualdad sustantiva entre solicitantes de uno y otro sexo. Así, las entrevistas personales deben organizarse de modo que sea posible para los solicitantes de uno y otro sexo hablar de sus pasadas experiencias en casos de persecución basada en razones de género. Asimismo, la complejidad de las peticiones relacionadas con el factor género debe tenerse debidamente en cuenta en procedimientos basados en el concepto de tercer país seguro, el concepto de país de origen seguro o la noción de solicitudes posteriores (Considerando 32). Igualmente, las mujeres víctimas de formas graves de violencia psicológica, física o sexual, como los matrimonios forzados, pueden requerir garantías procedimentales especiales, debiendo los Estados prestarle el respaldo adecuado y el tiempo necesario que les permitan preparar las entrevistas personales, así como la presentación de los elementos necesarios para fundamentar su solicitud de protección internacional (Considerando 29). De igual modo, los Estados deben garantizar que el personal que examina las solicitudes y dicta las resoluciones tenga la posibilidad de obtener, de ser necesario, el asesoramiento de expertos en materia de género (art. 10.3.d). Y en los casos de persecución por razones de género, debe dictarse una resolución separada para la persona afectada (art. 11.3)¹⁹.

En el mismo sentido, la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas de acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido), dirigida a garantizar un nivel de vida digno así como el respeto de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en la UE, exige que, para recibir una asistencia apropiada durante el procedimiento, la legislación de los Estados tenga en cuenta la situación específica de personas vulnerables, tales como los menores y menores no acompañados, las víctimas de trata de seres humanos, las personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras

18 UNIÓN EUROPEA, Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), DO L 337 de 20.12.2011, págs. 9-26. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32011L0095>.

19 UNIÓN EUROPEA, Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), DO L 180 de 29.06.2013, págs. 60-95, especialmente págs. 62, 63 y 69. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0032&from=es>.

formas graves de violencia psicológica, física o sexual, incluyéndose, por tanto, las mujeres víctimas de matrimonios forzados (art. 21)²⁰.

Recientemente, en el marco de la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) iniciada en 2016²¹, se han adoptado nuevas normas en materia de protección internacional que contemplan distintas medidas para la protección de las mujeres y niñas víctimas de matrimonios forzados. Así, en la Directiva (UE) 2024/1346 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, que tiene como objetivo armonizar las normas del SECA para garantizar una mayor igualdad de trato en la implementación de las garantías de protección disponibles en toda la UE, señala expresamente que al aplicar la Directiva los Estados miembros deben garantizar plenamente el respeto de los principios del interés superior del menor, de acuerdo con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Convenio de Estambul (Considerando 38). En relación con los menores, se incluyen entre los miembros de la familia del solicitante a los hijos menores no casados, considerándose que un menor no está casado siempre que su matrimonio no se hubiera ajustado al Derecho nacional aplicable de haberse celebrado en el Estado miembro en cuestión, teniendo en cuenta, especialmente, la edad legal para contraer matrimonio (art. 2.3.b), considerándose a las víctimas de matrimonio infantil o forzado solicitantes con necesidades de acogida particulares (art. 24.k). Asimismo, teniendo en cuenta las obligaciones de los Estados miembros en virtud del Convenio de Estambul y a la luz de la reciente ratificación del Convenio por la propia UE, se incluyen entre las personas víctimas de tortura y violencia a las mujeres víctimas de violencia de género, como es el caso de los matrimonios forzados, debiendo garantizar los Estados que reciban el tratamiento preciso y los cuidados médicos y psicológicos necesarios, incluidos servicios de rehabilitación y asesoramiento, para reparar los daños producidos por tales actos (art. 28.1)²².

Igualmente, en el Reglamento (UE) 2024/1347 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y se deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, se señala expresamente que la aplicación de las disposiciones en materia de unidad familiar debe basarse siempre en relaciones familiares reales, no debiendo incluirse los matrimonios forzados ni los matrimonios o uniones contraídos con el único fin de que la persona interesada pueda entrar o residir en los Estados miembros, de ahí que el cónyuge de dicho menor no pueda derivar ningún derecho de residencia por dicho matrimonio (Considerandos 19 y 20). En relación con el motivo de persecución «pertenencia a un determinado grupo social», se deben tener en cuenta las cuestiones relacionadas con el género de la persona solicitante vinculadas a ciertas tradiciones jurídicas y costumbres de las que puede derivarse, entre otras, el matrimonio forzado (Considerando 40), considerándose acto de persecución los actos contra las personas por razón de género (art. 9.2.f). Asimismo, entre los actos de persecución contra las personas por razón

20 UNIÓN EUROPEA, Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas de acogida de los solicitantes de protección internacional, DO L 180 de 29.6.2013, págs. 96-116, especialmente pág. 106. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0033&from=ES>.

21 UNIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 6 de abril de 2016, Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales a Europa, COM(2016) 197 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52016DC0197>.

22 UNIÓN EUROPEA, Directiva (UE) 2024/1346 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, DO L de 22.5.2024, págs. 1-35, especialmente págs. 5, 11, 25 y 28. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401346.

de género o contra los niños se pueden incluir, además de la mutilación genital, el tráfico de menores, el trabajo infantil y la trata con fines de explotación sexual, los matrimonios forzados (Considerando 37). Conforme a tales consideraciones, se incluyen entre los miembros de la familia del solicitante a los hijos menores no casados, considerándose que un menor no está casado siempre que su matrimonio no se hubiera ajustado al Derecho nacional aplicable de haberse celebrado en el Estado miembro en cuestión, teniendo en cuenta, especialmente, la edad legal para contraer matrimonio (art. 9.b)²³.

De igual manera, en el Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, que se aplica a todas las solicitudes de protección internacional formuladas en el territorio de los Estados miembros, incluidas las realizadas en la frontera exterior, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de los Estados miembros, se señala expresamente que algunas personas solicitantes pueden necesitar garantías procedimentales especiales cuando hayan sufrido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física, sexual o de género, como es el caso de los matrimonios forzados (Considerando 17), debiendo recibir el apoyo necesario que les permita disfrutar de los derechos y cumplir las obligaciones establecidas mientras se lleva a cabo el procedimiento de protección internacional (art. 21.2). Asimismo, para garantizar una igualdad sustancial entre solicitantes de uno y otro sexo, los procedimientos de examen deben tener en cuenta el factor género. Así, las entrevistas personales deben organizarse de modo que sea posible para los solicitantes de uno y otro sexo hablar libremente de sus pasadas experiencias en casos de persecución por motivos de género, ofreciéndose a la mujer la oportunidad efectiva de ser entrevistada por separado de su cónyuge, pareja o familiares, proporcionándose a las mujeres y niñas entrevistadoras e intérpretes mujeres (Considerando 21). En el caso de solicitudes realizadas en nombre de menores o adultos dependientes, se dictará una resolución separada cuando se trate de violencia de género, trata de seres humanos y persecución por motivos de género, como es el caso de los matrimonios forzados (art. 36.5). Y a fin de no aceptar posibles casos de matrimonios infantiles, en los supuestos de aplicación obligatoria del procedimiento fronterizo de asilo se consideran miembros de la familia del solicitante los hijos menores no casados, entendiéndose que un menor no está casado cuando su matrimonio no se hubiera podido contraer de acuerdo con el derecho nacional del Estado miembro en cuestión, teniendo en cuenta especialmente la edad legal para contraer matrimonio (art. 45.3.d)²⁴.

5. Conclusiones y propuestas para reforzar el marco normativo de la Unión Europea frente a los matrimonios forzados. Los limitados avances de la adhesión al Convenio de Estambul y de la Directiva (UE) 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

El marco legal de la Unión Europea ha avanzado significativamente en la protección de las mujeres y niñas víctimas de matrimonios forzados, abordando esta grave vulneración de los derechos humanos desde múltiples dimensiones jurídicas. Así, se reconoce el matrimonio forzado

23 UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) 2024/1347 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y se deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, DO L de 22.5.2024, págs. 1-34, especialmente págs. 3, 5, 14 y 15. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401347.

24 UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, DO L de 22.5.2024, págs. 1-76, especialmente págs. 4, 29, 41 y 46. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401348. Vid. una guía de referencia sobre matrimonios forzados para profesionales que trabajan en zonas fronterizas en EU FEM ROADMAP, *EU Roadmap on Forced/Early Marriage (FEM). Referral Pathway for Frontline Professionals*, 2016. Disponible en <http://files.wave-network.org/home/ForceEarlyMarriageRoadmap.pdf>.

como una forma de violencia de género y, en determinados casos, como una manifestación de la trata de seres humanos, lo que permite su persecución penal y la adopción de medidas específicas de protección, tal como establece la Directiva 2011/36/UE y su modificación mediante la Directiva (UE) 2024/1712. Asimismo, las Directivas 2011/99/UE y 2012/29/UE garantizan medidas específicas de protección para las mujeres víctimas de matrimonios forzados, incluyéndose apoyo especializado, prevención de la victimización secundaria y acceso a servicios médicos y psicológicos. En el ámbito migratorio, de asilo y protección internacional, tanto las Directivas 2003/86/CE y 2024/1346 como los Reglamentos 2024/1347 y 2024/1348 incorporan disposiciones que impiden el reconocimiento de matrimonios forzados en procesos de reagrupación familiar, reconocen esta práctica como motivo de persecución que da acceso a protección internacional, y promueven un enfoque transversal e integral que incorpora la perspectiva de género en todos los procedimientos, incluyendo entrevistas separadas, intérpretes mujeres y resoluciones individuales. No obstante, persisten limitaciones importantes, como la falta de datos estadísticos fiables y comparables sobre la prevalencia de los matrimonios forzados en la Unión Europea y sus Estados miembros, la aplicación desigual de las disposiciones legales entre los países, las dificultades para detectar e identificar casos en entornos privados y culturalmente cerrados, así como la insuficiente formación del personal encargado de atender a las víctimas.

Por tanto, para mejorar el marco legal de protección de las mujeres y niñas víctimas de matrimonios forzados en la Unión Europea, resulta imprescindible supervisar y apoyar la transposición efectiva de las disposiciones de las Directivas, así como la aplicación coherente las previsiones de los Reglamentos en todos los Estados miembros, garantizándose que el matrimonio forzado sea reconocido explícitamente como forma de violencia de género y trata de seres humanos en todas las legislaciones nacionales, asegurando su persecución penal y la implementación de medidas de protección adecuadas en toda la UE. En este contexto, deben establecerse controles más estrictos en los procesos de reagrupación familiar para prevenir matrimonios forzados, verificándose la edad legal para contraer matrimonio, el consentimiento libre de las mujeres y la ausencia de coacción. Asimismo, para mejorar la atención a las víctimas, las Directivas deben exigir formación obligatoria y especializada en enfoque de género, derechos humanos y detección de matrimonios forzados para todo el personal que interviene en procesos de asilo, inmigración, justicia, salud y educación, garantizando una respuesta profesional, sensible y eficaz. Igualmente, el marco normativo europeo debe garantizar el establecimiento de protocolos nacionales de detección temprana e intervención ante casos de matrimonios forzados, incluyendo puntos focales, redes de coordinación interinstitucional y mecanismos de derivación, tal como prevé la Directiva (UE) 2024/1712. Igualmente, es necesario reforzar la obligación de conceder permisos de residencia autónomos a las mujeres y niñas víctimas de matrimonios forzados, evitando que su situación migratoria dependa del agresor y facilitando su acceso a protección y servicios. En el ámbito del asilo, deben fortalecerse las garantías procedimentales que aseguran entrevistas separadas, intérpretes y examinadores del mismo sexo y resoluciones individuales en casos de persecución por motivos de género. De igual modo, las Directivas deben garantizar el desarrollo campañas de sensibilización dirigidas a comunidades migrantes y minorías étnicas, con el objetivo de informar sobre los derechos de las mujeres y niñas, los riesgos del matrimonio forzado y los recursos disponibles, contribuyendo así a su prevención y erradicación. Finalmente, y no menos importante, debe establecerse un sistema europeo de recopilación de datos estadísticos cualitativos y cuantitativos sobre matrimonios forzados, con enfoque interseccional (edad, origen étnico, situación migratoria, entre otros), que permita conocer su prevalencia, características y evolución en todos los Estados miembros, y que sirva de base para desarrollar e implementar disposiciones normativas y políticas públicas basadas en evidencias. Solo así se podrá avanzar hacia una protección efectiva, coherente y garantista de las mujeres y niñas víctimas de matrimonios forzados en toda la Unión Europea.

Precisamente, para avanzar en la adopción de mecanismos jurídicos más eficaces, tras un dilatado proceso la Unión Europea se ha adherido al Convenio de Estambul, que ha entrado en vigor en el ordenamiento jurídico de la Unión el 1 de octubre de 2023, incorporándose un marco jurídico europeo coherente para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y proteger y apoyar a las víctimas en el marco de las competencias de la Unión, contribuyendo a reforzar el marco jurídico existente en el ámbito del Derecho penal, inmigración, asilo y protección internacional, así como a mejorar el seguimiento, interpretación y aplicación armonizada de la legisla-

ción europea en los Estados miembros y en toda la Unión Europea, incluyéndose los matrimonios forzados²⁵. Y para garantizar la efectiva implementación del Convenio de Estambul, se ha adoptado la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica²⁶, constituyendo el primer acto legislativo de la Unión que aborda de manera específica la violencia de género contra las mujeres, estableciendo normas mínimas comunes y contribuyendo a armonizar los diferentes enfoques de los Estados miembros, incluidos los matrimonios forzados. No obstante, los avances son limitados, debido al restringido ámbito de aplicación de la propia Directiva conforme a las competencias propias de la Unión Europea, de ahí que la mayoría de las acciones necesarias para poner fin a los matrimonios forzados y proteger a las mujeres víctimas sigan siendo competencia de los Estados miembros, por lo que no está garantizada una regulación uniforme y armonizada en la legislación nacional, salvo que todos los Estados miembros hayan suscrito también el Convenio de Estambul, cosa que todavía no ha sucedido, por lo que parece necesario dotar a la Unión Europea de mayores competencias que garanticen una lucha más integral y efectiva contra la violencia contra las mujeres a nivel nacional y europeo, incluidos los matrimonios forzados²⁷.

25 UNIÓN EUROPEA, Decisión (UE) 2023/1075 del Consejo, de 1 de junio de 2023, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en lo que respecta a las instituciones y la administración pública de la Unión, DO L 143 I de 2.6.2023, págs. 1-3. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32023D1075>. Decisión (UE) 2023/1076 del Consejo, de 1 de junio de 2023, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución, DO L 143 I de 2.6.2023, págs. 4-6. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32023D1076>.

26 UNIÓN EUROPEA, Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, DO L de 24.5.2024. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401385.

27 Al respecto véase María Nieves SALDAÑA DÍAZ, «Alcance del marco jurídico adoptado por la Unión Europea para combatir los matrimonios forzados: con especial consideración de la adhesión al Convenio de Estambul y de su implementación en la Directiva contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica», en *Estudios sobre Derecho Constitucional Español, Comparado y Europeo. Liber Amicorum Yolanda Gómez Sánchez*, coord. por F. Balaguer Callejón et al., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2025, págs. 1029-1076.

ACERCA DE LA IMPORTANCIA DEL DERECHO PÚBLICO COMPARADO EN PERSPECTIVA HISTÓRICA PARA COMPRENDER LA INSTITUCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO MEXICANO

Michael G. Núñez Torres

*Profesor Investigador de la Facultad de Derecho y Criminología
de la Universidad Autónoma de Nuevo León
michael.nuneztr@uanl.edu.mx*

Palabras Clave: Constitución, Juicio de Amparo, Derechos humanos, Derecho público comparado, historia constitucional.

Keywords: Constitution, Amparo trial, Human rights, constitutional crisis, Comparative Public Law, Constitutional History.

Sumario: 1. Preliminar. El homenaje a una maestra ejemplar. 2. Introducción: La crisis constitucional como contexto. 3. Planteamiento metodológico. 4. El Juicio de Amparo en el constitucionalismo mexicano decimonónico. 5. El análisis del Juicio de Amparo mexicano en el siglo XXI con base en la comparación en perspectiva histórica. 6. A manera de conclusión. 7. Bibliografía

1. Preliminar. El homenaje a una maestra ejemplar

Me siento muy afortunado de poder participar en el merecido homenaje que se le rinde a mi maestra queridísima, la doctora Ángela Figueruelo Burrieza, en este libro coordinado por mis apreciados colegas y amigos, la profesora Marta del Pozo y el profesor Sergio Martín Guardado, el cual recoge diversos trabajos de juristas que reconocen los aportes de la Maestra al Derecho constitucional, la justicia constitucional, los derechos fundamentales y, muy especialmente, a la igualdad sustantiva y de género. En efecto, la eminente profesora de Derecho constitucional de la Universidad de Salamanca ha formado generaciones de juristas en España e Iberoamérica que son el resultado de su magisterio, el cual abarca, no sólo el aspecto académico, sino también el ético. En este sentido, yo soy un deudor de sus enseñanzas sobre Derecho constitucional, pero, también lo soy de su ejemplo como maestra, de su seriedad al investigar, de su generosidad al transmitir sus conocimientos, de su empatía ante la situación específica de cada uno de sus discípulas o discípulos; no obstante, aún me queda mucho por aprender, para poder decir algún día que, efectivamente, cumplo con mi obligación de honrar, a través de mi labor como profesor investigador, dichas enseñanzas.

Asimismo, este homenaje es un reconocimiento que se da en ambos lados del océano Atlántico. En tal sentido, puedo decir que el paso de la doctora Figueruelo por la Universidad Autónoma de Nuevo León —de la cual soy profesor investigador desde hace veinte años— consiguió forjar una relación con la Universidad de Salamanca que inicia con la llegada de algunos de sus discípulos

a Nuevo León y que se ha fortalecido con diversos convenios de colaboración, proyectos, trabajos de investigación, congresos y coloquios entre ambas Casas de Estudio. Por citar tan solo un ejemplo, por demás significativo para mi Universidad Autónoma de Nuevo León, puedo mencionar los estudios de igualdad de género impulsados por nuestro Magnífico Rector, el doctor Santos Guzmán, que se iniciaron, primero con un diplomado y ahora con una maestría en Derecho, siendo el director de la Facultad de Derecho y Criminología, mi querido amigo, el doctor Mario Alberto Garza Castillo; se trata de uno de los resultados más encomiables del convenio de colaboración entre estas dos universidades que, lejos de ser retórico, se ha traducido en verdaderos aportes para la vida universitaria y la vida social. En definitiva, este trabajo se enmarca en este homenaje a una de las personas que más han influido en mi vida profesional y académica, a quien profeso el más grande y sincero afecto, gratitud y admiración.

2. Introducción: la crisis constitucional como contexto

La palabra «crisis», al igual que las palabras «cambio» y «nuevo», han sido utilizadas de manera recurrente por la doctrina jurídica occidental, aunque de manera más acentuada durante el siglo XX, lo cual tiene sentido porque los conceptos en Derecho constitucional son categorías históricas y, por tanto, están determinadas en gran medida —no totalmente— por circunstancias relativas al espacio y el tiempo. De manera que, cada vez que se ha producido un cambio de paradigma, como resultado de momentos de inflexión en la historia, las relaciones entre las diversas instituciones jurídicas y políticas, contenidas dentro del ordenamiento jurídico (relaciones constitucionales), se ven muy afectadas y, en consecuencia, los conceptos que el formante¹ doctrinal había conseguido que influyeran —justificando o explicando— en las construcciones de los formantes legislativo y jurisprudencial, dejan de ser homogéneos, para presentar distintas redefiniciones que en ocasiones pueden llegar a ser contradictorias. Estas nuevas construcciones doctrinales no son fáciles de aprehender, ya que los otros dos formantes del sistema de fuentes del Derecho (el legislativo y el jurisprudencial) siguen produciendo actos jurídicos que parecen no encajar dentro de los nuevos arquetipos del Estado Constitucional.

En este sentido, encontramos normas constitucionales que presentan contradicciones, que pueden ser producto de procedimientos de reforma constitucional, y que dan lugar a un diseño institucional que no responde a la dogmática constitucional aceptada por el pensamiento jurídico imperante. Asimismo, podemos encontrar mutaciones constitucionales, igualmente contradictorias, que terminan por darle a las disposiciones normativas que configuran relaciones constitucionales, un alcance distinto al que tuvo al momento de su entrada en vigencia, por lo cual, en realidad lo que suponen son un cambio de régimen, signo de una crisis constitucional que cuestiona la dogmática del constitucionalismo. Este es un problema que se ha convertido en objeto de investigaciones jurídicas y politológicas, que tratan de explicar hasta qué punto el modelo de Estado, que se consolidó en la Paz de Westfalia en el siglo XVII, se encuentra agotado en pleno siglo XXI; de la misma manera que, la Constitución rígida y escrita, que se inauguró en los Estados Unidos de América, sigue siendo la expresión paradigmática del ordenamiento jurídico de la democracia constitucional de occidente o, por el contrario, están irrumpiendo en los Estados nuevas formas de estructuras jurídicas, las cuales, aunque no renuncian al concepto de soberanía, extienden su sistema de fuentes a un sistema dual, que integra disposiciones nacionales, supranacionales y subnacionales, para las cuales, la categoría «bloque de constitucionalidad» no es suficiente. Quizás tendríamos que utilizar el término de Cruz Villalón, una Constitución inédita², para referirnos al problema del constitucionalismo iberoamericano, aunque el profesor español lo hizo para explicar el problema europeo. Sin embargo, la dogmática constitucional sigue siendo el parámetro de legitimidad para definir si una constitución es «justa», si supone, efectivamente, la estructura jurídica de la comunidad política o, si se trata de un instrumento de gobierno, expresión de la mera voluntad política, plasmado en un código normativo escrito. Los

1 R. SACCO, «Formantes» en Pegoraro, Lucio, *Glosario de Derecho Público Comparado*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Núñez Torres, Michael; Torres Estrada, Pedro; Enríquez Fuentes, Gastón (Coordinadores de la versión española), trad. de O. Triguero Ortiz, Porrúa, UNAM, UANL, IMPDC; México, 2012, pp. 202-205.

2 P. CRUZ VILLALÓN, *La Constitución Inédita*, Editorial Trotta, Madrid, 2024, pp. 17-

derechos humanos o fundamentales pasan a ser, entonces, el elemento racionalizador de todo el ordenamiento jurídico, lo que obliga a una interpretación que los utilice como parámetro de un criterio sistemático de la Constitución, al mismo tiempo que significan el fin más importante de este complejo institucional jurídico-político, que se manifiesta normativamente, pero que está limitado axiológicamente. Así, los derechos humanos y el principio pro-persona son el factor de argumentación en sentido objetivo.

En todo caso, podríamos decir que, los hechos históricos que se han venido desarrollando en este siglo XXI en occidente, apoyan la hipótesis según la cual, la crisis constitucional está atacando los cimientos del constitucionalismo liberal en Europa y en Estados Unidos y, por ende, está afectando también a las democracias constitucionales iberoamericanas —inspiradas en aquellos modelos—.

Sin embargo, en este primer cuarto de siglo XXI las construcciones teóricas por parte del formante doctrinal en Iberoamérica, si bien había estado revisando algunos de los paradigmas de las democracias liberales, no se puede asegurar que esto haya supuesto una ruptura definitiva con la dogmática del constitucionalismo; por el contrario, ésta sigue representando unos valores que, con independencia de la ideología del régimen de que se trate, siguen siendo un factor legitimador del discurso político a favor del Estado Constitucional, dándole la razón a Romano cuando dice: «Aunque en la práctica sus instituciones se corrompen y degeneran, y es inevitable el permanente contraste entre la fuerza objetiva del Derecho y la fuerza arbitraria de quien ostenta el poder, que tiende a resolverse a favor de esta última, representa siempre una gran ventaja y un gran progreso el hecho de que todo ello no puede considerarse más que como un estado de las cosas que, lejos de ser consagrado y reconocido por el ordenamiento jurídico, se revela contrario a él»³. De ahí la importancia del contenido esencial del concepto de Constitución.

Los politólogos se han preocupado por explicar las crisis de las democracias liberales más que los constitucionalistas, debido a la influencia que han tenido en Iberoamérica los estudios políticos que se llevan a cabo en Estados Unidos desde la segunda mitad del siglo XX, los cuales, al ser eminentemente empíricos, buscan resolver los problemas a partir de un pragmatismo —que a veces deriva en un determinismo—, que rara vez se detiene en la reflexión acerca de los elementos —trascendentes y contingentes— que conforman las instituciones constitucionales. Esto explica por qué prescindían de los estudios clásicos de teoría del Estado. Con razón dice Pasquino que «las raras referencias al pasar a los clásicos (Aristóteles y Tucídides, Hobbes y Locke, Burke, Tocqueville y Mill) en las investigaciones politológicas no cambian la sustancia de las cosas: la ciencia política contemporánea todavía no encuentra la forma de «recuperar» por entero el pensamiento de los clásicos»⁴.

Sin embargo, el institucionalismo jurídico tiene, como estrategia epistemológica para aprehender su objeto de estudio, la interdisciplinariedad. De modo que, los estudios acerca de instituciones jurídicas y políticas deben articular los aportes sociológicos y axiológicos de la Constitución material, integrados en la estructura normativa de la Constitución formal. En otras palabras, se trata estudios que, sin perder su naturaleza jurídica, aprovechan los elementos sustantivos y adjetivos de la problemática en cuestión. En consecuencia, las relaciones constitucionales que subyacen dentro del Estado Constitucional, que se desarrollan en una constante tensión dialéctica, entre principios y funciones que se contraponen, necesitan que el ordenamiento jurídico sea entendido, como lo hizo Santi Romano, como norma, pero, esencialmente, como «organización, estructura»⁵. En definitiva, para que nuestro estudio pueda comprender una institución jurídica, que se encuentra dentro de un contexto de crisis constitucional, tiene que explicar la adecuación de las normas a los valores y principios constitucionales, comprendiendo los factores coyunturales y aquellos que trascienden.

3 S. ROMANO, «El Estado Moderno y su crisis», trad. Francisco Durán Ruíz, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N° 15, enero-junio/2011, p. 639.

4 G. PASQUINO, *Nuevo curso de ciencia política*, trad. Clara Ferri, Fondo de Cultura Económica, México, 2011, p. 33.

5 S. ROMANO, *El ordenamiento Jurídico*, trad. Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 113.

Un ejemplo paradigmático de cómo los métodos diferenciados, pero articulados, coadyuvan a una mejor comprensión de las instituciones constitucionales es el Juicio de Amparo mexicano, que corre el riesgo de ser analizado con base a prejuicios ideológicos que terminan por separarlo del fin que esta institución constitucional tiene en el Derecho. El formante doctrinal debe mostrar los aciertos y las limitaciones de las instituciones jurídicas, así como los motivos que las explican y justifican, los cuales bastarán por sí solos para calificar la verdadera trascendencia de una institución. Este es el caso del Juicio de Amparo en México, puesto que supone una institución jurídica que debe ser estudiada, no sólo porque constituye la mayor garantía de los derechos humanos en México, sino porque su configuración dentro del ordenamiento jurídico es muy ilustrativa de los valores constitucionales que la acompañan, así como las circunstancias que explican sus distintas transformaciones. De manera que, el Juicio de Amparo puede servir para explicar la concreción de paradigmas del constitucionalismo tales como la división de poderes y la supremacía constitucional. Este es un reto de la doctrina constitucional iberoamericana, revisar al Juicio de Amparo dentro del constitucionalismo mexicano, sin prejuicios, partiendo de los elementos axiológicos que constituyen la dogmática constitucional⁶ y siguiendo con las contribuciones de la Historia Constitucional, el Derecho público comparado y la Ciencia Política, las cuales aportan los datos que ayudan a un análisis crítico. En el presente artículo, tenemos como objeto plantear como el Derecho público comparado, desde una perspectiva histórica, puede ser una estrategia epistemológica conveniente para revelar la configuración de la institución del Juicio de Amparo en el presente, de manera de explicar la crisis por la que atraviesa en México.

3. Planteamiento metodológico

El Juicio de Amparo es, sin lugar a dudas, la institución de justicia constitucional más importante dentro del ordenamiento jurídico mexicano. No sólo desde la perspectiva del Derecho procesal constitucional, donde encuentra su principal configuración normativa⁷, sino también dentro de la teoría constitucional a la cual contribuye con su sola existencia, debido a su originalidad y especificidad que la hacen un arquetipo constitucional. El Juicio de Amparo está vinculado al concepto de Constitución, de tal suerte que constituye una variable explicativa de la cultura constitucional en México, con una pertinencia que pocas instituciones jurídicas mexicanas podrían superar. Por tal motivo, se trata de una institución jurídica que ha influido en el Derecho constitucional iberoamericano, lo que justifica que se sigan revisando las estrategias metodológicas pertinentes para la mejor comprensión de esta institución jurídica.

Las investigaciones en Iberoamérica que se han centrado en un formalismo jurídico, que sólo atiende a los formantes legislativos y jurisprudenciales, los cuales se expresan en actos jurídicos formales que configuran a la institución objeto de estudio (el Juicio de Amparo mexicano), no toman en cuenta las relatividades propias del contexto social y las categorías históricas que inciden en dicha configuración. En palabras de Quiroga Lavié: «En Latinoamérica el jurista está desvinculado de la sociología y de la psicología social (...) se inclina por el método de la exégesis y de la Enciclopedia, siempre por vertientes formalistas»⁸. No obstante, tenemos el otro extremo, aquellos trabajos de Sociología del Derecho que buscan prescindir de los elementos ideales que conforman la institución y centran su análisis en lo contextual y coyuntural, de tal suerte que, aunque los resultados de esta estrategia empírica alcancen un conocimiento real acerca de la eficiencia del Juicio de Amparo, corren el riesgo de quedarse en el plano sociológico o politológico, y, en consecuencia, perder su sentido jurídico. En este contexto, el Derecho público comparado puede

6 En palabras del profesor Pablo Lucas Verdú, *no es posible una ingeniería constitucional ignorando las construcciones jurídicas de la dogmática*. Vid. P. LUCAS VERDÚ, «Una reciente aportación de la doctrina italiana a la teoría de la Constitución: la ingeniería constitucional» en *Revista de Derecho Político*, N° 4, UNED, Madrid, 1979, p. 34.

7 Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013 y cuya última reforma es del 16 de octubre de 2025.

8 H. QUIROGA LAVIÉ, «Los Cambios Constitucionales a través de la Costumbre y la Jurisprudencia» en *Los Cambios Constitucionales*, UNAM, México, 1977, p. 113.

conducir a una investigación cuyos resultados coloquen en su justa dimensión la importancia de la institución del Juicio de Amparo en México, a partir de su trascendencia dentro del ordenamiento jurídico y de las contingencias que presenta en la vida política y social.

Como ya se dijo, las relatividades propias de una institución jurídica, así como la trascendencia que nos muestra su vocación de permanencia, sugieren la interdisciplinariedad. En consecuencia, la Historia del Derecho y el Derecho público comparado constituyen una propuesta epistemológica para tales efectos⁹. Justamente, del Amparo como institución jurídica se pueden constatar, a través de la comparación histórica, los elementos que lo apuntalaron como una verdadera novedad para el constitucionalismo iberoamericano, a la luz de los arquetipos jurídicos que se encontraban presentes en el Derecho del siglo XIX. Al mismo tiempo, la comparación histórica puede proporcionar los criterios de análisis para considerar algunos elementos del Juicio de Amparo que no se adecuan a los paradigmas presentes y que nos retrotraen a paradigmas pretéritos. Los resultados de esta comparación coadyuvan a la reflexión en torno al constitucionalismo mexicano y a las operaciones de ingeniería constitucional que se hacen necesarias para el acomodamiento del Juicio de Amparo conforme al binomio *medio-fin*, sin el cual éste terminaría por desnaturalizarse, perdiendo su verdadera calidad de institución, para quedar reducido a un instrumento procesal sin la relevancia deseada dentro del ordenamiento jurídico.

En definitiva, podemos justificar la relevancia de la institución del Amparo mexicano y su correlación con algunos paradigmas del constitucionalismo decimonónico y del actual, a través de la comparación histórica y de las clasificaciones de la teoría constitucional. Esto supone la utilización de toda una metodología que ya ha sido recomendada por la mejor doctrina¹⁰, pero que, por diversos motivos no termina de consolidarse como una estrategia epistemológica de las investigaciones jurídico-constitucionales, las cuales son más proclives a la investigación con base en elementos exclusivamente formales (idealismo) o sociológicos (determinismo). Vamos a ver algunos ejemplos de paradigmas históricos que han incidido -e inciden- en el Juicio de Amparo, en su configuración jurídica y que permiten una evaluación objetiva acerca de su adecuación a los fines que persigue conforme a dichos arquetipos.

4. El juicio de amparo en el constitucionalismo mexicano decimonónico

Si bien los antecedentes del Juicio de Amparo mexicano, que un sector de la doctrina encuentra en la historia constitucional española, tardomedieval y moderna¹¹, pueden ser considerados como una prefiguración de esta institución; su configuración dentro del constitucionalismo en México es, sin lugar a dudas, un evento del siglo XIX¹², determinado por circunstancias típicas de la realidad hispanoamericana de esa época, pero con especificidades importantes que lo hacen susceptible de ser considerado un modelo idóneo para ser objeto de estudio del Derecho público comparado en tanto que trascienden a su época. Esta pertinencia viene dada debido a que el amparo mexicano del siglo XIX se configuró como una institución jurídica que fue más allá de los paradigmas del Estado Liberal Burgués.

9 Sobre la relación entre la Historia del Derecho y la finalidad práctica de la comparación, especialmente la valoración de semejanzas, diferencias que encontramos en la evolución de una institución y los criptotipos que la rodean, véase L. PEGORARO, «La Ciencia y el Método» en Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo (dirs), *Derecho constitucional comparado*, tomo 1, UNAM, IIJ, Editorial Astrea, México, 2016, pp. 155-161.

10 Véase. H. FIX-ZAMUDIO, «Derecho Comparado y Derecho de Amparo» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 8, UNAM, mayo-agosto, 1970.

11 Se mencionan antecedentes desde la antigüedad hasta el siglo XX, con un espectro para la comparación muy amplio, pero del cual vale la mención especial a instituciones históricas medievales españolas e inglesas, siendo el Justicia Mayor el que «entraña un verdadero antecedente hispánico de nuestro juicio de amparo», véase I. BURGOA, *El Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 1983, pp. 57-60.

12 Sin perjuicio de la importancia que le atribuimos al llamado amparo colonial, en el cual el Virrey —y otras altas magistraturas novohispanas— tutelaban los derechos que las leyes de Indias otorgaban a todos los habitantes de la Nueva España —muy especialmente a los indígenas— en contra de las arbitrariedades de las que podían ser víctimas en el siglo XVIII, véase, A. LIRA GONZÁLEZ, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano (antecedentes novohispanos del amparo)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

La aparición del amparo y su evolución en México es un tema ampliamente estudiado por la doctrina mexicana. Comienza con su establecimiento en la Constitución de Yucatán de 1841, como consecuencia de la aprobación de la iniciativa que un año antes había presentado el Gobernador de ese estado, don Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá; de suerte tal que, los derechos constitucionales reconocidos por ese texto constitucional histórico, contaban con una garantía jurisdiccional que Europa no conocía, puesto que ésta se encontraba dentro del paradigma legiscen-trista liberal, cuya forma de control constitucional era de naturaleza política y, por ende, no tenía nada que ver con la *judicial review* que se inició en los Estados Unidos de América con la sentencia *Marbury vs Madison*¹³, y que hundía sus raíces en la tradición medieval de control jurisdiccional del poder, la cual se puede apreciar en el siglo XVII, con la *Bonham's Case* del *Chief Justice Coke*, quien era, en palabras de McIlwain, «constitucionalmente un medievalista más que un moderno»¹⁴.

Antes de la Constitución de Yucatán, México había optado por un control constitucional de naturaleza política en las Siete Leyes Constitucionales del año de 1836: el Supremo Poder Conservador que, a pesar de haber tenido una vigencia efímera -sin que se pueda observar su funcionamiento real- muestra un diseño normativo que lo configuraba como un superpoder casi ilimitado y dentro de una concepción del Estado eminentemente centralista¹⁵.

Es importante mencionar que el amparo de la Constitución de Yucatán nace en una entidad federativa que se acababa de declarar independiente de México, producto de una revolución separatista que enarbolaba la bandera del federalismo y que exigía que se regresara al régimen establecido por la constitución mexicana de 1824, representando una afirmación de lo distintivo, lo que a su vez expresa una característica típica del modelo de Estado federal. Esta circunstancia particular constituye el ideal que, según el profesor Tarr, debería tener el federalismo en los Estados Unidos de América y que nosotros afirmamos de igual manera para México: «los estados como pioneros»¹⁶. El Juicio de Amparo es una institución jurídica original, por lo cual Soberanes puede afirmar que «esta Institución vino a conjugar, por un lado, la tradición protectora a los particulares por parte del amparo y, por otro, la necesidad de contar con un instrumento procesal que garantizara la efectividad de los derechos constitucionales»¹⁷.

Ahora bien, el reconocimiento del amparo dentro del ordenamiento jurídico nacional lo encontramos en el artículo 25 del «Acta Constitutiva y de Reformas» sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y promulgada en el mes de mayo de 1847, la cual recogía el diseño propuesto por don Mariano Otero en su célebre Voto Particular del mismo año. Esta norma constitucional supuso la consagración de una verdadera institución de control constitucional, más próxima a la naturaleza que este tipo de instituciones procesales presentan en el Derecho procesal constitucional actual, guardando las distancias entre los paradigmas del constitucionalismo decimonónico y los del siglo XXI. En efecto, la norma referida establecía que los tribunales federales debían amparar a «cualquier habitante de la república en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales» en contra de «todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados»; al final, el mismo artículo 25 establecía que los efectos de la sentencia de amparo no podían ser *erga omnes* sino que eran relativos al caso particular objeto del proceso. El gran maes-

13 F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y Aportes a la Justicia Constitucional en América Latina*, Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, CLUEB, Bologna, 2006, pp. 37-43.

14 C. H. MCLWAIN, *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*, trad. Solozábal Echavarría, Juan José, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1991, p. 110.

15 V. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y N. SAMANIEGO BEHAR, «El Juicio de Amparo: Historia y futuro de la protección constitucional en México» en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N.º 27, enero-junio 2011, pp. 176-177.

16 A. TARR, «Los Estados como Innovadores» en P. TORRES ESTRADA, y D. BARCELÓ ROJAS (Comp.) *La reforma del Estado. Experiencia Mexicana y Comparada en las Entidades federativas*, SCJN, EGAP, UNAM, Porrúa, México, 2008, pp. 55-62.

17 J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, «La Constitución Yucateca de 1941 y su Juicio de Amparo» en *Liber ad Honorem Sergio García Ramírez*, Tomo I, IIJ-UNAM, México, 1998, p. 649.

tro, Felipe Tena Ramírez decía que «el amparo mexicano nació con la exclusiva y limitada finalidad de proteger los derechos del Hombre»¹⁸, empero, no se puede minimizar la relevancia que ese aserto supone, ya que se trataba de una protección con la cual, como ya se dijo, Europa no contaba en el siglo XIX, lo que hace del amparo mexicano un monumento jurídico del constitucionalismo iberoamericano, específicamente, en materia de justicia constitucional.

Por otra parte, el control abstracto de constitucionalidad tiene antecedentes en el constitucionalismo hispanoamericano, lo cual ha sido manifestado por parte de la doctrina en castellano (Allan R. Brewer-Carías, Francisco Fernández Segado, José Vicente Haro), que considera que la Constitución de Venezuela de 1858 es el primer antecedente de este tipo de revisión por parte de un órgano judicial jerárquicamente superior. Ciertamente, no se trataba de un Tribunal Constitucional, en la forma en que luego lo plantearía Kelsen en el siglo XX. Sin embargo, Fernández Segado considera que en ese momento «sí se estableció por primera vez, en forma expresa el control judicial objetivo de la constitucionalidad, a través del instrumento procesal de la acción popular atribuyendo a la Corte Suprema de Justicia competencia para declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando fuesen contrarios a la Constitución»¹⁹. Se trataba de un antecedente de la acción de inconstitucionalidad, que conllevaba una legitimación activa popular, por lo cual, coincidimos con José Vicente Haro cuando dice que la Constitución de 1858 «se adelantó casi medio siglo al sistema concentrado de control de la constitucionalidad de la Constitución Austriaca de 1920, que Kelsen había concebido, por supuesto dentro de las diferencias importantes que existen entre este modelo y el de Venezuela»²⁰. Asimismo, Manuel Aragón Reyes entiende que en Venezuela y Colombia ya existía una justicia constitucional que defendía judicialmente la Constitución y dejaba sin efecto a aquellos actos legislativos que la contraviniesen²¹. En todo caso, la Constitución de Venezuela de 1858 constituye un antecedente formal, es decir, que se trató de un diseño que no tuvo oportunidad de desarrollarse en la vida jurídica del país suramericano, debido a que ese mismo año comenzó la Guerra Federal que dejó en el papel el referido texto constitucional.

Precisamente, las relaciones constitucionales en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos del siglo XIX se encontraban enmarcadas, al igual que en el constitucionalismo europeo, dentro de una tensión dialéctica entre los arquetipos conservadores y liberales, y una consecuente inestabilidad política que se reflejaba en constantes guerras civiles. Sin embargo, a mediados de siglo XIX se produce un acercamiento de estas posiciones antagónicas, a través de textos constitucionales que van a servir de elemento legitimador del diseño de las instituciones jurídicas y políticas²².

Es relevante advertir que, en México, estos conflictos no impidieron el desarrollo de la institución del Juicio de Amparo²³. En este sentido, el mérito de esta institución procesal del amparo en el siglo XIX, que nace en la Constitución de Yucatán de 1841 y se confirma en el artículo 19 del Voto Particular de don Mariano Otero, se puede ver en dos aspectos principales: por un lado, supone un fortalecimiento de la función jurisdiccional, más próxima a la tradición del *common law*, que en Estados Unidos iba conformando a los jueces como verdaderos garantes de la Constitución; por

18 F. TENA RAMÍREZ, «El Amparo Mexicano, Medio de Protección de los Derechos Humanos» en J. R. COSSIO DÍAZ y R. ESTRADA MICHEL (Compiladores) *Obras Completas Felipe Tena Ramírez*, Facultad de Derecho de la UNAM, Porrúa, Escuela Libre de Derecho, México, 2015, p. 574.

19 F. FERNÁNDEZ SEGADO, «El Control de Constitucionalidad en Latinoamérica: Del control político a la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales» en *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano. Homenaje a Humberto J. La Roche*, UCAB, Caracas, 2000, p. 475.

20 J. V. HARO, «La Jurisdicción Constitucional en la Constitución de 1999» en *Homenaje a Humberto J. La Roche*, UCAB, Caracas, 2000, p. 507.

21 M. ARAGÓN REYES, La aplicación judicial de la Constitución: «Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional», en sus *Estudios de Derecho Constitucional*, C.E.P.C., Madrid, 1998, p. 112.

22 R. GARGARELLA, «Apuntes sobre el constitucionalismo Latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica» en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* N° 25, 2010, p. 34

23 M. GONZÁLEZ OROPEZA, «El primer Juicio sustanciado en México», Tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1999, pp. 119-120

otro lado, el establecimiento de una garantía jurisdiccional de los derechos humanos, superando el tratamiento formalista que en Europa se le daba a estos derechos, para conformar una concepción material de los mismos. De modo que, en México se estaba superando la concepción de que los derechos del hombre se establecían como meras declaraciones, que en realidad estaban a merced del legislador para su sustantivación. La Constitución de Yucatán de 1841 estableció un catálogo de derechos que agrupó dentro del título denominado «garantías individuales», en consonancia con la tradición francesa que Rejón había comprendido muy bien, en virtud de la cual, la declaración de los derechos no era suficiente sino se tenían las garantías jurisdiccionales para que los poderes Ejecutivo y Legislativo no los violaran²⁴, lo cual aparece, precisamente, en contra del paradigma legiscentrista propio del constitucionalismo liberal decimonónico.

No se puede perder de vista que, el constitucionalismo mexicano mantuvo una metamorfosis constante a lo largo del siglo XIX, que afectaba la configuración de muchas instituciones constitucionales y, desde luego, el amparo no fue la excepción. En 1842, al reformarse las Leyes Constitucionales (Siete Leyes), existió un grupo de diputados que abogaron por el sistema federalista y por la creación de controles constitucionales, entre ellos, sobresalió el jurista Mariano Otero²⁵.

Así las cosas, el artículo 101 de la Constitución mexicana de 1857 establecía lo siguiente:

«Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- 1) Por leyes ó actos de cualquiera autoridad que violen garantías individuales.
- 2) Por leyes ó actos de la autoridad federal que vulneren ó restrinjan la soberanía de los Estados.
- 3) Por leyes ó actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal».

La Ley de Amparo del 19 de enero de 1869, en su artículo 8, prohibió el amparo directo. Sin embargo, ese mismo año, la Suprema Corte de Justicia se encargó de declarar de manera implícita la inconstitucionalidad de la mencionada disposición legal, en el célebre caso del Juez Miguel Vega, dando lugar al nacimiento del amparo judicial. Esta sentencia que ha sido comparada con la paradigmática sentencia del caso *Marbury vs Madison*²⁶, sin embargo, el desarrollo posterior del Juicio de Amparo en México siguió un camino totalmente distinto del control de constitucionalidad de los Estados Unidos de América.

La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación supuso una postura decisiva acerca de la jerarquía de las fuentes formales del Derecho, en virtud del principio de supremacía de la Constitución, con base en el artículo 1.º de la Constitución, que consagraba las garantías individuales como elementos racionalizadores y legitimadores de todas las instituciones constitucionales.

Con base en el Derecho público comparado en perspectiva histórica podríamos decir que, la sentencia del caso del Juez Vega se adelantó en la segunda mitad del siglo XIX a la concepción de los derechos humanos como límite para el legislador y una idea de tutela judicial efectiva más próxima a la manera en la cual la entendemos en el siglo XXI. En efecto, la ley procesal, cuyo estricto cumplimiento era lo que le daba legitimidad al proceso en el paradigma de la escuela científica del Derecho procesal, se encuentra con esta interpretación según la cual, por encima del legislador están las garantías individuales y, por tanto, éste no puede sancionar leyes que las trasgredan. En este caso del Juez Miguel Vega, en el cual se trataba de inaplicar una disposición legal que establecía la prohibición de conocer juicios de amparos en contra de decisiones judiciales,

24 M. GONZÁLEZ OROPEZA, *Constitución y Derechos Humanos. Orígenes del Control Constitucional*, CNDH, Porrúa, Ciudad de México, 2009, p. 169.

25 J.J. COVARRUBIAS DUEÑAS, «Antecedentes del Amparo» en M. GONZÁLEZ OROPEZA y E. FERRER MAC-GREGOR, (Coords.) *El Juicio de Amparo. A 160 años de su primera sentencia*, Tomo I, IIJ-UNAM, México, 2011, p. 339

26 M. DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, «El amparo Miguel Vega y el origen del control constitucional en México» en E. FERRER MAC-GREGOR y L.F. RENTERÍA BARRAGÁN, (Coords.), *El amparo directo en México. Origen, evolución y desafíos*, IECEQ, IIJ-UNAM, México, 2021, pp. 110-112.

podríamos decir que nos acercamos a una visión más próxima al Derecho constitucional procesal o garantías del debido proceso desde un punto de vista material. No obstante, en consonancia con lo que fueron los paradigmas del siglo XIX, el amparo judicial terminó por configurarse de manera que se asemejaba más a la casación, por lo menos, en el aspecto teleológico de buscar la uniformidad de las interpretaciones con el fin de alcanzar la seguridad jurídica, lo cual nos confirma en una visión de las garantías del debido proceso más cercana al formalismo jurídico. De modo que, se menoscabaron las autonomías competenciales del régimen interior de las entidades federativas en virtud de una configuración de un control concentrado de constitucionalidad a favor del Poder Judicial de la Federación, que dejó a los poderes judiciales de las entidades federativas como jueces de casación para conocer solo casos de legalidad de sus leyes locales. En definitiva, sin menoscabo de los aportes del Juicio de Amparo mexicano al Derecho constitucional, no se pueden soslayar los efectos que la ideología liberal dejó en esta institución.

5. El análisis del juicio de amparo mexicano en el siglo XXI con base en la comparación con perspectiva histórica

Es bien sabido que las constituciones iberoamericanas del siglo XIX son deudoras del modelo de la Europa continental, que conjuntaba los principios de soberanía nacional y el de división de poderes y, a pesar de la tensión dialéctica que estas categorías conceptuales suponen, la consecuencia fue que los textos constitucionales en Iberoamérica tuvieron una naturaleza programática, esto es, más ideológica que práctica²⁷. No obstante, como se señaló en el epígrafe anterior, el Juicio de Amparo mexicano fue, en el siglo XIX, la institución jurídica de mayor trascendencia en México y constituye un referente para los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia jurídica del *civil law*, lo cual se observa en la forma en la cual esta institución procesal fue contemplada en diversas legislaciones durante el siglo XX.

Ese siglo XX llegó acompañado de grandes problemas políticos y sociales a los cuales México no fue ajeno, en consecuencia, la revolución mexicana dio paso a la Constitución mexicana de 1917, con una ideología que se alejaba del individualismo del siglo XIX y asumía la cuestión social con la positivización de un catálogo de derechos sociales -que se adelantaba dos años a la Constitución de Weimar- sin menospreciar las garantías de naturaleza individual que se mantenían vigentes. En este contexto, en el proceso constituyente de Querétaro se revisó el Juicio de Amparo y, como lo ha sabido explicar Estrada Michel²⁸ en su análisis del amparo mexicano, a la luz del discurso inaugural de don Venustiano Carranza y sus puntos coincidentes con el pensamiento de Emilio Rabasa, hubo el debate acerca de la pertinencia y la viabilidad del Juicio de Amparo instaurado en la Constitución de 1857 y, específicamente, los problemas que el amparo directo supuso en el siglo XIX y primera década del XX, derivado de la sentencia del caso del Juez Vega. De modo que, dentro de una tensión dialéctica entre realismo e idealismo, en Querétaro se mantuvo el amparo casación que en realidad era —y lo siguió siendo durante todo el siglo XX— justicia de legalidad, fundada casi siempre en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, expresión de un verdadero formalismo jurídico. Esto trajo consecuencias para el constitucionalismo mexicano del siglo XX, donde vale la destacar, en palabras de Estrada Michel, «entre otros daños colaterales, la ausencia de garantías jurisdiccionales para el goce efectivo de los derechos sociales»²⁹.

De modo que, durante el siglo XX, el Juicio de Amparo se mantuvo como la institución garante de la legalidad, en su sentido más formalista, lo cual impactó en las relaciones constitucionales y

27 C. G. HANKANSSON NIETO, «Los rasgos y perspectivas del constitucionalismo» en *Derecho & Sociedad*, N.º 47, PUPC, Lima, 2016, pp. 86-87.

28 R. ESTRADA MICHEL, «Carranza, Rabasa y la imposible tarea de la Corte en México» en E. FERRER MAC-GREGOR, y L. F. RENTERÍA BARRAGÁN, (Coords.), *El amparo directo en México. Origen, evolución y desafíos*, IECEQ, IIJ-UNAM, México, 2021, pp. 145-170.

29 R. ESTRADA MICHEL, «Carranza, Rabasa y la imposible tarea de la Corte en México» en E. FERRER MAC-GREGOR y L. F. RENTERÍA BARRAGÁN (Coords.), *El amparo directo en México. Origen, evolución y desafíos*, IECEQ, IIJ-UNAM, México, 2021, p. 168.

en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los demás tribunales federales, ya que significó una particularización del sistema de fuentes formales del ordenamiento jurídico mexicano al establecer a la jurisprudencia como una suerte de norma general y abstracta, distinta a lo que la mejor doctrina considera. Pero, sobre todo, la idea formalista de los procedimientos judiciales.

Tomemos como ejemplo la garantía de la tutela judicial efectiva, en efecto, durante la quinta época del Semanario Judicial de la Federación, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no consideraba que el contenido del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiriese a violaciones cometidas por los tribunales dentro de las causas que estuvieran conociendo, sino que sostuvo que la tutela judicial efectiva se limitaba al mandato constitucional que tenían los jueces para administrar justicia en los estrictos los plazos y términos establecidos en la ley en sentido formal³⁰; de tal suerte que, no fue sino hasta la novena época cuando se comenzó a reflexionar sobre la naturaleza de derecho fundamental que tiene la tutela judicial efectiva.

De manera que, el estudio del Juicio de Amparo en el siglo XX nos muestra que, aquellos problemas que nacieron en el siglo XIX, pero que se podrían explicar en el contexto de la ideología de la Constitución del Estado Liberal Burgués, al llegar al siglo XX se mantuvieron y acentuaron. Pero, con una agravante debido a que el constitucionalismo democrático del siglo XX, sobre todo a partir de la segunda posguerra, en Europa ya se había abandonado el legiscentrismo y se iniciaba toda una construcción de los derechos fundamentales como obra, principalmente, de la función jurisdiccional constitucional de los tribunales constitucionales, con base en la idea de la Constitución entendida como orden de valores, lo que, en definitiva, legitimaría todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la recepción de esos valores dentro de los Estados iberoamericanos en el siglo XX no fue fácil, puesto que la tradición militarista, aunado al contexto internacional de la guerra fría, supuso el mantenimiento de dictaduras o regímenes autoritarios, los cuales, evidentemente, no se caracterizaron por ser defensores de los derechos humanos, al contrario, algunos de ellos cometieron atrocidades que se podían encuadrar en delitos de lesa humanidad.

En este sentido, el Juicio de Amparo mexicano fue evolucionando a lo largo del siglo XX hacia este paradigma del constitucionalismo democrático, lentamente, si lo comparamos con la configuración que este tipo de recursos presentaba en otros países de Iberoamérica. Baste como ejemplo el principio de relatividad de los efectos de la sentencia en el Juicio de Amparo, conocida también como fórmula Otero, la cual se justificaba en el siglo XIX por la idea del principio de división de poderes, el cual suponía una estricta separación de funciones, pero, que en el constitucionalismo actual tiene un alcance muy distinto, ya que regresa a su verdadera concepción histórica de pesos y contra pesos dentro de las relaciones constitucionales. En este contexto, a los jueces no se les puede exigir que renuncien a darle, en su justa dimensión histórica, contenido preciso y alcance a los derechos fundamentales que dentro del sistema de fuentes del Derecho están contenidos en la Constitución y limitados en la ley. Como nos explica Fioravanti, los jueces constitucionales en la Europa de la segunda mitad del siglo XX abandonaron las «simplificaciones del positivismo jurídico» que llevaban a los tribunales a tomar decisiones de «sí-no, válido-inválido, conservación-abrogación», y pasaron a «dotarse de instrumentos más flexibles para utilizarlos en la función concreta de interpretación de la ley por parte de los jueces»³¹. En este sentido, la función jurisdiccional que llevaban a cabo los jueces en el Juicio de Amparo mexicano del siglo XX no terminaba de cumplir a cabalidad con su misión de ir construyendo un verdadero cuerpo dogmático —aunque abierto a la discusión democrática— sobre los contenidos de los derechos fundamentales.

Sin embargo, a pesar la complejidad que las formas procesales le fueron imprimiendo al Juicio de Amparo, convirtiéndolo en un proceso excesivamente técnico, es un hecho que sí logró alcanzar un lugar sobresaliente dentro de las instituciones de Derecho procesal constitucional del siglo XX.

30 M. NÚÑEZ TORRES y M. NERIA GOVEA, «Tutela Judicial Efectiva y Debido proceso. Del Debido proceso formal al Debido proceso material» en M. NÚÑEZ TORRES (Coord.), *El debido proceso en el Derecho Constitucional Mexicano*, BOSCH, México, 2013, p. 43.

31 M. FIORAVANTI, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. A. Mora Cañadas y M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014, p. 103.

6. A manera de conclusión

No podemos decir que esta utilización del método comparado sea pacífica -y menos la que se cimienta en la revisión de instituciones históricas-, ya que esta discusión sigue enfrentando a quienes justifican tal utilización en el carácter universal de la naturaleza humana, que se expresan en disposiciones constitucionales insertas en Constituciones nacionales; y a quienes, defienden el carácter particular de cada texto constitucional, que se expresa democráticamente en sus disposiciones normativas; lo que supone, en palabras de Hirschl, un «debate caldeado»³². Sin embargo, lo que nos permite confirmar la idoneidad de esta estrategia epistemológica, es esa idea de que la Constitución es un hecho cultural, con presencia de elementos dentro de la institución que trascienden al espacio y al tiempo, además de otros elementos que tienen su razón de ser únicamente en un contexto específico, por la cual, la comparación es un parámetro para distinguir lo que es un elemento esencial a la institución, sin el cual estaríamos ante otra institución; de lo que sólo se trata de un atavismo histórico que es ajeno a los fines de esa institución.

Luego, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos consagró este derecho de gozar de protección judicial de los derechos fundamentales en el artículo 25, definiendo las características que debe tener este recurso («sencillo y rápido», «efectivo») y, además, estableciendo que los derechos que habrían de ser protegidos no son sólo los contenidos en este Pacto de San José, sino que abarca los establecidos por la Constitución y las leyes de los Estados Parte. Lo anterior supuso un paso a la integración del sistema de fuentes, de una concepción dualista a una monista. En este sentido, el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce a todas las personas que se encuentran en el país, todos los derechos humanos, así como sus garantías de protección, consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales donde México es parte y, obliga a que su interpretación se haga conforme al principio pro-persona. Asimismo, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace expresa mención de los compromisos que los Estados partes deben hacer al regular este recurso, haciendo hincapié en la obligación de las autoridades estatales de garantizar el cumplimiento cabal de las sentencias de amparo, confirmando a la ejecución de las sentencias como parte de las garantías de un debido proceso³³.

Asimismo, los derechos humanos no pueden ser entendidos, únicamente, como un conjunto individualizado de facultades de las personas frente al Estado, sino que todo el ordenamiento está racionalizado por éstos de manera sistemática. Como dice la profesora Figueruelo, esto constituye la prueba de que el *sistema de numerus clausus* es insuficiente para delimitar los derechos que deben ser protegidos, en tanto que, por su carácter, los derechos fundamentales son abiertos y tienden a expandirse, amén de su jerarquía constitucional, de donde se deduce la posición preferente de la cual gozan dentro del ordenamiento jurídico con la consecuencia natural del *efecto vinculante*³⁴. De modo que, su protección subnacional, nacional y supranacional es una consecuencia evidente de este sistema de derechos e instituciones³⁵.

El Derecho público comparado en Iberoamérica nos muestra casos como el de la Constitución de Venezuela de 1961, que en su artículo 49 consagró el derecho constitucional a la acción de amparo, al tiempo que en el artículo 50 estableció que el catálogo de derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional no suponía la negación de otros que, en virtud de la dignidad humana, también eran susceptibles de ser garantizados por esta acción constitucional (estas disposiciones fueron reproducidas en la Constitución venezolana de 1999, por tanto se mantienen vigentes).

32 R. HIRSCHL, *Asuntos comparativos. El renacimiento del Derecho constitucional comparado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 258-249.

33 Por eso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos siempre ha mantenido su posición de que, además de consagrar normativamente las garantías jurisdiccionales, se tienen que «garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por las autoridades competentes de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos» Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C. No. 72.

34 A. FIGUERUELO BURRIEZA, *El Recurso de Amparo. Estado de la cuestión*. Prólogo de Pedro de Vega, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, p. 41.

35 Artículo 1 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

El Derecho público comparado y la historia del Derecho sirven como estrategia epistemológica en el análisis del Juicio del Amparo en el siglo XXI, cuyo fin coadyuvaría para que la ingeniería constitucional consiguiera llevar a cabo las adecuaciones para la mayor eficacia de esta garantía jurisdiccional de los derechos humanos, conforme a los valores y principios del ordenamiento jurídico, a través de una comparación que nos sirva de parámetros para la evaluación, así como para la obtención de elementos cognoscitivos, con la finalidad de comprender mejor a la institución y, de ser el caso, para las reformas constitucionales y legales para la reconfiguración del Juicio de Amparo. Asimismo, es muy importante estudiar los aportes del formante doctrinal mexicano que en la segunda mitad del siglo XX fueron críticos de los formantes jurisprudenciales y legislativos, resaltando cuatro nombres: Héctor Fix Zamudio, Jorge Carpizo, Sergio García Ramírez y Diego Valadés, cuya obra es referente para otros investigadores que hoy ejercen con denodado entusiasmo la labor asignada a la Academia jurídica mexicana.

El siglo XXI había supuesto para México un giro importantísimo de sus instituciones de justicia constitucional hacia una protección eficaz de los derechos fundamentales y de una posición relevante dentro de los países del hemisferio. En este sentido, tenemos tres reformas constitucionales que constituyen puntos de inflexión en la redefinición de la justicia constitucional mexicana. La primera reforma fue en materia procesal constitucional en 1994³⁶; la segunda, en materia procesal penal de 2008³⁷ y, la más importante a los efectos del Juicio de Amparo y de la tutela judicial efectiva, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011³⁸. Esta última reforma significó un fortalecimiento de esta garantía jurisdiccional, que se ha visto reflejado cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue construyendo a partir de la décima época —aunque hay referentes importantes en la novena época— un cuerpo dogmático de los derechos humanos con base en la revisión de su propia jurisprudencia y de un diálogo jurisprudencial con la Corte Interamericana de Derechos Humanos e, indirectamente, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así las cosas, ¿podríamos decir que el Juicio de Amparo en México ya se adecua a los fines que se esperan de esta garantía constitucional según el artículo 25 de la Convención Americana? La reforma de la Ley de Amparo en México de 2025 nos obliga a sostener una respuesta en sentido negativo porque, si bien, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación había venido perfilando en este primer cuarto de siglo, instrumentos procesales para matizar la complejidad del Juicio de Amparo, ya que significaba una contradicción con la obligación que los Estados Partes tienen en virtud del propio artículo 25.1 del Pacto de San José de garantizar un recurso jurisdiccional «sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo»; estas complejidades se ven agravadas por esta reforma que pareciera poner más complejidades en detrimento de las garantías a los derechos humanos. Por ejemplo, aparece un verdadero escollo a uno de los institutos procesales más importantes: la suspensión del acto reclamado presuntamente violatorio del derecho humano. En efecto, el artículo 128 de la Ley de Amparo obliga a la autoridad judicial a que, para otorgar la suspensión del acto reclamado, pondere la apariencia de buen derecho y del interés social, para lo cual debe verificar, entre otros requisitos, que los efectos de la suspensión frente al interés social y a normas de orden público, no supongan un «daño significativo a la sociedad» o una privación de «beneficios que ordinariamente le corresponden» (fracción III), con lo cual, las posibilidades de denegar una suspensión pareciera ser relativamente fácil, porque sólo en materia tributaria, el argumento de que, si se priva a la sociedad de un pago de impuestos respectivo, se le puede ocasionar un «daño significativo», se antoja fácil. Los datos que el Derecho público comparado y la Historia constitucional proporcionan pueden servir para hacer las preguntas clave que ayuden llevar a cabo esta evaluación y análisis del Juicio de Amparo mexicano que a todas luces está en crisis.

Otro ejemplo de la importancia del Juicio de Amparo para el Derecho público comparado son las clasificaciones que los comparatistas han construido sobre justicia constitucional. Lo primero que salta a la vista son las características particulares que hacen difícil su encuadre

36 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 31 de diciembre de 1994.

37 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 18 de junio de 2008.

38 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 10 de junio de 2011.

dentro de los modelos de control concentrado y difuso, lo que demuestra la poca utilidad a la que ha quedado reducido el uso de esta clasificación dicotómica de difuso y concentrado. En efecto, si analizamos el amparo contra leyes, vemos que mantiene dos características típicas del modelo de control difuso, ya que de este juicio pueden conocer tribunales federales distintos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y porque los efectos de la sentencia son relativos; sin embargo, también encontramos características propias del modelo concentrado, como por ejemplo, el hecho de que el debate sobre la constitucionalidad de la ley no sea incidental, sino que constituya el objeto principal del litigio, es decir, que el acto que contiene los agravios al derecho humano es la propia norma general. Por otra parte, los tribunales de las entidades federativas no pueden conocer del juicio de amparo, lo cual hace muy difícil su inclusión dentro del modelo de control difuso, a pesar de que, como lo ha explicado muy bien, Cavazos Guajardo Solís, con base en el «neoconstitucionalismo y en el institucionalismo jurídico», el control difuso de constitucionalidad es «innato al federalismo» porque éstos «emergieron de Estados y constituciones federales»³⁹.

Asimismo, el Juicio de Amparo podría encuadrar en el modelo concentrado, si analizamos el procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad, contemplada en el artículo 107, fracción II, tercer párrafo de la Constitución Mexicana, que deriva de la jurisprudencia que resulta de los amparos contra leyes que determinan su inconstitucionalidad. Sin embargo, aunque este procedimiento busca superar los problemas que conlleva la relatividad de los efectos de la sentencia de amparo —la fórmula Otero a la que ya hicimos referencia—, debido a que se podría considerar un atavismo histórico que arrastra el Juicio de Amparo mexicano desde el siglo XIX; la prohibición de que esta declaratoria pueda versar sobre la materia tributaria, mantiene la relatividad de las sentencias como un elemento que no se debería pasar por alto al momento de buscar nuevas clasificaciones en materia de justicia constitucional.

Además, serviría para analizar la incompatibilidad que suponen, desde el punto de vista de la legitimidad constitucional y su consecuente principio de supremacía constitucional, el hecho de que el Estado pueda mantener un tributo que ha sido declarado inconstitucional por parte de un tribunal; ya que supone, además, una discriminación en contra de todas las personas que no se pudieron beneficiar de la sentencia que amparó a determinada persona o grupo de personas.

En definitiva, el método comparado en perspectiva histórica muestra su pertinencia para el estudio de cualquier institución. Vemos así como Gross Espiell refiere, en su estudio sobre el constitucionalismo decimonónico, la trágica incongruencia —conocida por todos— entre el deber ser establecido en los textos constitucionales latinoamericanos y la realidad que se observaba en la vida social, política y jurídica de los pueblos de esta parte del continente, y entre sus ejemplos señala las declaraciones de derechos de las constituciones de Argentina de 1853 y de México de 1857⁴⁰. Sin embargo, no refiere la relevancia que significó el amparo mexicano como una institución que fue capaz de servir de control jurisdiccional del poder dentro de los paradigmas del constitucionalismo liberal, adelantándose casi medio siglo a las teorías del constitucionalismo democrático.

7. Bibliografía

ARAGÓN REYES, Manuel, *La aplicación judicial de la Constitución: «Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional»*, en sus *Estudios de Derecho Constitucional*, C.E.P.C., Madrid, 1998.

BURGOA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, Porrúa, México, 1983.

CAVAZOS GUAJARDO SOLÍS, Alonso, *Las limitantes de la jurisprudencia mexicana para consolidar al Federalismo como una verdadera expresión de la división de poder público*, Tirant lo blanch, México, 2020

39 A. CAVAZOS GUAJARDO SOLÍS, *Las limitantes de la jurisprudencia mexicana para consolidar al Federalismo como una verdadera expresión de la división de poder público*, Tirant lo blanch, México, 2020, p. 105.

40 H. GROSS ESPIELL, «El constitucionalismo Latinoamericano y la codificación del siglo XIX» en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 6, enero/diciembre 2002, p. 163.

- COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús**, «Antecedentes del Amparo» en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coords.) *El Juicio de Amparo. A 160 años de su primera sentencia*, Tomo I, IIJ-UNAM, México, 2011.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro**, *La Constitución Inédita*, Editorial Trotta, Madrid, 2024
- DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos**, «El amparo Miguel Vega y el origen del control constitucional en México» en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y RENTERÍA BARRAGÁN, Luis Fernando (Coords.), *El amparo directo en México. Origen, evolución y desafíos*, IECEQ, IIJ-UNAM, México, 2021.
- ESTRADA MICHEL, Rafael**, «Carranza, Rabasa y la imposible tarea de la Corte en México» en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y RENTERÍA BARRAGÁN, Luis Fernando (Coords.), *El amparo directo en México. Origen, evolución y desafíos*, IECEQ, IIJ-UNAM, México, 2021.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Vicente y SAMANIEGO BEHAR, Nitza** «El Juicio de Amparo: Historia y futuro de la protección constitucional en México» en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N.º 27, enero-junio 2011.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco**, *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y Aportes a la Justicia Constitucional en América Latina*, Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, CLUEB, Bologna.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco**, «El Control de Constitucionalidad en Latinoamérica: Del control político a la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales» en *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano. Homenaje a Humberto J. La Roche*, UCAB, Caracas, 2000.
- FIORAVANTI, Maurizio**, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. A. Mora Cañadas y M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014.
- FIORAVANTI, Maurizio**, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. A. Mora Cañadas y M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor**, «Derecho Comparado y Derecho de Amparo» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 8, UNAM, mayo-agosto, 1970.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio**, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, México, 2002.
- GARGARELLA, Roberto**, «Apuntes sobre el constitucionalismo Latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica» en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* N.º 25, 2010.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel**, «El primer Juicio sustanciado en México», Tomo I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1999.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel**, *Constitución y Derechos Humanos. Orígenes del Control Constitucional*, CNDH, Porrúa, Ciudad de México, 2009.
- GROSS ESPIELL, Héctor**, «El constitucionalismo Latinoamericano y la codificación del siglo XIX» en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N.º 6, enero/diciembre 2002.
- HARO, José Vicente**, «La Jurisdicción Constitucional en la Constitución de 1999» en *Homenaje a Humberto J. La Roche*, UCAB, Caracas, 2000.
- HIRSCHL, Ran**, *Asuntos comparativos. El renacimiento del Derecho constitucional comparado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 258-249.
- HANKANSSON NIETO, Carlos Guillermo**, «Los rasgos y perspectivas del constitucionalismo» en *Derecho & Sociedad*, N.º 47, PUPC, Lima, 2016, pp. 86-87.
- LIRA GONZÁLEZ, Andrés**, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano (antecedentes novohispanos del amparo)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- LUCAS VERDÚ, Pablo**, «Una reciente aportación de la doctrina italiana a la teoría de la Constitución: la ingeniería constitucional» en *Revista de Derecho Político*, N.º 4, UNED, Madrid, 1979.
- LUCAS VERDÚ, Pablo**, *Teoría de las relaciones constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2000.
- McILWAIN, Charles Howard**, *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*, trad. Solozábal Echavarría, Juan José, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1991.
- NÚÑEZ TORRES, Michael y NERIA GOVEA, Miguel**, «Tutela Judicial Efectiva y Debido proceso. Del Debido proceso formal al Debido proceso material» en NÚÑEZ TORRES, Michael (Coord.), *El debido proceso en el Derecho Constitucional Mexicano*, BOSCH, México, 2013.

- PASQUINO, Gianfranco**, *Nuevo curso de ciencia política*, trad. Clara Ferri, Fondo de Cultura Económica, México, 2011.
- PEGORARO, Lucio**, «La Ciencia y el Método» en PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo (dirs), *Derecho constitucional comparado*, tomo 1, UNAM, IIJ, Editorial Astrea, México, 2016.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto**, «Los Cambios Constitucionales a través de la Costumbre y la Jurisprudencia» en *Los Cambios Constitucionales*, UNAM, México, 1977, p. 113.
- ROMANO, Santi**, «El Estado Moderno y su crisis», trad. Francisco Durán Ruíz, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N° 15, enero-junio/2011.
- ROMANO, Santi**, *El ordenamiento Jurídico*, trad. Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- SACCO, Rodolfo**, «Formantes» en PEGORARO, Lucio, *Glosario de Derecho Público Comparado*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; NÚÑEZ TORRES, Michael; TORRES ESTRADA, Pedro; ENRÍQUEZ FUENTES, Gastón (Coordinadores de la versión española), trad. de O. Triguero Ortiz, Porrúa, UNAM, UANL, IMDPC; México, 2012.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis**, «La Constitución Yucateca de 1941 y su Juicio de Amparo» en *Libro ad Honorem Sergio García Ramírez*, Tomo I, IIJ-UNAM, México, 1998.
- TARR, Alan G.**, «Los Estados como Innovadores» en TORRES ESTRADA, Pedro y BARCELÓ ROJAS, Daniel (Comp.) *La reforma del Estado. Experiencia Mexicana y Comparada en las Entidades federativas*, SCJN, EGAP, UNAM, Porrúa, México, 2008.
- TENA RAMÍREZ, Felipe**, «El Amparo Mexicano, Medio de Protección de los Derechos Humanos» en COSSIO DÍAZ, José Ramón y ESTRADA MICHEL, Rafael (Compiladores) *Obras Completas Felipe Tena Ramírez*, Facultad de Derecho de la UNAM, Porrúa, Escuela Libre de Derecho, México, 2015.

LA CONFIGURACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA DEL ESPACIO PRIVADO Y EL DERECHO A LOS CUIDADOS: EL PARADIGMA LATINOAMERICANO EN SU CONSTITUCIONALIZACIÓN

Laura Nuño Gómez

Universidad Rey Juan Carlos¹

Sumario: 1. Introducción. 2. El sesgo fundacional: la despolitización de lo privado. 3. El alcance de los derechos del cuidado y de la igualdad material en un estado social androcéntrico. 4. La insostenibilidad humana y financiera de la feminización y despolitización del cuidado. 5. La constitucionalización de los derechos del cuidado: el paradigma latinoamericano. Conclusiones: hacia una nueva «democracia de los cuidados».

1. Introducción: las mujeres como proveedoras del Estado de bienestar

En una de sus últimas publicaciones Ángela Figueruelo afirmaba que «el reconocimiento de un derecho fundamental a los cuidados responde a la necesidad de transformar nuestra sociedad hacia un modelo más justo, equitativo y sostenible. El trabajo de cuidados es esencial para el bienestar de todas las personas, puesto que garantiza que cada individuo, al margen de su situación personal económica o social pueda ser atendido y pueda disfrutar de una vida digna»².

Sin embargo, todavía en la actualidad, el derecho del cuidado, tanto en lo relativo a quienes reciben el mismo como en relación a las personas que lo proveen, arrastra la herencia de la rígida separación entre el espacio público y privado de la sociedad civil propia del constitucionalismo histórico que identificaba el cuidado con el ámbito de lo privado. La identificación de esta último con lo no-político y la consecuente despolitización del cuidado convierte el mismo en una suerte de asunto personal o familiar que se asume mediante estrategias biográficas ajenas a la gestión pública. Una provisión de cuidados que, de producirse, oscila entre la atención remunerada que prestan instituciones o personas externas y aquella de carácter altruista que procura la malla de solidaridad familiar. Y, aunque para el caso español, el código civil convierte en obligación el cuidado de los integrantes de la unidad familiar, la práctica habitual es que dicha malla se teja, fundamentalmente, por las mujeres del entorno familiar más cercano. Convirtiéndose, como señala Figueruelo, por dejación de funciones de los poderes públicos y por falta de corresponsabilización real, en el «estado de bienestar del resto de la población»³.

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación de Alto Rendimiento en Género y Feminismo de la Universidad Rey Juan Carlos (GIAR FEMGEN V326- 00008/082).

2 FIGUERUELO, Ángela (2025) «La Constitución y los cuidados» en FERNANDO PABLO, Marcos M., TERRÓN, Daniel y DOMÍNGUEZ, José Luis *La Administración de los cuidados*. A Coruña: Colex, pág. 61.

3 *Ibid.* pág. 71.

Como recordaba también Figueruelo, en la obra anteriormente citada, América Latina representa un ámbito regional pionero en la politización del cuidado. No sólo por la Ley Modelo Interamericana de Cuidados (2022), promovida por Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) de la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁴, que hizo propias las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) asumiendo el reconocimiento y la regulación del trabajo de cuidados, sino también por la propia constitucionalización del cuidado que han asumido algunos países de la región⁵.

Por tanto, recuperando las cuestiones planteadas por Figueruelo, tanto en lo relativo a la consideración y provisión de los cuidados como respecto a su juridificación, el presente capítulo examina el origen o las causas de la despolitización y feminización del cuidado, las limitaciones que de ello se derivan respecto al ejercicio del derecho a la igualdad, derechos que se ven afectados (como la salud, la dignidad, la integridad física o moral o una vida digna), así como ejemplos paradigmáticos en su politización y constitucionalización de algunas innovadoras propuestas procedentes de países del ámbito regional latinoamericano.

2. El sesgo fundacional: la despolitización de lo privado

La organización política que supuso la consolidación del estado moderno y la desaparición de la servidumbre feudal se acompañó de una rígida separación entre el espacio público y el ámbito privado de la sociedad civil⁶. El paulatino desarrollo de los derechos civiles, al menos para los varones, la progresiva mercantilización de la economía y la asimilación de lo público con lo político permitieron emancipar el espacio público del ámbito de las necesidades del cuidado inscritas en lo privado, otorgándole un papel central en el diseño del pacto contractualista. En consecuencia, el espacio privado sería privado también de posible reconocimiento económico, político y social. Sería el ámbito de las emociones y particularidades, de la no política por antonomasia, administrado según la voluntad del *pater familias* de cada casa. Las personas que desarrollaran su trabajo en el ámbito privado correrían idéntica suerte.

Por ello, si la consolidación del estado moderno consagró la separación entre lo privado y lo público, será el contractualismo clásico heredero de dicha división, el que otorgue el andamiaje conceptual necesario para la subordinación del ámbito de lo privado y el confinamiento de las mujeres a este último. Así, las credenciales socioculturales patriarcales posibilitaron la invención de un supuesto orden natural según el cual, el ámbito público sería el espacio natural de los varones mientras que el privado sería el de las mujeres. Pero el pensamiento ilustrado había interpelado la legitimación tradicional precedente y, sobre unas bases epistemológicas basadas en la razón universal como argumento igualitario, no resultaba plausible la defensa de una exclusión selectiva basada en criterios consuetudinarios o de nacimiento, como representa el sexo de cada persona.

Con tal finalidad, la exclusión de las mujeres del pacto fundacional y su consecuente privatización era la condición *sine qua non* para garantizar las condiciones de posibilidad de la autonomía postulada tanto para el funcionamiento del espacio público como para la construcción de un nuevo modelo de ciudadano liberado de servidumbres civiles. Desde una pretendida legitimidad racional del poder o de la obediencia se produjo un traspaso de las servidumbres feudales a las sexuales como un orden natural de carácter precívico o precontractual.

La exclusión de las mujeres del pacto fundacional se sustentó en un determinismo biológico que transformó su capacidad reproductiva en una supuesta especialización para el cuidado en el espacio privado con la consecuente inhabilitación para la participación en el público o polí-

4 Disponible en: <https://www.oas.org/es/cim/docs/LeyModeloCuidados-ES.pdf>.

5 FIGUERUELO... *Op. cit.* págs. 65-66. Para un análisis comparado de las constituciones en el ámbito regional de América Latina y Caribe desde una perspectiva iusfeminista ver MARTÍNEZ DE ARAGÓN, Lara (2023) *La igualdad de mujeres y hombres en el constitucionalismo contemporáneo: Análisis comparado en el ámbito regional de América Latina*. Granada: Comares.

6 Así, como señala Showstack, será a raíz del «desarrollo de la sociedad postfeudal moderna y del estado moderno, [cuando] se pueda empezar a hablar de dos esferas diferenciadas, la pública y la privada, con todo lo que ello implica». SHOWSTACK, Anne (1998) «Igualdad, Diferencia y Ciudadanía». En VILLOTA, P. (ed) (1998) *Las mujeres y la Ciudadanía en el umbral del siglo XXI*. Madrid: Ed. Complutense, p. 23.

tico. Heterodesignadas como las «idénticas», según conceptualización de Celia Amorós⁷, con una esencia homogénea y sin capacidad de individuación, serán consideradas portadoras de una supuesta naturaleza irracional inhabilitante para formar parte del pacto social.

No en vano, la noción de Contrato Sexual, acuñada por Carole Pateman⁸, tiene una gran capacidad explicativa, pues visibiliza como el pacto ilustrado supuso la liberación de los varones de la servidumbre gracias a la común privatización y sometimiento de todas las mujeres. A partir de entonces serían consideradas seres dependientes, no sólo en el derecho público, sino también en el privado. El nuevo orden político, la nueva comunidad de los *Emilios* libres e iguales, transformó el derecho natural que los varones poseían sobre las mujeres en derecho civil patriarcal a través de un contrato matrimonial que, a imagen y semejanza del Contrato Social, reprodujo en el espacio privado el intercambio de obediencia por protección característico del *pactum subjectionis*. La configuración del sujeto político como masculino relegó a todas las mujeres a un ámbito privado despolitizado, manteniendo en el mismo la servidumbre sexual a través del contrato matrimonial; lo que permitió que cada hombre dispusiera de una mujer de uso privativo que garantizara su estirpe, descendencia y cuidado, pero también mujeres colectivizadas para un uso exclusivamente sexual⁹.

Paulatinamente, la relación público-privado, se fue definiendo con lógicas y simbolismos opuestos. La esfera pública, se configuró como el ámbito de la imparcialidad, la universalidad, la libertad y la igualdad, de lo valioso política y socialmente. Por el contrario, lo privado -por oposición al espacio público- se configuró como el reino de la particularidad y de lo políticamente irrelevante. Consecuentemente, el determinismo ilustrado no sólo impidió que las mujeres formaran parte del contrato originario, del universo de los iguales y del espacio público, sino que justificó su reclusión en un espacio privado considerado irrelevante políticamente como parte de un orden natural y, por tanto, carente por tanto de fundamentos políticos o ideológicos. Y por magia ilustrada la teleología paso a ser ontología, el interés, esencia y las mujeres, hembras de la especie humana confinadas, según consideración de Simone de Beauvoir, a la inmanencia.

Aunque el problema no fue sólo la inconsistencia de los argumentos racionales del supuesto racionalismo, ni la separación de espacios, sino la certeza sobre la jerarquía entre ambos y el binarismo ético que debía regir su funcionamiento. Así, frente a la ética de la justicia y la imparcialidad, propia del espacio público, la parcialidad, el particularismo y la ética del cuidado se instituiría como *modus operandi* del espacio privado. Un oportuno reparto que, a la postre, permitió defender la inferioridad de las mujeres, no sólo desde el punto de vista racional, sino también moral¹⁰. Incluso las tareas encomendadas, como crianza y el cuidado, en la medida que se configuraron como un mero instintivo natural, no determinado por el juicio o la razón, en tanto tal, carecerían de valor ético alguno.

Posteriormente, durante la revolución industrial, la reacción posterior frente a la incorporación de las mujeres al trabajo fabril terminó por construir la conocida figura del ama de casa, anclada entre el naturalismo excluyente ilustrado y la separación de espacios, que se extendería como ideal burgués de familia y como expectativa o modelo de conducta femenino por excelencia¹¹.

7 AMORÓS, Celia (1987) «Espacio de los iguales, espacio de las idénticas. notas sobre poder y principio de individuación». *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, núm. 503-504, págs. 113-128.

8 PATEMAN, Carole (1995) *El contrato sexual*. Barcelona: Anthrops.

9 Sin embargo, la apuesta del neoliberalismo globalizado por la ruptura con el Contrato social en lo relativo a la igual dignidad de los varones está provocando también una ruptura con ese Contrato sexual de forma tal que se está produciendo un relevo en las heterodesignaciones patriarcales que cuestiona el propio pacto de fratria respecto a su uso privativo en lo que sería un «todas para todos». Para un análisis sobre la cuestión ver AMORÓS, Celia (2025) *Imaginario de la globalización. Apuntes para una agenda feminista global*. Granada: Comares.

10 Que se recoge en la conocida controversia entre Lawrence Kohlberg y Carol Gilligan. Última autora que, en su innovador manifiesto *In a Different Voice* publicado en 1982, polemizó con la escala propuesta por Kohlberg que media el desarrollo moral personal y defendía la existencia de diferencias significativas en el razonamiento moral en función del sexo.

11 Paulatinamente la revolución industrial fue desplazando el lugar de producción del ámbito doméstico al fabril, lo que agudizó la separación entre el espacio público y el privado. El desarrollo de la industria repre-

Como es sabido, tras un siglo de persistente vindicación los movimientos sufragistas lograrían deslegitimar la exclusión naturalista, hecho que se materializó en la constitucionalización del sufragio femenino. Y así, durante la primera mitad del s. XX las mujeres de la mayoría de los países occidentales consiguieron ver reconocida su igualdad jurídica con los varones. Pero dicha inclusión partió del conocido como «dilema de Wollstonecraft» que provocó que las mujeres se incorporaran al universo de la ciudadanía, bien a través de la equiparación con los varones, como hombres de «segunda», o bien conservando las diferencias y discrepancias con un sujeto pretendidamente neutro y universal y, por tanto, como ciudadanas de «segunda». En suma, un escenario que obliga a optar entre el sofisma de la igualdad o la especificidad de una mismidad ajena o discrepante con el supuesto universal que siguió instalado en la teoría de la separación de espacios.

La inexistencia de impedimentos formales para la participación de las mujeres en el espacio público contribuyó a que durante las siguientes décadas se produjera su paulatina incorporación al mercado laboral. Si en periodos precedentes, el trabajo extradoméstico femenino fue recibido con gran hostilidad por ser fuente de desorden social y familiar; lo que explica que sólo las mujeres pertenecientes a las clases sociales más desfavorecidas optaran o pretendieran un trabajo asalariado¹², a lo largo de la segunda mitad del s. XX cambia esta pauta. El rechazo a su trabajo fuera del hogar se iría reduciendo y su presencia en el mercado laboral empezaría a tener un carácter interclasista asociado, no sólo a factores económicos, sino al desarrollo personal o profesional. Desde entonces hasta nuestros días se ha producido una profunda transformación de los roles femeninos, de forma tal que la empleabilidad representa, en la actualidad, un factor esencial en la nueva construcción identitaria de las mujeres. Sin embargo, en el devenir histórico, ni el reconocimiento de la igualdad formal ni la posterior incorporación de las mujeres al mercado laboral ni la asunción de la igualdad material como horizonte ético o normativo transformaron la supuesta autonomía de la organización del espacio público.

3. El alcance de los derechos del cuidado y de la igualdad material en un Estado social androcéntrico

Tras Segunda Guerra Mundial el constitucionalismo europeo asumió una evolución del modelo de estado en aras de adoptar un marco de convivencia capaz de garantizar el respeto a la dignidad de toda la ciudadanía y, con ellos, estándares mínimos de igualdad material. A partir de entonces, la necesidad de afianzar un umbral básico de protección y un contenido social o prestacional entraría a formar parte del propio pacto constituyente. El horizonte ético de la igualdad, incluida la de mujeres y hombres, se instituyó no sólo como un derecho, sino como un valor y un principio constitucional de un estado social.

Pero, pese a la innovación ética y normativa que supuso, en la medida que no se acompañó de una revisión del universalismo homogeneizante propio de estado demoliberal y de la herencia androcéntrica constitutiva del estado moderno y el contractualismo clásico, lo privado siguió privado de reconocimiento. El constitucionalismo europeo sólo contempla, en su dimensión formal, aquellos derechos que dirigen su mirada hacia el espacio público y las situaciones que pueden afectar a los varones como universal del sujeto-político constitucional. Ciertamente es que el reconocimiento de los presupuestos igualitarios permite ya que las mujeres se encuentren incluidas en el cuerpo de la ciudadanía, pero asumiendo el dilema de Wollstonecraft previamente señalado: mediante la equiparación (como hombres de «segunda») o a través de alteridad (como ciudadanas de «segunda»).

sentó inicialmente una poderosa oportunidad para los hombres y mujeres que trabajaban en los gremios o en la agricultura; fundamentalmente para las familias con menos recursos económicos. Sin embargo, la presencia femenina en el trabajo fabril pronto sería percibida como una amenaza para el buen orden familiar y social. Por ello, el desarrollo histórico del proceso de industrialización se acompañó de un fortalecimiento de la división sexual del trabajo y de una paulatina desasalarización del trabajo femenino.

12 Curiosamente, el trabajo de las mujeres en el servicio doméstico, que se realizaba fuera del propio hogar, pero en otra familia o domicilio, sería admitido con normalidad en caso de necesidad y no contaría con demasiadas resistencias.

Y, por tanto, el proceso inclusivo y el alcance de la evolución del constitucionalismo de pos-guerra hacia un estado social se han visto limitados por el sesgo androcéntrico en la construcción o configuración del sujeto político y la irrelevancia política que tiene todavía la organización del espacio privado de la sociedad civil en la arquitectura institucional y constitucional.

En la actualidad, ante la ausencia de una juridificación constitucional¹³, lo más habitual es que las políticas en materia de cuidados se recojan en normas de menor rango incapaces de interpelar la ficción de la teoría de la separación de espacios y del sujeto político ilustrado. Así, con carácter general han abordado la cuestión desde una dimensión individual y laboral; tratamientos que representan parches compensatorios que afrontan el conflicto de forma sesgada y parcial. Las políticas desarrolladas desde un enfoque individual persiguen una mejora en la gestión del tiempo, como si de un problema personal se tratara. Pero conciliar de forma individual sólo es posible con la renuncia total o parcial a las responsabilidades del espacio público o a las que emanan del ámbito privado.

El enfoque estrictamente laboral tampoco ofrece una gestión del conflicto con la suficiente profundidad. Centra su intervención en la regulación de algunos permisos retribuidos vinculados al empleo formal, pero ignora cuestiones esenciales como la promoción laboral y la formación o el empleo informal, el subempleo y la inactividad, donde la presencia de mujeres es mayoritaria. Por ello, las estrategias en la materia deben promover un escenario en el que sea posible que todas las personas, con independencia de su sexo y situación laboral o personal, puedan disfrutar de un libre desarrollo de su personalidad y un desarrollo profesional, familiar y personal.

A su vez, su tratamiento no siempre afronta el conflicto desde la perspectiva de género. A nadie se le oculta que un enfoque neutro tenderá a reforzar los roles tradicionales de género y la socialización generalizada orientará inercialmente el trabajo de las mujeres al espacio privado y el de los varones al espacio público y, por tanto, expulsará o penalizará la actividad de las mujeres en el mercado laboral. Las medidas de acción positiva puestas en marcha desde hace décadas para promocionar la presencia femenina en el mercado laboral han demostrado una amplia eficacia, pero ésta tendrá siempre un carácter limitado si no se impulsa la incorporación de los varones al trabajo doméstico; de forma que se equilibre la posición frente a las responsabilidades públicas y privadas de varones y mujeres¹⁴.

4. La insostenibilidad humana y financiera de la feminización y despolitización del cuidado¹⁵

Es cierto que paulatinamente se está produciendo cierta democratización y politización del cuidado, pero, todavía en la actualidad, las encuestas sobre usos del tiempo revelan que, en todas las sociedades, teniendo en cuenta un tratamiento agregado del trabajo desarrollado tanto en el espacio público como en el privado, las mujeres trabajan más horas que los varones. En la medida que gran parte de las mismas se dedican a labores de cuidado no retribuidas, la asimetría en los usos del tiempo de varones y mujeres refuerza la dependencia económica y social de éstas últimas.

A su vez, pese a los innegables avances en la redistribución del poder y la presencia de mujeres y hombres en el espacio público, apenas los ha habido en su diseño y configuración. La lógica de lo

13 Un riguroso estudio sobre las fórmulas para su constitucionalización se puede encontrar en RECHE, Nuria (2018) *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral*. Granada: Comares.

14 En este sentido, los permisos remunerados, iguales y no transferibles de cuidado entre los progenitores, si bien representan una medida muy bienvenida, tienen un corto alcance, pues sólo cubren las necesidades del cuidado durante la primera etapa vital.

15 Para un análisis más extenso NUÑO, Laura (2023) «Hacia la constitucionalización del deber y el derecho al cuidado en el estado social» en MARRADES, A.I. (dir.) *El reconocimiento de los derechos del cuidado*. Valencia: Tirant Humanidades, págs. 50-67.

público sigue trasladando los costes de la reproducción y el mantenimiento de la fuerza de trabajo al espacio privado y la división sexual del trabajo deriva gran parte de su gestión a las mujeres del entorno familiar. Así, como señala Figueruelo «los cuidados siguen siendo tareas desempeñadas por mujeres que se convierten en el Estado de bienestar del resto de la población»¹⁶. En suma, la abstención estatal o la despolitización del cuidado sigue convirtiendo el mismo en esa cuestión «eternamente pendiente»¹⁷.

El tiempo comprometido en el espacio privado, o la mera sospecha de que pudiera estarlo en el futuro, devalúa la capacidad de intercambio de tiempo por dinero en el mercado laboral, lo tiene como consecuencia que, con carácter general, la remuneración bruta por hora del trabajo asalariado de las mujeres sea inferior. Por ello, en el tiempo dedicado al trabajo doméstico hay que tener en cuenta no sólo el aspecto cuantitativo, el número de horas que se destinan al mismo y las que quedan disponibles para la actividad laboral, sino también el aspecto cualitativo que afecta al propio valor del tiempo presuntamente disponible y a su capacidad de intercambio en un mercado que penaliza la disponibilidad condicionada.

Transformaciones en la estructura familiar, como la disminución del número de sus miembros, la diversificación de formas de convivencia o el incremento de las familias monomarentales, están teniendo también un efecto directo en la gestión de las responsabilidades del cuidado. Y, aunque si bien es cierto que existen ciertas pautas de cambio en cuanto a la división sexual del trabajo en el ámbito doméstico y a la corresponsabilización de los varones, todavía dista bastante de significar una redistribución real del trabajo doméstico entre varones y mujeres.

El problema radica, además, en que la edad más propicia para la promoción profesional coincide con el periodo más aconsejable para la reproducción biológica. Concurrencia que está provocando una reducción del número de hijos/as y un retraso o incluso renuncia a la maternidad en lo que se conoce como «huelga de vientres», con el consecuente envejecimiento poblacional, una expulsión de las mujeres de la actividad laboral o una reducción del número de horas trabajadas; con las consecuencias salariales y profesionales que de ello se derivan.

El impacto que cualquiera de estas estrategias tiene en términos colectivos ha provocado que, desde hace décadas en el ámbito de la Unión Europea, fundamentalmente al amparo del acuerdo sobre política social anexo al Tratado de la Unión Europea (1992), la empleabilidad de las mujeres se considere un objetivo esencial que afecta al propio mantenimiento del modelo europeo de política social. Sin embargo, aunque los estados miembros han asumido responsabilidades directas en la conciliación de vida laboral y familiar (prestación de servicios, política fiscal o transferencias económicas familiares), así como indirectas (gestión de tiempos a través de las licencias parentales, reducción de jornada o excedencias), las políticas públicas se han mostrado claramente insuficientes y la gestión social del cuidado -sobre todo en un modelo familista como el español- se sigue derivando hacia la malla de la solidaridad familiar. Malla, que tejen, en mayor medida, las mujeres del entorno familiar.

Por todo ello parece ineludible politizar la separación entre el espacio público y privado para abordar una transformación del sistema de cuidados que incluya los tres agentes del bienestar (familias, estado y mercado) y que impugne el sesgo del universalismo homogeneizante y la ficción de un sujeto político ajeno a las responsabilidades del cuidado. La existencia, la necesidad y el valor del cuidado debe formar parte de las reglas básicas de convivencia de una comunidad cuya propia subsistencia depende del mismo. En este sentido, los textos constitucionales, en tanto piedra angular sobre la que se asienta el pacto de convivencia social, representan los instrumentos más adecuados para politizar el espacio privado y el cuidado.

16 FIGUERUELO... *Op. cit.* pág. 71.

17 RECHE, Nuria (2023) «El reparto equilibrado de las responsabilidades del cuidado: una cuestión eternamente pendiente» en MARRADES, A.I. (dir.) *El reconocimiento de los derechos del cuidado*. Valencia: Tirant Humanidades, págs. 190-214.

5. La constitucionalización de los derechos del cuidado: el paradigma latinoamericano

Durante las últimas décadas el constitucionalismo latinoamericano está siendo pionero en el reconocimiento de algunos derechos que protegen la igualdad de mujeres y hombres¹⁸, lógicamente también lo ha sido en la reformulación de la relación público-privado y en la consideración de aspectos asociados al derecho o el deber de cuidado. Si bien es cierto que su alcance y eficacia queda condicionado por el sistema de garantías previsto la mera inclusión en los textos constitucionales representa una auténtica innovación que rompe con la histórica irrelevancia política del espacio privado politizando el cuidado¹⁹.

Hecha esta somera aclaración en lo relativo a las limitaciones en su reconocimiento, pero también respecto al alcance político de su constitucionalización, la corresponsabilidad del cuidado en el ámbito familiar se encuentra recogida en el texto ecuatoriano, boliviano, cubano, venezolano, nicaragüense o dominicano. Algunas fórmulas, como la cubana, reconoce la responsabilidad educativa de los padres y madres²⁰, otras extienden la mutua reciprocidad de las obligaciones de ambos progenitores en el trabajo doméstico y las responsabilidades familiares en sentido amplio, no sólo en el aspecto educativo o formativo, como Venezuela²¹, Nicaragua²² Ecuador²³, donde además se señala la obligación específica del estado de impulsar la corresponsabilidad, o República Dominicana. En cuyo último caso la participación de las o los progenitores se contempla incluso en supuestos de ruptura de la convivencia, de forma tal que «el padre y la madre, aun después de la separación y el divorcio, tienen el deber compartido e irrenunciable de alimentar, criar, formar, educar, mantener, dar seguridad y asistir a sus hijos e hijas (art. 55).

Bolivia, amplía los sujetos interpelados por el cuidado a todas las personas que comparten un mismo hogar²⁴, aplicando una fórmula de «colectivización del cuidado» entre convivientes en una suerte de privatización de la conocida propuesta de Alejandra Kollontai. No obstante, frente a dicha previsión, resulta extremadamente significativo que, hasta la fecha, sólo Ecuador haya constitucionalizado el derecho a la licencia por paternidad²⁵ sin el cual la supuesta corresponsabilidad, por lo menos al inicio de la vida del menor o la menor, cuando el cuidado es más intenso, se hace inviable. Pero, como veremos, es precisamente en el mercado laboral donde se identifican las resistencias más numantinas al cambio.

18 Para un análisis comparado sobre la cuestión se puede consultar NUÑO, Laura y MARTÍNEZ DE ARAGÓN, Lara (2024) «Disposiciones constitucionales en materia de igualdad de mujeres y hombres: análisis comparado en América Latina y España» en *Revista de Derecho Político*, núm. 120, págs. 263-288.

19 Como señala Lara Martínez de Aragón, el reconocimiento constitucional del derecho al cuidado permite dotarle «de una fuerza normativa que protege frente a una posible volatilidad que suponen los ciclos electorales y los diferentes posicionamientos gubernamentales». *Op. cit.* p.6.

20 «Las madres y los padres tienen responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación integral de las nuevas generaciones en los valores morales, éticos y cívicos» (art. 84 de la Constitución de Cuba).

21 Como recoge el artículo 76 de la Constitución de Venezuela, «el padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas».

22 Que establece que «los padres deben atender el mantenimiento del hogar y la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, con iguales derechos y responsabilidades» (art. 73 de la Constitución de Nicaragua).

23 Contemplado en los artículos 69.5 y 333 de la constitución ecuatoriana que establece que «El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos» e «impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares».

24 Según la cual, «los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender, en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, (art. 64.I de la Constitución de Bolivia).

25 Si bien es cierto que tal reconocimiento se acompaña también de la constitucionalización de los «derechos de maternidad, lactancia» (art. 332 de la Constitución de Ecuador).

En este sentido, pese a los bienvenidos avances en la materia, sigue operando una clara jerarquía en la relación público-privado en la que el segundo espacio queda subordinado a la prevalencia del primero y lo personal o familiar a las exigencias de lo laboral. Por ello, pese a que la redistribución del trabajo doméstico y asalariado es un requisito esencial en la democratización de la sociedad, no será suficiente para generar un escenario más conciliable si el modelo de *animal laborans*, según tematización de Hanna Arendt²⁶, sea varón o mujer, sigue representando un modelo incompatible con la vida humana y las responsabilidades del cuidado que conlleva.

Por ello, la solución no reside sólo en eliminar los estereotipos de género y en *liberar* a las mujeres de las responsabilidades del cuidado para generalizar un modelo de trabajador o trabajadora que se caracterice por una total disponibilidad para el trabajo productivo. El reto no sólo es afrontar la necesaria corresponsabilidad en el ámbito familiar, sino una responsabilidad compartida de la denominada triada del bienestar: familias, estado y mercado²⁷. Sin embargo, el mercado laboral el mercado laboral todavía se muestra muy reacio a revisar las relaciones laborales para asumir pautas de actuación alejadas del ideal tradicional de trabajador con plena disponibilidad en lo público por el trabajo invisible desarrollado en lo privado²⁸.

Pero, además de la necesaria implicación del mercado, y no sólo el laboral, el estado ha de afrontar una gestión pública del cuidado. La universalización de algunos servicios como la sanidad o la educación, que sin duda han contribuido a mejorar nuestros estándares de vida, deben acompañarse de una prestación previa: la universalización del cuidado de menores y personas dependientes²⁹.

En este sentido, algunas experiencias previas en su constitucionalización podrían servir de referente, como es el caso de la Constitución brasileña que prevé en su artículo 230 que «la familia, la sociedad y el estado» tienen el deber de asistir a las personas mayores, defender su dignidad y bienestar. En su artículo séptimo recoge la obligación pública en la prestación de «asistencia gratuita a los hijos y personas dependientes desde el nacimiento hasta los seis años de edad en guardería y centros preescolares». Otras fórmulas, como la boliviana, remite al deber estatal de proteger a las familias o a las personas con responsabilidades del cuidado en el ejercicio de sus funciones³⁰ y, en el caso colombiano se prevé específicamente el apoyo a las familias monomarentales³¹.

A su vez, se ha de reconocer el valor económico del cuidado y de las denominadas cuentas satélite³². Aunque la economía invisible del trabajo doméstico representa, como promedio, entre

26 ARENDT, Hanna ([1958] 2005) *La condición humana*. Barcelona: Paidós: 344 y ss.

27 Para un lúcido análisis sobre la proyección de los modelos teóricos de Leitner (2003) en materia de gestión social del cuidado y sobre el impacto en la igualdad entre mujeres y hombres del modelo opcional ver RECHE, Nuria (2021) «Políticas del cuidado en el estado del bienestar: Modelos desde un estudio comparado de los derechos de conciliación». En, DEL POZO, Marta y FIGUERUELO, Ángela (dir.) *Formando en la igualdad real: Contenidos para un proyecto democrático*. Madrid: Aranzadi, pp. 369-390.

28 Como recientemente hemos tenido la oportunidad de comprobar en nuestro país, la propia reducción de la jornada laboral es todavía un asunto bastante polémico. No en vano, el proyecto de ley para la reducción de la jornada laboral en el estado español a 37,5 horas sometido a votación en el Pleno del Congreso el pasado 10 de septiembre de 2025 fue rechazado por los 178 votos en contra de los Grupos parlamentarios del PP, Vox y Junts.

29 Como un derecho de ciudadanía incardinado en las políticas herederas del modelo de protección heredero de Beveridge, financiado a través de los impuestos o los Presupuestos Generales del Estado, descartando el modelo bismarckiano que considera la dependencia un factor de riesgo asociado a políticas de inclusión social financiadas a través del sistema de Seguridad Social y, por tanto, no como una prestación no universalizable.

30 Como recoge la Constitución boliviana «Estado protegerá y asistirá a quienes sean responsables de las familias en el ejercicio de sus obligaciones» (art. 64.I Constitución de Bolivia).

31 Según la vigente formulación constitucional «El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia» (art. 43 Constitución de Colombia).

32 Una de las propuestas más interesantes en este sentido es el de las Cuentas Satélite o la contabilización de la economía invisible del trabajo doméstico o de aquellos aspectos no monetarizados que forman

una tercera parte y la mitad del valor del Producto Interior Bruto (PIB) de cada país, son pocas las constituciones que rompen con la invisibilidad e irrelevancia del cuidado reconociendo su valor económico y social. La excepción a esta regla son las Constituciones de Ecuador³³, que recoge incluso el valor del autocuidado, República Dominicana³⁴ y Venezuela³⁵. Último supuesto en el que, además, constitucionaliza el derecho a la seguridad social de las «amas de casa», remitiendo tal reconocimiento a ulterior desarrollo legislativo.

Conclusiones: hacia una nueva «democracia de los cuidados»

Ángela Figueruelo alertaba en el texto con el que dio inicio al presente capítulo de la urgente necesidad de «comenzar a desarrollar el concepto de una nueva democracia de los cuidados»³⁶. Sin embargo, la colectivización del tal necesidad y su politización real parece todavía lejana y el bienvenido reconocimiento de la igualdad de derechos dista mucho todavía de haber implicado una igualdad en las obligaciones.

La configuración androcéntrica del sujeto político sigue provocando la despolitización e invisibilización de aquellas situaciones o derechos que sólo afectan a las mujeres. No en vano, la interdicción de las múltiples formas de violencia contra las mujeres, los derechos sexuales y reproductivos o de aquellas tareas que la socialización y la sociedad atribuye a las mujeres, como representa el cuidado, están ausentes todavía en el mainstreaming de la arquitectura constitucional.

La práctica habitual es que el constitucionalismo europeo ignore todavía el cuidado como necesidad social y valor de convivencia, con las consecuencias que de ello se derivan. Es cierto que el derecho a los cuidados puede derivarse algunos efectivamente constitucionalizados. Como defiende la catedrática salmantina³⁷, en nuestra Constitución puede derivarse del reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE), a la integridad física y moral o a la vida (art. 15 CE), o a una vida digna de ser vivida, de la protección de la familia (art. 39 CE) o de las personas mayores (art. 50 CE) o con discapacidad (art. 49 CE)³⁸.

Pero también del derecho a la igualdad de las personas que necesitan cuidados, independientemente de su salud y su situación económica, familiar o personal, y de aquellas que los prestan, ya sea de forma remunerada como altruista. En este sentido, la feminización del «cuidatoriado», según denominación de Figueruelo³⁹, representa un hándicap profesional y personal tanto si se

parte de la riqueza nacional pero que no tienen valor de cambio en el libre mercado. La elaboración de las mimas fue asumida hace tres décadas, en la IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas celebrada en Beijing. El estado revalidó dicho compromiso con la aprobación, en 1998, en el Congreso de una propuesta no de ley para llevar a cabo la medición del trabajo del cuidado no remunerado. Sin embargo, el carácter de propuesta no de ley y la inexistencia de un presupuesto económico asignado a tal efecto, ha paralizado la ejecución de esta iniciativa.

33 Que reconoce como labor productiva «el trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano que se realiza en los hogares» (art. 333 Constitución de Ecuador).

34 El artículo 55 de la Constitución dominicana recoge que «el Estado reconoce el trabajo del hogar como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social» concluye dicho precepto adquiriendo el compromiso de incorporar el mismo «en la formulación y ejecución de las políticas públicas y sociales».

35 Según su artículo 88 de la Constitución venezolana «El Estado reconocerá el trabajo del hogar como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social. Las amas de casa tienen derecho a la seguridad social de conformidad con la ley».

36 Figueruelo... *Op. cit.* pág. 64.

37 *Ibid.* págs. 72-73.

38 Para un novedoso análisis sobre derechos reproductivos de las mujeres con discapacidad véase Souto, Clara (2023) El derecho a cuidar de las mujeres con diversidad funcional: acciones contra el derecho a la maternidad en MARRADES, A.I. (dir.) *El reconocimiento de los derechos del cuidado*. Valencia: Tirant Humanidades, págs. 150-168.

39 Figueruelo... *Op. cit.* pág. 63.

asume de forma altruista, limitando con ello su proyección profesional y/o su vida personal, como para quienes prestan tales servicios de forma remunerada en un sector particularmente precarizado. Sea cual sea la situación, la despolitización y la feminización del cuidado representa unas de las principales fuentes de la desigualdad de género⁴⁰. No en vano, como defiende Figueruelo, los derechos del cuidado están también conectados con el derecho a la igualdad en su triple dimensión de valor superior del ordenamiento jurídico, derecho subjetivo y principio (art. 1.1, art. 14 y art. 9.2 CE).

El derecho a cuidar y ser cuidado representa un desafío para los Estados del Bienestar, especialmente para aquellos, como en el caso español, que desplazan la gestión social del cuidado, casi de forma integral, a las unidades familiares. Por ello, las bienvenidas medidas adoptadas en el estado español hasta la fecha en normas de carácter infraconstitucional serán parches compensatorios mientras no se destierren los presupuestos del universalismo homogeneizante en la configuración de sujeto jurídico-político, la teoría de la separación y jerarquización en el tándem público-privado y el hecho incontrovertible de que toda la ciudadanía necesita cuidados ajenos, al menos, al inicio de su vida.

Como acertadamente recuerda Figueruelo, un «estado social diligente está obligado a avanzar desde el ámbito familiar hasta el ámbito público, junto con las empresas y la comunidad, mediante la aprobación de normas y políticas públicas para crear las condiciones necesarias que permitan a las mujeres y a los hombres ejercer y desarrollar la capacidad cuidadora en su derecho/deber a cuidar, a ser cuidados y al autocuidado»⁴¹. Una reformulación en su consideración que, por una parte, politice el cuidado y que, a su vez, democratice o colectivice el mismo tanto en el ámbito privado, entre mujeres y hombres, como en el espacio público entre la triada del bienestar. Sólo así, como planteaba Ángela Figueruelo, será posible asumir una democracia de los cuidados y, con ello, sociedades equitativas y sostenibles.

40 Para un análisis en mayor profundidad sobre esta sobre la cuestión se puede consultar NUÑO, Laura (2010) *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*. Barcelona: Icaria. Ver también MARRADES, A.I. (2016). «Los nuevos derechos sociales: El derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional». *Revista de Derecho Político*, 1(97), 209–242.

41 FIGUERUELO... *Op. cit.* págs. 66.

LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Inés Olaizola Nogales

Universidad Pública de Navarra

No puedo comenzar sin agradecer a los y las organizadores y organizadoras de este merecido homenaje el que me hayan invitado a participar. Conocí a Ángela hace relativamente poco tiempo, en 2017, y en circunstancias un tanto peculiares, en la Junta Electoral Central. Eran momentos convulsos y Ángela y yo conectamos inmediatamente, tanto a nivel personal como profesional. Desde el primer momento comprobé que Ángela era una trabajadora incansable, preocupada siempre por las personas que la rodean. Es una mujer honesta y para mí es una gran amiga.

1. Introducción

Se puede afirmar que la LO 1/2004 de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género (en adelante LVG) supuso un avance muy importante, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista sociológico. Además de reconocer que la causa de la violencia de género proviene de la discriminación histórica hacia las mujeres, considera la violencia de género como un atentado contra los derechos humanos de las mujeres, obligando a los poderes públicos a responsabilizarse, conforme al art. 9.2 CE. En su exposición de motivos define la violencia de género, de acuerdo con los textos internacionales, como la violencia que se dirige contra las mujeres por el hecho de serlo. Pero, sobre todo, la Ley supuso dar visibilidad pública a la violencia de género probablemente en un momento en el que la sociedad todavía no era consciente de ella. Si normalmente las leyes van por detrás de los cambios sociales, en este caso, creo que esta Ley fue una ley avanzada a su tiempo y de ahí las críticas -en algunos casos feroces- que recibió y a las que luego me referiré¹. La LVG hizo que dejara de verse esta violencia como un problema doméstico/privado para poner el foco en la cuestión de género y visibilizarla como un problema público.

Como aspecto muy positivo, la LVG ofrece una respuesta integral abarcando aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar. Contempla la protección de los menores. Por otro lado, recoge medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo. Se exige, con referencia concreta al ámbito de la publicidad, una imagen que respete la igualdad y la dignidad de las mujeres. Se apoya a las víctimas a través del reconocimiento de derechos como el de la información, la asistencia jurídica gratuita y otros de protección social y apoyo económico. Crea los Juzgados de violencia contra la mujer e incluye la necesidad de formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley. Se establecen igualmente medidas de sensibilización e intervención en el ámbito sanitario para optimizar la detección precoz y la atención física y psicológica de las víctimas, en coordinación con otras medidas de apoyo.

¹ ORTUBAY FUENTES, M. «Diez años de la Ley integral contra la violencia de género: Luces y sombras», en *Ventana Jurídica*, núm. 114, vol. 2, 2014, págs. 11-12.

Además, en los arts. 29 y 30 de la Ley se crean dos instituciones: la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer.

Sin embargo, a pesar de tratarse de una Ley integral, sigue apostando de manera clara por la respuesta punitiva, y es sobre esta respuesta sobre la que centraré este breve trabajo. Si bien es verdad que frente a la violencia de género debe articularse una contundente respuesta penal, es importante también insistir en que el Derecho penal no es una respuesta idónea (o al menos no es la más idónea) para proteger a las víctimas. Su función es la de prevenir y sancionar el delito, pero no tiene una función protectora ni pedagógica hacia las víctimas, por lo que muchas veces estas se sentirán defraudadas², volveré sobre ello más adelante. Por otro lado, el Derecho penal no atiende a causas colectivas, sino a delitos y a agresores individuales, sin contemplar las posibles causas estructurales o complejas de la violencia³.

2. Tutela penal de la violencia doméstica/de género en el CP

2.1. Tutela penal recogida en la LVG

El art. 1 de la LVG recoge el objeto de la Ley y lo primero que sorprende es que, a diferencia de la Exposición de Motivos donde se define la violencia de género como toda violencia que se ejerce sobre la mujer por el hecho de serlo, en este precepto se restringe a aquella violencia sobre las mujeres ejercida por quienes sean o hayan sido sus cónyuges o por quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Además, a partir de la LO 8/2021⁴ se añade al art. 1 un apartado 4 en el que se incluye, como posibles víctimas de violencia, a los menores de edad que sean familiares o allegados de la mujer. La omisión de los menores de edad como posibles víctimas de la violencia había sido objeto de críticas por parte de la doctrina, que destacaba la importancia de reconocer la violencia vicaria como forma de violencia contra la mujer⁵.

Sin embargo, la norma deja fuera de su ámbito aquella violencia de género ejercida fuera del entorno de la pareja, conductas como matrimonios forzados, trata de personas, mutilación genital, etc. y ha sido criticado por la mayoría de la doctrina, porque, si bien, como afirma Ortubay, puede resultar comprensible, entendiendo que el legislador quería visibilizar la violencia más frecuente o la que más impacto social tiene, no es menos cierto que no resulta justo porque la violencia de género no se puede fragmentar⁶. Especialmente crítica es Villacampa, quien entiende que se

2 LARRAURI PIJOAN, E. *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, págs. 62-71. Esta autora cuestiona la eficacia del Derecho penal, aunque reconoce que la gravedad de los problemas se mide por la reacción penal frente a ellos, reconoce una paradoja porque afirma que las ampliaciones del Derecho penal suelen perjudicar al colectivo que pretende proteger. En el caso de las mujeres, el Derecho penal les quita autonomía y, por otra parte, su aplicación incrementa el riesgo de escalada de la violencia. Por ello, frente al feminismo oficial que, apuesta de manera clara por el Derecho penal, esta autora se muestra reacia y más partidaria de otras medidas.

3 LAURENZO COPELLO, P. «¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, (2015), págs.797-798. Esta autora afirma que la apuesta por el Derecho penal puede llevar a dos consecuencias. La primera la visión del maltratador como un sujeto desviado y por tanto ajeno a las pautas sociales imperantes en la sociedad, un discurso que permite a la sociedad tomar distancia del agresor. Y por otro lado la visión de la mujer como un ser desvalido.

4 Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

5 LARRAURI PIJOAN, E. *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, págs. 48-49. Se incluye también a través de esta reforma, la denominada violencia vicaria, reconocida en el art. 33 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), en el que se aborda la violencia contra las mujeres y se destaca la importancia de reconocer diferentes formas de violencia, incluyendo la violencia vicaria, que se refiere a causar daño a una mujer a través de sus hijos. Recientemente, el Juzgado número 2 de las Palmas ha dictado una sentencia, condenando por violencia de género (vicaria) al agresor que mató al perro de su pareja. Sentencia de 22 de septiembre de 2025.

6 ORTUBAY FUENTES, M. «Diez años de la Ley integral contra la violencia de género: Luces y sombras», en *Ventana Jurídica*, núm.114, vol. 2, 2014, págs. 15.

trata de un concepto estrecho de violencia de género, que confunde los conceptos de violencia de género y doméstica. Además, considera que la LVG, no concuerda con el Estatuto de la víctima aprobado por la Ley 4/2015, ya que la LVG apuesta por la protección específica de un tipo de víctimas, atendiendo al delito cometido, mientras que, conforme al Estatuto de la víctima, la protección especial debe otorgarse atendiendo a la correspondiente evaluación individual⁷. En este sentido, creo que conviene destacar que la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia asigna a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer la instrucción de delitos contra la libertad sexual, mutilación genital femenina, matrimonio forzado y acoso con connotación sexual, incluso cuando no haya vínculo afectivo entre víctima y agresor. Se trata, a mi modo de ver, de una medida muy positiva, puesto que los profesionales adscritos a los juzgados de violencia contra la mujer cuentan con formación especializada en género. Es verdad, sin embargo, que dicha atribución de competencias deberá venir precedida de un incremento de medios y recursos, puesto que estos Juzgados están especialmente sobrecargados de trabajo y la incorporación de nuevas competencias puede dar lugar a un colapso que genere retrasos importantes y por tanto la desprotección de las mujeres.

En el Título V de la LVG se regula la Tutela Penal. El cambio más significativo es la introducción de la denominada protección reforzada de la mujer víctima de violencia. Consiste básicamente en incrementar la pena al autor de algunos delitos cuando la víctima sea su esposa, o mujer a la que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Los delitos son los contenidos en el art. 153 (lesiones no constitutivas de delito); en el art. 171 (amenazas leves) y en el art. 172 (coacciones leves). Además, se agrava la pena del delito de lesiones cuando la víctima sea la esposa, o mujer a la que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad (art. 148 CP). Las críticas a esta protección reforzada fueron muy duras. Se afirmó que dicha protección reforzada suponía un ejemplo de Derecho penal de autor, puesto que sólo los varones podían ser sujetos activos de estos delitos, que ello suponía una discriminación positiva a favor de las mujeres, discriminación positiva que no era admisible en el ámbito penal (puesto que hombres y mujeres se hallan en la misma posición) y que, en consecuencia, devenía en discriminación negativa para el varón, puesto que acababa responsabilizándolo más. Se afirmaba que dicha protección suponía una contradicción con el principio de culpabilidad —contra el Derecho penal del hecho—, porque se culpabilizaba al agresor por las acciones de otros varones (por datos estadísticos)⁸. Se plantearon además alrededor de sesenta cuestiones de inconstitucionalidad. El TC en su sentencia de 14 de mayo de 2008⁹ declaró la constitucionalidad del art. 153.1, manifestando que «no resulta irrazonable entender que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior» y añadía que «la sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología, sino que se trata de una sanción mayor para hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y desigualdad».

2.2. Críticas a la tutela penal reforzada

Resulta sorprendente el nivel de crítica que alcanzó esta reforma porque pocas veces ha habido una respuesta tan agresiva a una regulación penal. Probablemente esta respuesta se ha vuelto a notar en las críticas a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, tachada de controvertida, polémica y sectaria.

7 VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de estado en materia de violencia de género ¿más de lo mismo?», en *RECPC* 20-04 (2018), pág.18.

8 Ejemplo de críticas duras, GIMBERNAT ORDEIG, E. *Prólogo a la 10.ª ed. CP*, Tecnos, 2004; también crítica, IÑIGO CORROZA, E. «Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en *Comentario a la Ley orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos Jurídico Penales, procesales y Laborales*, obra colectiva, Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 22 y ss.

9 STC 14 de mayo de 2008 59/2008 ECLI: ES:TC: 2008:59

Y resulta más sorprendente todavía si se tiene en cuenta que la pena superior que se establece para los supuestos en los que la víctima es mujer es prácticamente simbólica, puesto que es una pena de 6 meses a un año de prisión, frente a la pena que se impone cuando la víctima es hombre, que será de 3 meses a un año¹⁰. El resto de penas y las agravantes son idénticas en ambos casos, así como también es común la posibilidad de rebajar un grado la pena cuando el juez considere que los hechos no revisten suficiente gravedad. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el cambio más significativo en este ámbito se produjo, cuando las conductas tipificadas como faltas (las recogidas en los arts. 153, 171 y 172 CP) se convirtieron en delito, por la reforma del CP operada por la LO 11/2023. El propio Informe del CGPJ respecto a la conversión en delito del art. 153 CP justificaba este cambio afirmando que con estas conductas no sólo se atentaba contra la integridad física, sino también suponía el ataque otros bienes jurídicos relevantes, por lo que la posible sanción que derivaría de su sola subsunción en las faltas de lesión o de maltrato de obra no comprendería el total desvalor del hecho.

En mi opinión la protección reforzada es perfectamente válida y no supone una discriminación para el hombre, así como tampoco tienen su fundamento en datos estadísticos. En mi opinión, tal y como afirma Pérez Manzano: «los delitos no son hechos en sentido natural, aunque se nutran de ellos: por ello una conducta delictiva que, desde una perspectiva natural es igual a otra, puede representar un hecho social y jurídicamente diferente de aquélla porque su significado social es distinto y porque contiene un desvalor jurídico singular diferenciado»¹¹.

No cabe duda de que la tipificación de estos delitos ha tenido además un efecto comunicativo muy importante y valioso, puesto que ha puesto encima de la mesa el debate sobre las causas de la violencia de género. El debate ha aclarado las diferencias entre la violencia doméstica y de género. Se ha superado la concepción de la paz familiar como bien jurídico protegido para considerarse la integridad moral y la libertad de las mujeres. En fin, se ha visibilizado el problema de la violencia de género.

Sin embargo, se plantean algunas cuestiones que pueden hacer dudar sobre la necesidad y oportunidad de estos tipos penales específicos. Así, afirma Laurenzo que la interpretación que hace la jurisprudencia de forma mayoritaria para aplicar estos delitos, exigiendo ánimo de discriminación¹² es absurda porque lo determinante no son los motivos que llevan al autor a ejercer la violencia, sino el hecho en sí de utilizarla como forma de relacionarse con su pareja, desarrollando una pauta de conducta que tiene que ver con las relaciones de dominio. En este sentido, concluye esta autora indicando que esta idea solo se produce en un contexto indiscutible de violencia habitual¹³. Estoy de acuerdo con Laurenzo en que resulta incomprensible que el legislador haya incluido estas protecciones reforzadas en los delitos menos graves y no en el delito de violencia habitual, que es donde realmente tendría más sentido¹⁴. El propio TC en su Sentencia de 14 de mayo de 2008 -antes citada- indica que si esta protección reforzada no se ha incluido en los delitos más graves supone un déficit de protección en esos preceptos.

Por otra parte, la inclusión de la agravante por razón de género, incluida en el art. 22.4 CP, por la LO 1/2015, de 30 de marzo, también hace que los tipos específicos (tanto en delitos menos graves

10 ORTUBAY FUENTES, M. «Diez años de la Ley integral contra la violencia de género: Luces y sombras», en *Ventana Jurídica*, núm.114, vol. 2, 2014, pág.16, explica esta autora las críticas indicando que probablemente la sociedad no estuviera preparada para esta norma.

11 PÉREZ MANZANO, M. «Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción», en *RJUAM* 34 (2016), pág. 38.

12 El TS ha exigido para aplicar estos delitos que se demuestre una intencionalidad de dominar en el autor. Así, SSTS 58/2008, de 25 de enero ECLI: ES:TS:2008:2391A; 1177/2009, de 24 de noviembre ECLI: ES: TS: 2009:7482 Sin embargo, en la STS 856/2014, de 26 de diciembre ECLI: ES: TS: 2014: 5442, el Tribunal afirma que «basta con constatar la vinculación del comportamiento con esos añejos y superados patrones culturales, sin necesidad de probar un ánimo de dominación».

13 LAURENZO COPELLO, P. «¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, (2015), págs. 820-821.

14 LAURENZO COPELLO, P. «¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, (2015), pág. 822.

como en graves) devengan innecesarios e incluso que se genere con esta doble legislación problemas de interpretación en su aplicación, como se detallará más abajo. En mi opinión la incorporación de esta agravante al CP hace innecesaria la protección reforzada¹⁵.

Por otra parte, tal y como se ha indicado, la tutela penal se vuelve, en ocasiones, en contra de quien dice proteger, en este caso a la mujer. Hay varios ejemplos de ello.

Así, en primer lugar, la protección reforzada de los tipos específicos incluye a las «*personas vulnerables que convivan con el autor*». Ello puede ser objeto de crítica. Se puede indicar que, con esta inclusión, el CP parece equiparar a la mujer con las personas vulnerables y podría parecer que esta es la razón por la que hay que protegerla de forma más intensa, separándose del criterio de la propia LVG que considera esta violencia fruto de la discriminación derivada de la desigualdad entre hombres y mujeres. A las mujeres no se les protege porque sean más débiles y por ello vulnerables.

En segundo lugar, La LVG en su art. 44.5 *prohíbe la mediación* en todos los supuestos amparados en la ley. Una prohibición que a mi modo de ver se basa en la falsa idea de que la mujer no es libre para aceptar enfrentarse a su agresor en un proceso de mediación¹⁶.

En tercer lugar, El art. 57.2 CP *impone de manera obligatoria la pena contemplada en el art. 48.2 -pena de alejamiento-* para todos los supuestos, tanto los delitos contenidos en los arts. 153, 171 y 172 CP, como para el supuesto de delito de violencia habitual contenido en el art. 173.2 CP. Esta pena se impone en todo caso, privando de cualquier decisión a la mujer que estará obligada a aceptarlo. Otra vez el CP no diferencia tipos de violencia y supuestos concretos, mostrando además una gran desconfianza hacia los jueces a los que priva de cualquier capacidad de decisión al respecto. Debe tenerse en cuenta además que el quebrantamiento de la medida lleva aparejada pena de prisión, conforme al art. 468.2 CP. Entiendo, con la mayoría de la doctrina que la medida cautelar y la pena de alejamiento son formas eficaces de evitar la violencia, pero no todos los episodios violentos tienen la misma gravedad y privar de manera absoluta a la mujer de la capacidad de decidir y al juez de la capacidad de valorar el caso concreto es del todo inadecuado y vuelve a considerar a la mujer no apta para tomar decisiones sobre su propia vida¹⁷.

En cuarto lugar, cabe hacer referencia a la dispensa de declarar. Ocurre en ocasiones que las mujeres, bien en fase de instrucción, o bien en el juicio, se acogen a la dispensa contemplada en el art. 416 LECrim. que les exime de la obligación de declarar. Esto trae como consecuencia que se decrete el sobreseimiento provisional (si es en fase de instrucción) o la absolución (si es en fase de juicio). Algunas voces consideran necesario para evitar estas presuntas contradicciones de las mujeres, entre otras medidas, la reforma del art. 416 LECrim. para evitar que se dispense a la mujer de declarar contra su pareja cuando ella es la víctima de la agresión. Así, el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, en su informe de fecha 20 de abril de 2006, indicaba que cuando el pariente es la víctima resulta lógico entender que no puede aplicarse el art. 416 LECrim. previsto en su momento para proteger al pariente que interviene como testigo y no como víctima. Yo no estoy de acuerdo con la propuesta de reforma del art. 416 LECrim. La eliminación de la dispensa supondría un paso más en la tendencia de anular la voluntad de la víctima y podría traer consecuencias nefastas para ella, puesto que la mujer que se negara a declarar o que se retractara de su declaración anterior podría llegar a incurrir en un delito de desobediencia grave o en un delito de falso testimonio¹⁸.

15 OLAIZOLA NOGALES, I./SEOANE MARÍN, J. «Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4.º CP)», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX (2019), pag. 455.

16 LARRAURI PIJOAN, E. *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, pág. 105. También el Convenio de Estambul en su art. 48 prohíbe los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio.

17 ORTUBAY FUENTES, M. «Diez años de la Ley integral contra la violencia de género: Luces y sombras», en *Ventana Jurídica*, núm.114, vol. 2, 2014, pág.13; LAURENZO COPELLO, P. «¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, (2015), págs.802-803.

18 Más ampliamente lo expuse, OLAIZOLA NOGALES, I. «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX (2010), págs. 277 y ss.

2.3. Delito de violencia habitual

El delito de violencia habitual contemplado en el art. 173. 2 y 3 CP es un delito de violencia doméstica. El delito de violencia doméstica habitual se incorpora al CP en 1989, pero el tipo actual es fruto de la reforma que se produce por la LO 11/2003 que, además de otros cambios -como la ampliación de las víctimas- lo ubica entre los delitos contra la integridad moral (estaba ubicado entre los delitos contra la integridad física como un delito de lesiones). Ello supone un cambio importante en la concepción del bien jurídico. Ya no se entiende protegida la salud, tanto por el cambio de ubicación, como porque en el tipo se incluye la posibilidad de apreciar un concurso de delitos con las lesiones producidas. Tampoco la paz familiar se considerará como posible bien jurídico, esto por varias razones, entre otras, el que el tipo incluye como posibles víctimas a las exparejas y a las relaciones de noviazgo sin convivencia.

Por razones de espacio me limitaré a plantear dos cuestiones respecto a este tipo penal. En primer lugar, como he indicado, se trata de un delito de violencia doméstica, en el que se reconocen como víctimas tanto hombres y mujeres. No se contempla la protección reforzada, lo que, como ya se ha indicado, ha sido criticado por la doctrina¹⁹, así como por el propio TC en su Sentencia 59/2008, de 14 de mayo. Probablemente la razón haya que buscarla en que el legislador de 2004 no se atrevió a incorporarla en el delito más grave, atendiendo a las ya mencionadas críticas que se produjeron por la protección reforzada en los delitos menos graves. Sin embargo, hubiera tenido más lógica la inclusión de la protección reforzada precisamente para los casos de violencia habitual, porque es en ella donde se puede constatar una forma de relación basada en la agresión. No obstante, como explicaré más adelante, considero que cabrá la apreciación de la agravante por motivos de género recogida en el art. 22.4 CP en los casos en los que la víctima sea mujer.

Por otra parte, preocupa la escasa aplicación de este delito. Es la forma más grave de violencia y es a la prevención de este tipo de conductas donde se deberían dirigir la mayoría de los esfuerzos. El objetivo prioritario de todos los operadores que trabajan en este ámbito debería ser la promoción de los medios de investigación y de prueba que permitan detectar la violencia habitual. Sin embargo, la realidad parece mostrar que se tramitan como juicio rápido muchas denuncias, aunque la denunciante indique que sufre la situación de maltrato desde hace años o pueda haber indicios de ello. La regulación actual, otorga casi las mismas consecuencias a la violencia ocasional y a la habitual (medidas cautelares, prohibiciones de acercamiento obligatorias, quebrantamientos de condena castigados en todo caso con pena de prisión, etc.). Ello puede hacer que, ante la facilidad que se les ofrece a los operadores jurídicos de acudir con la primera denuncia a la aplicación de un delito de violencia ocasional (de lesiones, amenazas o coacciones), se inhiban de investigar los casos de violencia grave. Considero muy conveniente manifestar que es necesario un esfuerzo por parte de todos por investigar los supuestos de violencia grave. Detrás de un acto de violencia constatado la pregunta no debería ser únicamente si existe peligro de que dicho acto se repita, sino también y si cabe más importante será averiguar si este acto de violencia es consecuencia de una situación de violencia anterior. A esta investigación es hacia donde se deberían dirigir mayoritariamente los medios con los que se cuenta.

2.4. Agravante por razón de género

La circunstancia agravante «por razones de género» se incorpora al art. 22.4 CP por la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. La propia Exposición de Motivos justifica la reforma «en la necesidad de reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal a las víctimas de la violencia de género», así como «en la obligación de adecuarse a los compromisos internacionales del Estado español, como el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa de 7 de abril de 2011 (Convenio de Estambul)».

En el mismo sentido, LARRAURI PIJOAN, E. *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, pág. 103; LAURENZO COPELLO, P. «¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, (2015), pág.806.

19 LAURENZO COPELLO, P. «¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, (2015), pág. 822.

Considero que debe valorarse positivamente la inclusión de la nueva agravante de género en nuestro Código Penal puesto que dicha agravante podrá ser aplicada a aquellos supuestos de violencia de género que no posean figuras específicas tipificadas en el Código Penal²⁰.

Por razones de espacio, destacaré sólo dos cuestiones relevantes.

La primera es la relacionada con la exigencia o no de un especial ánimo subjetivo de discriminación para poder apreciarla. Con carácter general los tribunales vienen exigiendo, para la aplicación de cualquiera de los motivos contenidos en el precepto 22.4 CP, la ejecución de un acto delictivo en base a móviles que encuentran su fundamento preponderante en la discriminación —hacia el colectivo femenino, en este caso—. En algunas sentencias, el TS considera que, para determinar si se produce o no ese efecto discriminatorio sobre la víctima, ha de quedar patente cuál es la motivación fundamental del autor al cometer el delito, siendo este ánimo subjetivo el que se traduce en un incremento de su culpabilidad que, posteriormente, justifica la imposición de una mayor penalidad²¹.

En mi opinión, coincido con Lorenzo en que debe sustituirse este elemento subjetivo por un contexto objetivo de dominación que se pueda determinar mediante un conjunto de hechos externos, y, por tanto, no siendo determinantes los motivos internos que llevan al autor a ejercer la violencia en ese momento o situación²². Esta idea queda reflejada en la STS 565/2018, de 19 de noviembre, cuando indica que «aparecen conectados todos los hechos declarados probados en ese ambiente de dominación y machismo del acusado que conforma todos los actos delictivos bajo la estigmatización que provoca en los sentimientos de la víctima y que se desarrolla en la ejecución de actos tendentes a conseguir la posesión física e intelectual por el sujeto autor del delito hacia la víctima y doblegar su voluntad para quedar sometida»²³.

Desde mi punto de vista, hacer depender la aplicación de la agravante de un móvil subjetivo puede llevar a que, si se interpreta de forma amplia, se aplique en todo caso la agravante en delitos cometidos contra mujeres, pero si se exige que se demuestre que este móvil es la única finalidad o la prioritaria, la agravante pueda resultar inaplicable²⁴.

La segunda cuestión está relacionada con el ámbito de aplicación de la agravante. La nueva agravante no podrá aplicarse en todas aquellas figuras a las que la LVG ya otorgó una protección reforzada por razones de género -artículo 148.4 CP, los malos tratos no habituales del artículo 153.1 CP, las amenazas leves del artículo 171.4 CP y las coacciones leves del artículo 172.2 CP.

La agravante de género no será tampoco aplicable en aquellos casos en los que las conductas enjuiciadas sean subsumibles en los tipos penales en los que ya está recogida, aún de forma implícita, la discriminación, la desigualdad o la relación de poder del hombre sobre la mujer, por ejemplo, no será de aplicación al delito de mutilación genital (art. 149.2 CP).

La agravante podrá, no obstante, aplicarse a aquellos supuestos de violencia grave contra la mujer y que carecen de figuras específicas tipificadas en el Código Penal: el homicidio del 138 CP, el asesinato del 139 CP, la propia violencia doméstica habitual del 173.2 CP, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales del 178 CP y siguientes, el delito de matrimonios forzados del 172 bis o el delito de trata del 177 bis, o el delito entre otros²⁵.

20 Extensamente OLAIZOLA NOGALES, I./SEOANE MARÍN, J. «Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4.º CP)», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX (2019), pags. 455 ss.

21 Así, STS 420/2018, de 25 de septiembre ECLI: ES: TS: 2018: 3164.

22 LAURENZO COPELLO, P. «¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, (2015), 820-821.

23 STS 565/2018, de 19 de noviembre ECLI: ES: TS: 2018: 3757.

24 Igual, refiriéndose a la protección reforzada de los tipos específicos, LARRAURI PIJOAN, E. *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, pág.129.

25 Se podrá apreciar en todos aquellos supuestos en los que el delito refleja violencia de género o contra las mujeres (vid. artículo 3 del Convenio de Estambul).

Una de las cuestiones más interesantes que se plantea en torno a este punto es si la circunstancia agravante podrá aplicarse únicamente a las mujeres que sean o hayan sido pareja del agresor, esto es, de forma paralela a lo que establece la LVG, o si, por el contrario, no es necesario apreciar esta relación de afectividad y puede aplicarse a cualquier delito que se cometa contra una mujer en el que se constate un contexto objetivo de dominio. En este sentido, la STS 420/2018, de 25 de septiembre, afirma que el ámbito de sujetos se circunscribe a las relaciones de pareja²⁶. Sin embargo, la STS 565/2018, de 19 de noviembre, rectifica la anterior al poner de manifiesto una ampliación del ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género ya que considera que no se circunscribe sólo a la violencia ejercida por un hombre sobre su pareja o expareja mujer²⁷.

Desde un punto de vista material, obsérvese que, de no existir este cambio de criterio por el Tribunal Supremo, la agravante de género no podría aplicarse en todos aquellos casos en los que la agresión contra la mujer se produce fuera del ámbito de las relaciones afectivas de pareja, lo cual no tendría lógica alguna, máxime teniendo en cuenta que la limitación que realiza el art. 1 LVG se aleja del objeto de protección del Convenio de Estambul que es posterior en el tiempo²⁸.

2.5. La ampliación de competencias de los Juzgados de violencia sobre la mujer

La recién aprobada Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, reforma el artículo 89 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial atribuyendo a las secciones de violencia sobre la mujer el conocimiento de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos contra la libertad sexual previstos en el título VIII del libro II del Código Penal, por los delitos de mutilación genital femenina, matrimonio forzado y acoso con connotación sexual, cuando la persona ofendida por el delito sea mujer, para dar cumplimiento a la disposición final vigésima de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, en relación con la especialización en violencias sexuales.

Se da cumplimiento así a los compromisos asumidos por España al ratificar el Convenio de Estambul en 2014, que obliga a las administraciones a actuar contra la violencia de género en sentido amplio, incluida toda la violencia que implique o pueda implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica; y al informe inicial de evaluación realizado por el GREVIO que subrayó el enfoque de España en la lucha contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de las relaciones de pareja y la carencia de atención a otras manifestaciones de violencia, como la sexual, el matrimonio forzado y la mutilación genital femenina. En mi opinión es una reforma positiva, puesto que la violencia sexual tiene su origen en los estereotipos de género, afectando principalmente a mujeres y niñas, y siendo perpetrada mayormente por hombres²⁹, se considera adecuado que los delitos de violencia sexual contra mujeres y menores, fuera del ámbito de la pareja, sean asimismo tratados en los juzgados especializados en Violencia sobre la Mujer. Ahora bien, para ello es imprescindible reforzar los juzgados de violencia sobre la mujer y, sobre todo, formar adecuadamente a los magistrados y magistradas que ocupen dichos juzgados.

26 Así lo afirma la STS 420/2018, de 25 de septiembre ECLI: ES:TS: 2018: 3164.

27 STS 565/2018, de 19 de noviembre ECLI: ES: TS: 2018: 3757

28 OLAIZOLA NOGALES, I./SEOANE MARÍN, J. «Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4.º CP)», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX (2019), pags.484. A favor de restringir su aplicación al ámbito de la pareja o expareja, atendiendo a razones sistemáticas, RUEDA MARTÍN, M.A., «Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica», en *RECPC* 21-04 (2019), Pág. 23.

29 Según los datos del Ministerio del Interior, de los delitos contra la libertad sexual, más del 80 % de las víctimas son mujeres, superando el 90 % en las agresiones con penetración. En ambos tipos de agresión, los detenidos e investigados son hombres en más de un 90 %.

3. Conclusiones

La legislación avanza (a pesar de la necesidad de algunas mejoras ya señaladas) y desciende el número de mujeres asesinadas, aunque más despacio de lo deseable. Según los últimos datos publicados por el INE en mayo de 2025, correspondientes al año 2024, el número de mujeres víctimas de violencia de género disminuyó un 5,2 % en el año 2024, hasta 34.684. La tasa de mujeres víctimas de violencia de género fue de 1,6 por cada 1.000 mujeres de 14 y más años. El número de víctimas de violencia doméstica disminuyó un 2,9 %.

Todo es mejorable, sin duda, pero creo que el balance es positivo. Y desde luego, no es el momento de bajar la guardia, es el momento de seguir insistiendo en la necesidad de seguir trabajando por la igualdad entre hombres y mujeres, porque queda mucho por hacer y mucho por conseguir.

ESTADO, CÓDIGO Y NOVELA. ANÁLISIS DE UNA IDENTIDAD SEMIOLÓGICA

Fernando Oliván

*Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

1. Novela y modernidad

«¡Hay que romantizar la vida!», la expresión fue acuñada en la revista alemana *Athenaeum* a finales del siglo XVIII cuando se cerraba la Ilustración y alumbraba la Revolución Francesa, es decir, en los prolegómenos de la Modernidad contemporánea. Hoy hemos perdido la referencia inmediata de la frase cuando los conceptos «romántico» y «romanticismo» son ya realidades consolidadas en nuestro vocabulario, sin embargo, en ese momento su significado resulta mucho más claro. Lo que en castellano llamamos «novela» tiene ese otro vocablo tanto en francés como en alemán: «*Roman*». Romantizar la vida no es otra cosa que convertirla en novela, es decir, incorporar a la vida la dimensión estructural que contiene esa forma literaria donde las aventuras, el amor y las pasiones alcanzan el protagonismo de la escena.

Quizá los exaltados espíritus de aquellos jóvenes que escribían en la revista no eran conscientes de las dimensiones que entrañaba su proyecto. En el fondo, su programa era mucho más político de lo que pensaban. Romantizar la vida no consiste solo en incorporar a la existencia ese perfil aventurero que percibían en las obras del género, entraña, sobre todo, una dimensión que afecta a la propia estructura de lo público. En definitiva, reclama recrear los parámetros en los que se mueve la máquina social. Podríamos decir que frente a los modos antiguos donde la vida se proyectaba en las otras formas de la literatura, pienso en la epopeya, la poesía o el teatro, el nuevo orden reclamaba esa otra forma de expresión que supone el género novelístico. Sin embargo, también en esto se equivocaban. No hacía falta romantizar la vida. La vida ya estaba, en ese comienzo de la Edad Contemporánea, absolutamente romantizada. No es que la novela se adaptara mejor a la nueva idiosincrasia de una sociedad ya postrevolucionaria, es que el orden social y político que comienza tras la Revolución Francesa ya se articulaba sobre esos mecanismos que, en lo literario, se manifiestan en el específico género novelístico.

2. El supra-texto

Tanto la novela como el propio estado se construyen como texto. Un texto que desborda su consistencia de signo para fundirse con la misma vida. La novela es una mecánica de representación de la realidad que viene a establecer un doble de la vida capaz de competir con la misma existencia del mundo real. A partir del Renacimiento el hecho social entra en una senda que culminará en los siglos XIX y XX donde el utopismo político se mezcla con la ficción, con ello, la novela se distancia definitivamente del resto de géneros literarios.

Frente a la inmediatez que surge de la pintura o la música, el texto escrito impone una barrera que separa definitivamente la acción creadora del objeto contemplado. La novela, con aún mayor radicalidad que el resto de géneros literarios, no actúa directamente sobre nuestros órganos sen-

sitivos, sino que, por el contrario, entre la materialidad del texto y la sensibilidad afectada se interpone la mecánica de un lenguaje devenido abrumadoramente abstracto.

En definitiva, la novela carece de ese efecto sensorial directo que ilustra al resto de expresiones artísticas y a las que, de alguna forma, también se adhieren los otros géneros literarios. La novela construye su materia, máxime tras la invención de la imprenta, sobre unos significantes depositados en las formas gráficas y reproducidos por millones en el texto-libro. Es el lector el que viene obligado a recrear el significado, algo que tendrá que realizar necesariamente a través de la imaginación. El texto, ese libro que sostiene entre sus manos, solo le sirve para encontrar los referentes. Tras esas letras se esconde todo un otro mundo con sus personajes, sus geografías y sus historias.

El resto de géneros como la poesía y el teatro todavía gravitan sobre la prosodia y la prosopopeya, es decir, sobre los sonidos y las formas de actuación. El teatro en el espacio de la visión sobre la gestualidad de los actores, la poesía sobre la sensibilidad armónica alcanzada por el ritmo y la rima. En ambos casos estamos todavía en el universo de una plasticidad vinculada a las sensaciones antiguas, ese espacio de lo privado donde el orden todavía se levantaba sobre la materialidad —la *physis*— de la casa.

Con el texto novelístico el código escrito se reduce a la nimiedad. Un texto carente de toda prosopopeya y que, en su abstracción, sabe que jamás será pronunciado. Un depósito de signos cuya grafía, sobre todo tras la invención de la imprenta, se presenta carente de toda vida: meros tipos reducidos al mínimo que requiere su identificación.

A lo largo del siglo XVII la novela se convierte en un texto proyectado para ser «asumido» en la soledad del acto de lectura. Hay un cuadro de Fragonard, *La lectora*, donde se aprecia este ensimismamiento. Como ella, el lector, en el intervalo de ese tiempo que dedica a leer ese libro, renuncia al mundo de la vida, abstraído de toda continuidad con el espacio que le circunda, alcanzando, con ello, la mismidad como individuo. Cerrada la puerta de su cuarto, esa lectora que nos propone Fragonard, levanta un muro frente a la realidad exterior a su persona y, a la vez, emprende mágicamente un viaje a ese otro mundo fantástico que recrea la novela. Un espacio imaginario -u/topos- reflejo onírico del mundo de la vida.

*

Con la codificación se produce un proceso paralelo. También aquí la Ley rompe con la dinámica del derecho antiguo. Frente al carácter social del viejo *ius*, construido y desplegado en el espacio de la *urbs* y saturado de la mismidad de la vida, la codificación apuesta por un texto donde la abstracción le aleja radicalmente del calor de lo inmediato.

También el código será un instrumento levantado sobre la lectura íntima de sus mandatos, de ahí esa proclama reiterada que, sin embargo, resulta absolutamente innecesaria en el orden antiguo: «La ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento». El derecho deviene, de esta manera, un acto individual que, desde el exterior viene a grabarse en lo más íntimo de la persona. El viejo derecho se desplegaba en el universo de la *gens* y la vida, el nuevo código se adhiere a la subjetividad del individuo.

En definitiva, frente al imperio de un orden basado en la fisicidad de la *gens*, el código nos empuja a esa abstracción que nos convierte en individuos. No iban desencaminados los conservadores y reaccionarios del siglo XIX. De Maistre a Donoso Cortés adjurarán de ese progreso codificador, contemplándolo como el fin de Occidente. Con el código el viejo orden muere, una igualdad abstracta y agobiante aplastará las peculiaridades que daban vida y sentido a las casas. Sobre ese polvo se levantará la nueva entelequia del individuo.

Nace una racionalidad normativa carente de esa vibración del derecho antiguo concebida, desde sus orígenes, como privilegio, *lex privata*. La ley de la *gens*, de la casa, del espacio privado del mundo antiguo se desvanece con las Luces del progreso. El texto, también aquí, se hace carne.

El código es la novela del estado. Con una y otro se recrea la vida bajo la fantasía de un mundo imaginario, ya sea en la mirada utópica del autor-novelistas o del jurista-codificador. Un lento proceso, es cierto, que se inicia en esos finales de la Edad Media y que, de la mano de los juristas-teólogos que levantaron los fundamentos del estado, fusionarán los Evangelios de Cristo con los restos de ese *Corpus* justinianeo que venía a estudiarse en las nuevas universidades. Graciano y su *Decretum*, o sea, esa magistral obra que es el *Concordia discordantium canonum*, será el gran inventor del nuevo género.

Con el estado muere el viejo derecho. Aquel era un derecho desplegado por y para los *padres* y donde la ciudad era, a penas, un mero espacio, el foro, donde se reunían los jurados. Con el nacimiento del estado se inicia con ese secuestro del derecho que, de la comunidad donde tenía sus raíces, pasa al gabinete del soberano. Leviatán se despierta como juez acumulando la totalidad del acto justiciero. El conflicto tardo-medieval que recorrerá toda la Edad Moderna no es otro que el conflicto por la Justicia, es decir, la ubicación última de ese acto de Justicia ya sea en la esfera propia del monarca, como «Justicia retenida», o en el marco de la nueva profesionalidad que alcanzan los abogados y jueces, en una «Justicia delegada» que ansían acaparar como propia e independiente.

3. Estado e imaginación

Frente al teatro o la misma poesía, o incluso frente al recitado sobre el que trabaja la epopeya antigua, el texto novelístico carece de prosopopeya. La novela aparece concebida desde su nacimiento bajo el formato del códice. Un texto que reclama ser leído en esa intimidad que nos abstrae del exterior, un exterior en el que, inevitablemente, se coloca también nuestra persona. Un segundo movimiento viene a remarcar este punto, ese texto, precipitado sobre nuestra conciencia a través de la mecánica del discurso, alcanza a construir, en el espacio de la fantasía, todo un mundo nuevo (*u-topos*). El lector, abstraído en el recogimiento de la lectura, aislado del mundo real que se paraliza a su alrededor, se abre, sin embargo, a ese nuevo espacio sobre el que actúa el texto.

Es ahí donde radica el paralelismo entre novela y estado. El estado también se recrea como espacio imaginado. Detrás del código normativo, en realidad, tampoco hay nada, solo la propia imaginación. La casa estaba llena de la *physis* que acompaña al *pater*, Leviatán, en cambio, es pura *fictio*. Una *fictio iuris* que esconde la terrible verdad de no ser nada: puro trono vacío.

El individuo en el nuevo orden jurídico-político, como el lector frente a la novela, aparecen despojados de toda consistencia. Ambos, abstraídos de la compleja estructura de la vida, se proyectan como un mero «*ecce homo*», meros cuerpos desnudos, triturados por la gigantesca rueda de molino que hizo polvo de sus casas. Frente a esa soledad, la novela y el código, leídos en la mismidad de su existencia, les habla de una posible salvación frente a la muerte. Una salvación utópica, pura *fictio* alojada más allá de las puertas que se abren entre las páginas del libro.

La estructura de la novela busca un doble objetivo. Por un lado, recrea la realidad aportando un mundo construido en su integridad por el texto. Seguir *Crimen y castigo* entraña recorrer, como si las conociéramos de primera mano, las calles y callejones de un fantasmagórico San Petersburgo. Como nos sucede con algunos de los cuentos de Maupassant donde el protagonista atraviesa París incorporando hasta la fragancia de los muelles del río. París, Petrogrado, Londres, Berlín o Madrid se recrean alcanzando una dimensión que hace del espacio, como espacio vivo, el protagonista indiscutible de la imaginación. Un otro espacio -de ahí lo de utópico- que calca el espacio público y donde las figuras que recorren el texto trazan sus vidas en un discurrir que dobla la realidad. No-lugares que duplican la existencia invitándonos a una vida alternativa a la miserable existencia cotidiana. Las puertas de los palacios que, en la realidad solo contemplo en la exterioridad de sus muros, se nos abren en una inquietante invitación permitiéndonos asistir a sus veladas e, incluso, a solazarnos en sus dormitorios. Los distintos subgéneros de la novela, de la picaresca a la de aventuras, de la novela de amor a la ciencia ficción, nos arrastran a ese sin fin de sensaciones de la imaginación.

La mecánica de la novela, en la potencia del uso de la primera persona o en el derroche de intimidad que alcanza el modo epistolar, termina incorporando una eficacia discursiva absolutamente nueva en el espacio literario: la transustanciación entre el lector y sus personajes. Toneladas de lágrimas, al parecer, derramaron los lectores con los libros de Rousseau, Richardson, Galdós o Fielding, algo que no cesará en todo el siglo, y que aun inundará la llamada novela de amor de los quioscos del siglo XX. Al final hemos estado en medio de batallas, visitado las profundidades de los mares, recorrido selvas inmensas, pero también hemos sentido la respiración del asesino, la pasión de justicia y riesgo del policía, como nos hemos conmovido con las caricias y el sexo en el onanismo trascendental de un erotismo inconcebible en cualquier otro género. Esos textos que se abrían sobre nuestras manos han terminado doblando nuestra existencia a la vez que la inspi-

ración creadora del autor moldeaba espacios y gentes a su capricho. No es solo el espacio donde transcurre la vida el que se recrea bajo la dinámica del texto, también se recrea la misma vida. El mundo se dobla en un juego de espejos donde, al final, resulta imposible saber dónde radica su auténtica sustancia.

En la poesía, el texto se disuelve en mi alma recorrido por sensaciones que me arrastran a la inmediatez de la vida. En el teatro la sustancia de la obra gravita en esa escena que contemplo. En la novela, por el contrario, el objeto funciona como mero texto. En el teatro, en la poseía y en la epopeya, aún resuenan los sintagmas en la inmediatez de sus formas, son fonemas repletos de sustancia sonora ya sea en la voz de los actores, en la prosopopeya que realza la belleza de las palabras o en la fama que ilumina los nombres de los héroes y que retumba de valle en valle. El signifiante es el protagonista. La novela, en cambio, es silenciosa, incluso leída en voz alta su pronunciación es queda, plana, discreta, recogida en la intimidad del oyente. Estamos ante el mundo específico de los significados, por eso requiere ese uso de la imaginación capaz de imponernos una transustanciación que nos recrea en la mística de un mundo distinto. Aquí el espacio, los sonidos, las mismas sensaciones son inevitablemente de tipo intelectual. No resuenan ni se dejan ver, todo se produce en el marco del intelecto. Pura creación, aunque sea utópica.

De la misma manera, la *fictio iuris* de Leviatán se levantó sobre un texto que fue más allá del derecho. Frente a la estructura del *ius*, radicada en la *gens*, en la casa, y en la voluntad de los *patres*, nace un derecho que aspira a la abstracción del texto divino. Un derecho extraño a ese juego sobre el que se levanta el poder de las familias. El nuevo texto sobre el que gravitará el estado aspira a confundir, fusionándolos, la *dinamis* de la palabra divina en los Evangelios y la técnica perfecta del aparato articulado por Justiniano en el *Corpus*. Uno y otro fusionan creando un texto absolutamente nuevo, cuya capacidad de abstracción lo aleja del viejo sistema del *ius*. El *ius* funcionaba en el espacio que reúne a los *patres*. El nuevo derecho crea *ex nihilo* ese espacio dotándolo de personalidad jurídica. De tan brutal abstracción nacerá, en su día, primero, la Codificación y ese derecho igual para todos y, tras ella, la gigantesca máquina, verdadero corazón de Leviatán, de la Administración y el llamado Derecho Administrativo. Nuevo engendro en el que ya no queda nada de derecho en su sentido clásico. Napoleón culminará la primera etapa, luego, tras la Revolución rusa, alcanzará su cima con el Derecho Soviético.

Con la Edad Media desaparecerá el viejo orden político e, irremediablemente, también el derecho que le proporcionaba su sustancia. Con la Modernidad surge algo necesariamente nuevo. Lo seguimos llamando derecho por pura inercia lingüística, pero ya es otra cosa como brutalmente lo estamos aprendiendo con el nuevo siglo.

Derecho Administrativo, verdadera *contraditio in terminis*. Derecho y Administración son cosas dispares, contradictorias. El viejo derecho también fue triturado como lo fueron los cuerpos de los *patres* aplastados por la gigantesca rueda de molino de la Codificación. La potencia disolvente del cristianismo alcanza ahí su culminación. Aquella propuesta recogida en Gálatas 3,28 penetra hasta el tuétano del nuevo sistema. «Ya no hay judío ni griego; no hay esclavo ni hombre libre; no hay varón ni mujer; porque todos vosotros sois uno en Cristo Jesús». Es decir, desaparece la vida y sus mil particularidades, abstraída por la nueva entelequia de una ficción. Me es lo mismo si la rueda de molino la mueve la Iglesia o el Estado.

En *Antropología de las Formas Políticas de Occidente* (Madrid 2020) proponíamos la vinculación entre el teatro y la *polis*, entendiendo la identidad entre ambas estructuras signícas. Aquí, siguiendo esa misma estela, proponemos la identidad entre estado moderno y novela, pero no en el simple nivel de identificar sus tiempos históricos, ni reduciéndolo a la función educadora que desarrolló en la formación sentimental de ese ciudadano atomizado hasta la individualidad. Nuestro propósito se presenta como más radical, buscamos la identificación de las raíces conceptuales de ambos sistemas, sus mecánicas de funcionamiento como texto, pues tanto el estado como la novela son textos, es decir, espacios sometidos a esa mecánica de la escritura sobre la que se construye la misma conciencia humana.

Es a esta dinámica a la que identifico como factor utopía. Tanto uno, el estado, como la otra, la novela, son estructuras construidas artificialmente, es decir, surgidas de la voluntad de un autor.

En nuestra teoría del estado (*Leviatán al desnudo*, Valencia 2023) anotábamos el carácter artificial del estado, fruto de esa voluntad de acción que llevó a los juristas y príncipes del proto-renacimiento a la construcción de una estructura política capaz de sobrevivir a la ruina inminente del viejo Imperio. Un logro intelectual -el verdadero milagro de Occidente- que alcanzó a recrear la sociedad convirtiéndola en una estructura textual, es decir, en un aparato articulado sobre signos. Transformaron la vieja casa del derecho privado en un espacio público. La nueva casa ya no será como esas otras *domus* sobre las que imperaba la persona física del *pater-quirites*, sino una novísima estructura, un aparato místico que vendrá a subsumir todo aquel mundo privado bajo las formas de una ficción colosal. Es decir, frente a la materialidad (la *physis*) del mundo antiguo, levantarán una ficción, la *fictio iuris* del estado.

El modelo, insistimos, lo proporcionó la Iglesia al subsumir la comunidad -el *laos*- de los creyentes bajo la nueva entelequia de la Casa de Dios. Por eso, el cristiano constituyó la primera expresión del individuo, sustancia basal sobre la que se levantará el nuevo sistema. Como nos recuerda San Pablo, el cristiano ya no se identifica con la sustancia de alguna *gens*. Ya no hay «ni hombre ni mujer, ni libre ni esclavo, ni judío ni griego» en esa identidad que da forma a la casa, sino que todos son iguales, reducidos a meros hijos de Dios. Es decir, puros átomos, granos de polvo, triturados hasta la nimiedad por el peso del pecado. Sobre esa masa informe se construirá la Iglesia. La salvación -no se cansará de repetirlo- solo se alcanza en la nueva casa de Dios. *Via, veritas, vita*.

Aquellos clérigos, en medio de esa crisis conocida como Cisma de Occidente, frente a un mundo que se desmoronaba, levantaron la nueva y última barrera contra la barbarie. Nació de esta manera el estado que, vuelta a vuelta, irá creciendo y creciendo, incorporando masa y fuerza, hasta alcanzar, ya al final de su viaje, el tamaño crítico del estado-nación, es decir, el estado de todo el pueblo. Es ahí, como decimos, cuando el derecho, el *ius*, se rompe definitivamente, innecesario fuera de aquellas casas que configuraban el mundo de lo privado, y, de sus cenizas emergerá la gran construcción de un novísimo sistema jurídico, ese aparato que, por pura pereza, denominamos Derecho. Los juristas conservadores y reaccionarios lo vivieron con la desazón de un mundo perdido.

La identidad se produce justamente en ese punto, la novela también nació como un proyecto de transformación del mundo. O, al menos, de recrearlo. Alternativa utópica -y mística- donde salvar a esas gentes que corrían extrañas a toda casa.

Utopismo. O sea, un no lugar, un espacio carente de esa entidad física que lo convierte en existente. Existe, sí, pero solo en la imaginación compartida entre autor y lector, es decir, en ese mundo creado por la potencia simbólica del texto. Utópica pues carece de lugar en cuanto entraña una representación de algo sin existencia. Pura entelequia creativa. El autor -el novelista-, nuevo demiurgo, despliega las formas de un mundo paralelo. Un mundo siempre constreñido a las rigurosas reglas de la representación, es decir, en esa exigencia de doblar la realidad hasta el punto de confundirse con ella.

La novela es un género que nace ya con pretensión creadora, es decir, de reproducción de la realidad configurándola como artificio. El episodio de la boca de Pantagruel, pese a su comicidad, nos traslada todo el universo utópico de un mundo artificial. La común cronología de esta obra con la de Moro constata que esa voluntad duplicadora, el *u-topos*, está en la raíz misma del acontecimiento novelístico. Con la novela asistimos a la creación textual de una otra existencia que, en la conciencia del autor-lector, termina superando y sustituyendo lo miserable de la vida.

*

Pero la novela entraña bastante más que ese mero proyecto duplicativo, y es ahí donde el concepto utopía alcanza también ese sentido que le proporcionará la obra de Moro. Una finalidad educativa que, en no pocas ocasiones, colinda con el contenido taumatúrgico del episodio teatral. También el teatro entrañó esa voluntad de *paideia*, como si la construcción del espacio público requiriera ese aporte, una formación de las conciencias, capaz de saturar el autismo que residía en el mundo de los *patres*. Sin embargo, nuevamente, la metodología de la novela es distinta. La *katarsis* teatral moviliza al público disolviendo la *hybris* que domina a los viejos patriarcas, por ello es un factor determinante en la creación del espacio público. El teatro reproduce esa experiencia dialogal que llevó de la soledad de los valles al espacio cerrado del *pomerium*. Un acontecimiento

no solo social sino socializado, es decir, compartido. Frente a esta mecánica, la novela despliega su eficacia, por el contrario, en el acto individualizado, y prácticamente solitario, de la lectura. Incluso en esas prácticas, todavía presentes hasta la primera mitad del XX, de la lectura colectiva, el acto de recogimiento que impone el texto trasciende la posición del espectador teatral. La novela reclama y crea un nuevo tipo de receptor: estamos ante el nacimiento del «lector», un sujeto nuevo, sobre el que se levantará la sustancia del individuo.

El espectador teatral es parte del juego, no olvidemos los vínculos entre la grada y la escena, El estadio de fútbol es quizá su expresión más sincera. Ese grito colectivo que recorre las gradas se convierte en el duodécimo jugador capaz, a través del entusiasmo que inyecta a lo otros once jugadores, de proporcionar la victoria. La *katarsis* juega ahí, en esa recreación de la epidermis colectiva que hace de todo el bloque teatral -escena y espectadores- una unidad orgánica. Con el teatro se viene a reproducir, recreándola, la fundación de la ciudad.

La lectura de la novela, en cambio, se construye en la absoluta distancia entre el componente signico, acumulado en el texto, y la recepción propiciada por el lector. Una distancia construida sobre las rigurosísimas reglas de la representación. Estamos ante una fonología que convierte, bajo las mecánicas del código, el significante en significado, lo que entraña todo un despliegue lingüístico ejecutado necesariamente en la intimidad de la conciencia. El concepto de lectura esta así, como decimos, vinculado al desarrollo del individuo.

Con la novela estamos ante el texto en su sentido más pleno. Un texto que trasciende la mera función nemotécnica para devenir verdadera fábrica de significados. Un sistema, también es cierto, absolutamente artificial, sustentado en la mecánica abstracta del signo y, por ello, totalmente desprendido de la potencia simbólica que en el resto de géneros mantiene el contacto físico. Por eso podemos percibir ahí la identidad entre la novela y esa otra ficción sobre la que se levanta el estado. Frente a la fisicidad e inmediatez de la casa (la *domus*, el *oikos*) y su *paterfamilias*, el estado se presenta tributario de la *fictio iuris* de la persona jurídica.

Que el género llegó a tener antecedentes en el periodo de la Antigüedad romana no rompe en absoluto nuestra tesis, la realidad es que tanto la novela alejandrina, como la sátira de la que surgirán expresiones novelescas como el *Satiricón* o *El Asno de oro*, ya anuncian esa disolución del espacio público bajo la presión de la nueva subjetividad desplegada en el Bajo imperio. No por nada, es ahí, hacia el siglo III, cuando, de la mano de la *Constitutio Antoniniana*, también surge esa otra ficción de la que nacerá el concepto de persona jurídica. Y, recordémoslo, algo más tarde, la Iglesia, dando nueva sustancia a esa entelequia -la persona jurídica- asumirá la nueva subjetividad del Imperio como imperio cristiano. O sea, un modo social recreado incuestionablemente bajo la artificialidad del signo.

4. Democracia y subjetividad

El Lazarillo de Tormes, como en el resto de secuelas que despliega el subgénero picaresco a lo largo de España y Europa, profundiza en esas reglas que definirán la mecánica de la novela. De entrada, la radicalización de la subjetividad en su propuesta autobiográfica, también la mecánica de redacción que, al imponer la primera persona como determinante de la acción, termina facilitando la identificación del lector con los personajes novelescos. Con todo ello se propicia la traslación de la intimidad al nuevo espacio recreado por el texto.

La construcción de la narración, el uso de la primera persona y el tiempo pasado como referente (se nos habla normalmente de acontecimientos pasados respecto al tiempo del narrador) constituyen un sistema que nos permite recrear la idea de individuo. Ya en el caballero andante se percibe un sujeto solitario confrontando con un mundo repleto también de subjetividad, sin embargo, será en la contrafigura irónica del pícaro donde el modelo alcance su máxima potencia. Así lo comenta Lazarillo cuando su «maestro», el ciego al que sirve de criadillo le estrelló la cabeza contra el toro de piedra a la entrada de Salamanca. «Verdad dice este —comenta Lazarillo refiriéndose al ciego— que me cumple avivar el ojo, pues —y aquí está la clave de su propuesta— “soy solo”», es decir, estoy solo, carezco de casa. Esta es la nueva realidad que empieza a asumir una sociedad confrontada ante la novísima idea del Estado. Una sensación de desgarró que, ya en el tono melancólico del barroco, se extenderá por prácticamente todo el espacio literario. Los héroes de la novela, frente a los héroes de la epopeya antigua, acreditan este abandono que los convierte

en meras partículas, átomos, en un cuerpo gigante que los absorbe y que asume la subjetividad social por encima de la vieja entelequia de la *gens*. Una soledad que se agigantará luego con la gran novela de los siglos XIX y XX. *Los hermanos Karamazov*, *Doktor Faustus*, o el mismo *Ulises*, nos afrontan a la absoluta conciencia de la soledad en la que vivimos.

*

No pocas veces se ha dicho que la novela es el género democrático por excelencia. Lo es respecto a esa forma de democracia que encuentra en el modo estado su definición actual. Más allá de la función educadora, la literatura encuentra en la novela su fusión con el mundo político postrevolucionario. Romanticismo, naturalismo y expresionismo configuran las formas de acercamiento a las políticas de base popular. Si el estado democrático se sostiene sobre ese triple basamento de «Estado de derecho», «Derechos humanos» y «Democracia representativa», el texto novelístico dobla de nuevo este triplete a través de las mecánicas desplegadas por la «prosa plana» alejada de todo juego sintáctico, la «subjetividad del sentimiento», definido ya como humano (¡demasiado humano!) y la «inmediata presencia del pueblo», que alcanzará su protagonismo como masa.

George Garaudy concreta ahí todo el potencial del género: la novela como espacio de rebelión frente a un mundo en cambio. Por un lado, en el desgarramiento impuesto por la nostalgia de un tiempo pretérito idealizado bajo el orden cristiano, pero, sobre todo, en el desengaño frente a esa promesa de felicidad que nació con la misma idea de Renacimiento y que quiso confirmar la Revolución. El barroco asumió esa derrota imprimiendo ese sesgo melancólico que recorre todo el espectro artístico. Hablamos de melancolía, pero no tanto en el orden social sino sobre todo en el orden artístico. Una melancolía que ya se anuncia en la novela de caballería y que, a través de todos los subgéneros, alcanzará incluso la novela popular del siglo XX. ¿No son Marlowe, y todos esos detectives que deambulan los malos barrios en la novela policiaca, verdaderos caballeros andantes? ¿No entraña la ciencia ficción, ya en clave melancólica, un regusto bucólico y pastoril de un añorado *locus amoenus*? ¿No hay un sustrato irónico y picaresco en todo el género hasta su definitivo declive ya en el siglo XXI?

Fracaso tras fracaso, la novela construye una dialéctica que empuja a sus protagonistas a recorrer, con la misma energía que hará simultáneamente el estado, la totalidad de globo terráqueo. Un fracaso que se acumula al de esos millones de lectores que, entre risas y llantos, quedan encadenados a la lectura de sus páginas. Los anhelos de fuerza y justicia que proclamará el *Oberman* de Senancour y tantos otros protagonistas románticos se fusionan con ese recogimiento quejumbroso que nos arrastra a las más recónditas profundidades de nuestra alma. Nada hay de extraño en que, en el siglo del progreso, de la locomotora y de las ciencias, el espíritu de la época se defina como romántico, es decir, como novelesco. Los millones de víctimas de ese desarrollo impulsado por el capitalismo buscarán en esa utopía novelada, mera ficción, el santuario donde salvar sus almas.

El género cierra su ciclo en ese último estadio del expresionismo que satura la creación del siglo XX. Tampoco esto será casual, verdadera y última rebelión contra la fealdad de un mundo que se resiste a ser novelado. Con ello la burguesía volvió a acreditar su inconsistencia radical para fundar el proclamado espacio democrático. También ahí, la utopía moderna acredita su fracaso.

*

La novela se presenta como la gran educadora, la nueva *paideia*, de la sociedad moderna, y no solo en sus componentes sentimentales, como nos propone Flaubert, sino también en los políticos, convertida en la expresión lingüística de la comunidad política. Doble sistémico sobre el que se levantará el edificio del estado.

Lo que nos interesa remarcar es que, con la creación de este género, no solo se incide sobre la intimidad de esos millones de individuos que leen apasionados sus textos, sino que alcanzará también a recrear la sociedad misma construyendo los modos no solo de ese espacio público sobre el que, antaño, se proyectaba el espacio escénico, sino también la misma esfera de lo privado, dando sentido a la construcción de un nuevo hombre, el individuo, pieza básica del proyecto de sociedad que nace con el estado moderno.

La novela cumple así su función de doblar la realidad, eso sí, haciéndolo bajo las leyes de la literatura. Lo interesante es que lo hace recreando las formas de dominio que se despliegan con el nuevo modo político del estado. La denominada «novela gótica», preludio de esos subgéneros

que calificaremos de terror, es un buen ejemplo de este proceso. El conflicto entre el hombre y la cosa, la misma cosificación del ser humano, la inversión de la posición de la casa que, de espacio de cobijo y protección, se vuelve escenario de terror, vendrán a desquiciar el lugar del hombre respecto a la doble esfera de lo público y lo privado. *El monje*, *El castillo de Astolfo*, el propio *Frankenstein*, como no pocos de los cuentos de Poe, nos introducen en espacios agobiantes donde el hombre sucumbe ante ese complejo público-privado que amenaza con aplastar su existencia.

La ciudad también alcanza esos contornos del peligro y, frente a la diafanidad del foro y el espacio público, se vuelve una nueva selva, eso sí, interiorizada en nosotros mismos. Novelas como *Los misterios de París* o *Los miserables* recrean esas cloacas y catacumbas que penetran la ciudad como si fueran los órganos de un cuerpo vivo, dotándolas de un protagonismo que nos reafirma la marginalidad de lo humano. Las calles y plazas repletas de luz de un espacio público apolíneo se invierten, sumergiéndonos en las tinieblas de sus arterias más secretas y devolviéndonos a unos orígenes que remiten a la muerte. Que el psicoanálisis aparezca en ese mismo siglo, en una coincidencia de a duras penas unas décadas, acredita el carácter sistémico de estas nuevas realidades.

*

La matriz de todo este proceso no es otra que esa nueva subjetividad amenazada con ser disuelta en la nada, me refiero al individuo. Un ser cada vez más alienado respecto a un espacio, el de la Modernidad, ocupado definitivamente por la nueva subjetividad del estado. La persona-individuo percibe como, a su alrededor, se levanta un muro invisible. Su subjetividad se disocia entre la vida que vive en el mundo real, y esa otra que siente y que, a través de las novelas que como lector devora en la intimidad de su cuarto, se proyecta como espacio desdoblado de su persona. En un conmovedor capítulo, David Copperfield, el protagonista de la novela homónima de Dickens, reconoce que, en su juventud, alcanzó a comprender la sociedad que le rodeaba gracias a esa barra de amigos que, más o menos por casualidad, encontró en la habitación contigua a la suya. Frente a la sordidez de su casa, fue la amistad con todos aquellos personajes, Quijote, Robinsón y tantos otros héroes de las fantasías novelescas, la que le salvó de la soledad y la muerte. Un Quijote que, a su vez, también había encontrado la dimensión de su mundo, y las reglas que debían regularlo, no tanto en ese foro de lo público al que antaño nos educaba el teatro, sino, de nuevo, en el espacio privado de sus lecturas, donde obras como *El Amadís* le enseñaron a circular por el espacio utópico de la vida.

El lector, primero ese burgués educado, luego, tras la Revolución y la universalización de la competencia lectura, también las clases populares, terminará siendo el verdadero sustrato de la nueva sociedad. En breve, cuando los miles de lectores de *Los miserables* siguen las peripecias de *Jean Valjean* desde su trabajo como forzado hasta su éxito social, reconstruyen inevitablemente las dimensiones del estado francés. No solo recorrerán las calles levantando barricadas, sino que, penetrando en las cloacas, aprenderán a entender la complejidad de la ciudad. También asumirán la función del estado, no pocas veces confundida con el miedo, representado por esa policía inagotable que le busca a través de toda la geografía de Francia. En definitiva, alcanzarán a asumir todos esos ritos sociales, que, desde la aristocracia a las clases bajas, acumula la sociedad para el despliegue de sus relaciones intersubjetivas.

El sujeto lector, convertido en mimesis del protagonista, se ve rodeado por todo un elenco de personajes secundarios, inserto en aparatos como la Iglesia, la policía, el trabajo o el dinero, y que recrean, con su presencia, el orden social. Con ello ese lector termina asumiendo el orden a la vez que aprende también a comprenderlo. Otro tanto sucede en *Guerra y Paz*, por ejemplo, donde el lector termina identificándose con la idea de la Santa Rusia. De la mano de Natacha -magnífico el capítulo de su baile- o de cualquiera de los príncipes que deambulan por su texto, el lector entrará en palacios que, en su vida cotidiana, le quedan ocultos tras altísimas verjas, asistirá a bailes y recepciones privadas, participará en reuniones del estado mayor donde generales o los mismos emperadores, discuten las reglas de la guerra, y asistirá a batallas históricas, y todo ello, sin necesidad de salir del cuarto de estar de su casa.

No es que la novela asuma una función educadora, como ya hemos dicho le sucedía al teatro en la antigüedad clásica, la función va más allá, propiciando la densidad misma -y no solo simbólica- del concepto estado.

Esa fue la gran transcendencia del género y su identidad paralela al otro texto constituido por la codificación. El sobrevoltaje que alcanzan algunos de sus personajes va más allá de la función que pudiera tener el héroe de la epopeya. Aquí ya no contemplamos ese espacio sustentado sobre el valor de las casas y que permitía a la sociedad antigua estructurar la mecánica del orden gentilicio. Lo que aquí nos encontramos es, por el contrario, un proceso de disolución del ser en la nimiedad alienada del individuo, un salto voltaico que recrea la identidad del lector con el mundo. Más de un autor no dudará, para facilitar esta identificación, en el uso de la primera persona. El hombre y la mujer del siglo XIX, como luego le sucederá al del XX, asumen su función social, una educación que trasciende lo político, incluso lo sentimental, proporcionando a unos y a otros, con independencia del sexo, clase y condición social, no solo el modelo, sino directamente el molde sobre el que se articulan las reglas del nuevo juego. Gálatas 3,28 en estado puro.

5. Novela, representación y Estado

La construcción del estado viene a resolver el gran problema que acucia al sistema político, a todo sistema político, el de la representación de la comunidad sobre la que se proyecta. Estamos, por tanto, en una problemática reducida al mero contenido del lenguaje. Como venimos insistiendo, la estructura comunitaria humana es de características culturales, y no biológicas o instintuales, lo que reclama su construcción sobre aparatos simbólicos.

Esta es la gran falla que atraviesa el sistema. La *polis*, como en parte le sucederá al Imperio, carece de esa dimensión que roza la vida propia. Estructuras complejísimas, es cierto, pero que reclaman ese actuar al unísono para concitar toda la fuerza que acumulan. La Asamblea de los Aqueos en la *Iliada*, a la vera de las naves, representa el mejor ejemplo. La guerra civil será su consecuencia inevitable, una *stasis* que radica en el mismo corazón del sistema. En el fondo no hay comunidad política, sino mero encuentro de *patres*, todos ellos celosísimos de su propia independencia.

La deriva de la *polis* terminó, como hemos dicho, en el Imperio. De entrada, mera reducción dinástica de la pluralidad de esos *patres* que se agolpaban en el foro. Un proceso de reducción que, tras la oligarquía de los dinastas y el triunvirato, quedará constreñido a la mera entidad de uno: el *Princeps*, ese primer ciudadano que ensombrece y devora la presencia del resto.

Con el Imperio, el modelo, es cierto, consiguió salvar los muebles y dotar al sistema de aun un par de siglos de existencia, pero pronto, en eso que la historiografía denomina la «Anarquía militar», volvió la amenaza que arrastraba aquel Milagro Griego a su liquidación definitiva. La feliz coincidencia de dos factores, el genio jurídico romano y la fantasmagórica construcción de la Iglesia, dieron al sistema un novedoso impulso que permitió su subsistencia la friolera de más de otros mil nuevos años, es lo que llamamos el Imperio cristiano y que, recreando el espacio público sobre la privatividad de la Casa, permitió construir la *fictio iuris* de un Imperio sin emperador, o mejor aún, un Imperio con un emperador ficticio, una persona jurídica, ese Cristo devenido la encarnación misma de Dios. Una entelequia que llevó a más de uno de aquellos juristas-teológicos que diseñaron el invento a hablar sin tapujos de un «Trono vacío».

Sobre esta idea genial, tras la definitiva liquidación del modelo antiguo -ya en esos finales de la Edad Media- se levantará lo que, por ahora, es la solución definitiva: el modo estado. Aquella abstracción que alimentó la propuesta de un Imperio Cristiano se vio obligada, arrastrada por la dinámica de la historia, a extenderse a la identidad de cada reino. «*Rex imperator in regno suo*» dirá, como muchos otros, Alfonso X proclamándose emperador en Castilla. La doble legitimidad que había soñado el papa Gelasio I en su doctrina de las Dos Espadas se desvanecía, y papado e imperio corrían por el desagüe de la Historia. Nació lo que pronto se definió como el Estado Moderno.

La cuestión, la clave, está justamente ahí, en la incorporación de ese nuevo cuerpo a la mesa de juego: la autonomía subjetiva del cuerpo político, su conversión en sujeto, es decir, la consagración de la idea de persona jurídica. Por eso hablamos del problema de la representación. La urgencia de dar contenido -sustancia- a esa especie construida únicamente en la ficción de los símbolos. Construir el texto de la comunidad entrañó ese larguísimo camino que nos condujo al estado moderno-contemporáneo. Para conseguir que el estado alcanzara la dimensión de sujeto hubo que crear todo un texto sobre el que levantar su sustancia subjetiva. Hubo que imaginar todo un mundo donde la materia sutilísima de la comunidad alcanzara a desplegar su subjetividad de actor directo en la vida política. Y hacerlo como persona.

Remito a *Leviatán al desnudo* (Valencia 2023) para comprender esa larguísima genealogía sobre la que se sustenta la idea de Estado. Paralelo a esta historia hubo un proceso que también se centró en la lengua, mejor dicho, en su escritura. El estado iba a nacer como texto, es decir, como lenguaje sometido al orden cronológico de la dinámica fonética, a la vez que se desprendía de la materialidad sonora recreado en la linealidad de la escritura. Pero para esto tuvo que consolidarse ese doble proceso por el que, ya lo hemos dicho, tanto la lengua como la música alcanzaron la plasticidad de los signos escritos. El estado nace como texto y lo hace en esa doble dimensión de código normativo, en la codificación y en la novela.

*

En definitiva, frente a la oralidad que mantiene el orden público en el espacio de la *polis*, el estado moderno se recrea como texto escrito. Un juego que confronta la acción política, cada vez más marginada y recreada como mera contienda electoral, con la solidez del hecho administrativo, verdadero trono vacío del orden moderno. Trono vacío, pero trono de hierro. Hoy día el estado, culminando ese proceso de textualización, se confunde hasta el extremo con el aparato de la Administración. La política, en su oralidad, a lo sumo, resuena en esa cámara marginal a la que, por redundancia, denominamos Parlamento. Espacio de la fonología, donde se confrontan discursos condenados a una cacofonía que termina empujándolos a la nada. La Administración, en cambio, reafirmada como pública, recrea su poder sustituyendo, incluso, a la vieja Corte del estado monárquico.

Un proceso de escrituración del acontecimiento público que ya se percibe desde sus orígenes bajomedievales en esa canonización sacramental del texto legal. Al amparo de la Iglesia nace, en la expresión de Pierre Legendre, la «otra Biblia de Occidente» (*L'autre Bible de l'Occident: Le Monument romano-canonique*, París 2009), ya definitivamente normativa y que, combinando el texto sagrado con la tecnicidad del *Corpus Iuris Civilis* justiniano, devendrá el sustrato sobre el que se levantará el gigantesco edificio del estado moderno. La, en principio, modesta proposición de Graciano, en su *Concordia discordantium canonum*, alcanzará, ya de la mano de una Curia Romana cada vez más convencida de su papel político, lo que luego se denominará el *Corpus Iuris Canonici*, un entramado jurídico que ya nos acerca a las formas literales del estado administrativo. Con él la Iglesia asume su sustancia como texto. El derecho canónico anuncia lo que, con la Revolución, será el derecho administrativo.

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS DERIVADOS DEL TRABAJO ASALARIADO

Manuel Carlos Palomeque López

*Catedrático emérito de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca*

*La vida no es sagrada sino de forma derivada, sustitutiva:
cuando garantiza la libertad, la autonomía, la dignidad del ser humano,
que son valores superiores al de la vida misma, en sí y por sí, absolutamente desnuda.*

Jorge Semprún, *Adios, luz de veranos*, 1998.

Sumario: 1. De la legislación obrera al Derecho del Trabajo. 2. Los factores históricos determinantes del tránsito institucional. 3. La construcción jurídica del contrato de trabajo. 4. La constitucionalización de los derechos derivados de las relaciones de trabajo. 5. La internacionalización de la legislación laboral. 6. La Organización Internacional del Trabajo y la influencia de su ordenamiento en la construcción normativa del Derecho del Trabajo.

1. De la legislación obrera al Derecho del Trabajo

¿Cuándo podría decirse con seguridad razonable que las leyes obreras o de fábrica de los Estados industriales europeos y americanos —la «legislación obrera» como sumatorio del conjunto de ellas— desembocaron en el alumbramiento en un ordenamiento jurídico cohesionado y singular? ¿Cuándo es posible certificar, en consecuencia, la presencia histórica comprobable de un Derecho del Trabajo diferenciado y completo dentro del sistema jurídico general, provisto de madurez normativa e institucional y cuya elaboración teórica hubiese alcanzado un grado de explicación generalizada y plausible?

Ni que decir tiene que la respuesta a estos interrogantes y otros semejantes debería ser rastreada con rigor en cada uno de los escenarios nacionales que han experimentado el proceso normativo en cuestión, a la vista claro es de su historia política y cultura jurídica respectivas. Aunque, con ser ello cierto, no lo es menos, me parece, la comprobación fundada de que las distintas experiencias singulares, más allá de su peripecia institucional propia y variable cronología, se han acomodado por lo común a pautas generales que permiten al observador un entendimiento cualitativo del proceso de referencia. En la medida en que, por descontado, la descripción que se lleve a cabo del camino histórico común es predicable también para cada historia particular, sin perjuicio de las correcciones de detalle y puntualizaciones de excepción que hubiese que hacer en cada caso.

Después de todo, el Derecho del Trabajo es una categoría de imposible aprehensión sin el cabal conocimiento de su pasado. Y ello en la medida en que, en la delimitación de su dominio, de sus tendencias, de su nombre incluso, conserva un aspecto original. Los modernos ordenamientos laborales de los países de capitalismo desarrollado ofrecen una realidad institucional que cuenta con poco más de ciento cincuenta años de historia y que, de modo sustancial y sin perjuicio de las profundas transformaciones experimentadas en su seno, se encuentra perfilada desde sus oríge-

nes. En las primeras leyes obreras de la segunda mitad del siglo XIX se percibe, ya con nitidez, el germen esencial de ese cuerpo unitario de normas y principios que con el tiempo habría de llegar a ser el Derecho del Trabajo.

2. Los factores históricos determinantes del tránsito institucional

El tránsito de una fase mercantil a otra industrial dentro del desarrollo capitalista, que imponía la generalización de un conflicto social nuevo entre antagonistas desconocidos hasta el momento, exigía de modo insoslayable la creación de un *nuevo* cuerpo normativo integrador que cumpliera la misión de imponer al conflicto industrial un cauce de circulación compatible con el mantenimiento y el desarrollo del modo de producción capitalista. Tal habría de ser, singularmente, la operación que acomete el Estado liberal con la promulgación de la «legislación obrera», primera manifestación histórica moderna de la intervención de los poderes públicos en las relaciones entre particulares.

Cuando los postulados del liberalismo político —doctrina del Estado policía, abstencionismo de los poderes públicos, *laissez faire*— gozaban de mayor fervor y predicamento, una vez asentados de la mano del triunfo histórico de la burguesía revolucionaria, la sociedad capitalista iba a conocer, a través de una paradoja histórica solo aparente, un fenómeno de signo contrario, cual es la intervención del Estado en las relaciones de producción. Es, desde luego, el capítulo de las «leyes obreras» o «de fábrica», que componen una disciplina protectora de las condiciones de vida y de trabajo del proletariado, limitadora por ello de la voluntad absoluta del empresario en la fijación de las condiciones de venta de la fuerza de trabajo, ya que frente a la libertad e igualdad de las partes de la relación laboral, formalmente proclamada por la ley civil, la realidad se encargaba de demostrar el predominio pleno de la voluntad del empresario como fuente única del contenido del contrato de trabajo.

Con arreglo a una cronología diversa, en función principalmente de su particular grado de desarrollo económico, los distintos países industrializados de Europa occidental y América iniciaban durante el siglo XIX la escalada del intervencionismo normativo en las relaciones entre el capital y el trabajo, dando lugar así a las primeras leyes obreras. El conflicto planteado entre las exigencias del capitalismo globalmente considerado, amenazado de modo cierto por la extremada miseria y explotación soportada por la clase trabajadora como consecuencia de la industrialización capitalista y de los postulados del liberalismo doctrinario, germen por ello de la conciencia revolucionaria de las primeras organizaciones obreras, y las del capitalista o empresario individual, que perseguía la obtención del máximo beneficio económico, dificultado este por la mejora de las condiciones de trabajo y consiguiente incremento de los costes de producción que la legislación obrera imponía, se había resuelto, como cabía esperar, en favor de los intereses globales del empresariado en su conjunto y de su organización económica y productiva. Cediendo a tiempo en lo menos —las condiciones de vida y de trabajo del proletariado— se podía atender así, de modo eficiente, a conservar lo más, el propio sistema de trabajo asalariado.

La legislación obrera respondía a primera vista, así pues, a una «solución defensiva» del Estado liberal para, a través de una normativa protectora de los trabajadores, proveer a la integración del conflicto social en términos compatibles con la viabilidad del sistema establecido, asegurando de este modo la dominación de las relaciones de producción capitalistas. No es por ello ninguna casualidad que las primeras leyes obreras versen precisamente sobre aquellos aspectos de la relación laboral en que se habían manifestado los resultados más visibles de la explotación de los trabajadores, abordando así la protección del trabajo de las mujeres y de los menores, la reducción de los tiempos de trabajo, el establecimiento de mínimos salariales o, en fin, la preocupación por las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo y la prevención de los riesgos profesionales.

No resulta extraño, de este modo, que un observador excepcional del conflicto entre el capital y el trabajo asalariado en Inglaterra, como lo fue Karl Marx desde las páginas de su libro *El capital, Crítica de la economía política*, publicado en 1867, pudiera considerar la legislación sobre el trabajo como un producto necesario de la gran industria, «tan necesario como la hebra de algodón, el *self-actor* y el telégrafo eléctrico». Se habían sentado las bases, a fin de cuentas, para la transformación efectiva, dentro del propio sistema institucional, de los postulados iniciales del Estado liberal: la separación entre política y economía, entre esfera privada y pública.

Por lo demás, el tránsito de la legislación sobre el trabajo hacia la consolidación de un verdadero Derecho obrero, como conjunto sistemático de normas y principios sobre un núcleo unitario de imputación, será el resultado a lo largo de los años sucesivos de la concurrencia de un buen número de factores.

Uno primero es, por lo pronto, el propio desarrollo cuantitativo y acelerado de la legislación obrera en los distintos ordenamientos nacionales, que van a asumir a lo largo de pocas décadas programas intensos de preparación y adopción de normas jurídicas. Las leyes obreras, que no harán sino multiplicarse de modo incesante en el tiempo, se extendieron así por el conjunto de la superficie de las relaciones de trabajo, de modo que la práctica totalidad de sus contenidos institucionales fueron objeto con el tiempo de una regulación singular, al propio tiempo que se iniciaba la secuencia histórica de la protección social de los trabajadores.

También, desde luego, en segundo término, el reforzamiento de la intervención orgánica de los Estados en las relaciones de trabajo, lo que Luis Enrique de la Villa llamó con acierto el «intervencionismo científico» en la cuestión social, con el establecimiento de estructuras administrativas dispuestas al efecto para el estudio del problema social y de la legislación comparada, el conocimiento estadístico de las condiciones de vida y trabajo del proletariado industrial, la preparación y documentación de los proyectos de normas laborales o, en fin, los primeros sistemas por incipientes que fueran de inspección de trabajo.

O, en tercero, como factor harto relevante, la construcción científica del conjunto institucional de la nueva disciplina jurídica, esto es, la elaboración doctrinal continuada que pone «bajo la lente de la observación técnica el nuevo tejido institucional»: las leyes obreras, los convenios colectivos, la huelga, la relación de trabajo, etc. De entre las nuevas categorías técnicas, la noción de «contrato de trabajo», así como su regulación jurídica separada del tipo contractual del arrendamiento de servicios, se convertirán por fuerza en el soporte científico del naciente ordenamiento jurídico.

3. La construcción jurídica del contrato de trabajo

La construcción jurídica del contrato de trabajo ha seguido históricamente, a fin de cuentas, hasta alcanzar la figura su plena efectividad social dentro del sistema económico que la ha visto nacer, una secuencia institucional jalonada por tres fases o etapas sucesivas, perfectamente diferenciadas en el tiempo, aunque lógicamente de datación diversa en función de los ordenamientos jurídicos de referencia.

Una primera es de «préstamo institucional». A la hora de buscar una cobertura jurídica necesaria para la articulación formal de las nuevas relaciones de trabajo asalariado definidoras del sistema de producción capitalista industrial, resultaba imprescindible el recurso al contrato de arrendamiento de servicios que, procedente de la vieja *locatio conductio operarum* romana, es recogido sin excepción en los códigos civiles del XIX, siguiendo la pionera y fecunda experiencia del *code français* de 1804. Se trataba, a fin de cuentas, de una operación forzada y de urgencia ante el vacío institucional existente.

Un segundo momento, de «hallazgo de una nueva tipicidad contractual», se produce cuando se abre camino la elaboración teórica que habría de conducir al alumbramiento de la categoría dogmática del «contrato de trabajo», con la consiguiente ruptura por parte del naciente negocio jurídico con los anclajes institucionales del arrendamiento. Se está, así pues, en el período de emergencia histórica del Derecho obrero que se había venido formando sobre todo en la segunda mitad del siglo XIX y que experimentará a principios del siguiente un extraordinario proceso de expansión normativa. La teorización y consiguiente nacimiento del «contrato de trabajo», como instrumento propio y diferenciado que se ofrece para la articulación jurídica de las relaciones de trabajo asalariado y por ende de las relaciones de producción del sistema económico capitalista, es sin duda un acontecimiento crucial en la historia científica del Derecho del Trabajo.

Y, en fin, el tercer momento o fase de esta sucesión institucional, de «regulación jurídica del contrato de trabajo», tendrá lugar cuando el Estado se ocupe de elaborar una disciplina legislativa propia para el nuevo negocio jurídico que habrá de formar parte del sistema jurídico general. Lo que, por cierto, tardará en suceder en todos los ordenamientos y no será sin la superación de inconvenientes políticos y jurídicos de envergadura.

Pero, junto a lo dicho, deben ser tenidos en cuenta de modo principal dos procesos culturales coetáneos —arrancaban ambos en la segunda década del siglo XX— y de excepcional relevancia para lo que aquí interesa, que merecen naturalmente una consideración especial en estas páginas: la constitucionalización de los derechos derivados del trabajo y la consolidación de la internacionalización de la legislación laboral.

4. La constitucionalización de los derechos derivados de las relaciones de trabajo

Las constituciones promulgadas a lo largo del siglo XIX proclamaron tan solo, en tanto que producto del liberalismo político de primera hora, los derechos del hombre como individuo, los derechos individuales del ciudadano —la «déclaration des droits de l'homme et du citoyen» de la Asamblea Nacional francesa en 1789 como precedente político revolucionario— frente al poder del Estado y sus organizaciones, la libertad individual, la propiedad privada, la libertad de industria, de comercio, de trabajo, etc. Lo que no significa, por cierto, que determinados aspectos de carácter social estuvieran ausentes por completo de las declaraciones de derechos de algunos textos constitucionales del momento, la constitución francesa de 1848, por ejemplo.

El proceso de constitucionalización de los derechos sociales de la persona, esto es, del acceso de estas situaciones jurídicas a la norma constitucional, dentro de los que se encuentran de modo principal los derivados de las relaciones de trabajo, se producía por su parte dentro del primer cuarto del siglo XX, de la mano de la afirmación del Estado social de derecho. Así, por vez primera, la constitución mexicana de Querétaro (1917) contenía no solo principios generales sino normas jurídicas sobre salario, jornada, libertad de sindicación o derecho de huelga. Aunque será la constitución alemana de la República de Weimar (1919) la que proporcione el modelo o paradigma constitucional para los textos europeos y americanos de la posguerra mundial.

La República de Weimar (1918-1933) es, como se sabe, el período político de la historia contemporánea de la Alemania de entreguerras comprendido entre 1918, en que el imperio surgido de la unificación de 1871 y la monarquía se desmoronan tras su derrota en la Gran Guerra, y 1933, en que Adolf Hitler es nombrado canciller del Reich por el presidente Hindenburg, lo que habrá de conducir meses después al final de la legalidad republicana. La República y su sistema parlamentario se edificaban ciertamente sobre la constitución aprobada en la ciudad de Weimar (Turingia), el 31 de julio de 1919, lo que fijaba la denominación histórica del régimen político. La República tuvo que convivir a lo largo de sus casi quince años de existencia con una grave inestabilidad económica por las consecuencias económicas de la guerra, la derrota y la crisis, en medio de una agitación social desbordada.

Weimar brilló desde luego por su constitución. También lo hizo por la pléyade de los juristas del trabajo —Hugo Sinzheimer, Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Otto Kahn-Freund, Karl Korsch— que alimentaron con sabiduría los presupuestos teóricos del constitucionalismo social recibido por aquella y removieron la mirada tradicional que había merecido hasta entonces la regulación del trabajo asalariado. Y asimismo por el florecimiento extendido de la ciencia, la arquitectura y el urbanismo, la filosofía, la literatura, la música, la pintura y, en fin, el cine. Una concentración brillante de fuerza y talento en tan corto tiempo que convivió pudiera parecer paradójico, con una inestabilidad política y económica insostenibles, la amenaza revolucionaria de la izquierda y, para cerrar el círculo, el ascenso del nazismo que acabaría por arrasarlo todo. Un período histórico apasionante, un crisol del pensamiento y de la acción política, de la cultura y de la ciencia, un laboratorio de ensayo y experimentación para el constitucionalismo social, los movimientos políticos y la crisis de la democracia parlamentaria.

La constitución de Weimar sancionaba en su primera parte orgánica, relativa a la organización y competencias del Estado, una democracia política avanzada y participativa, frente al modelo del constitucionalismo liberal precedente, que se apoyaba en una estructura federal del país, la proporcionalidad electoral pura y el voto de la mujer, así como en la institución del referéndum. Pero contendrá su segunda, dogmática o declarativa de derechos, sobre los derechos y deberes fundamentales de los alemanes, el fundamento histórico pleno del constitucionalismo social, y del Estado social de derecho a la postre, mediante el acceso de los derechos individua-

les y colectivos derivados de las relaciones económicas y sociales, de las relaciones de trabajo asalariado de modo singular, por vez primera de modo ordenado y sistemático, a una constitución como norma básica del Estado.

El constitucionalismo social de Weimar se construía, después de todo, sobre una doble noción perfectamente trabada entre sí.

Por lo pronto, se abría camino dentro de la historia del constitucionalismo una aportación de política legislativa trascendental y fecunda: la regulación constitucional de la actividad económica con un propósito unitario. Lo que habría de ser conocido como «constitución económica», entendida como una «constitución dentro de la constitución» —el conjunto de las normas constitucionales relativas a la economía y la empresa— y como límite al ejercicio de las libertades económicas de los individuos: las libertades de comercio y de industria, la libertad de contratación, el derecho de propiedad y de herencia, la distribución y utilización del suelo y la propiedad de los inmuebles, etc. Se establecía así de modo tajante, como norma constitucional específica, a la par que, como principio informador del conjunto del articulado, que la «organización de la vida económica» debía responder a «los principios fundamentales de justicia con el fin de asegurar para todos una existencia digna del hombre». Lo que podía llevar, en caso de necesidad urgente, a la aceptación de los «principios colectivistas» o de «economía social» y la regulación conforme a los mismos de «la producción, la creación, la distribución, el empleo y la formación de los precios, así como la exportación e importación de mercaderías».

En segundo lugar, la formulación normativa de que el «trabajo» se sitúa constitucionalmente bajo la «especial protección» del Estado, que recibe así de modo directo el mandato expreso para la creación de un «derecho uniforme del trabajo», se erigía a la postre de modo novedoso en el fundamento jurídico positivo al más alto nivel del carácter tutelar o compensador del ordenamiento laboral a favor de los intereses del trabajo asalariado. El Estado se comprometía, además, bajo los postulados del internacionalismo proletario, a «procurar una reglamentación internacional de las condiciones legales de los trabajadores» para la consecución de derechos sociales mínimos «para toda la clase trabajadora de la humanidad».

Lo que se traducía, por añadidura, en la declaración generosa de un cuadro o catálogo amplio de derechos constitucionales laborales: la libertad de asociación «para la defensa y mejora de las condiciones de trabajo y económicas»; la autonomía colectiva de trabajadores y empresarios para «la reglamentación de las condiciones del salario y del trabajo»; la participación de los trabajadores en «el conjunto del desarrollo de las fuerzas de la producción»; la representación legal de los trabajadores, «para la observación de sus intereses económicos y sociales», a través de la constitución de consejos obreros de empresa y de distrito, además de un consejo obrero del Reich; el derecho al salario y al «tiempo libre necesario» en la relación de trabajo; el establecimiento, en fin, de un «comprensivo sistema de seguro bajo la decisiva cooperación de los asegurados» para la conservación de la salud y la capacidad de trabajo, la protección de la maternidad y la previsión contra las consecuencias económicas de la vejez, de la debilidad y de las vicisitudes de la vida.

En la actualidad, la constitucionalización de los derechos sociales y económicos, los laborales entre ellos, es una realidad presente y generalizada, con mayor o menor amplitud, en el constitucionalismo contemporáneo, a lo que han contribuido, desde luego, una vez superados los regímenes totalitarios europeos y sus proclamaciones sociales, la aprobación de importantes textos supranacionales —la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de Naciones Unidas de 1948, el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre de 1950, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 1966 o, en fin, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000—, así como el coetáneo proceso de internacionalización de la legislación sobre el trabajo llevado a cabo por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que será referido a continuación.

De esta manera, el Derecho del Trabajo recibía un impulso extraordinario de la mano de su recepción constitucional. El poder constituyente del Estado social se comprometía así de modo directo con la naturaleza compensadora de la regulación del trabajo asalariado, al tiempo que asumía como derechos fundamentales un conjunto amplio y selectivo de los laborales. La madurez del Derecho de Trabajo disponía ya, así pues, de carta o certificación constitucional.

5. La internacionalización de la legislación laboral

La legislación laboral, limitada en su nacimiento y primer desarrollo a las fronteras del Estado nacional, daba sin embargo un paso sustancial hacia su madurez institucional con el alumbramiento de las primeras normas internacionales sobre la materia. Y, aun cuando el movimiento en favor de una reglamentación internacional del trabajo se abría camino con esfuerzo en la frontera de ambos siglos en los países industrializados —la Conferencia de Berlín de 1890 y la constitución de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores en 1901, como hechos relevantes, lo cierto es que no alcanzaba un resultado tangible hasta la creación en 1919 de la Organización Internacional del Trabajo, una vez concluida la Gran Guerra y en plena negociación de las condiciones para la paz.

En el sustrato de este proceso yacía desde luego la propia extensión internacional de los presupuestos socioeconómicos del trabajo asalariado, cuyo núcleo de intereses no quedaba limitado en consecuencia a condiciones de lugar y territorio. Y, de ahí, por consiguiente, la idea de la insuficiencia de la legislación laboral de cada país para enfrentar en sus justos términos la protección universal de los trabajadores. No en balde por ello el movimiento obrero asumía desde el primer momento de su cohesión organizativa la tesis del «internacionalismo proletario», por considerar que —conforme al preámbulo de los estatutos de la Internacional, Congreso de Ginebra, 1866— «la emancipación de los trabajadores no es un problema únicamente local o nacional, sino que, al contrario, este problema interesa a todas las naciones civilizadas».

A fin de cuentas, estas consideraciones acerca de la protección internacional de los trabajadores aparecían con fuerza —a raíz de las propuestas de la AFL norteamericana y la CGT francesa ligadas a la finalización del conflicto bélico— en la Conferencia de París, durante la que tenía lugar a lo largo de seis meses la ardua negociación del Tratado de Paz de Versalles, que era finalmente suscrito el 28 de junio de 1919 en la Galería de los Espejos del Palacio.

Y así, la parte XIII del Tratado —bajo la rúbrica general de «trabajo», integrada por un preámbulo y 40 artículos, 387 a 427— decidía finalmente la fundación de una «organización permanente encargada de trabajar por la realización del programa expuesto en el preámbulo». Había nacido, así pues, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por considerar las Altas Partes Contratantes de modo singular —«movidas por sentimientos de justicia y humanidad, así como por el deseo de asegurar una paz mundial duradera»—, entre otras motivaciones, que «la no adopción por una nación cualquiera de un régimen de trabajo realmente humano pone en obstáculo los esfuerzos de las demás naciones deseosas de mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países».

La OIT nació, así pues, como organismo internacional integrado en la estructura de la entonces existente Sociedad de Naciones, cuya primera sesión de su Conferencia era ya comprometida desde las páginas del Tratado para el propio 1919 en Washington, con el ruego al Gobierno de los Estados Unidos de América de la realización de su convocatoria. Pasaría después a estar vinculada a la Organización de las Naciones Unidas por acuerdo celebrado entre ambas partes.

La composición y estructura orgánica de la OIT —la Conferencia General de los representantes de los Estados miembros o asamblea deliberante, el Consejo de Administración como máximo órgano ejecutivo que nombra al director general y la Oficina Internacional del Trabajo con sede en Ginebra (Suiza), como órganos permanentes de la Organización— se edificaron de acuerdo con un singular principio de base que albergaba una verdadera peculiaridad institucional en el concierto de los organismos internacionales, no exenta por lo demás de polémica desde el primer momento: el llamado «tripartismo» o criterio orgánico de la «representación tripartita» de cada Estado dentro de la Organización, que se integraba de este modo por representantes del propio Gobierno, de los empleadores y de los trabajadores nacionales. Se quiso así en 1919 plasmar el reconocimiento de los esfuerzos realizados por el movimiento obrero y sindical en favor de una legislación internacional del trabajo, sin que naturalmente debieran quedar excluidos los empresarios y sus organizaciones, sujetos a importantes responsabilidades de orden social. La Conferencia adoptaba en 1976 dos importantes instrumentos para el impulso y reforzamiento de estos principios de representación: el Convenio 144 y la Recomendación 152, ambos sobre consulta tripartita.

A fin de cuentas, la OIT acaba de cumplir en 2019 nada menos que cien años de vida institucional ininterrumpida y ha pasado de 48 Estados miembros en 1919 a un total de 187 en el presente.

6. La Organización Internacional del Trabajo y la influencia de su ordenamiento en la construcción normativa del Derecho del Trabajo

La OIT ha llevado a cabo una función legislativa de extraordinaria relevancia, si se toma el juicio en relación con el conjunto del ordenamiento jurídico adoptado por su Conferencia General a lo largo de un siglo de vida, que se ha sustanciado en la elaboración y aprobación de un cuerpo numeroso de convenios y recomendaciones internacionales de trabajo. En cumplimiento, claro es, del programa expuesto en el preámbulo de su Constitución de 1919 —la Parte XIII del Tratado de Paz de Versalles, en origen, enmendada con posterioridad en seis ocasiones— y en la Declaración de Filadelfia —*Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo*, adoptada en 1944—, cuyo texto figura como anexo de aquella.

La OIT ha asumido, así también, instrumentos complementarios de especial significación institucional, que se han propuesto la acomodación teórica de su quehacer ordinario a los escenarios económicos y sociales sobrevenidos en el tiempo. Tales son, desde luego, la *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento* (1998), cuyo anexo sobre el seguimiento de la declaración era revisado en 2010; la *Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa* (2008), que daba acogida institucional a la propia propuesta de «trabajo decente» (1999) como eje de las políticas de la Organización para el logro de sus objetivos constitucionales; y, en fin, la *Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo* (2019).

La producción normativa de la Organización ha sido acompañada por una función de cooperación y asistencia técnica permanentes y de importancia creciente, a través de programas de asesoramiento normativo a Estados miembros en materia de empleo, condiciones de trabajo y relaciones laborales, de la organización de encuentros internacionales de expertos y administradores sobre estas materias y de, en fin, la elaboración y difusión de estudios e informes sobre las mismas, así como de publicación especializada en materia laboral.

Los «convenios internacionales de trabajo» son, como se sabe, tratados de carácter multilateral aprobados por la Conferencia General de la Organización en materias propias de su competencia. Una vez ratificados por el Estado miembro, conforme a las reglas nacionales en vigor para la ratificación de los tratados, los convenios y sus obligaciones internacionales se incorporan al Derecho interno. Si, en cambio, el convenio no fuera ratificado, el Estado —asume la obligación de someterlo a ratificación en el plazo de un año— contrae la obligación de informar de modo periódico al director general de la Organización de «las dificultades que retrasan o impiden la ratificación del convenio».

Las «recomendaciones» son, por su parte, acuerdos de la Conferencia General de la Organización expresivos de propuestas u orientaciones dirigidas a los Estados miembros, aunque desprovistas del carácter de fuente de obligaciones internacionales. No se ofrecen a los Estados para su ratificación, aunque sí para su examen y eventual asunción por la legislación interna. Además, cada Estado deberá informar a la Organización sobre la situación del ordenamiento nacional en la materia objeto de las recomendaciones. Estas no dejan de ser, al propio tiempo, criterios para la interpretación o aclaración de los convenios internacionales, ofreciéndose en este sentido como instrumentos complementarios de los mismos.

No es posible, me parece, ofrecer una respuesta general al asunto de la influencia del ordenamiento jurídico de la OIT en la construcción normativa del Derecho del Trabajo, como si el conjunto de los Derechos nacionales hubiera bebido por igual y del mismo modo de la fuente normativa de la OIT y el peso institucional de la Organización se hubiese proyectado con idéntica intensidad por todas partes. Lo que resulta evidente que no ha sido así, a la vista de las distintas experiencias nacionales en la materia, de los rasgos políticos y culturales de cada una, así como de la singular trayectoria y periodificación histórica que cada cual haya experimentado en la conformación de su propio orden jurídico.

La valoración de la influencia efectiva de la serie legislativa de la OIT en la construcción normativa del Derecho del Trabajo exige, en consecuencia, un tratamiento referido a cada sistema jurídico nacional y los rasgos de cada historia jurídica singular, lo que desde luego excede con creces del propósito de las presentes páginas. Habría que pasar revista en tal caso, así pues, a la evolución legislativa y pormenores del ordenamiento laboral de cada Estado, o al menos de buena parte de ellos, los más relevantes a este propósito, al tiempo que atender de modo específico al proceso

cronológico y las condiciones de ratificación de cada convenio internacional de la OIT por parte de cada uno de ellos, si es que lo llegó a hacer, con atención a los que no lo fueron y las razones en su caso de cada rechazo.

Sí es posible observar, con todo, que el ordenamiento de la OIT ha ejercido una influencia irregular sobre el primer desarrollo normativo de los Derechos laborales nacionales.

Desde luego, los Estados con mayor desarrollo económico e industrial y una historia rica de movimiento obrero y sindical a lo largo del siglo XIX y primeras décadas del XX, amén de una percepción extendida y vigorosa de la «cuestión social» y las reivindicaciones políticas aparejadas, contaban ya en 1919, cuando se iniciaba la acción legislativa de la OIT, con ordenamientos laborales asentados desde el punto de vista normativo, institucional y técnico, sin perjuicio naturalmente de su ulterior y progresivo desarrollo y perfeccionamiento institucional. Por lo que los convenios internacionales, a medida que se iban aprobando por la Conferencia General de la Organización y eran objeto de incorporación paulatina al Derecho interno correspondiente tras su ratificación, sirvieron en estos casos, todo lo más y en términos generales, para el complemento de soluciones legislativas ya adoptadas, a las que se otorgaba de este modo un argumento añadido de legitimación internacional. Estas pautas se mantendrían en el tiempo, por lo que a la influencia general de la OIT se refiere. Mucho menor en términos comparativos y más allá de la autoridad moral de la Organización, siempre reconocida.

En los demás casos, en cambio, la producción legislativa de la OIT sí habría de producir de modo directo la introducción absoluta de la «regulación laboral» en los ordenamientos nacionales. El papel de la Organización en estos Estados de industrialización retardada o insuficiente ha sido principal en la edificación y mantenimiento de los sistemas laborales respectivos. Basta atender a cómo se percibe la OIT, su acción normativa y de cooperación técnica, en unos y otros países, en Europa o fuera de ella, por ejemplo.

Sea como fuere, en fin, lo cierto es que en términos generales el Derecho del Trabajo adquiere plenitud normativa e institucional como disciplina jurídica diferenciada dentro del ordenamiento jurídico de los Estados nacionales durante las primeras décadas del siglo XX, tras la superación de los procesos históricos que han sido referidos y destinada al cumplimiento de una función singular dentro del sistema económico y social.

RETROACTIVIDAD PENAL ULTRAFAVORABLE; CON COSTE PARA LA POLÍTICA DE GÉNERO. A PROPÓSITO DE LA LO 10/2022

Andrés Palomo del Arco

Magistrado del Tribunal Supremo, Sala Segunda

Sirvan estas líneas de agradecimiento por permitirme expresar mi admiración académica y personal a la catedrática Ángela Figueruelo. Lo afirmo, con absoluta abstracción del afecto que en casa profesamos a ella y a su familia. La labor de Ángela no fue sólo doctrinal, como atestigua su paso por la Junta Electoral Provincial de Salamanca y por la Junta Electoral Central. En esta última, ella nombrada a propuesta de los grupos parlamentarios del Congreso y yo por sorteo; no coincidimos en la legislatura correspondiente, pero doy fe, del buen recuerdo que su tarea dejó en esta institución electoral. El primer recuerdo que tengo de su amplia obra científica, es su monografía de referencia, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, en la prestigiada colección de Temas Clave de la Constitución española, cuando aún, jurisprudencia y doctrina trataban de dotar pleno contenido a ese poliforme derecho constitucional de novedosa designación; y todavía en época predigital, un sencillo artículo divulgativo de esa obra que publicó en la Revista del Poder Judicial, nos permitió descubrir y sobre todo comprender, a no pocos jueces, entre otras, una cuestión tan esencial como que ese derecho también garantizaba el sistema constitucional de fuentes, por medio de una vía que, en principio, no estaba pensada a este fin.

Mi aportación a este libro homenaje, no trata de la tardanza o resistencia a la consideración normativa de la Constitución, feliz y pacíficamente asumida, sino de otra resistencia, en la sucesión de leyes penales en el tiempo, relacionada con otra de las actividades recurrentes de nuestra catedrática, la igualdad de género y el camino de su logro material. Advertía el profesor Enzo Musco que la sucesión de las leyes penales en el tiempo había devenido en tema estrella, en actor protagonista de la vida jurídica e incluso de la reflexión científica; y glosaba la confusión que generaba en la doctrina y jurisprudencia italiana. Sospechaba el catedrático de Catania y Roma, que, en las causas de ese estado de confusión, resultaba implicada la tensión actual en las relaciones dentro del Estado de Derecho, entre el poder legislativo y el poder judicial, que se manifestaba cada vez con mayor intensidad.

Pero esa tensión siempre se concretaba en la resistencia del poder judicial a aplicar determinadas innovaciones legislativas; lo que resulta inédito, es un episodio de esa tensionada relación en sentido inverso, al hacer más pronunciada una reforma legislativa parcialmente fallida respecto de la intencionalidad de sus promotores, como ocurrió con la publicación de la LO 10/2022, *de garantía integral de la libertad sexual*, ciertamente propiciada o al menos grandemente facilitada por entender suficiente su ajuste a criterios ideológicos generalmente compartidos, pero con correlativo olvido de criterios técnicos legislativos; con una configuración de conductas típicas de horquillas punitivas muy amplias y penas suelo notablemente inferiores a las previamente existentes, en relación con conductas típicas que ahora abarcarían junto a los anteriores abusos sexuales, también las agresiones sexuales; y no sólo por su incidencia en el enjuiciamiento de las comisiones delictivas tras su vigencia, sino muy especialmente en los procesos de revisión de condenas anteriores.

Procesos de revisión, sin disposiciones transitorias específicas, donde la solución jurisprudencial adoptada, ante esa omisión, aun ajustada a motivados criterios técnicos, no posibilita la ponderación de los valores a que la reforma legislativa obedece, especialmente, en cuestión de género.

1. Retroactividad penal favorable de las leyes sancionadoras

A diferencia de la irretroactividad de las normas penales desfavorables, el principio de la retroactividad penal favorable, no aparece plasmado en los textos normativos internacionales hasta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, con un breve pero claro reconocimiento (art. 15.1: *si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*); luego se recogería en el art. 24.2 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 (*de modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena*); y también en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010 (art. 49.1: *si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta*) y también lo plasmaba el art 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (*si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*).

En nuestra Constitución no se expresa este derecho; pero se hace presente por su fuerte impronta y relación con los derechos de irretroactividad de las normas penales y sancionadoras, con el principio de legalidad penal, y en su caso, cuando el delito ponderado establece pena de prisión, con el de libertad. En la tramitación legislativa de la CE, la enmienda número 595 presentada en el Congreso de Diputados, que pretendía junto a la irretroactividad desfavorable, el reconocimiento de que las leyes tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo, no logró su aprobación, por lo que la Constitución no contiene un reconocimiento expreso de la retroactividad favorable de las leyes sancionadoras, al igual que sucede en el derecho comparado de los países de nuestro entorno, con la excepción del art. 29.4 de la Constitución portuguesa de 1976 (*nadie podrá sufrir pena o medida de seguridad privativa de libertad más grave de la que está prevista en el momento de la conducta que la motive, aplicándose retroactivamente las leyes penales de contenido más favorable al imputado*). Su generalización constitucional en el ámbito europeo llegaría con los textos promulgados a partir de los noventa¹.

Esa opacidad o silencio de nuestra Constitución, es clarificado por la jurisprudencia constitucional (STC 116/2007, de 21 de mayo, ECLI:ES:TC:2007:116) cuando afirma que: «si bien puede considerarse incluido, a sensu contrario, en el art. 9.3 CE, queda fuera de los márgenes de la jurisdicción de amparo, al no resultar una garantía reconocida como derecho en los arts. 14 a 29 CE y, específicamente, en el art. 25.1 CE (por todas, STC 85/2006, de 27 de marzo, FJ 4, ECLI:ES:TC:2006:85)»; no obstante, en determinadas ocasiones aflora al entenderse que, no aplicar la norma más favorable suponía una vulneración de la tutela judicial efectiva, contenida en el artículo 24.1 de la Constitución, por incurrir en error manifiesto en la aplicación del derecho (STC 203/1994, de 11 de julio, ECLI:ES:TC:1994:203 y STC 99/2000, de 10 de abril, ECLI:ES:TC:2000:99) y, también concedió amparo en la STC 232/1997, de 16 de diciembre, ECLI:ES:TC:1997:232, al entender que no aplicar la norma más favorable infringía el principio de legalidad establecido en el art. 25.1 CE.

En la legislación ordinaria, la previsión es expresa, se encuentra reconocido, como saben, en el art. 2.2 del actual Código Penal: *tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena*. Retroactividad favorable, incluso si *hubiera recaído sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo la condena*, que es expresión y norma que se reproduce sin excepción en nuestros textos codificados desde 1870.

Código actual de 1995, que comprende y resulta conformado por doce Disposiciones Transitorias (DDTT) que regulan la sucesión de leyes en el tiempo. A su vez, las leyes que reforman el

1 Un listado detallado de las constituciones de Europa y América, puede verse en MINGUEZ ROSIQUE, M., «Retroactividad favorable... *ma non troppo?*», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 28, 2024 (dedicado a: Derecho y retroactividad) coordinada por Gemma Minero Alejandre y Leopoldo Puente Rodríguez), págs.8-11.

CP suelen venir acompañadas de normas transitorias específicas, que concretan el alcance de la retroactividad favorable reconocida en el art. 2; pero cuando no es así, como acaeció con la LO 10/2022, *de garantía integral de la libertad sexual* que modifica la normativa típica en estos delitos, surge el problema de la vigencia de las incorporadas en la redacción inicial del CP; o más propiamente de su eficacia sobre reformas ulteriores.

El criterio mayoritario en la actualidad (no era así hace unos pocos años, en que se aplicaban, inclusive para colmar lagunas en la pena aplicable, pese a su potencial colisión con el principio de legalidad de las penas²) es que las DDTT recogidas en el CP, sólo resultan de aplicación a delitos cometidos con anterioridad a su entrada de vigencia. La principal consecuencia, si la reforma no incluye DDTT específicas, es el abandono de la denominada consideración taxativa, criterio establecido en la DT 5.ª, que conlleva la negativa a revisar la sentencia si la pena impuesta resulta también abarcada por la horquilla punitiva dosimétrica resultante con la nueva norma, antes de la individualización judicial; criterio que en todo caso, no integra innovación del CP 1995, sino que ya con anterioridad, además de establecerse en el CP 1932 y de 1944, se recogió en reformas del anterior Código Penal en la Ley 3/1967, de 8 de abril, en la Ley 23/1976, de 19 de julio, en la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio; y también en la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del ya derogado Código Penal Militar.

Si bien, en la actualidad, la vigencia de las DDTT contempladas en el CP95, es cuestión carente de eficacia, sin embargo, sucede, como *ad infra* se verá, su sombra, pese a la protesta de su inaplicabilidad en el caso de la reforma de la LO 10/2022, conocida popularmente como «sí es solo sí», el contenido de las DDTT ha preconfigurado y ultrapremiado la solución jurisprudencialmente otorgada; tributaria de la negación de una nueva individualización judicial en el momento de revisar la procedencia de la eficacia favorable.

La retroactividad favorable del art. 2.2 en cualquier caso, precisa ser interpretada, pues no prevé, por ejemplo, las situaciones de revisión de cuantías en los tipos contra el patrimonio o contra Hacienda pública, ni la consecuencia de la modificación de un elemento normativo o de la norma extrapenal que conforma el tipo en las denominadas leyes en blanco; supuestos donde la jurisprudencia lo conforma, sin mostrar especial prevención, denegando generalmente su aplicación.

Tampoco habla de que la determinación de la norma más favorable se realice siempre a partir de la comparación completa del conjunto normativo que integra el Código Penal en cada caso y no de un de un modo concentrado, parcial, aislado y fragmentario, circunscribiendo el cotejo a sólo determinados y específicos preceptos, como sí lo hace la DT 2.ª; y nada dice el art. 2 sobre la consecuencia de que además de la concreta norma donde se prevé la conducta típica reformada, también resulte imponible, en su caso, otras consecuencias punitivas previstas en diferentes normas de la nueva ley (con lo que de retroactividad desfavorable conlleva ese apartado y si ello es posible, siempre que el saldo punitivo se entienda favorable al reo). Criterio de la unidad de ley

2 Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, celebrado el 29 de noviembre de 2005, consecuencia de la supresión en la LO 15/2003 de la pena de arresto de fin de semana, medida de conversión para determinadas penas previstas en el CP TR73, aún vigentes en la LOREG para determinados delitos electorales, norma que no fue modificada en este extremo, estableciéndose que también la DT 11.ª se aplicaría a las leyes penales especiales, a pesar de que la LO 15/2003, no contenía disposición transitoria al efecto. Solución aplicada a la STS 1626/2005 de 20 de enero de 2006, ECLI:ES:TS:2006:941; STS 396/2006, de 13 de marzo, ECLI:ES:TS:2006:2468; STS 320/2006 de 22 de marzo ECLI:ES:TS:2006:1962; STS 340/2006 de 22 de marzo, ECLI:ES:TS:2006:1827; STS 563/2006, de 28 de abril, ECLI:ES:TS:2006:3175; STS 484/2006 de 3 de mayo, ECLI:ES:TS:2006:2840; STS 583/2006, de 29 de mayo, ECLI:ES:TS:2006:3365; STS 599/2006, de 1 de junio, ECLI:ES:TS:2006:3527; STS 628/2006 de 8 de junio, ECLI:ES:TS:2006:3508; STS 658/2006, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2006:3839; STS 684/2006, de 15 de junio, ECLI:ES:TS:2006:3825; STS 870/2006, de 18 de septiembre, ECLI:ES:TS:2006:5471; STS 885/2006, de 22 de septiembre, ECLI:ES:TS:2006:5629; STS 996/2006, de 17 de octubre, ECLI:ES:TS:2006:6199; STS 1040/2006, de 25 de octubre, ECLI:ES:TS:2006:6833; STS 1073/2006 de 31 de octubre, ECLI:ES:TS:2006:6796; STS 1132/2006 de 15 de noviembre, ECLI:ES:TS:2006:6973; STS 1144/2006 de 22 de diciembre, ECLI:ES:TS:2006:7635; STS 1188/2006 de 24 de noviembre, ECLI:ES:TS:2006:7821; STS 1300/2006, de 11 de diciembre, ECLI:ES:TS:2006:8467; STS 13/2007, de 22 de enero, ECLI:ES:TS:2007:103; STS 235/2007, de 15 de marzo, ECLI:ES:TS:2007:8860; STS 609/2007, de 10 de julio, ECLI:ES:TS:2007:4937; STS 939/2007, de 8 de noviembre, ECLI:ES:TS:2007:7477; STS 703/2009, de 25 de junio, ECLI:ES:TS:2009:4643; STS 1003/2010, de 18 de noviembre, ECLI:ES:TS:2010:6656; y 120/2021, de 11 de febrero, ECLI:ES:TS:2021:353.

aplicable, entre nosotros asumido, y ya había establecido con anterioridad al actual Código penal por la STC 131/1986 de 29 de octubre, ECLI:ES:TC:1986:131.

Tampoco da solución el art. 2.2 a los cambios jurisprudenciales *in mitius*, sin cambio normativo, donde la jurisprudencia, frente a un sector de la doctrina, también de manera constante deniega su operatividad. A su vez, la práctica habitual de Juzgados y Tribunales, aunque el art. 2.2 CP incluya la aplicación de la retroactividad favorable, cuando mediare sentencia firme y el sujeto estuviere «cumpliendo condena», se entienda de conformidad con las DDTT 5.ª y 6.ª, que se refiere a cumplimiento «efectivo»; y se espere al resultado de la suspensión de la ejecución de la pena o de la libertad condicional. Así como que, las normas procesales que se siguen aplicando, son la 4.ª y la 9.ª, publicadas con el Código, aunque la norma reformadora, nada diga.

Pero como adelantamos, donde mayor incidencia tienen las DDTT del CP, que se afirma no aplicar, es en la concreción punitiva resultante al revisar la sentencia firme consecuencia de la favorabilidad de la nueva norma, donde se huye del criterio de la taxatividad (resultado antes de la individualización judicial), para determinar la disposición más favorable, pero al tiempo se procede a una tarea individualizadora, con la proyección o traslación de los criterios utilizados en la ejecución, cuyos postulados se entienden tutelados por la cosa juzgada, especialmente si la pena que se impuso fue la mínima, sobre la horquilla resultante en la nueva norma. En la práctica, conlleva pasar del mínimo anterior al mínimo actual, aunque los tipos penales contemplen conductas típicas no coincidentes en su amplitud.

La magnitud de las consecuencias de ese criterio en la aplicación transitoria de LO 10/2022, es una prima minorativa punitiva, a pesar de la contundencia que muestra en su preámbulo, en el momento de tipificar las nuevas conductas de «agresión sexual». Ello deriva de integrar en el término de agresión, también, lo que eran antes únicamente «abusos sexuales»; y como consecuencia, los marcos punitivos resultan con frecuencia más livianamente conminados, tanto en el umbral mínimo, como el máximo; y además en alguno de los tipos, con tramos punitivos muy extensos, como en el caso del nuevo art. 179 (agresión sexual con acceso carnal): prisión de cuatro a doce años; o del art. 180 (supuestos agravados): de siete a quince años; así como por adición de tipos atenuados, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable (art. 178.3 y 181.2).

El criterio taxativo tenía la ventaja de resolver la sucesión temporal de las normas, sin necesidad de ponderación individualizadora alguna, congruente con la seguridad de la cosa juzgada, pero por contra tenía el inconveniente insalvable de otorgar con frecuencia (especialmente en el caso de establecerse nuevos tipos atenuados o alternativos, y también cuando las horquillas punitivas tuviesen considerable amplitud) un resultado falto de proporcionalidad, de modo que la idea de justicia que trataba de atender la retroactividad favorable, no resultase colmada, pese a que la pena impuesta también resultara imponible con la reforma. Ello, aún en el entendimiento de que la retroactividad ideal no existe, entre otros motivos, por la imposibilidad humana de establecer cuál es el castigo proporcionado a cada agresión a un bien jurídico y siempre partimos de criterios aproximativos.

En esos supuestos discordantes, en aras de hacer efectiva la retroactividad favorable, la jurisprudencia de la Sala Segunda, desde hace una década posibilitaba, a través del principio de proporcionalidad, una interpretación menos literal y formalista de la expresada en la DT 5.ª; y si por cualquier razón la concreción punitiva resultase desajustada, desproporcionada, de acuerdo con la nueva legalidad, operaba entonces una nueva individualización de la pena (STS 633/2012, de 19 de julio, ECLI:ES:TS:2012:5356). De manera que el pretendido axioma de que en revisión se excluye la individualización judicial, dejaba de operar en su forma más rígida; y posibilita que la pena imponible resultante de tal operación de revisión no fuera valorada absolutamente en abstracto, sino en concreto (STS 290/2013, de 16 de abril, ECLI:ES:TS:2013:1622; STS 884/2011, de 22 de julio, ECLI:ES:TS:2011:5363); y por tanto, necesariamente operaba una nueva revalorización de la gravedad de la pena en relación con la nueva norma integrada en el Código penal, desde consideraciones actuales.

Tarea, donde (como expresa la Lascurain³, en comentario a los arts. 6 y 7 del Código Penal peruano, equivalentes a nuestro art. 2), la conducta y su contexto son de ayer, pero la valoración, los criterios axiológicos y los conocimientos que la sustentan son de hoy; debiendo atender a en qué

3 LASCURAIN, J. A., «Retroactividad e irretroactividad de la ley penal: comentario a los artículos 6 y 7 del Código Penal peruano», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 31, 2017, pág. 373.

medida muestra un cambio valorativo relevante en la perspectiva penal de un mismo tipo de conducta; y por tanto, la intangibilidad de la individualización realizada en el momento de la sentencia firme, difícilmente puede sostenerse, cuando precisamente hemos prescindido de la eficacia de la cosa juzgada y nos adentramos con criterios actuales a revalorizar cuando menos, la gravedad del hecho, de conformidad con los nuevos valores tributarios de la reforma; la trascendencia de esos bienes en el actual ordenamiento penal.

Pues en definitiva, se trata de la sustitución de las normas penales vigentes en un momento concreto, por otras más adecuadas al cambio valorativo que se haya producido en la sociedad; lo que otorga una de las explicaciones de la existencia de la retroactividad de la ley posterior más favorable, pues si el ordenamiento penal minimiza esa desvaloración, carece de sentido y de justicia, seguir penando de igual manera; y de inverso modo, la hipérbole de su desvalorización, desatiende el contenido de la norma, propiciando conclusiones que la estricta aplicación de norma, de ser juzgado el hecho bajo su vigencia, devendría injustificado.

2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la retroactividad favorable de la norma penal

La retroactividad favorable de la norma penal, era corriente que también discurría de forma subterránea para el TEDH que le negaba trascendencia alguna; así, en 1978, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que el artículo 7 del Convenio no garantizaba el derecho a beneficiarse de la aplicación de una pena más leve prevista por una ley posterior al delito (*X c. Alemania*, n.º 7900/77, Decisión de la Comisión de 6 de marzo de 1978) y en su consecuencia, declaró manifiestamente infundada la denuncia del demandante amparada en el Convenio, según la cual, tras su comisión, algunos de los delitos cometidos contra él habían sido despenalizados; y esta jurisprudencia fue igualmente recogida por el TEDH, que reiteró que el artículo 7 no garantiza el derecho a que se aplique una modificación legislativa posterior más favorable [*Le Petit c. el Reino Unido* (dec.), n.º 35574/97, de 5 de diciembre de 2000, y *Zaprianov c. Bulgaria* (dec.), n.º 41171/98, de 6 de marzo de 2003].

No aflora esa corriente, hasta el asunto *Scoppola c. Italia* (n.º 2), [GS], sentencia de 17 de septiembre de 2009, donde señala que la obligación de aplicar, entre varias leyes penales, aquella cuyas disposiciones sean más favorables para el acusado equivale a una aclaración de las normas sobre la sucesión de leyes penales, que satisface otro elemento esencial del artículo 7, a saber, el de la previsibilidad de las penas (§ 108); y a la luz de lo anterior, el Tribunal considera necesario revisar la jurisprudencia establecida por la Comisión en *X c. Alemania* y considerar que el artículo 7 § 1 del Convenio garantiza no sólo el principio de irretroactividad de leyes penales más severas, graves, sino también, e implícitamente, el principio de retroactividad de una ley penal más indulgente (§ 109): «*Este principio se plasma en la norma en que, si a la ley penal vigente en el momento de la comisión del delito le suceden leyes penales posteriores aprobadas antes de la sentencia definitiva, el juez debe aplicar la ley cuyas disposiciones sean más favorables para el acusado*» (§ 109).

El afloramiento de la retroactividad favorable era aún discontinuo; se asociaba a la previsibilidad de las penas y no resultaba aplicable cuando ya hubiera recaído sentencia firme. Valga recordar que el Código Penal portugués, pese a contar con previsión constitucional, su regulación codificada tiene un ámbito menor que el nuestro; y así en su art. 2.4, para el caso de haya habido condena, la ejecución y sus efectos penales cesarán solo cuando la parte de la pena cumplida alcance el límite máximo de la pena prevista en la ley posterior. Tampoco franquean el límite de la cosa juzgada el art. 2 StGB; o el 112-1 del Código penal francés, con la excepción del 112-4 para las conductas destipificadas.

No es hasta anteayer, con el asunto *Gouarré Patte c. Andorra*, sentencia de 12 de abril de 2016, cuando el TEDH afirma que la aplicación retroactiva de la ley penal favorable resulta amparada por el Convenio, para el caso de su previsión expresa en la legislación nacional; criterio reiterado en *Artsruni c. Armenia* (dec.), núm. 41126/13, de 13 de enero de 2022.

Jurisprudencia del TEDH, que también aporta relevantes elementos de decisión para la determinación de *cuál fuera la norma más favorable*, tarea no siempre fácil, salvo en casos de destipificación, incluso en meros cambios cuantitativos punitivos cuando varían en forma inversa umbrales mínimos y máximos, tanto más, cuando el cambio es cualitativo y la conducta ahora sancionada no

sólo comprende por innovación, conmixtión o aluvión comportamientos diversos, o porque además o también, incorpora un cambio o intensificación parcial en alguna de las manifestaciones del modo de entender el bien jurídico tutelado.

Atiende el Tribunal al criterio de comparación in concreto, en cada supuesto; si bien lo explicita en un supuesto donde analiza la irretroactividad de la norma penal: *Dictamen consultivo sobre la utilización de la técnica de la «legislación por referencia» para la definición de un delito y sobre los criterios que deben aplicarse para comparar la ley penal vigente en el momento de la comisión del delito y la ley penal modificada [GS]*, de 29 de mayo de 2020, §§ 86-92, solicitada por el Tribunal Constitucional de Armenia.

Es decir, para decidir si ha habido una aplicación retroactiva de una pena en perjuicio de un acusado, señala que deben considerarse la horquilla de penas (mínimas y máximas) aplicables con arreglo a cada código penal. Pero, incluso si la pena impuesta al demandante se encuentra dentro del rango previsto en dos códigos penales potencialmente aplicables, la posibilidad de que una pena más leve habría sido impuesta de aplicarse el Código Penal vigente en el momento de autos, es suficiente para constatar una violación del artículo 7 por la aplicación retroactiva de la nueva norma (*Maktouf y Damjanović v. Bosnia y Herzegovina* [GS], 2013, §§ 65-76). La evaluación de qué ley penal es más favorable para un acusado no depende de una comparación abstracta entre las dos leyes penales en cuestión. El punto crucial es si, como resultado de un examen concreto de los hechos específicos, la aplicación de una ley penal en lugar de la otra colocó al acusado en desventaja en términos de condena (*ibid.*, §§ 69-70; *Jidic c. Rumanía*, de 18 de febrero de 2020, §§ 85-98).

El asunto *Jidic*, resulta esclarecedor; se trata de una condena por conducción bajo los efectos del alcohol; la definición de tipo penal no varía, pero la única pena imponible con arreglo a la antigua ley penal era la pena de prisión de uno a cinco años; mientras que con arreglo a la nueva normativa, los tribunales nacionales rumanos podían elegir entre una pena de prisión de uno a cinco años y una multa; y además, aunque ambas leyes penales posibilitaban, bajo ciertas condiciones, que la pena impuesta podía ser suspendida y/o reducida, sólo la nueva ley penal preveía que la imposición de la pena podía ser renunciada o aplazada. La condena recaída, la máxima que permitía la individualización con el Código vigente en el momento de la comisión, fue de tres años y cuatro meses de prisión (igual habría sido con la nueva legislación) y argumentó que no procedía la imposición de la multa; circunstancias en las que el TEDH entendió que no se aplicó la ley más severa. Y especifica el Tribunal Europeo: *Lo importante para el Tribunal es saber si existía una posibilidad real de que el demandante hubiera podido recibir una condena más favorable de haberse aplicado en su caso el nuevo Derecho penal* (§ 95).

Y es aquí, a través de la aplicación del criterio comparativo in concreto, donde la jurisprudencia de los tribunales nacionales debería haber confluído con la jurisprudencia del TEDH. Pues conculca a la eficacia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, ex art. 10.2 CE:

- i) La retroactividad de las leyes penales posteriores a la comisión del hecho aprobadas antes de la sentencia definitiva, resulta amparada por el art. 7 del Convenio;
- ii) Si la norma nacional, como es nuestro caso (art. 2 CP), prevé esa aplicación retroactiva favorable, también para el caso de que ya exista sentencia definitiva, igualmente el art. 7 CEDH, obliga a su aplicación; y
- iii) La determinación de cuál de las dos normas es más favorable, debe hacerse a través del examen concreto de cada caso, para cotejar las *posibilidades reales*, no, por tanto, a través de una mera previsión abstracta por trasposición de criterios valorativos que, en el momento de la aplicación de la nueva norma, bien ya estaban o deviene en ese momento, abrogados;
- iv) Las limitaciones previstas en la DT 5.^a, en cuanto restringen el ámbito que resulta de la simple comparación in concreto, aún de plasmarse en el texto de la norma, estaría en contradicción con la jurisprudencia europea.

3. Consecuencias del criterio jurisprudencial adoptado

Los criterios más decisivos en la forma que la Sala Segunda lleva a la práctica la aplicación retroactiva de la LO 10/2022, se contienen en la STS de Pleno, núm. 523/2023, de 29 de junio,

ECLI:ES:TS:2023:2827, donde el criterio que aquí se sigue restó en minoría. El voto mayoritario, desarrolla con brillantez, el nuevo paradigma establecido en la Ley, que indica pivota sobre el consentimiento y no sobre la violencia; pero en cuanto a la operación comparativa a realizar para determinar la norma más favorable, la fija así, negando la posibilidad de atender a los criterios valorativos de la nueva norma: *La ponderación en concreto exige, a nuestro juicio, partiendo de los hechos y de sus circunstancias, ya enjuiciadas cuando nos movemos en el marco de una eventual revisión de condena, determinar cuál es la pena correspondiente a partir de cada una de las normas en concurso (temporal sucesivo), para venir en conocimiento de cuál resulta, en el caso, más favorable. Pero tal método no comporta, con carácter general, la procedencia de realizar una nueva evaluación, un «segundo enjuiciamiento» del hecho y sus circunstancias, sino que impone tomar éste y aquéllas, ya declaradas en firme, como referencia. Se trata de un juicio concreto, pero estrictamente normativo, que no permite remover, reconsiderar, volver a enjuiciar reevaluando, lo ya juzgado.*

Criterio que conduce al revisar la pena de siete años de prisión, impuesta en esa ejecutoria, umbral mínimo en la legislación anterior, la concreta ahora, igualmente en el mínimo imponible tras la reforma, cuatro años: *si aquellas razones vinculadas a la intensidad de la violencia desplegada por el autor no sirvieron, debidamente valoradas en su momento, para determinar una pena superior a la mínima legalmente establecida; y si dicha pena mínima ha sido sensiblemente reducida por quien ostenta para ello las competencias constitucionales, valorando que no resultaba necesario mantener, en este concreto caso, los muy superiores umbrales de la pena establecidos hasta entonces; con carácter general, el único modo de respetar (de no invadir) las competencias de las Cortes Generales para determinar la proporcionalidad de las penas asociadas a determinadas conductas lesivas, conduce a, partiendo de la individualización ya efectuada en su día, reducir las penas impuestas hasta el nuevo límite fijado por la Ley Orgánica 10/2022.*

La conclusión, como expresa uno de los tres votos particulares emitidos, diverso al de quien esto escribe, es que en la aplicación de la nueva norma, por ser más favorable en conjunto, no permite en los casos de condenas al mínimo penal vigente en su día, apartarse del nuevo mínimo establecido en la reforma; en síntesis, el mínimo de la ejecutoria necesariamente desemboca en el mínimo establecido en la reforma; pero si en la ejecutoria se impuso un día más, un mes o cuatro..., la revisión ya se concretaría con una cierta discrecionalidad. Y ejemplifica con una paradójica consecuencia: *La tesis de la mayoría conllevaría, por ejemplo, que, si se concretó la pena en el mínimo de la mitad superior por concurrir una agravante, en la revisión habrá obligación de establecer a fijar el mínimo de la mitad superior a tenor del nuevo marco punitivo. Si no concurren, empero, agravantes en el coautor, aunque se le hubiese asignado igual penalidad, sería factible tanto mantener la misma pena negando su revisión o reducirla en menor medida justamente porque no era reincidente (!!). Para él no era el mínimo. No queda sometido a esa extraña regla que proclama la sentencia.*

Del mínimo al mínimo, resulta pacífica y reiteradamente aplicado en múltiples resoluciones, en lógica observancia del criterio resultante de la sentencia de Pleno; y de igual modo, una cierta discrecionalidad, cuando, excede del mismo en la cuantía que fuere; donde rige el criterio de la proporcionalidad: *debe mantenerse el nuevo mínimo, siempre que antes, de forma inequívoca, los jueces razonaron que procedía el mínimo... En nuestro caso, no se ha impuesto el mínimo, sino una cuantía ligeramente superior. Eso nos sitúa en la regla de la proporcionalidad, pero dada la proximidad al mínimo, manteniendo tal determinación punitiva, esto es, una cuantía próxima al mínimo, sin ser el mínimo legal* (STS núm. 378/2025, de 25 de abril).

Aunque también, se ha consolidado un límite al criterio de la proporcionalidad: no cabe imponer pena correspondiente a la mitad superior de la horquilla en la aplicación favorable de la LO 10/2022, si en la ejecutoria la pena se impuso en la mitad inferior (STS núm. 306/2025, de 2 de abril, ECLI:ES:TS:2025:1463).

4. Ponderación de la política de género

La máxima jurisprudencial de que en la revisión de sentencias firmes se excluía la individualización judicial, derivaba de que se comparaba por horquillas o de forma taxativa (por exigencia de la DT 5.ª o las de igual contenido previstas en las leyes de reforma), sin atender a los

criterios de individualización judicial. Pero si atendemos no a una comparación abstracta de los marcos punitivos, sino a la comparación en concreto, tal axioma, en su extensión más amplia no puede ser mantenido. El argumento de que el hecho haya sido enjuiciado no presenta óbice alguno, pues, primeramente, si algo hace la revisión, es obviar la cosa juzgada; y segundo, la comparación de la gravedad resulta tarea baldía, si precisamente para determinar la gravedad del hecho frente a la nueva norma, tenemos que partir de la realizada por quien desconocía el alcance, extensión y lógicamente redacción de la nueva norma; con cambios cualitativos en su configuración.

Cuanto mayor sea la distancia temporal entre ejecutoria y revisión, los elementos de valoración a ponderar, menos coincidirán; y entre estos, cobra especial relevancia la política de género. El componente de género en las conductas sancionadas, cuando la cosificación de la víctima resulta significativa, determina también un componente valorativo a ponderar, especialmente en aquellas conductas anteriores a la ratificación del Convenio de Estambul. En la STSDH de 27 de enero de 2015, *Rohlena c. República checa*, en la comparación establecida entre las dos legislaciones en orden a determinar si concurre o no violación del art. 7, admite ponderar como elemento valorativo en la nueva legislación la violencia de género: *Además, al reforzar el marco jurídico nacional de protección contra la violencia doméstica —la violencia contra las mujeres sigue siendo especialmente preocupante en las sociedades europeas actuales—*.

Componente, que, sin embargo, el criterio jurisprudencial de revisión adoptado no posibilita que tenga incidencia en el cotejo comparativo, si nada se dijo al respecto en la ejecutoria; cuando la agravante por razones de género no se incluye en el Código hasta la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, siendo un número muy relevante de las conductas revisadas, anterior a su vigencia; y sin embargo es cuestión que incide de manera esencial en la reforma. Así, casi al final del primer apartado del Preámbulo: *«Esta ley orgánica adopta la interseccionalidad como concepto básico para describir las obligaciones del Estado frente a las discriminaciones y su impacto. La discriminación por motivos de género está unida de manera indivisible a otros factores de discriminación como la discapacidad, el origen racial o étnico, la orientación sexual, la identidad sexual, la clase social, la situación administrativa, el país de procedencia, la religión, la convicción u opinión o el estado civil»*. Tan así, que se ha llegado a glosar la «desaparición de los hombres adultos en la ley»⁴. También en apartado segundo del Preámbulo, se menciona como precedente o normativa que se desarrolla en la norma, entre otros textos, el Convenio de Estambul y el primer informe de evaluación de la aplicación por parte de España del Convenio de Estambul, realizado por el Grupo de Expertos en Acción contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (GREVIO) del Consejo de Europa, o la Recomendación General 35 (2017) del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Ello conllevará que serán muy abundantes las veces que en procesos de revisión, resultará con el criterio jurisprudencial, la LO 10/2022 como norma más favorable; con la consecuencia de que resultará de mejor condición, quien habiendo delinquido vigente la norma anterior, es revisada su condena, que aquella otra persona que delinque y es juzgado vigente ya esa norma, con ponderación de los valores actuales al determinar la entidad de la gravedad de los hechos, aun cuando en ambos casos, sea la misma normativa, la LO 10/2022, la aplicada. Basta comprobar la quiebra del criterio adoptado, en la casuística jurisprudencial, cuando no media sentencia firme, sino que el Tribunal Supremo debe ponderar la LO 10/2022, porque la reforma se produce pendiente el recurso de casación (por ejemplo, la STS de Pleno 470/2023, de 15 de junio, ECLI:ES:TS:2023:2812, que niega el seguimiento de mínimo a mínimo; también la STS 344/2025, de 9 de abril, ECLI:ES:TS:2025:1557 con cita de varias más).

Tras la contrarreforma operada por la LO 4/2023, en los casos en que se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, se aminora, la diferencia tan pronunciada para los umbrales mínimos o penas suelo establecidos para estas conductas, pero la LO 10/2022, como norma intertemporal más favorable, es la que sigue rigiendo para la revisión de condenas impuestas con anterioridad a su vigencia.

4 ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-r3 (2023), págs. 2 y ss.

Mientras que, en sentido inverso, cuando la agravación por parentesco donde la víctima es la compañera y la agravación por razones de género, que en su contemplación genérica en el art. 22, no resultan incompatibles, han sido estimadas en ejecutoria previa a la vigencia de la LO 10/2022, ocurre que, tras la reforma, ambas resultan inherentes a una de las conductas específicamente agravadas, la contemplada en el art. 180.1.4.º: *Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*, con paradjicas consecuencias al ser exclusivamente destinatario de la agravación, el varón. Las consecuencias son plásticamente reveladas, entre otras varias, en la STS núm.1183/2024, de 7 de enero, ECLI:ES:TS:2025:59:

«(...) el presente caso ofrece la singularidad de que, además de la agravante de parentesco (del art. 23 CP) fue apreciada la agravante de género del art. 22.4 del CP... De acuerdo con esa calificación jurídica de los hechos declarados probados y a la vista de la concurrencia de dos agravantes, la Audiencia impuso la pena prevista en el art. 179 del CP -de 6 a 12 años- en el mínimo de su mitad superior, esto es, 9 años y 1 día de prisión. Conforme a la nueva regulación, los hechos tendrían encaje en el art. 180.1.4 del CP, que fija una pena de 7 a 15 años...

El cálculo dosimétrico se altera ahora con un tipo agravado, nominalmente menos favorable, pero que obliga a descartar las agravantes de género y parentesco. En efecto, el parentesco como agravante genérica no puede ser aplicado (*cfr. art. 67 del CP*) al ser inherente a la descripción que ahora incorpora el art. 181.4 del CP... Pero también se genera el efecto de inherencia, que impide desbordar en la imposición de la pena la medida de culpabilidad, respecto de la agravante de género (art. 22.4 del CP), pues el tipo agravado al que venimos haciendo referencia ya incluye en el fundamento de su agravación que la agresión sexual se proyecte sobre la esposa o mujer.

El legislador, por consiguiente, no se ha limitado a crear una agravación fundamentada en el mayor injusto que puede derivarse de la agresión cometida contra la persona con la que se mantiene una relación matrimonial o análoga de carácter afectivo. Ha ido más allá y ha convertido la condición de mujer en un presupuesto aplicativo de la mayor agravación. De ahí que cualquier agresión sexual que tuviera como víctima al hombre con el que se ha contraído matrimonio o con quien se acredita una relación de afectividad no daría lugar a la aplicación del tipo agravado del art. 180.1.4, sino de la agravante genérica de parentesco del art. 23 del CP.

(...) Proyectando sobre el supuesto sometido a nuestra consideración las razones de esa inherencia entre la agravante de género (art. 22.4 del CP) y el tipo agravado del art. 180.1.4 del CP, procede rebajar la pena impuesta al recurrente por razón de la concurrencia de dos agravantes valoradas en la instancia y que no son ahora aplicables. Por ello, si atendemos a la franja penal que ahora autoriza el art. 180.1.4 del CP -de 7 a 15 años- y tomamos en consideración que la pena impuesta por la Audiencia Provincial lo fue en el mínimo de su mitad inferior, pese a la concurrencia de dos circunstancias agravantes ahora subsumidas en el tipo aplicable, procede fijar la pena de 7 años y 1 día de prisión, a la vista de la necesidad de aplicar retroactivamente las disposiciones más favorables de la LO 10/2022».

Criterio del mínimo al mínimo, que no se compadece con la jurisprudencia del TEDH, donde la normativa se considera más favorable, no por la simple previsión o posibilidad de imponer menor pena, sino porque atendiendo al caso concreto, gozaría de *posibilidades reales*, no mera previsión abstracta de conllevar pena inferior. En suma, una reforma legislativamente no aquilatada en sus consecuencias, donde la jurisprudencia, no muestra resistencia a su aplicación, sino que apura sus efectos, indudablemente facilitados por la norma promulgada, pero notoriamente indeseados por sus promotores.

NOTAS DISPERSAS SOBRE NOTAS

Lucio Pegoraro

*Profesor de la «Cátedra de Derecho Comparado L. "Pegoraro"»
Universidad de Salamanca*

*The man that hath no music in himself,
nor is not moved with concord of sweet sounds,
is fit for treasons, stratagems, and spoils;
the motions of his spirit are dull as night,
and his affections dark as Erebus.
Let no such man be trusted. Mark the music.*

*[El hombre que en su interior no tiene música,
ni se conmueve con la armonía de sus dulces sonidos,
es capaz de traiciones, de estratagemas y rapiñas;
los instintos de su espíritu son lóbregos como la noche,
y sus afectos, oscuros como el Érebo.
Que nadie se fíe jamás de un hombre así. Atentos a la música.]*

William Shakespeare, *The Merchant of Venice*
(1596-1598 – Acto V, escena I).

Resumen: El artículo se centra en la relación entre música y derecho en varios aspectos: el pentagrama occidental, asociado al formalismo jurídico, contrapuesto a la libertad de la música del Sur Global; la «ruptura de las reglas» en la música y el derecho; el papel del compositor/legislador y del músico/intérprete; el contraste entre la música europea y la norteamericana; los contenidos abordados por la música y su actualidad, y paralelamente el alineamiento o desajuste entre ley/derecho, por un lado, y música/sociedad, por otro. Destaca que la acentuación del individualismo (derechos) no es ajena al mundo musical, pero que éste también parece más sensible al comunitarismo y a los impulsos de la sociedad.

Sumario: 1. Introducción. 1.1. Prólogo (sobre Ángela). 1.2. Comparar es tratar (también) temas insólitos. 1.3. La música como objeto de comparación (también jurídica). 2. Problemas de método. 2.1. ¿Escribir/leer sin escuchar? 2.2. La forma y el pentagrama, el redactor y el intérprete. 2.3. Entrelazamientos entre música/derecho y entre formantes/criptotipos. 2.4. Trasplantes y circulación. 3. Entre la música y el derecho: respetar las reglas, romperlas. 3.1. Las fracturas entre los formantes. 3.2. La Resistencia y las Resistencias. 4. ¿La música precede, acompaña, certifica o consolida el derecho? 5. Entrelazamiento con otras ciencias o expresiones. 5.1. Geografía, música y derecho. 5.2. Léxico, música y derecho: himnos nacionales; palabras y traducciones. 5.3 Música y doctrinas políticas: el conflicto entre individualismo y comunitarismo. 5.4. Música, derecho y geopolítica; marginación y discriminación del «enemigo» (los extranjeros). 5.5. Religión y música. 6. Conclusiones: música, derecho, investigación.

1. Introducción

1.1. Prólogo (sobre Ángela)

Ángela Figueruelo me evocó inmediatamente, desde el primer día que la conocí hace tantos años en Salamanca, la fuerza arrolladora de las Valkirias, cuya famosa «cabalgata», de la ópera de Wagner *Die Walküre*, acompaña a los helicópteros en *Apocalypse Now*. Como ellas, es incansable, dinámica, omnipresente, incluso en su forma de hablar y de andar. Ángela, sin embargo, también es empática, se acerca a los demás, es simpática, hospitalaria, generosa. Imparte consejos (a veces «órdenes»)¹, siempre orientados al bien de quienes los reciben. Ángela es conservadora, pero los conservadores son a menudo los verdaderos «subversivos», en el sentido en que los comparatistas utilizamos esta palabra, para designar el carácter «laico» de nuestra ciencia (sin implicaciones político-religiosas)². A menudo, el futuro queda atrás. De hecho, a diferencia de muchos, Ángela no desdén el reto de abrirse al mundo, y aceptar un diálogo científico con quienes anhelan salir de los cerrados confines nacionales, euroatlánticos, «convencionales» y «domocráticos», en los que se circunscribe mayoritariamente la academia española. Acepta «recibir» de fuera —especialmente de Abya Yala—, así como vender productos elaborados en las tiendas de Karlsruhe, Luxemburgo y Estrasburgo, además de Madrid; replantea su posicionamiento científico sobre diversas cuestiones, entre ellas la de un feminismo interseccional en lugar de cimentarse en las categorías liberal-individualistas de los años setenta. Siempre, además, acoge y da cabida a quienes puedan cuestionar sus ideas originales. Es polifacética y acompaña el papel de la ciencia.

Ángela abrió Salamanca a la comparación, es decir, a la apertura, al «laicismo» científico y al relativismo³. Hay otros tímidos intentos en España, pero son limitados, escasos, a diferencia de lo que ocurre en el resto de Europa (que a su vez es muy parroquial, con respecto a las necesidades científicas en el nuevo orden mundial).

Ángela trató tantos temas: de la igualdad a la justicia, del amparo a la Unión Europea, de la discriminación de género al derecho parlamentario, etc. A menudo, en los libros de homenaje, se acostumbra a abordar uno de los temas queridos por el autor o autora homenajeado. Voy a romper esta regla abordando un tema poco tratado incluso en el panorama de los «verdaderos» comparatistas, aquellos que no conocen fronteras físicas, temporales o materiales. Le dedicaré una canción ideal, escribiendo unas líneas sobre «música y derecho».

1.2. Comparar es tratar (también) temas insólitos

La verdadera comparación se ocupa también de temas insólitos, extraños para quienes están acostumbrados a ocuparse sólo de la interpretación del Derecho interno. Es ciencia del plural, positivista en el sentido del positivismo científico, no legalista/estatista⁴, y en todo caso es anti-jusnaturalista, por recordar la dicotomía de Bobbio⁵, y al mismo tiempo realista⁶. Es la ciencia

1 Sobre la diferencia v. BOBBIO, N., «Comandi e consigli», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 1961.

2 MUIR WATT, H. «La du droit comparé», en *Rev. int. dr. comp.*, n. 3, 2000, p. 503 ss.; FLETCHER, G.P., «Comparative Law as a Subversive Discipline», en *Am. journ. comp. law*, n. 4, 1988, seguidos por otros estudiosos.

3 «Le pluralisme et le relativisme: tels sont les premiers enseignements qu'un cours de droit comparé doit dispenser» nos recuerda FAUVARQUE-COSSON, B., «L'enseignement du droit comparé», en *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 2002, p. 308 ss.

4 V. la parte I, cap. I, de SOMMA, A., *Introduzione al diritto comparato*, 3a ed., Giappichelli, Torino, 2025, «Comparazione e critica al giuspositivismo».

5 BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 1963; v. también SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965.

6 El derecho no es sólo lo que dicen los jueces —como pretenden las corrientes realistas, con Ross, Olivecrona, Pound, Cardozo, Guastini, etc.—, sino también lo que se impone mediante la regla del reconocimiento (la referencia se hace, evidentemente, a Hart) de otras maneras, como las costumbres.

de las conexiones/disociaciones entre formantes y criptotipos, entre derecho y cultura. Es la ciencia de la circulación y de las imposiciones hechas a expensas de los alineamientos entre cultura y derecho⁷.

Es precisamente en esto en lo que quizá deberíamos insistir, incluso en España: estudiar — como hicimos en el último número de la *Revista General de Derecho Público Comparado*— la relación entre montaña y derecho⁸, supone abrir el conocimiento a otras cosas distintas de la forma, como hacen también numerosos estudios sobre moda y derecho⁹, alimentación y derecho¹⁰, etc.; por no hablar de temas como el derecho insular, los microestados, los bienes comunes, y tantos otros que no encuentro en la bibliografía española, salvo por casualidad...

Tal vez, con un poco de humor, se podría incluso pensar en el ciclismo y el derecho: el campeón del mundo Filippo Ganna va mucho más allá de los tristes estetas del formalismo legalista, y afirma: «Si miraras el ciclismo con los ojos y no con el smartphone, podrías captar las gotas de sudor y tal vez alguna lágrima», evocando así la «compasión» de la que habla S. Bagni¹¹ y la invitación a los jóvenes de la senadora italiana Liliana Segre, superviviente de Auschwitz: «Comprender la memoria, estudiar historia, geografía, y dejar un poco de lado el smartphone». Sin embargo, el reglamento de carreras de la Federación Internacional de Ciclismo dedica no sé cuántas páginas a la definición de «escapada», con sanciones por mala conducta.

Estamos planeando un número monográfico de la *Revista General de Derecho público comparado* sobre fotografía y derecho, para explorar las conexiones entre instituciones, fuentes y verismo fotográfico (y también cinematográfico); entre las fotos de guerra y los valores expresados, pero también la epistemología que subyace en ellas: «estar en la acción», que me recuerda la gran dicotomía entre el punto de vista interno y externo de la norma; también podríamos tratar de la estética en las fotos y en el derecho, así como de Oliviero Toscani y la combinación de comercio y valores; la fotografía socialista; el papel de la fotografía en la representación de los totalitarismos; la fotografía de propaganda; la identificación simbólica de la «justicia»; la depredación medioambiental; las reivindicaciones de los oprimidos...; todo lo que —normalmente *después*— es objeto de regulación legal.

¡Qué ruptura hay entre la realidad y el derecho! El derecho se ha aislado de la sociedad, es pura forma, y estos estudios ponen de manifiesto grandes problemas que afectan a las familias jurídicas, a las formas de Estado, a los derechos y libertades y a los deberes y tradiciones, etc.: el alma de la comparación. Bastaría con poner las cosas en su sitio, y volver a vincular el derecho a la sociedad. Los amigos y amigas que saludo de vez en cuando en el sereno y alegre cementerio del Père Lachaise de París me han enseñado más que muchos libros de derecho: Piero Gobetti, joven intelectual liberal («de izquierdas») que fue masacrado por los fascistas y murió exiliado en París con sólo 26 años; Gerda Taro, contemporánea de Gobetti, fotógrafa de la Guerra Civil española, compañera de Robert Capa, que murió atropellada por un tanque¹²; Jim Morrison, poeta y músico anárquico, que representa bien el individualismo rebelde de los protestantes estadouni-

7 Entre tantos: GRAZIADEI, M., «Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions», en REIMANN, M., ZIMMERMANN, M. (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006, p. 458 (2ª ed., 2019).

8 N. 26, 2024, titulado «De las Dolomitas a los Andes. Reflexiones y sugerencias sobre montaña y derecho».

9 JACOMETTI, V., POZZO, B. (eds), *Fashion Law*, Giuffrè, Milano, 2017; COSTANZO, P. (ed.), *L'abbigliamento nel prisma del diritto*, Genova U.P., Genova, 2019.

10 LANNI, S. (ed.), «Comida y alimentación. Nuevos desafíos del derecho comparado», n. monográfico 30, 2021 de *la Rev. gen. der. públ. comp.*; ZAMBRANO, V. (entre tantos), «O direito à alimentação e meio ambiente saudáveis como instrumentos de justiça social», en *Rev. de dir. brasileira*, n. 26, 2020, p. 207 ss.

11 BAGNI, S., «All you need (to compare) is love», en Id. (ed.) *El constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des)integrado*, Filodiritto, Bologna, 2016, p. 10 ss.; Id., «All you need [to compare] is love' revisited», en *Comp. Law Rev.*, n. 9(2), 2020, p. 54 ss.; Id., «Law and Anthropology. Per un dialogo interdisciplinare sul rapporto Natura/Cultura», en *Dir. pubbl. comp. eur., n. espec.* 2024, p. 699 ss.

12 Gerda Taro (Gerta Pohorylle), alemana de origen judío, inmortalizó la Guerra Civil española con el célebre fotógrafo Robert Capa en imágenes memorables.

denses; y quizá incluso Edith Piaf, que transmite la necesidad de valores tranquilos y compartidos. Todos muy cerca (un poco más lejos Jim Morrison) del Mur des Fédérés, en memoria de la Comuna de París y de los que allí lucharon por la libertad, la nación, los ideales de justicia y libertad¹³.

Política, música, fotografía, cine, literatura y derecho se fusionan.

1.3. La música como objeto de comparación (también jurídica)

En mi antigua universidad, durante los tres últimos años, opté por flanquear los cursos oficiales de Derecho comparado con un taller que, tras cuatro o cinco cursos dedicados a la técnica legislativa, pensé que estaría bien dedicar a «Música y derecho». Al fin y al cabo, los temas se solapaban: el lenguaje del legislador/compositor y del intérprete, las traducciones, la influencia de la cultura en la relación entre validez/eficacia/eficiencia entrecruzan temas sólo aparentemente tan distantes como la música y el derecho.

Los temas sugeridos, dejando libertad a los estudiantes para proponer otros para su propio estudio en profundidad, fueron variados, y abarcaron desde las obras de música clásica o la ópera y la construcción de las identidades; los himnos nacionales; la música de las sociedades socialistas; la música de la Resistencia europea; la música de protesta (años 60-70), y la ruptura entre Estados Unidos y Europa; el blues, el jazz y sus raíces; la música étnica y la circulación de la música africana, que África exporta mientras que, en el derecho, importa; las letras de canciones; el «colonialismo musical», etc. Las alumnas y alumnos propusieron otros, como la música feminista latinoamericana, la música de la montaña, la música de la Reforma protestante, etc. El taller pretendía capacitar a los alumnos para conectar el derecho, especialmente el constitucional, con los fenómenos de la sociedad y los valores que expresa. A través de la selección de textos musicales, se trataba de comprobar su adecuación a las expresiones institucionales y jurídicas de la época en que se ambientaron, y su pervivencia (o abandono) en contextos cambiados. Implicaba conocimientos interdisciplinarios, ya que, además del derecho comparado y la música, intervenían la sociología, las doctrinas políticas, la filosofía y la lingüística.

Hace unos años, mi amigo y colega Alessandro Somma me pidió que hablara en un importante congreso. Le pregunté de qué quería que hablara, y me contestó: «No, tienes que ser un *disc-jockey* sobre música latinoamericana». Entonces le propuse una ruta de África a Abya Yala, porque no se puede entender América sin partir del continente africano. Volveré sobre ello más adelante.

En junio de 2025 se celebró en Como (Italia) el congreso bienal de la Asociación de Derecho Público Comparado y europeo. En la presentación, se mencionó que «the comparison between law and the literary text interpreted by an individual reader is inadequate in important respects. A much better analogy, we think, is to the performing arts — music and drama — and to the collectivities and institutions that are charged with the responsibilities and duties of public performance»¹⁴.

El Congreso se centró, por una parte, en las relaciones entre el universo de la música y el de la fenomenología jurídica y política y, por otra, en la analogía entre hermenéutica musical y hermenéutica jurídica. Las sesiones de trabajo se desarrollaron en torno a tres temas, dedicados a «*Law in music*. Narración y percepción de lo jurídico en la música» (por ej. la representación del poder político/los derechos de libertad/las relaciones familiares/la justicia en la música; la dimensión étnica/tribal en el universo musical; la representación del jurista en el repertorio musical); «*Law as music*. Interpretación musical e interpretación jurídica» (por ej.: similitudes y especificidades del lenguaje musical y jurídico; el intérprete como intermediario entre el texto jurídico/musical y el público; el uso de la metáfora musical por parte del jurista); «*Law by music*. El derecho por la música. Caminos del derecho y 'acompañamiento' musical» (por ej.: la música en/de los procesos emancipatorios y de afirmación de los derechos; la música en/de los procesos de liberación nacio-

13 No puedo dejar de mencionar que, en las pruebas para determinar la pertenencia a un grupo (o comunidad) con fines electorales o de política social, a veces también se pide a los latinoamericanos que testifiquen, junto a otros «parámetros», el conocimiento de su música típica.

14 BALKIN, J.M., LEVINSON, S., «Interpreting Law and Music: Performance Notes on "The Banjo Serenader" and "The Lying Crowd of Jews"», en CARDOZO L.R., n. 20, 1999, p. 1518. Las actas del congreso se publican en *DPCE online*.

nal; la música en/de los procesos de construcción de la identidad nacional; la música como instrumento político; la música de los vencedores y la música de los vencidos). Se presentaron acerca 80 propuestas, de las que unas 50 se presentaron en el Congreso¹⁵.

Como puede ver, hay material de sobra para vincular la música al derecho, sólo hace falta un poco de imaginación.

2. Problemas de método

2.1. ¿Escribir/leer sin escuchar?

Un primer problema es el siguiente: ¿cómo se puede escribir o hablar de música y derecho sin acompañar las páginas o las palabras con música? Sería como hacer una conferencia o un libro sobre «cartografía y derecho» sin mapas topográficos, o sobre «literatura y derecho» sin fragmentos literarios explicativos, preferiblemente confiados a quienes saben leerlos. ¿Cómo se puede explicar la música de la que se habla sin una mención de lo que se habla (una pieza musical)? ¿Se puede «describir» la música con letras y palabras? Escribir o hablar —y sólo escribir o hablar— de música a un jurista, sugerirle cómo captar sus conexiones, es como describir los colores a un ciego. Frank Zappa —me recuerda Pasquale Viola— solía decir que «hablar de música es como bailar arquitectura»; pero en este caso, tengo que hacerlo, ¡porque se trata de un libro-homenaje, no de un disco o CD en homenaje a Angela! ¡Lástima!

2.2. La forma y el pentagrama, el redactor y el intérprete

Sin embargo, hay otras cosas que decir sobre el método.

¿Qué tienen en común el método musical y el jurídico? ¿Dialogan entre sí o existe un abismo? Una primera observación se refiere a la rigidez formal del pentagrama, que rima con la forma del proceso como modo de estructurar el derecho en Occidente, pero que es ajena a la música del Sur y del Este del mundo, del mismo modo que el derecho presenta allí contornos indeterminados, difusos y permeables.

La atención puede dirigirse entonces a la relación entre autor e intérprete, con un paralelismo evidente con el binomio legislador/juez; así como a la relación entre director y músicos, también expresiva de potenciales excursiones analógicas.

Por último, en esencia, la música y el derecho hablan a menudo de las mismas cosas: a veces simultáneamente, a veces primero una y luego el otro, a veces viceversa. El esquema conectivo más elemental está representado por el paralelismo entre la música y los temas del debate político-jurídico más en boga en una determinada etapa histórica. Es la conexión más fácil: la ópera x habla de justicia, o de nacionalidad, y el derecho también; el cantante y canta sobre la libertad, y el derecho también; el drama de los emigrantes se canta en música, y se debate en parlamentos y tribunales, etc.

2.3. Entrelazamientos entre música/derecho y entre formantes/criptotipos

Otro tema se refiere a los enredos entre la música, la literatura y el derecho, o en términos generales, de nuevo, entre los formantes y los criptotipos.

J.K. Jerome evoca la anécdota de un cantante de ópera destinado a interpretar el papel del «héroe positivo» —y, por tanto, obviamente rubio— que, habiendo perdido su peluca rubia, aparece en escena con su pelo negro natural, al que el público lo identifica inmediatamente como el

¹⁵ Por otra parte, el Congreso no se detuvo en la vertiente del derecho de la música, abordando en su lugar los demás perfiles de interés mencionados en el texto, que pueden declinarse en relación con los aproximadamente 700 géneros musicales conocidos (antiguo, tradicional, clásico, moderno y contemporáneo, vgr. melodrama, ópera, sinfónica, de cámara, popular, sacra, de inspiración religiosa, étnica, tribal, country, folk, blues, jazz, soul, reaggae, dance, hip hop, funk, pop y rock en sus múltiples declinaciones, protesta y de autor, rap, trap, etc.).

«villano» —siempre moreno, por supuesto— y es objeto de un aluvión de abucheos, mofas y vituperios, a pesar de que su papel era «bueno» en las intenciones del músico y el libretista¹⁶. Los rubios son buenos, los negros no. Relaciono la anécdota con las deportaciones de inmigrantes a Albania por parte del gobierno italiano, que de hecho son sólo para los negros, no para los que entran ilegalmente por las fronteras orientales, pero son rubios y de ojos azules. ¿Se da cuenta la ley de esto? Nunca he oído a nadie, entre los juristas, pero tampoco en la prensa y en la política, señalar este perfil ferozmente racial de la legislación. Jerome y los músicos lo notan, al igual que Shakespeare, que vincula la literatura y la música con un derecho al que no ahorra su desprecio en muchos casos; los juristas e incluso nosotros, los comparatistas, en su mayoría, no.

2.4. Trasplantes y circulación

La música afro exporta diferentes modos a Occidente (no así la música oriental, salvo algunas contaminaciones que circulan quizás a través del islam, y las sugerencias de John Lennon, de la música *New Age*, de algunas otras corrientes —o modas; ¡desde luego no la *Butterfly!*—). En cambio, cuando el derecho impone una inversión de sentido (de Occidente al Sur: Estado, Estado de derecho, *rule of law*, derechos humanos, dignidad, democracia, etc.), pone de relieve una fractura llamativa entre el derecho y la sociedad y la cultura. La circulación debe abordarse desde la perspectiva de la bidireccionalidad y la fractura entre formantes y/o criptotipos.

La música celta y gaélica remiten inmediatamente al tema de su circulación; el «nacionalismo» es sólo un componente, pero mucho más curioso es cómo los barcos de los mercadores la esparcieron por todo el Mediterráneo, hasta Dakar. *Dublin to Dakar* es el título de un buen CD del meritorio Putumayo Records, que tiene muchos en su catálogo precisamente sobre la circulación de la música, sobre lo que une y lo que divide. (En este caso, la ruta va de Irlanda a Cornualles, pasando por Bretaña y Normandía, Italia, la costa este del *Mare nostrum*, el Magreb y África). Las discográficas van muy por delante de los juristas. Pregunta a la que estaría bien tener respuesta: ¿siguieron también las instituciones del derecho mercantil a estos barcos, exportando, hibridando, importando instituciones? (¡Los «moros», además de en España y en el Sur de Italia, también estaban en Venecia y en la corte de Inglaterra!)

En el citado congreso, organizado por Alessandro Somma, coincidimos enseguida en que para entender la música latinoamericana (y junto con la música otras cosas, como el derecho), había que ir a los orígenes¹⁷. La ruta —titulada *Road to freedom*— iba desde África, especialmente Sudáfrica (M. Makeba), Congo (R. Lembo, Manu Dibango, muy conocido en Cuba, donde tocaba con el Buenavista Social Club) y Senegal (por ejemplo, la Orquesta Baobab), y a través del mercado de esclavos caboverdiano el desembarco tanto en el Caribe como en el Sur (Brasil), de donde regresan los barcos negreros combinando la música de Cabo Verde (junto con sus raíces coloniales: fado, y Cesaria Evora) con el ritmo del Caribe y la *saudade* de Brasil. La mezcla nos da la música más bella y variada del mundo (Tito Paris, Teófilo Chantre, Boy Ge Mendes, Karin Mensam, Simentera y un centenar más).

3. Entre la música y el derecho: respetar las reglas, romperlas

Anuncié anteriormente, en el § 1, mi intención de romper las reglas tratando un tema ajeno a los intereses de la homenajeada. Esto evoca fuertemente una analogía entre la música y el derecho, que concierne a las actitudes recíprocas frente a las normas. ¿Respetarlas o romperlas?

Músicos, militares, políticos y juristas están de acuerdo en que hay que romper las reglas de vez en cuando: como nos recuerdan S. Bagni y M. Nicolini en el exergo de su libro sobre la justicia constitucional, Frank Zappa escribió: «Progress is not possible without deviation from the norm»¹⁸. David Crosby, en *Triad*, 1968, canta: «So, you see what we can do/is to try something new», a lo que

16 JEROME, J.K., *The Idle Thoughts of an Idle Fellow*, The Leadenhall Press, London, 1899, varias reimpressiones y traducciones.

17 *Afro-Latino* es otro título de Putumayo, acompañado de muchos CD similares.

18 BAGNI, S., NICOLINI, M., *Justicia constitucional comparada*, Cepc, Madrid, 2021.

otros responden: «You cannot do that, it breaks all the rules/You learned in schools»¹⁹. Por otro lado, habría que citar en primer lugar al general Douglas McArthur (comandante supremo de las fuerzas armadas del Pacífico Suroccidental en la Segunda Guerra Mundial): «Si quieres ser recordado, tienes que romper algunas reglas».

Hace un año, me pidieron que hablara a los estudiantes de Enego, un pueblecito encaramado en la meseta de Asiago, cerca de mi ciudad, Vicenza: fue la línea del frente, en la carnicería de la Primera Guerra Mundial, y fue base de ataques partisanos contra los nazis que pasaban por el valle de abajo, en la Segunda Guerra. Eran niños, jóvenes: qué difícil es explicar que no pagar impuestos no es bueno, pero desobedecer a un rey innoble que huye, cobarde y corrupto, nunca suficientemente vituperado por la historiografía oficial, y optar por repudiar el orden fascista es «obedecer las reglas», las profundas, de la conciencia.

Una escultura en el patio de la Universidad de Padua representa bien la transición del desorden que crea la desobediencia al orden. El escultor Jannis Kounellis coloca tabloncillos de madera dispersos y desordenados en la parte inferior, y luego los ordena hacia arriba, representando así —este es el título de la obra— «Resistencia y Liberación».

El curioso y fundamental paralelismo entre la música y el derecho, expresado por la actitud ante la transgresión de las normas, encuentra obviamente alimento, en el aspecto jurídico, en el debate entre los valores «supremos», presumiblemente preexistentes, y los valores «puestos» (en latín, «positos»), encarnados en el derecho «positivo», que debe respetarse *siempre*. El tema tiene muchas implicaciones. Veamos algunas de ellas.

3.1. Las fracturas entre los formantes

Un enfoque legalista del derecho, centrado en la univocidad de la norma, rechaza evidentemente cualquier disociación entre los diferentes formantes que lo componen²⁰. La ciencia comparada, sin embargo, no duda de que puedan viajar a velocidades diferentes, y ello conlleva fracturas que atestiguan la divergencia de la jurisprudencia, la administración, la doctrina, la cultura jurídica y la cultura en general de la palabra del legislador estatal. Desde esta perspectiva, que presupone una lectura unívoca y uniforme de la ley, nos encontramos ante fracturas de las reglas.

En el campo de la música —y en general de la literatura y el arte— la mirada con la que se observa a quienes rompen moldes no manifiesta un sentimiento de repudio similar. La evolución es intrínseca y mucho más aceptada, aunque no falten resistencias y hostilidad ante el inconformismo.

Podríamos así vincular las vanguardias, de Šostakovič a Frank Zappa pasando por Varese, con el constitucionalismo contrahegemónico; y el papel certificador del derecho con las reacciones de la música «oficial» frente a la música «de vanguardia» (lo mismo ocurre en las artes figurativas): y recordar que después de 1789, al fin y al cabo, Francia tuvo a Napoleón; después de la Revolución de Febrero, Rusia tuvo a Lenin, y luego a Stalin, etc. Entre vanguardia y tradición.

3.2. La resistencia y las resistencias

A propósito de las normas y de su cumplimiento o incumplimiento, la relación entre música y derecho está vinculada, sobre todo, a la Resistencia, o más bien a las Resistencias, tanto desde una perspectiva histórica (la Resistencia por excelencia, la de los pueblos martirizados por la «extrema

¹⁹ Es mi exergo en «El Muro Atlántico en defensa del núcleo duro constitucional y la exclusión de culturas y tradiciones distintas», en MONATERI, P.G. (ed.), *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, 2 vols, Utet-Wolters Kluwer, Torino, 2024, II, p. 1253 ss.

²⁰ La idea dominante en el jurista que opera en el interior de cada uno de los ordenamientos —escribe R. SACCO, «Legal Formants», en *Am. Journ. comp. law*, n. 2, 1991, p. 343 ss.— es buscar «la única verdad jurídica, la que tiene su fuente en la ley y que viene fielmente reconstruida por la doctrina y aplicada por la jurisprudencia»; en otras palabras, el principio de «unicidad de la regla del derecho» genera en el jurista el convencimiento de que la regla legal, la regla jurisprudencial y la regla doctrinal (los «formantes» principales) tienen el mismo contenido y que son, por eso mismo, intercambiables. Remito también a L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemas constitucionales*, en PEGORARO, L., RINELLA, A. (eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo II, 2 vols, Astrea, Buenos Aires, 2017, vol. A, p. 19 ss.

abyección moral del fascismo»²¹ como desde el punto de vista de las Resistencias de diversas épocas y lugares. ¡Cuántas cosas podrían decirnos las canciones de los partisanos de tantos países, las ansias de libertad y justicia (casi siempre juntas) que los animaban, y que fundaron el constitucionalismo europeo de posguerra! Y cuántas cosas podrían decirnos las traducciones de *Bella ciao*, que —salvo en una triste versión japonesa— se convierte en un canto de rebeldía contra los abusos del poder (pero que en la versión ucraniana, por razones obvias y compartibles, adquiere connotaciones puramente nacionalistas). O el conflicto entre música y «política/derecho» que se revela, en Italia, al cantar *Fischia il vento* (las Brigadas Garibaldinas, de izquierda) y no *Bella ciao*, que vendrá después, explotando al final sólo con la popularización que le dieron una gran banda de lucha como los Modena City Ramblers y un serial televisivo («La casa de papel»). Me limitaré aquí a recordar el matrimonio entre música e instituciones con algunas referencias a las canciones de la Resistencia italiana. (Pero las francesas también son significativas).

Con letras todas de «anónimo» (indicio de un origen soberanamente popular), y a menudo sobre melodías tomadas de canciones antiguas (la continuidad de la Historia), como en el maravilloso libro *Lettere di condannati a morte della Resistenza Europea*²², la música partisana transmite también —mediando los sentimientos, la personalidad, la ética, la militancia y la visión política de los combatientes— los mismos valores que desembocarían en la Constitución. Historias de amor, madre, afecto, hogar, se mezclan con el ideal: *Oh! partigiano* invita a «no llorar más/si aquí no está mamá»; en *Fischia il vento* «cada barrio/es el hogar del rebelde/cada mujer/le da un suspiro»; en *Canto del partigiano* la lucha se describe en el diálogo con Nineta («¿Te acuerdas/Nineta/de aquel mes de abril?/La luna/las estrellas/hablaban/de amor»; y de nuevo «sin fascistas/recuperaremos/la hermosa libertad./Mi novia/te haré esposa/sólo si ganaré»; *Cosa rimiri mio bel partigiano* afirma el valor del luchador, ni importa no tener nada, frente al padre reacio a conceder la mano de su hija a un rebelde: «Miro a tu hija/la más bella de la ciudad/de los alemanes no tengo miedo». Se trata, *ante litteram*, del apartado 2 del art. 3 de la Constitución, que obliga a la República a «remover los obstáculos económicos y sociales que (...) impidan el pleno desarrollo de la persona humana».

Si la palabra «Patria» nunca aparece en las canciones partisanas, «pueblo» resuena en *La Brigata Garibaldi* («al traidor fascista/le haremos pagar/por las barbaridades cometidas/con nuestro fiel pueblo»).

También en la música —así como en algunas cartas— hay referencias a un concepto diferente y más amplio de «Patria», representada por el conjunto de la humanidad o de los pueblos (en plural), a veces acompañadas de una identificación precisa de las condiciones de clase (el *Canto del partigiano* denuncia las condiciones del proletariado combatiente: «Hijos de nadie/por las montañas vamos/nos dispersamos/porque estamos desgarrados»), o de la reivindicación de que esta misión se confía a una alineación precisa («La estrella roja en la frente» de *La Brigata Garibaldi*, o «su bandera roja» de *Bella ciao*); así, la libertad que trae el partisano es, de nuevo en *La Brigata Garibaldi*, «a los pueblos oprimidos» (a los que «traeremos la civilización»).

Siendo orgullosas canciones de guerra, en ellas los buenos y dulces sentimientos que caracterizan casi todas las cartas van acompañados mucho más por la incitación a la lucha (*Col parabellum in spalla*); Los enemigos son tanto los fascistas (en el *Canto del partigiano* los traidores son ellos), como a veces los alemanes: «Cuando se trata de atacar/los garibaldinos somos los primeros [...] contra los alemanes/repulcanos/lucharemos/somos partisanos», dice *Valsesia*.

La lucha está siempre animada por un ideal, por el que no importa morir: con eficaz síntesis, en *Il partigiano* se canta: «Porque si libre/un hombre muere/qué importa morir». En la última estrofa de *Fischia il vento*, «Cesa el viento/calma es la tormenta/vuelve a casa/el orgulloso partisano» para construir una Italia y un mundo mejores; pero ya antes, la imagen es para la conquista de la «roja primavera/donde nace el sol del futuro». En *Là su quei monti*: «El partisano/arma en mano/mira lejos».

Existe un curioso paralelismo con las *Lettere dei condannati*: la idea de libertad se repite mucho más a menudo que la de justicia, como en dos de las canciones más famosas: *La Brigata Garibaldi*.

21 Textualmente así, un gran filósofo liberal como SCARPELLI, U., *Intervento*, en OPOCHER, E., BENVENUTI, F., BERTI, G., GALLO, E. (al cuidado de), *Giustizia e Resistenza*, Marsilio, Padova, 1977, p. 234 s.

22 Al cuidado de MALVEZZI P., PIRELLI, G., Einaudi, Torino, 1963.

baldi se abre con la invocación «Libertad, sí, libertad, sí, somos partisanos»; y *Bella ciao* se cierra con «Esta es la flor/del partisano/muerto por la libertad». La justicia, salvo indirectamente en las estrofas «clasistas», sólo se encuentra en las exhortaciones a la venganza (que es un componente raramente evocado en las *Lettere*): tanto en el pasaje ya mencionado de *La Brigata Garibaldi* («al traidor fascista/le haremos pagar»), como, por ejemplo, en *Fischia il vento* («dura venganza/ven-drá del partisano»), y en Dongo («Sobre los tiranos finalmente la venganza/siempre será terrible aquí abajo»). La endiada de la justicia y la libertad se encuentra finalmente, de nuevo, en *Là su quei monti*: «El partisano/arma en mano/mira lejos/con la certeza/de que traerá/justicia, justicia/y libertad»²³.

En las canciones partidistas encontramos, sobre todo, en conclusión, precisamente esos valores de libertad, justicia e igualdad que dan título al libro homenaje que ahora se imprime. Y también en ellas, como en las cartas de los condenados, nunca jamás se reclaman derechos. Muy lejos de la actual moda neoconstitucionalista, que sólo estudia el mundo apoyándose en el fulcro de los derechos «humanos» o «constitucionales» o «fundamentales», ignorando cualquier otro elemento²⁴.

4. ¿La música precede, acompaña, certifica o consolida el derecho?

En el mencionado Congreso de Como, la ponencia de M. Giulia Acierno, «Pašukanis y la sinfonía de las sirenas», al relacionar al músico Avraamov con el jurista Pašukanis, ambos implicados en el nuevo curso bolchevique, evoca la siguiente pregunta: ¿la música precede, acompaña/certifica o consolida el derecho?

No creo que la solución pueda ser unívoca: el derecho comparado podría responder a esto, analizando el tiempo y el espacio. Como mencioné en § 2.2, a veces la música, de la mano de otras manifestaciones culturales, intuye impulsos sociales que sólo más tarde encuentran sanción en el derecho; a veces las cosas se mezclan, como cuando la gran temporada de ópera va acompañada de literatura pero al mismo tiempo de convulsiones políticas y revoluciones institucionales; a veces, finalmente, la música certifica valores sociales sedimentados y las tranquilas certezas adquiridas por el derecho, no pocas veces desentendiéndose y sugiriendo momentos de evasión (por ejemplo, la ópera buffa), o dedicándose a la evocación gratificante de valores eternos (amor, familia...).

23 Una última nota: en las baladas partisanas se encuentran también irónicas interpretaciones historiográficas de la caída del fascismo y de la transición: Dongo, aunque en una versión caricaturesca del final de Mussolini, cuenta su captura y las razones de la misma; pero sobre todo, *La Badogliede* niega la tesis de la ruptura entre los órdenes que se sucedieron de 1922 a 1948 —liberal, fascista, provisional, republicano— afirmando su continuidad sustancial, con referencia a la fase del gobierno de Badoglio, acusado de connivencia con el régimen pasado: los versos recuerdan sus episodios y etapas (del período fascista del Mariscal a la empresa etíope al Ducado de Addis Abeba a la guerra de Francia a la de Grecia, hasta la «ocasión» de finales de julio), denunciando el acierto de un rey cobarde y mendaz (el «digno compañero Vittorio»), cómplice de una «ingloriosa huida a tierras seguras».

24 Cfr. el mío «Il diritto all'aperitivo, ovvero: una (micro) meta-ricerca sulle curiosità della dottrina giuspubblicistica in tempi di pandemia», en *Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, 2 vols, Egea, Milano, 2023, II, pp. 281 ss., trad. esp. «Derechos y nada más: Los silencios de la doctrina jurídica en tiempos de pandemia», en GARCÍA BELAUDE, D., PAIVA GOYBURU, D. (eds), *Derecho y docencia como vocación. Libro homenaje a José F. Palomino Manchego*, Adrus, Lima, 2022, p. 277 ss. Comentando más de 2.000 libros y artículos —a pesar de la buena fe de cada autor en defender los derechos— se puede deducir que sólo unos veinte autores se han detenido en temas como igualdad, deberes, solidaridad y comunidades más débiles, que han sido dejadas al margen o ignoradas. Las pocas excepciones son limitadas a algunos escritos acerca del impacto del covid sobre el llamado Sur del mundo. Y en política, sólo uno de los 168 parlamentarios italianos que intervinieron en el debate de la Cámara de Diputados sobre el Covid recuerda los deberes y la solidaridad, todos los demás sólo las competencias y, sobre todo, los derechos: v. MARANGELLI, A., «Diritti (tanti), doveri (pochi) nel dibattito parlamentare italiano sull'emergenza sanitaria», en *Dirittifondamentali.it*, n. 3, 2021, p. 413 ss. Se puede llegar a conclusiones generales, sin interferencia en el valor de cada contribución, sea de los investigadores, sea de los parlamentarios: al final, esta «orgia de derechos humanos», como la define Rescigno, hace que se olvide que el hombre vive también de solidaridad comunitaria. [Cfr. RESCIGNO, G.U., «La teoria costituzionale di Luigi Ferrajoli», en *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2008, p. 3. La frase de Rescigno la evoco también en «Iper-costituzione, decostruzione della Stufenbau e nuovi criteri legittimativi del diritto», en *DPCE online*, n. especial 2021, p. 9 ss.]

No es raro que los conflictos económicos, políticos y sociales se reflejen en distintas corrientes musicales opuestas. Al igual que en la sociedad, el pluralismo se refleja en la música.

Pienso, por ejemplo —siguiendo en suelo ruso— en el papel de Rimsky Korsakov, cuya familia reaccionaria evoca tantas veces Trotsky en su incomparable *Historia de la Revolución Rusa*. Todo apunta entonces a las conexiones culturales entre el derecho ruso *ante, apud y postrevolución*, y la Ilustración, las doctrinas políticas, el derecho francés. No es casualidad que la *Marsellesa* y la *Internacional* acompañaran la lucha, incluso en la sinfonía antes mencionada. (Menciono también la película *Reds*, dedicada a esos «días que sacudieron el mundo», donde se cantan las dos canciones). De nuevo: pienso en las conexiones entre el impresionismo musical ruso y el francés (Musorsky y Ravel, por ejemplo), y los correspondientes vínculos con la cultura jurídica francesa. *Ancièn régime* y revueltas revolucionarias (en Rusia desde 1905) se contraponen y se acompañan de una música a su vez contrapuesta.

La ópera también es emblemática en este sentido, y se asocia —en determinadas etapas de su evolución— al nacimiento de las reivindicaciones nacionales y a la construcción de las identidades de los nuevos Estados (véase Verdi en Italia), e incluso más tarde nutre los fundamentos culturales del nacionalsocialismo (Wagner)²⁵.

La gran temporada de ópera forma parte del Romanticismo, y en este punto la conexión con la Escuela Histórica, y su conflicto con el racionalismo de origen francés, es inmediata. (La *Tercera Sinfonía* de Beethoven —la «Eroica»—, plenamente en la corriente romántica, está, sin embargo, dedicada a Napoleón); y también puede señalarse el papel de J. Grimm, famoso autor de cuentos de hadas ambientados en el bosque, y al mismo tiempo, junto con Savigny, Puchta, Hugo, Eichhorn, Beseler, etc., distinguido estudioso de la *historische Schule*). Y muchas otras cosas que el espacio y el tiempo nos impiden siquiera mencionar.

La respuesta a la pregunta inicial es probablemente obvia y banal: diferentes épocas y lugares y estilos/géneros (ópera, música popular, rap, musicales, etc.)²⁶ no producen todos siempre y de verdad el mismo conjunto de valores compartidos por el consorcio humano; en el pluralismo que caracteriza a toda sociedad, son el producto contingente de necesidades que surgen cíclicamente en el tiempo y el espacio.

5. Entrelazamiento con otras ciencias o expresiones

Una reconstrucción exhaustiva de la relación entre música y derecho requiere la contribución indispensable de otras ciencias, disciplinas, géneros, artes, concepciones filosóficas y religiosas. Elijo destacar su importancia no mediante una reconstrucción en profundidad, sino más bien —como a veces he hecho hasta ahora— mediante referencias extemporáneas, ejemplos y anécdotas.

5.1. Geografía, música y derecho

Sobre la relación entre geografía y derecho, me remito a varios estudios de M. Nicolini, el más reciente *Legal Geography: Comparative Law and the Production of Space*²⁷, y me limitaré a una breve referencia a la relación entre música/derecho en la montaña y el mar.

La altitud trae consigo una carga de aislamiento y, si se quiere, de tristeza en la música. Hasta un cómico italiano como P. Villaggio se dio cuenta de ello, señalando que incluso la famosa canción *La Valsugana* empezaba con optimismo «mamá está bien»), pero enseguida las estrofas anunciaban que «Papá está enfermo y mi ben partió soldado». Pasando a los Andes, «*El cóndor pasa*» —que hicieron famosa Simon & Garfunkel— atormenta la paz de los visitantes en todos los puntos turísticos de Perú, quitándoles la alegría de vivir, y sirviendo de contrapeso a la adictiva música negra de Eva Ayllón —¡cuánto evoca la música haitiana!— o a la serenidad e ironía de las canciones de Chabuca Granda.

25 Cfr. ABBIATI, F., *Storia della musica*, Garzanti, Milano, 1971, p. 217.

26 BALKIN, J.M., LEVINSON, S., «Interpreting, Law and Music...», *op. cit.*

27 Springer, Cham, 2022.

Los sonidos del Caribe son todos diferentes: el mar trae consigo apertura, horizontes, alegría. Y su derecho también es diferente. Allí nace el derecho internacional, que mira al conjunto de la humanidad, mientras que el derecho de las montañas es el derecho de las tradiciones locales, el derecho ctónico por excelencia, y cada valle tiene sus propias «reglas» (como se define el derecho de las comunidades de Belluno, Trentino y Süd Tirol)²⁸. Las islas, pues, tienen cada una su propia música, como también tienen su propia ley. Están, en efecto, «aisladas». Pero es curioso que haya algo en la música que las une —véase la colección *Islands*, también de Putumayo Records—, como lo hay en la organización institucional y la disciplina de las relaciones internacionales. No son pocas las conferencias y congresos dedicados en diversos países del mundo al derecho insular²⁹.

En la tradición italiana, la música de montaña se identifica a menudo, aunque no siempre, con la música de los *Alpini*³⁰. Montaña y guerra se funden, y también los valores subyacentes. Valores tradicionales, pero también repulsión e incluso subversión. En una película sobre la Gran Guerra³¹, Renato Pozzetto —otro cómico— canta la conmovedora y bella y subversiva *Addio padre e madre addio*, y el oficial se aleja correctamente del escenario provisional de la trinchera, pero lo deja estar. Entre sus estrofas, figura también la acusación contra la retórica de clase y de generación de la que eran víctimas los obreros y campesinos enviados a morir a las montañas: «malditos sean los jóvenes estudiantes que estudiaron y la guerra querían» Conflictos entre clases sociales, así como entre normas y valores. Vinculando la canción a la décima musa, se puede hacer referencia a la destructiva, dolorosa y lacerante película *Uomini contro*, protagonizada por G. Volonté, M. Frechette y A. Cuny, basada en la novela del padre constituyente italiano E. Lussu, que ofrece las coordenadas para interpretar el conflicto bélico, el conflicto social, así como la primera posguerra y el nacimiento del fascismo. Así como la magnífica *La grande guerra*, de M. Monicelli, con V. Gassman y A. Sordi.

5.2. Léxico, música y derecho: himnos nacionales; palabras y traducciones

Mis recuerdos de la escuela primaria y secundaria me ofrecen una cartografía del mundo dibujada principalmente en rosa, azul claro, azul oscuro, pintando las conquistas coloniales de los distintos países. Los nombres de los Estados y capitales que recuerdo de memoria son los de la colonia. Con los procesos de liberación de la segunda mitad del siglo XX, todo cambió. Los nombres son nuevos y me pierdo en ellos. Pero las nuevas constituciones y leyes no suelen cambiar los himnos. ¿Por qué? ¿Qué tiene la música que es diferente, evocadora, simbólica, comparada con el nombre de un país o de una capital?

Recientemente se informó de que el presidente estadounidense Trump, así como apoderarse de Panamá y Groenlandia, y posiblemente Canadá, quiere devolver a la montaña más alta del país (6.190 m), que Barack Obama había rebautizado Denali, o «Gran montaña» en la lengua de los nativos atabascanos koyukon, el nombre de «monte McKinley», en honor del presidente que en el cambio de los dos últimos siglos patrocinó quizá más que ningún otro los derechos de aduana, el proteccionismo y el cierre. También propuso cambiar el nombre del Golfo de México. Otros —hablo de la política italiana— prefieren innoblemente llamar «carga sobrante» a los seres humanos en busca de un futuro, palabras que les privan de humanidad. Quienes quieren esclavizar o deportar a los pueblos, o conquistarlos, lo primero que hacen es quitarles la identidad a las personas y a los lugares.

28 Véase el citado número monográfico de *Rev. gen. der. públ. comp.* n. 26, 2024, sobre montañas y derecho.

29 Véase también, sobre los microestados, que a menudo son islas, BERTOLINI, E., *I micro Stati*, Bup, Bologna, 2019. En la bella y algo inquietante isla de La Gomera, en Canarias —percibimos su carácter mágico y casi sobrenatural—, la música es lenguaje, y el silbo musical era la forma de comunicación entre las distintas comunidades divididas por los barrancos que esculpen el volcán. No se pasaba sino por mar (o subiendo y bajando del volcán) de un sector a otro (al menos en el pasado; ahora hay hermosas carreteras que permiten la comunicación, aunque entierren al mismo tiempo el patrimonio cultural).

30 Tropas de montaña especializadas del Ejército italiano, especialidades de la infantería, que se distinguieron durante la Primera Guerra Mundial en la sangrienta defensa de la frontera nordeste con Austria-Hungría, y en la Segunda, recordadas sobre todo por la trágica retirada de Rusia.

31 Una película seria y no mala, pero con un título feo, «Porca vacca».

¿Y la música? Con el fin de incluir los miles de años de historia aborigen en la letra, a partir de 2021 se introdujo un cambio en la primera estrofa del himno nacional australiano: de «Australians all let us rejoice, for we are young and free» («Alegrémonos todos los australianos, porque somos jóvenes y libres») a «Australians all let us rejoice, for we are one and free» («Alegrémonos todos los australianos, porque somos uno y libres»).

Irelands Call, a su vez, es la canción utilizada como himno nacional en ciertos acontecimientos deportivos que representan a toda la isla de Irlanda, dividida por las encarnizadas luchas entre la República y el Ulster sólo atenuadas por el Acuerdo de Viernes Santo en 1998, pero que en el deporte —especialmente el rugby, pero también el hockey, el críquet y otros deportes que representan a la isla en su conjunto— marcan el borrado de fronteras y no sólo la afirmación de identidades: católicos contra protestantes, ricos contra pobres, Norte contra Sur, etc.

Yeltsin suprime el maravilloso himno ruso, pero Putin, más astuto, lo restaura sólo cambiando la letra. En Italia hay polémica por el cambio que el coro de niños hace, con motivo de la Expo de Milán, a las últimas palabras del himno italiano: «siam pronti alla vita» («estamos preparados para la vida»). (Y no «a la muerte»: ¡qué bonito!, digo yo). A cambio, nadie se queja si las jugadoras de la selección nacional de fútbol femenino cambian la letra del mismo himno y cantan «siam pronte alla morte» en lugar de «siam pronti». Obvio: el conflicto de género y la lengua hace tiempo que fueron absorbidos, mientras que el conflicto generacional (los «derechos de las generaciones futuras») sigue confinado en el limbo, hasta el punto de que muy pocas Constituciones lo mencionan o, menos aún, lo reconocen.

En América Latina, el carácter bélico, a menudo truncado de los himnos nacionales se refleja incluso en los himnos de las universidades, todos ellos marchas militares llenas de ritmos y valores retóricos heredados tanto del colonialismo como de las reivindicaciones independentistas.

Otro perfil que merece atención es el del cisma entre la trama musical y los textos que la llenan. Como profano, siempre he sentido lo que a menudo me parece una verdadera fractura entre la altura artística de la música de una ópera y la banalidad del libreto. No es casualidad que los compositores sean bien conocidos y los libretistas mucho menos. A menudo, en el mundo musical, se percibe esta brecha entre música bella y palabras feas, o a la inversa, entre palabras bellas y música fea. A esto hay que añadir al intérprete. Los compositores son a menudo buenos poetas y músicos, pero malos o mediocres cantantes (¡y muchas veces lo admiten!). Del mismo modo, las buenas intenciones de los legisladores deben ir acompañadas de un buen libreto (*drafting* legislativo), de lo contrario el intérprete hace lo que quiere³².

Otra vertiente del mismo problema se refiere a la ciencia de la traducción, y vuelve a plantear el problema de los formantes. No sólo está la dificultad de cómo entender e interiorizar ritmos y cadencias ajenos, extraños (los que salen del pentagrama)³³, cuando no hay palabras en la música; sino, cuando hay palabras (por ejemplo, en las canciones populares, o en la ópera, y hasta cierto punto en la música clásica³⁴), cómo conciliar la música y las palabras y captar su significado. El impacto del lenguaje nunca es siempre el mismo. Un ejemplo bastante banal es

32 En el pasado, me he ocupado del contexto, el texto y la interpretación (así como en los mencionados «talleres» sobre redacción legislativa, y en diversos cursos especializados), especialmente en *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988; «Semplificazione del linguaggio e tecniche di redazione degli atti», en VANDELLI, L., GARDINI, L. (eds), *La semplificazione amministrativa*, Maggioli, Rimini, 1999, p. 183 ss. y en AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, 2 vols, Cedam, Padova, 2001, II, p. 1109 ss.; «Il problema della certezza del diritto come problema costituzionale», en PEGORARO, L., PORRAS NADALES, A. (cur.), *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, Stati, enti territoriali – Calidad normativa y técnica legislativa. Europa, Estados y entidades infraestatales*, 2ª ed., Clueb, Bologna, 2006, p. 53 ss.; «Osservazioni sul progetto del Governo portoghese per una migliore qualità degli atti normativi», en *Estudios en homenagem ao prof. Doutor Joaquim Moreira Da Silva Cunha*, Fac. de Direito da Un. de Lisboa, Lisboa, 2005, p. 529 ss.; «Certezza del diritto e diritto costituzionale. Comparazioni diacroniche e sincroniche sui testi normativi», en *Rev. Latino-Am. Estudos Const.*, n. 20, 2017, p. 91 ss.

33 V. *supra*, § 2.2.

34 Por ejemplo, por hablar de cosas conocidas, el cuarto movimiento de la *Novena Sinfonía* de Beethoven «Coral», sobre un texto de Schiller, o incluso, menos conocida, su *Fantasia coral en do menor*.

la conocida *My way* que Frank Sinatra dio a conocer al otro lado del Atlántico, cuya música era la maravillosa canción francesa *Comme d'habitude*, escrita por Jacques Revaux con música de G. Thibaut y Cl. François, pero cuya letra, totalmente diferente, nunca habría calado en la América anglosajona.

5.3. Música y doctrinas políticas: el conflicto entre individualismo y comunitarismo

El tema del conflicto entre individualismo y comunitarismo es rico y prometedor. Por ejemplo, la música de rebelión estadounidense de posguerra de los años sesenta en adelante está impregnada del libertarismo individualista que es el telón de fondo de las doctrinas traídas por los Padres Peregrinos y reflejadas en ese constitucionalismo (después de Baez y Dylan, los Doors, Grateful Dead, CSN&Y, Jefferson Airplane, Zappa, etc., y en la otra costa las bandas de Greenwich Village, Velvet Underground y Lou Reed, etc.). La música sigue tenazmente anclada en la misma visión expresada en la Constitución. En Europa, en cambio, la «socialdemocratización» del constitucionalismo va acompañada de una música con conciencia social, expresada por cantautores franceses, italianos, españoles, etc., así como por las letras y notas de muchos autores y grupos de pop y rock (por ejemplo, los Modena City Ramblers, pero ése es sólo un nombre entre muchos), e incluso por una cierta sindicalización y compromiso político de muchas orquestas y directores y músicos (Abbado, Muti, Pollini).

La globalización y la asombrada adhesión de la doctrina constitucionalista a la única clave que justifica/enmascara su omnipresencia prepotente y desigualitaria —los derechos— se manifiesta en el plano musical en la desvinculación generalizada en los últimos tiempos de los temas sociales, en beneficio de las reivindicaciones individualistas, aunque se traduzcan en términos de derechos, o en el abandono tanto de los temas individualistas como de los sociales, en beneficio de los sentimientos (que siempre subyacen en la música de todos los tiempos y lugares).

Sin embargo, el entrelazamiento de individualismo y comunitarismo también puede verse en otros lugares. Me viene a la memoria la banda sonora de *El día más largo* (del libro de Cornelius Ryan sobre el *D Day*), en la que a la apertura con las primeras notas de la *Quinta Sinfonía* de Beethoven le sigue la apasionante marcha triunfal que es el *leitmotiv* de la película, y el sacrificio del individuo («el destino llamando a la puerta») vale más que los inmensos valores que representa el desembarco, que pesan más que las tragedias personales. De nuevo, comunidad e individuo, que en la guerra desaparece y ve borrados los derechos personales.

5.4. Música, derecho y geopolítica; marginación y discriminación del «enemigo» (los extranjeros)

La discriminación y la marginación son temas cruciales hoy en día, ante la bestial desigualdad entre el Norte y el Sur del mundo, la intolerancia hacia quienes intentan escapar de ella, las políticas de deportaciones que, perfeccionadas durante los años del nazismo (con la complicidad de los fascistas de Italia y la Francia de Vichy así como de otros países), son seguidas en los últimos años con (afortunadamente no tanta pero suficiente) inhumanidad con deportaciones de migrantes hacia el Este (Albania para Italia o, en la propuesta de Trump para los palestinos, Jordania) o el Sur. (Basta evocar para EE. UU. los acuerdos con El Salvador, donde las *lagers* funcionan a las mil maravillas, o para el Reino Unido algunas viejas colonias). Por otro lado, a los que quedan se les niegan los aclamados llamados derechos humanos, o al menos una parte de ellos, en los que siguen apoyándose los juristas, con una orgía de libros, conferencias, cursos, másteres, etc., por que representan la hoja de parra con la que tapan la vergüenza de la discriminación sustantiva y ocultar el conflicto de clases (ya no obrero/jefe sino Norte/Sur)³⁵.

En los últimos tiempos, la música no ha sido insensible a este tema, retomado por diversas corrientes: desde el rap al reggae pasando por los cantautores. Las numerosas contribuciones presentadas en el citado congreso de Como, sin embargo, no atestiguan la centralidad del tema

en el debate político, jurídico y social, aunque sí contribuyen a señalar la repulsa de una parte (minoritaria) de la sociedad y de la cultura hacia las soluciones adoptadas en muchos países, donde la política (y las leyes) identifican a los que huyen de la guerra y del hambre como el único enemigo real³⁶.

5.5. Religión y música

La música religiosa ha marcado la historia de la humanidad, y todavía se cruza e impregna la música del Sur Global, donde el derecho no está separado —como en Occidente— de las categorías religiosas. Un amigo jurista y músico, Luca Piccini, clausuró mi tercer taller estudiantil sobre «música y derecho» con una hermosa charla sobre la música de la (re)conquista de los Reyes Católicos en el Sur de mi España: a la música alegre, multicultural y viva de las tres culturas del islam, el judaísmo y el catolicismo (Sevilla sigue llamándose a sí misma la ciudad de las tres culturas), los Reyes Católicos sustituyeron —acompañados por la Inquisición— la música sombría y tenebrosa del monoculturalismo (que, por otra parte, había encontrado expresiones sublimes en el canto gregoriano). Los editores musicales, a diferencia de los juristas occidentales, no pasaron por alto este aspecto, como atestigua una hermosa colección titulada «*Pecadores y santos*», dedicada por el «Ensemble Chominciamento di gioia» al amor sagrado y al sentimiento popular en la música medieval italiana y española³⁷.

6. Conclusiones: música, derecho, investigación

Mientras que la vertiente de estudios sobre literatura y derecho es copiosa, como lo son los de historia y derecho y geografía y derecho, muy poco se ha dicho hasta ahora sobre música y derecho. En el mencionado (y en sí mismo meritorio) congreso de Como sobre «Música y Derecho», prevalecieron los intereses circunscritos entre los numerosos participantes (en su mayoría jóvenes): un gran número de intervenciones se detuvieron en los «buenos sentimientos» expresados por canciones o autores concretos, para marcar su relación con la defensa jurídica de los derechos. Sin embargo, los vínculos con el mundo, la historia, el tiempo y el espacio, las distintas artes y ciencias, los distintos derechos y la música, las distintas intersecciones entre música y derechos, las transferencias, las imposiciones, las reacciones, fueron esporádicos.

Esto suscita una reflexión final sobre las tendencias actuales de la investigación en la universidad y su papel en el apoyo a la segmentación y el individualismo veteroliberal del siglo XIX, ahora de nuevo en boga con el aval de la academia. A estas alturas, ya no interesa la sinfonía, interesan las notas individuales³⁸.

En la película *Mozart, Salieri* (músico oficial de la corte, en la película vituperado quizá demasiado) y Mozart se enfrentan, y al Emperador no le gusta el estreno de la *Zauberflöte*, si no recuerdo mal, acusando a Mozart de haber puesto «demasiadas notas» (salvo que era en alemán y no en italiano, como exigían las reglas). A lo que Mozart reaccionó, rompiendo la etiqueta, preguntando a Su Majestad qué notas tenía que quitar. La moraleja es que una obra, una composición, no está formada por notas individuales, sino por su conjunto. Otro caso que recuerdo se refiere a Schubert y su maravillosa *Sinfonía n. 8 «Inacabada»*. Se llama así porque no respeta el modelo: no es una sinfonía si sólo tiene dos movimientos. El nombre lo certifica, tiene que ajustarse al modelo (como en el caso del bueno y el malo de la anécdota de Jerome, citada anteriormente).

Sin embargo, la música atestigua una capacidad infinitamente mayor que el derecho a aceptar el progreso y la búsqueda de nuevas metas. Las «vanguardias» se suceden y, aunque tardan años

36 Remito a mis artículos: «Seguridad: un pseudo-valor frente a los valores del Estado democrático de derecho», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J. (ed.), *Democracia y seguridad. Respuestas para avanzar en el sistema público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 21 ss.; «La identificación del enemigo en el marco de la propaganda en defensa de los valores euroatlánticos», en WONG MERAZ, V.A., CABANAS VEIGA, M., ALDRETE ACUÑA, C.Y. (eds), *Las ciencias constitucionales y su relevancia en el siglo XXI. Estudios en homenaje a Javier Ruipérez Alamillo*, Colex, A Coruña, 2023, p. 85 ss.

37 Libera Informazione ed., 1997.

38 V. § 4 y nota 24.

y décadas en consolidarse, cambian los contenidos. Su ventaja es que utiliza categorías dúctiles, difusas, impalpables, emocionales, intercambiables, matizables, que se adhieren a la realidad.

El Derecho no: absorbido por el culto al formalismo —que resume en la identificación de forma y justicia— y por el individualismo llevado al extremo en nombre del individuo, incluso en sus manifestaciones periféricas se pliega a los deberes de la forma. Lo importante es que todos puedan participar y, para evitar abusos de poder, es necesario «formalizar». Por eso, incluso en un concurso, o incluso para asistir a un congreso, lo que cuenta no es lo que uno dice, sino que cumpla las condiciones formales (número de páginas, resumen o artículo evaluado por un doble ciego, clase de revista comprobada, reconocimiento oficial, incompatibilidades no presentes, medianas, algoritmos, etc.). (Poner el número de notas prescrito por las normas).

Las consecuencias prácticas están a la vista: los pobres jóvenes juristas y comparatistas apasionados por su oficio, en el que creen con entusiasmo, se ven obligados a escribir —¡cualquier cosa!— para cumplir unas normas formales vergonzosas, sin tiempo para aprender y metabolizar, para poder añadir una pequeña idea nueva a sus conocimientos. Escriben a toda prisa, obligados por nosotros, y lo hacen muy bien, pero les hemos privado de la posibilidad de encuadrar, de evaluar con calma, de escuchar y de *pensar*.

El embajador estadounidense en Italia, John Volpe, de familia de origen veneciano (hace muchos años), cuando le preguntaron qué le había enseñado su abuela para acompañar su elección de entrar un día en la diplomacia, respondió: «esta frase: antes de hablar, callate».

Cineca o Anvur —la agencia italiana— o Asn —el sistema nacional italiano de evaluación del profesorado— representan buenos ejemplos de esta actitud (como lo son, por desgracia, otras iniciativas, conferencias y «escuelas», donde uno solía ir a aprender, sobre la base de un programa general, que en lugar de ofrecer la posibilidad de aprender hoy en día en su mayoría sólo ofrecen oportunidades ocasionales de actuar), lo que me da cierto pesar por haber dedicado una vida a la ciencia jurídica; en retrospectiva, habría hecho mejor en dedicarla a la música.

HOMENAJE A ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA. SU CONTRIBUCIÓN AL FEMINISMO JURÍDICO Y CONSTITUCIONAL

Teresa Peramato Martín

Fiscal General del Estado

No voy a caer en el tópico de decir que Ángela es una mujer brillante y que ha alcanzado la excelencia jurídica (lo que es verdad) pero si me voy a atrever a poner en valor su indispensable contribución al feminismo jurídico y al Derecho Constitucional de género.

Conocí a Angela hace ya tiempo y hemos compartido momentos académicos y profesionales entrañables, además de origen y formación. Yo también me formé en enseñanza pública, también fui a un instituto femenino (la educación entonces era segregada) y también tuve el privilegio de estudiar en la Universidad de Salamanca; estoy segura de que ambas nos sentimos salmantinas hasta la médula, pero sobre todo somos mujeres. Mujeres feministas y demócratas, cualidades sin duda intrínsecamente relacionadas.

1. Feminismo/s. Evolución

En un acto sobre Mujeres y Derechos, Meritxel Batet dijo que el feminismo es justicia, es libertad, es igualdad, es emancipación, en definitiva, el feminismo es democracia. Para mí una de las mejores definiciones que he escuchado.

Sin duda el feminismo es justicia, pero y pese a ello, es inobjetable que la relación entre el Derecho y el pensamiento feminista es y ha sido muy complicada por el carácter androcéntrico del Derecho y por haberse erigido éste en una herramienta patriarcal que ha contribuido a perpetuar la dominación del hombre y lo masculino sobre la mujer y lo femenino.

El feminismo, o mejor dicho los feminismos, se han caracterizado por ser muy reivindicativos frente a ese posicionamiento de supremacía masculina en todos los órdenes de la vida. Desde el movimiento sufragista y la lucha por el derecho a la educación de mediados del siglo XIX y principios del XX hasta la actualidad, han sido muchas las mujeres con las que las sociedades actuales y, sobre todo las mujeres del siglo XXI, tenemos una gran deuda que pasa, no solo por el reconocimiento a sus logros sino, y lo que es más importante, por la obligación que tenemos y debemos asumir de seguir luchando para no retroceder, para no perder lo conseguido y seguir avanzado en aquellos espacios en los que aún la igualdad no es una realidad; de tener conciencia crítica y activa sobre el estado actual de los derechos conquistados por los movimientos feministas, especialmente en el ámbito jurídico y social; a mantener viva nuestra militancia sin descanso y a estar vigilantes y no conformarnos con lo conseguido. Es nuestra responsabilidad.

En esa ardua tarea, con seguridad difícil pero apasionante, contamos con mujeres referentes indispensables que desde diversas disciplinas han luchado para que hoy contemos con un nivel de derechos impensable apenas hace unas décadas; con pensadoras que han arrojado luz y puesto negro sobre blanco las desigualdades más sutiles y aparentemente indetectables y que han desvelado con ojo crítico las herramientas de que se ha valido el patriarcado para mantenernos en

ese estatus de subordinación y discriminación siendo, sin duda alguna, el derecho una de las fundamentales. Mujeres intelectuales, en definitiva, que nos han despejado el camino para revertir la situación haciendo nuestra lucha más llevadera.

A lo largo de la historia muchas son las que han luchado por impulsar la toma de conciencia individual y colectiva, buscando la igualdad de derechos y la liberación de la opresión patriarcal, provocando el nacimiento de ese movimiento político y social que después se llamó feminismo y que se sitúa en el siglo XVIII, aunque nuestra lucha tiene referentes muy anteriores, como Guillermina de Bohemia, que en el siglo XIII creó una Iglesia de Mujeres y que podría ser considerada una precursora de la teología feminista que busca reinterpretar las religiones desde una perspectiva de género y emancipar a las mujeres de la estructura eclesiástica patriarcal; o Chirstine Pizan autora del *Tesoro de la Ciudad de las Damas* (1405) y *La Ciudad de las Damas* (1405), ambos de exclusiva temática femenina, en los que se pronuncia contra la denigración de la mujer y reivindica la necesidad —y el derecho— a la educación.

No obstante, el nacimiento del feminismo —lo que conocemos como primer ola— se sitúa a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, con la aparición de figuras como Mary Wollstonecraft, que con sus obras luchó por la igualdad de derechos de mujeres y hombres y en concreto por el derecho a la educación¹, y con la Convención de Seneca Falls, en 1848, que culminó con la adopción de la Declaración Seneca Falls, también conocida como la «Declaración de Sentimientos» poniendo en evidencia la discriminación a que estaban sometidas las mujeres y exigiendo el reconocimiento de derechos civiles, políticos y sociales, incluyendo el controvertido derecho al voto.

En España fue una pionera del feminismo Concepción Arenal que destacó por su defensa de la educación libre para las mujeres y su participación en profesiones que nos eran prohibidas. En sus numerosas obras² reivindicó la educación libre e igual de la mujer con la finalidad de romper «esa cadena de errores que nos sujetaba á la ignorancia; la ignorancia que engendra la preocupación, que abigarrá el carácter, que degrada el ser moral, que sofoca el pensamiento, que aniquila la inteligencia, que seca las fuentes de toda inspiración grande y generosa»³. Puso en evidencia las graves contradicciones, tanto sociales como legales, en los ámbitos religioso, civil y en el de la familia, que lejos de la razón y de la lógica colocan a la mujer en un plano de absoluta subordinación y de negación de sus derechos. Permítanme reproducir uno de esos absurdos e incoherencias a que aludió Concepción Arenal que sigue siendo actual y es muy significativo: la mujer no puede acceder al sacerdocio pues, aunque «puede ser madre de Dios...puede ser mártir y santa ... el hombre que la venera sobre el altar y la implora, la cree indigna de llenar las funciones del sacerdocio».

Aunque Concepción Arenal destacó por la reivindicación de la igualdad de derechos, no abordó el derecho al voto de las mujeres. Este derecho en nuestro país fue reconocido por primera vez en la Constitución Española de 1931 y se consiguió gracias a la intervención, tenacidad y pasión de Clara Campoamor —primera diputada de la historia española— en la Cámara de los Diputados que, en contestación a Victoria Kent y para reivindicar ese derecho, pidió que no se apartara a la mujer española de la República, de la que espera «la redención suya y la redención del hijo. No cometáis un error histórico que no tendréis nunca bastante tiempo para llorar al dejar al margen de la República a la mujer, que representa una fuerza nueva, una fuerza joven». Clara Campoamor, que era presidenta de la Unión Republicana Femenina, luchó, además, por la incorporación en la Constitución de otros derechos —la igualdad en el matrimonio y el derecho al divorcio y la igualdad jurídica de los hijos e hijas nacidos dentro y fuera del matrimonio (art. 43)— que, junto con el del sufragio universal, supusieron un gran avance en el estatus civil y político de la mujer, estableciendo así un marco holístico y global para la igualdad que trasciende el ámbito electoral.

1 A Vindication of the Rights of Woman: with Strictures on Political and Moral Subjects.

2 La mujer del porvenir (1869); La mujer en su casa (1881), El estado actual de la mujer en España (1884), El trabajo de las mujeres en 1891, entre otras

3 Concepción Arenal. La mujer del porvenir (1869) y El trabajo de las mujeres (1891) Artículos sobre las conferencias dominicales para la educación de la mujer, celebradas en el Paraninfo de la Universidad de Madrid. Discurso inaugural, leído por el Sr. D. Fernando de Castro. —Conferencia del Sr. I). Joaquín María Sanromá Sobre la educación social de la mujer. Pág 122 y ss. MADRID, 1969. Oficina tipográfica del Hospicio.

La segunda ola del feminismo, que se sitúa en los años 60, se caracteriza por la lucha por la igualdad en áreas tan importantes para la mujer como son la sexualidad, la familia, el trabajo y la reproducción, reivindicando la igualdad salarial, el acceso a la anticoncepción y el aborto, la erradicación de la violencia de género y la defensa de la autonomía sexual de las mujeres. En esta segunda ola destacaron, entre otras muchas mujeres, escritoras como Virginia Woolf que puso el foco en los estereotipos femeninos que impiden el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres y perpetúan la subordinación y la discriminación, o Simone de Beauvoir que en su «Segundo sexo» nos llevó a plantear la necesidad de reconquistar nuestra identidad específica superando las construcciones estereotipadas sobre la condición de mujer.

Celia Amorós y Amelia Valcárcel, en los años 60 y 80, cuestionaron el rol tradicional de la mujer y defendieron la emancipación económica y en su identidad personal y social. Sin querer desmerecer a ninguna de estas dos figuras tan relevantes en el feminismo español, me parece imprescindible recordar cómo Celia Amorós, una de las teóricas más importantes en el llamado «feminismo de igualdad», con su ensayo «Hacia una crítica de la razón patriarcal» (1985) reivindicó una posición crítica por parte de las mujeres frente a esa sociedad androcéntrica que nos oprime y discrimina. *«Las mujeres tenemos todavía mucho que pensar y dar que pensar para salir del lugar de lo no-pensado. Del lugar del no-reconocimiento, de la no-reciprocidad, por tanto, de la violencia. El feminismo, como todo proceso emancipador, es fuente de pensamiento interpretativo, suministra nuevas claves de desciframiento de lo real en tanto que es un proyecto de reconstrucción de la realidad social sobre la base de nuevos e insólitos pactos... Pactos donde lo pactado —y, por ende, lo excluido como sujeto activo del pacto— no fueran las propias mujeres como genérico. Una sociedad, en suma, no constituida por pactos patriarcales...»*⁴.

El movimiento feminista ha seguido avanzando sin descanso para incluir —tercera ola— la perspectiva interseccional en el análisis de la situación de la mujer en la sociedad, encontrándonos en la actualidad en la cuarta ola que caracteriza al feminismo por ser un movimiento de masas global e intergeneracional, impulsado por las redes sociales, y por la denuncia y lucha por la erradicación de la violencia de género, la cosificación del cuerpo de la mujer, la explotación sexual y la desigualdad social. Sin duda en esta última etapa destacan como luchadoras incansables Pilar Aguilar Carrasco, Luisa Posada Kubissa, Rosa Cobo Bedía y Alicia Miyares Fernández.

Conviene no dejar de mencionar la incorporación de hombre en la lucha feminista, hombres conscientes de su responsabilidad en la creación y mantenimiento del orden patriarcal y que proponen el abandono de las masculinidades hegemónicas⁵ y la construcción de nuevas masculinidades defendiendo la igualdad de género, la expresión emocional y la empatía —cognitiva y afectiva—, la corresponsabilidad y el rechazo a la violencia, rompiendo con los estereotipos tradicionales. En España sin duda entre ellos destacan, a nivel individual, Miguel Lorente Acosta y Octavio Salazar Benítez y ello sin olvidar a las asociaciones de hombres igualitarios.

2. Feminismo jurídico y feminismo constitucional. Derecho Constitucional de género y constitucionalismo feminista

El Derecho, pese a que, además de ser un instrumento de ordenación social es «un sistema configurador de formas de vida y de relación... creador de modelos, de principios y de valores»⁶, no es neutral, precisamente y entre otras razones, por esa perspectiva androcéntrica que excluye e invisibiliza a las mujeres, característica frente a la que lucha el feminismo jurídico con el objetivo de transformarlo desde un enfoque de género, interseccional y de derechos humanos.

Sin duda Clara Campoamor fue un precedente insoslayable del «feminismo jurídico» cuyo nacimiento se sitúa en EEUU en los años 60 y en España con la promulgación de la Constitución

4 Celia AMORÓS. «Notas para una teoría nominalista del patriarcado», *Asparkia. Investigació feminista*, núm. 1, 1992, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón.

5 R.W CONNELL, En *Masculinidades* argumenta que no existe una sola masculinidad, sino muchas masculinidades diferentes, cada una asociada a diferentes posiciones de poder.

6 Ana M.ª RUBIO CASTRO (1995). «Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?» *Derechos y Libertades*. Págs. 259 a 286. Dianlet. Pág. 268.

Española de 1978 en la que se reconoció la igualdad jurídica y la prohibición de toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14), cuya operatividad se consigue solo teniendo en cuenta que también la CE impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2): esta función es la que legitima al legislador para introducir diferencias de trato fundadas en motivos de equiparación ante situaciones de desigualdad desfavorable⁷.

Por ello precisamente, dentro de ese feminismo jurídico cobra una especial importancia el «feminismo constitucional» y el «constitucionalismo feminista», en los que destaca, más allá del ámbito universitario, Ángela Figueruelo.

Ángela se doctoró con la tesis *«El recurso de amparo en el marco del ordenamiento jurídico español»*, un magnífico trabajo que la hizo merecedora del Premio Extraordinario, y que, sin perjuicio de que la investigación se centró en aspectos técnicos del recurso, al tener este por finalidad la defensa de los derechos fundamentales nos permitió atisbar desde entonces la orientación de su trayectoria académica hacia el estudio e impulso de la igualdad real y efectiva. Fijense que ha sido precisamente el recurso de amparo, objeto de su tesis doctoral, el que en los últimos años ha permitido al Tribunal Constitucional pronunciarse en varias ocasiones sobre la necesidad de integrar el enfoque de género en la interpretación de las normas y en la aplicación del derecho⁸.

Ángela ha sido vicepresidenta 1.ª y vocal de la Junta Directiva de la Red Feminista de Derecho Constitucional, y quienes la conocemos podemos dar fe de su firme compromiso con la igualdad de género y la defensa de los derechos fundamentales, destacando por su postura crítica y constructiva del derecho constitucional con el objetivo de incorporar la perspectiva de género a esta rama del derecho, contribuyendo así al desarrollo del feminismo constitucional en España.

Es una de esas mujeres que con su activismo profesional y personal siempre se ha colocado a la vanguardia de la lucha por la igualdad efectiva entre mujeres y hombres dedicando en buena parte su actividad investigadora y docente, nacional e internacional, a la consecución de dicha igualdad, logrando, junto a otras mujeres constitucionalistas de primer orden de la escena actual⁹, que el derecho constitucional hoy sea la matriz jurídica para el reconocimiento de los derechos de las mujeres.

Ha prestado su pensamiento y su pluma al derecho, al feminismo y a la democracia, enarbolando la bandera de la igualdad —esa igualdad que «trasciende el plano de la práctica y se mezcla con el de la ética» y que «significa paridad en cuanto al tratamiento de la dignidad humana y por ello equivalencia en cuanto a los derechos fundamentales se refiere»¹⁰—; reivindicando la participación plena de las mujeres en la vida política y social como esencial de un buen funcionamiento democrático y denunciando las limitaciones de la democracia tradicional que enmudecen a las mujeres y opacan sus necesidades. Esas limitaciones que se materializan en la persistencia de desigualdades en el ámbito económico, político y social como son la brecha salarial, la feminización de los trabajos más precarios, la desigual distribución y asunción de tareas de cuidado y domésticas, los estereotipos y prejuicios de género, la violencia de género..., en definitiva, en múltiples y variadas formas de discriminación a las que aún hoy somos sometidas las mujeres.

7 SSTC 12/2008 de 29 de febrero; 59/2008 de 14 de mayo y 89/2024 de 5 de junio. Entre otras

8 SSTC 48/2024, de 8 de abril; 145/2024, de 2 de diciembre; 115/2024, de 23 de diciembre, 145/2024 de 2 de diciembre 54/2025 de 10 de marzo, entre otras. También se ha pronunciado este alto tribunal en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad sobre la constitucionalidad de los preceptos legales relativos a la perspectiva de género (89/2024 de 5 de junio).

9 Teresa Freixes; Mar Esquembre Cerdá; María Luisa Balaguer; Inmaculada Montalbán; Rosario García Mahamut, Ruth Rubio Marín, entre otras.

10 Ángela FIGUERUELO BURRIEZA. «Igualdad y no discriminación por razón de raza». En *Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos*. Aguilera Portales, Rafael Enrique Coordinador. UNAM

Además, conocedora de que para alcanzar la participación plena de la mujer en la vida política y social, es esencial la educación, que solo garantizando el acceso a la educación en condiciones de igualdad se gana en derechos y que esa educación debe ser de calidad, a ello ha prestado toda su vida Ángela en nuestra querida Universidad de Salamanca, excelente lugar para el debate y construcción del pensamiento crítico al que ha llevado su preocupación por la igualdad y la violencia de género dirigiendo el *Máster Universitario en Estudios Interdisciplinares de Género* de la USAL desde 2008, en el que analiza la situación de la mujer en el ordenamiento jurídico español e internacional y el papel de la mujer en los diferentes ámbitos de la sociedad (esfera familiar, laboral, salud, ciencia, política, etc.) y a lo largo de la historia, poniendo en valor la importancia de las mujeres en los procesos de construcción de la sociedad actual.

A Clara Campoamor le debemos el derecho al voto; a Concepción Arenal, además de su impulso en el acceso a la educación, el nacimiento del feminismo español; a Rosalín Petchesky el acceso equitativo a los servicios de salud sexual y reproductiva; a Ángela Figueruelo Burrieza, además de su brillante labor como docente, su contribución para la construcción de un constitucionalismo feminista, un feminismo jurídico crítico y el cuestionamiento de la neutralidad normativa.

Gracias, maestra. También estamos en deuda contigo, pero no nos podemos permitir el lujo de prescindir de ti aun a sabiendas de que nuestra deuda seguirá incrementándose. Necesitamos que sigas compartiendo tus pensamientos, tus reflexiones siempre constructivas e imprescindibles y las necesitamos para no retroceder y seguir avanzando hasta lograr esa igualdad por la que tanto has luchado. Para que nunca demos un paso atrás ni para tomar impulso. Bien sabes que no son tiempos para la lírica.

Inicias una nueva etapa que te traerá mucha felicidad seguro —ese es nuestro deseo— y te abrirá también con seguridad nuevas oportunidades para seguir a nuestro lado.

Deseo que seas muy feliz. Y no lo olvides, te queremos.

ESPAÑA ANTE LA AGENDA SOBRE LAS MUJERES, LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS (2000-2025): BALANCE CRÍTICO. LECCIONES EXTRAÍDAS Y PRIORIDADES PARA LA ACCIÓN PÚBLICA

Elena Peribáñez Blasco

*Prof.^a de Derecho Constitucional Comparado,
Centro de Estudios Universitarios CEDEU-Madrid*

Sean las primeras palabras de este texto para expresar mi gratitud a la profesora Ángela Figue-ruelo Burrieza, catedrática a quien rendimos homenaje hoy. Fue ella quien dirigió mi segunda tesis doctoral y cuya generosidad personal e intelectual ha marcado de forma significativa mi devenir académico estos últimos años. De ella aprendí que el Derecho Constitucional no es un mero reper-torio de conceptos inertes, sino una disciplina exigente al servicio de la sociedad, de su libertad y de la igualdad de todas las personas.

También me enseñó que todo análisis —jurídico o no— debe hacerse con un enfoque de género, arraigado en un feminismo inclusivo y atento a la pluralidad de experiencias. Su buen hacer nos recuerda que la docencia universitaria no es una mera transmisión de conocimiento, sino que debe hacerse de forma comprometida y también que puede hacerse destilando humanidad en cada gesto.

Por todo ello, este ensayo es, antes que nada, un reconocimiento sincero a su legado como aca-démica y a su trayectoria como feminista de una generación empeñada en abrir puertas y gene-rar espacios para el diálogo. Y entiendo que la mejor forma de hacerlo es continuar la tarea que compartimos: analizar de forma crítica y alzar la voz para transformar lo que sabemos injusto o mejorable.

1. Introducción

Se cumplen ahora veinticinco años de la aprobación de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Con ella surgió la denominada Agenda sobre Mujeres, Paz y Seguridad (MPS), que culminaba décadas de esfuerzos para incorporar la perspectiva de género en la prevención y gestión del ciclo de los conflictos armados que marcaron el inicio del siglo XXI.

La Resolución 1325, calificada por la propia ONU de «histórica», nació para ir más allá de un mero conjunto de declaraciones y convertirse en un paradigma operativo. Su objetivo inicial fue garantizar la atención y el respeto de los derechos humanos de las mujeres inmersas en conflic-tos armados, así como asegurar las reparaciones necesarias tras el fin de estos. Transcurrido un cuarto de siglo, la cuestión ahora no es ya si la Agenda MPS sigue siendo necesaria —lo es—, sino evaluar su eficacia y señalar posibles ajustes que incrementen su impacto real. La operatividad de esta agenda no se fortalece con discursos autocomplacientes, sino con un análisis riguroso de avances y déficits.

Soy consciente de que una mirada crítica no siempre es bien recibida —experiencias pasadas me lo han mostrado—, pero tampoco podemos presentar la evolución de esta Agenda MPS como un éxito incuestionable. Queda mucho por hacer y el momento actual es más complejo que el del año 2000, cuando la resolución 1325 dio los primeros pasos. Hay mucho por reforzar para hacer efectiva una agenda internacional centrada en disminuir el impacto desproporcionado que los conflictos armados tienen sobre mujeres y niñas.

Al descender del plano internacional al nacional esta Agenda MPS, resulta pertinente centrar la atención en España, un caso de interés por tres razones. En primer lugar, por los compromisos asumidos mediante su acción internacional, sus planes nacionales y las políticas públicas que han integrado la MPS en la acción exterior, la cooperación y la seguridad. En segundo lugar, por la pertenencia de España a un entorno regional y de seguridad —Unión Europea y OTAN— lo que demanda coherencia vertical. Y, en tercer lugar, por ser mi país, lo que permite examinar el arco temporal 2000-2025 con una perspectiva cercana, con tiempo suficiente para identificar patrones estables, puntos de estancamiento y posibles palancas de cambio.

Este análisis se vertebra en tres líneas: (i) la coherencia de políticas entre el nivel internacional, regional y nacional español; (ii) la capacidad institucional para implementar la Agenda MPS; y (iii) la orientación a resultados mediante indicadores que permitan diferenciar entre actividad e impacto. La premisa es si este triple eje se desarrolla adecuadamente y se complementa con una noción operativa de seguridad humana con perspectiva de género, el foco se desplaza de la mera protección formal de mujeres y niñas en situaciones de conflicto hacia la reducción verificable de riesgos, la cobertura de necesidades específicas, la participación sustantiva de las mujeres en la toma de decisiones y la reparación efectiva de daños causados durante el conflicto, incluyendo la plena garantía de sus derechos humanos.

El hilo conductor del análisis del que se nutre este ensayo sigue la siguiente estructura: primero, la evolución internacional de la Agenda MPS para delimitar los estándares exigibles al Estado español; después, la trayectoria española y la institucionalización progresiva de la agenda mediante los planes de acción nacionales; y, finalmente, los logros y carencias de implementación observados, con algunos elementos propositivos de cara al periodo 2025-2045. La idea fuerza que guía este análisis es clara: pasar del papel, que lo aguanta todo, a generar impactos positivos perdurables para las mujeres y niñas, mediante una arquitectura institucional española que aprenda, corrija y reporte de forma transparente, recuperando así una posición de liderazgo internacional hoy extraviado.

Este ensayo no pretende agotar el debate, pero resulta pertinente ahora que se está elaborando un nuevo plan de acción español. Lástima que sea un debate restringido en número de voces convocadas y escuchadas. Participé de manera activa en la elaboración del II Plan de Acción Nacional (PAN), y aunque ahora la participación en el III PAN se realiza con una fórmula más limitada, tengo acceso al borrador en curso. Aprovecho esta oportunidad para dar a conocer un poco de esta agenda, cuyo objetivo es que las mujeres dejen de ser receptoras pasivas de lo que otros determinan y se conviertan en actoras centrales en la prevención y resolución de conflictos, protagonistas de su futuro y de la construcción de la paz.

Como en toda agenda pública, es necesario ordenar periódicamente la evidencia disponible para extraer lecciones que orienten la acción. Veinticinco años de experiencia vienen a demostrar que el éxito de la Agenda MPS no depende solo de sus resoluciones, sino de su gobernanza, de la financiación asignada, de la capacidad de aprender de los errores y de adaptarse a los cambios sociales y geoestratégicos, así como a la cooperación entre los múltiples actores involucrados. Hay que seguir trabajando para evitar sufrimiento, salvar vidas, atender a las supervivientes y ayudarlas a construir un futuro libre de violencias, acabando con la impunidad de quienes vulneran sus derechos más básicos o se los niegan.

2. Marco conceptual: seguridad humana y Agenda MPS

Conviene precisar que la Agenda MPS no se limita a la Resolución 1325 (2000), sino que comprende el conjunto de resoluciones posteriores del Consejo de Seguridad que han articulado sus líneas de acción para reorientar las políticas de paz y seguridad con perspectiva de género. La 1325 fue un hito ampliamente celebrado por el feminismo por dos razones: por un lado, porque

situó de manera inédita los derechos y la participación de las mujeres dentro del mandato de paz y seguridad internacionales; y, por otro, porque fue adoptada por unanimidad el 31 de octubre del año 2000, lo que confirió a la agenda un respaldo político sin precedentes. A la luz de posiciones actuales sobre estos asuntos, como la de Rusia, difícilmente hoy se lograría el mismo consenso.

La arquitectura de la Agenda MPS descansa sobre cuatro pilares. El primero es **la participación**, entendida como la presencia sustantiva de mujeres en todas las fases del ciclo del conflicto: análisis, prevención, mediación, negociación, implementación y supervisión del acuerdo de paz. No se trata de su participación como mera cuota simbólica, sino del reconocimiento de derechos de participación y del ejercicio efectivo de poder. El segundo pilar es **la prevención**, que aborda desde la alerta temprana en entornos violentos hasta la reducción de los riesgos estructurales que exponen a mujeres y niñas a violencias extremas, incluida la violencia sexual como arma o táctica de guerra. El tercero es **la protección**, que cubre tanto la integridad física de mujeres y niñas, cuya afectación ha sido catalogada por la ONU como «desproporcionada» respecto del total de población civil afectada, como la garantía de sus derechos y dignidad. El cuarto es **la recuperación y la reparación**, con medidas integrales de verdad, justicia y garantías de no repetición que aseguren la cobertura de los medios de vida, salud, acceso a recursos y a la participación en la toma de decisiones sobre la reconstrucción en el posconflicto. En conjunto, estos pilares trazan lo que debe ocurrir para que la paz sea sostenible y no un mero alto el fuego.

Estos cuatro pilares adquieren verdadero sentido cuando se integran en un concepto más amplio: **la seguridad humana**. El enfoque en seguridad humana coloca en el centro de todo debate y acción la vida de las personas, su supervivencia, medios de vida y dignidad. Este enfoque fue una demanda temprana del feminismo y de distintos ámbitos académicos en los años noventa, pero el Consejo de Seguridad priorizó el consenso político y dejó la inclusión explícita de la seguridad humana en la Agenda MPS para más adelante. Podríamos decir que, desde los orígenes del concepto, se han configurado varias líneas interpretativas, destacando: la escuela canadiense, más enfocada a la prevención del conflicto y la promoción de los derechos humanos (*freedom from fear*); y la japonesa, más enfocada en la protección frente amenazas como la pobreza, el hambre y los desastres naturales (*freedom from want*). Sin embargo, la incorporación efectiva de la seguridad humana en la Agenda MPS sigue siendo una tarea incompleta y fragmentada, solo acometida por algunos países en sus planificaciones nacionales.

¿Cómo articular entonces seguridad humana y los cuatro pilares de la Agenda MPS? En mi opinión, la seguridad humana debe entenderse tanto como principio rector, como criterio operativo transversal en todos los niveles de toma de decisiones y acción. La prevención ha de basarse en diagnósticos que integren las desigualdades de género estructurales, los ciclos de violencia y los factores socioeconómicos y ambientales preexistentes al conflicto. La protección debe concretarse en evaluación de riesgos y registro de daños, lo que a su vez requiere de mecanismos de denuncia seguros y servicios de atención a las víctimas supervivientes, considerando en la evaluación y respuesta interseccionalidades como la edad, etnicidad o existencia de discapacidad. La recuperación y reparación deben generar no solo la restitución de capacidades previas, también originar nuevas cuando éstas no existían, dando autonomía material y política. En definitiva, estos pilares adquieren coherencia cuando se evalúan por su capacidad de reducir riesgos y daños, así como de construir una seguridad humana sostenible para toda la población en el ciclo del conflicto, aunque por las circunstancias haya que prestar especial atención a mujeres y niñas. Fácil de decir, difícil de implementar según muestran los datos. La pregunta es inevitable ¿hay voluntad?

Partiremos de la premisa de que en general esa voluntad existe, de ahí que a estos cuatro pilares se hayan apuntalado con **principios transversales** hoy irrenunciables, en particular para las políticas y la acción española. Partimos del **enfoque basado en derechos**: la Agenda MPS no es un programa opcional para los Estados, sino una exigencia derivada del corpus de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, a menudo vulnerado en los conflictos internacionales actuales. Otro principio es el de la **interseccionalidad**: los riesgos no afectan a todas las mujeres y niñas por igual ya que el sexo de la persona interactúa con la edad, etnia, nivel de pobreza, discapacidad, estatus migratorio u orientación sexual, modulando la exposición de estas personas a la violencia y el acceso a la protección. A ello se suma el principio de **no hacer daño** y el enfoque centrado en supervivientes: la intervención debe contar con mecanismos claros de derivación y atención. Finalmente, la **rendición de cuentas y la transparencia**: sin presupuestos registrados

y trazables o sin indicadores de resultados cualquier implementación de la agenda se diluye y corre el riesgo de ser mera impostura. Cosa similar sucede con la transparencia, que implica hacer accesible y comprensible la información relevante sobre las decisiones adoptadas, los procesos y acciones ejecutados y sus resultados. No se trata solo de publicar documentos, hay actores que no hacen ni eso, sino abrir la acción pública a la verificación y escrutinio social.

Los pilares son las guías del marco operativo de la agenda; los principios transversales, en cambio, son las reglas de calidad que garantizan que la acción se realiza conforme a lo comprometido y con legitimidad. Tanto la Agenda MPS en su globalidad, como los planes de acción implementados por los estados deben poder responder a unas preguntas básicas: ¿qué riesgos se han reducido en estos veinticinco años?, ¿qué daños se han evitado y cuáles reparado, especialmente las violencias sexuales relacionadas con el conflicto?, ¿qué espacios de decisión se han vuelto realmente inclusivos para las mujeres?, ¿estamos gestionando la seguridad de las mujeres en los conflictos armados o transformando la seguridad para que sea *seguridad humana*? Estas son algunas preguntas clave y deberían guiar la evaluación de la Agenda MPS en todos los niveles.

3. Evolución internacional de la Agenda MPS-ONU

Con la Resolución 1325 (2000) se abrió un nuevo lenguaje político y un desarrollo normativo sobre el papel de las mujeres en los conflictos armados. Se trataba de cambiar el rol pasivo de las mujeres, como meras víctimas, a un rol activo. Desde entonces, el Consejo de Seguridad ha ido ampliando y profundizando en materia de perspectiva de género en los asuntos ligados a la paz y la seguridad internacional. Como en tantos otros asuntos, desde la ONU se ha construido un cuerpo normativo cada vez más denso, distintas resoluciones que han ido dando cuerpo a la agenda MPS, pero cuya implementación y efectividad queda al albur de los estados.

Creemos que ya nadie discute que la violencia sexual no es un «daño colateral» en los conflictos, sino una amenaza para la paz al ser utilizada como «táctica de guerra», de tortura, terrorismo y de represión política (1820). La necesidad de construir una arquitectura institucional específica y garantizar un liderazgo femenino para combatir la «violencia sexual relacionada con los conflictos» se subrayó en nuevas resoluciones, 1888 y 1889, tratando de reforzar una «participación activa» de mujeres en el postconflicto y las actuaciones para la consolidación de la paz. Más tarde, se consolidaron mecanismos de seguimiento y rendición de cuentas frente a estas violencias (1960 y 2106); y se estableció la obligación de integrar de forma sistemática la perspectiva de género en las propias actuaciones del Consejo de Seguridad (2122).

En 2015, bajo la presidencia española del Consejo de Seguridad, se realizó un examen de alto nivel de la Resolución 1325. Ese mismo año, España amplió su contribución económica e impulsó la aprobación de una nueva resolución, la 2242. Con ella se pretendía desplazar el foco hacia la coordinación y financiación de la Agenda MPS, vinculándola con actuaciones en materia de contrterrorismo y prevención del extremismo violento.

En 2019, ante la falta de avances claros en resultados sobre la participación efectiva de mujeres en las negociaciones y acuerdos ligados al ciclo del conflicto y la reducción de la violencia sexual relacionada con el conflicto, el Consejo de Seguridad aprobó dos nuevas resoluciones. Con la resolución 2493, se insistió en la necesidad de más medidas para aumentar la participación de mujeres en negociaciones y toma de decisiones, también en lo operativo incrementando su presencia en las operaciones de paz, removiendo barreras estructurales que aun limitan su carrera como uniformadas y su despliegue. Con la resolución 2467, se quiso renovar la atención sobre la violencia sexual relacionada con el conflicto, subrayando la «urgencia» de enfrentarla con medios más eficaces y de adoptar medidas para las supervivientes. Por primera vez se evidenció públicamente un punto de tensión y resistencia política en el Consejo. La aprobación de la resolución 2467 no obtuvo la unanimidad. Se hicieron patentes las grietas en cuestiones de género sensibles, como son las medidas vinculadas a derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, que no han hecho sino aumentar desde entonces.

En definitiva, los principales problemas que afectan de manera desproporcionada a mujeres y niñas en los conflictos han sido bien identificados desde el inicio. Sin embargo, la Agenda MPS se ha visto abocada a dotarse progresivamente de instrumentos para tratar de enfrentarlos de forma operativa y eficaz. Ello en intento de reducir la gran brecha existente entre lo que piden sus resolu-

ciones y lo que realmente sigue sucediendo sobre el terreno. Pese a los esfuerzos, la brecha sigue ahí convertida en el talón de Aquiles de la Agenda MPS y, en buena medida, explica el balance ambivalente de logros y fracasos que referiremos a continuación.

4. Logros, fracasos, tendencias y alertas a considerar globalmente

Antes de entrar en el caso español conviene esbozar un balance global de resultados. Veinticinco años después, los logros no son tan positivos como sus promotores vaticinaban. La arquitectura institucional construida es sólida, pero los resultados han sido insuficientes y desiguales. La brecha entre la retórica y la práctica persiste sin que haya signos de poder cerrarse a medio plazo. Esto se refleja en tres déficits persistentes: la falta de coherencia; la ausencia de financiación estable y trazable; y la debilidad de los mecanismos de evaluación, que siguen estando mayoritariamente centrados en resaltar la acción y no en medir los resultados.

Pese al aparente desanimo que evocan mis palabras, sería estremecedor imaginar la situación de las mujeres y niñas en zonas de conflicto sin la Agenda MPS. En estos veinticinco años se han logrado avances innegables. El primero, haber reconocido que la violencia sexual que acontece en los conflictos es intencionalmente exacerbada porque se emplea como estrategia de guerra y es, por tanto, una amenaza para la propia paz de un territorio. Otro logro lo constituye el haber creado una arquitectura robusta para que los Estados elaboren sus propios planes de acción y asuman compromisos internos. En esta arquitectura la existencia de puntos focales y compromisos multi-actor suponen un avance en la gestión, facilitando la conexión entre la prevención, la protección, la participación de mujeres y la reparación. Finalmente, haber evidenciado que los acuerdos de paz son más duraderos cuando las mujeres participan de forma activa en ellos.

Ahora bien, los fracasos son evidentes. Pese a los compromisos, los niveles de participación de mujeres en la alta política de paz son insignificantes: menos del 10 % de las personas negociadoras son mujeres y suponen solo un quinto de las personas mediadoras. La mayoría de los acuerdos de paz carecen de un enfoque de género: tres de cada cuatro no lo incluyen, lo que repercute en la debilidad de sus cláusulas de protección y exigibilidad posterior.

En materia de protección de civiles y violencia sexual el balance es negativo. El análisis de los informes publicados entre 2010 y 2025 es desalentador. Y los más recientes, 2024 y 2025, constatan repentes graves de violencia contra mujeres y niñas en conflictos como los de Sudán, República Democrática del Congo, Haití, Ucrania, Myanmar o en el contexto israelí-palestino. Desde 2021 se ha producido una escalada en el número y alcance de los conflictos armados, lo que agrava la situación.

Un factor determinante de la falta de freno a este tipo de comportamientos y prácticas es la impunidad, que tiene carácter estructural. El mecanismo de identificación de responsables (*naming and shaming*) no se ha visto acompañado del enjuiciamiento debido, ni de sanciones efectivas. El último informe de la ONU revela que más del 70 % de los actores identificados reinciden, grupos gubernamentales y no gubernamentales que ejercen esta violencia de forma sistemática. Existe una clara intencionalidad para el mantenimiento de un subregistro de casos, lo que oculta la magnitud real del problema. Bien es cierto que la mera visibilidad no es por sí misma en motor de cambio, sino que debe acompañarse de acciones que faciliten procesos judiciales con garantías y asistencia adecuada a las supervivientes. Sin registros ni juicios con garantías se refuerza la impunidad de los agresores.

Los informes anuales sobre violencia sexual relacionada con los conflictos son complemento de aquellos que muestran la evolución global de la Agenda MPS. La ONU ofrece desde 2002, información sobre los avances en cada pilar de la agenda. En su observamos que la mayor debilidad está en su financiación, todavía fragmentada y volátil. La mayoría de los Estados carecen de presupuestos específicos y trazables, situación que apenas ha mejorado en los últimos años. A esto se unen otras dos dinámicas globales negativas: el retroceso en los derechos de las mujeres, con reducción de su presencia en espacios cívicos de toma de decisión; y la interpretación restrictiva del concepto de seguridad humana, que en ocasiones se confunde con *securitización*.

Algunas carencias y fragilidades detectadas en el plano internacional global son trasladables al ámbito regional europeo y al caso español. Es el caso de la inestabilidad presupuestaria, la incompleta estandarización de los indicadores de seguimiento —los globales son 26 y están ope-

rativos desde 2010, en el caso de los temas relativos al DDR, son 22 indicadores que se introdujeron en 2023— y la dificultad de hacer comparativas entre países con la información facilitada, son algunos de los factores que debilitan la coherencia global de la agenda. Similares limitaciones se observan en la planificación española, lo que contribuye a explicar parcialmente la pérdida progresiva de liderazgo y de posiciones en los rankings internacionales sobre MPS, donde hemos caído al puesto 27.

5. España y sus planes de acción nacionales (con nota sobre el contexto UE-OTAN)

El marco regional euroatlántico (OTAN) y europeo (UE) añade ciertas exigencias operativas a la implementación de la Agenda MPS por parte de España. La OTAN ha incorporado la Agenda MPS como política transversal, con objetivos políticos y militares para integrar la perspectiva de género en todo el ciclo de trabajo de la Alianza, desde la planificación a la rendición de cuentas. Esta política se alinea con el enfoque de seguridad humana consolidado en la Cumbre de Madrid (2022), que vinculó la MPS y la protección de civiles —incluida la violencia sexual relacionada con el conflicto—, en protocolos, directrices y reportes comparables. En paralelo, la **Unión Europea** ha operativizado la Agenda MPS mediante su estrategia de igualdad y sus planes de acción de género, incorporándola de forma sistemática en la acción exterior: diplomacia, cooperación, misiones civiles y militares.

Este entramado busca dar coherencia interna (cultura organizativa), operativa (misiones y procedimientos) y externa (posicionamiento, acuerdos y financiación), con el objetivo explícito de «liderar con el ejemplo».

La coherencia multinivel exige que los PAN de los Estados miembros se alineen doctrinal y operativamente con la ONU, la OTAN y la UE. Por su parte, la coherencia horizontal en cada país demanda coordinación efectiva entre ministerios y una interlocución estructurada con la academia, la sociedad civil y con el sector privado. Sin esta doble coherencia se pierde efectividad ya que se pueden multiplicar actividades, pero no generarán transformaciones sostenibles.

España fue uno de los primeros países en aprobar un PAN (2007), tras Dinamarca (2005), Noruega, Suecia y Reino Unido (2006). Desde entonces, el número de países que cuentan con un PAN se ha incrementado hasta los 114. Algunos de estos países cuentan ya con planes de cuarta y quinta generación organizaciones como el Instituto Mujeres, Paz y Seguridad de la Universidad de Georgetown (GIWPS) y el Instituto de Investigaciones sobre la Paz de Oslo (PRIO), hacen seguimiento de la calidad de estos planes. En el índice GIWPS, España ha ido perdiendo posiciones en los últimos años, situándose actualmente en el puesto 27, lo que invita a reflexionar tanto en los avances de otros países como nuestras limitaciones internas.

¿Qué nos ha pasado? El **primer PAN** español se concibió como documento abierto, sin fecha de cierre, con una arquitectura mínima de coordinación, algún informe de seguimiento y un intento de diálogo con la sociedad civil. Metodológicamente, adolecía este I PAN de las debilidades propias de los planes de primera generación, incluyendo la falta de presupuesto específico y de calendariación. Era un documento excesivamente descriptivo y poco útil para promover cambios, con falta de metas concretas y de indicadores, con una participación ministerial muy desequilibrada y una participación de la sociedad civil más anecdótica que real. Con todo, un paso relevante al sentar las bases institucionales.

Con la experiencia acumulada y España presidiendo el Consejo de Seguridad, se impulsó una nueva resolución para la Agenda MPS, la citada 2242, se lideró la creación y lanzamiento de una red internacional de Puntos Focales —personas designadas oficialmente en cada país para liderar y coordinar las tareas de implementación de la MPS en su ámbito de competencia—. Junto al impulso exterior, internamente se trabajó en el diseño de un nuevo plan de acción.

El **II PAN** (2017-2023) incorporó algunas de las lecciones aprendidas como una mayor institucionalización, la necesidad de establecer una rendición de cuentas parlamentaria, la creación de un grupo consultivo con sociedad civil y un refuerzo programático y de alianzas. Sin embargo, persistieron carencias estructurales como la insuficiencia de recursos financieros (y sin presupuesto propio), desequilibrios en la participación de los distintos actores y la ausencia de indicadores de resultado.

En 2024 y buena parte de este 2025, mientras países de nuestro entorno como Bélgica, Finlandia y Suecia avanzan en la ejecución de sus planes de cuarta generación y otros, como Dinamarca o Noruega implementan sus modelos avanzados de quinta generación, España comienza a trabajar la redacción de su **III PAN**. El primer borrador circulado en verano de 2025 se enmarca en la actual Política Exterior Feminista y está alineado con la nueva Estrategia de Acción Exterior 2025-2028, pero no define la coherencia multinivel comprometida.

Antes de hacer referencia al borrador, es interesante hacer un breve análisis de los mencionados planes de cuarta y quinta generación reflejando sus rasgos más destacados, que son: (1) enfoque transformador y feminista, centrado en cambiar estructuras de poder y actuar sobre las causas subyacentes en la desigualdad de género, con indicadores de resultados; (2) financiación estable y con presupuestos específicos; (3) con evaluadores independientes y participación pública en las evaluaciones; (4) coherencia política multinivel y transversal; (5) inclusión de riesgos emergentes, como la ciberseguridad o el cambio climático; (6) participación estructurada de la sociedad civil, mediante comités consultivos permanentes, mecanismos de co-diseño, seguimiento y revisión participativos y con rendición transparente de acuerdos.

Ante esto cabe entonces preguntarse ¿cómo es el nuevo III PAN español cuya aprobación se prevé para octubre? A la luz del borrador, estamos ante un plan que adopta el lenguaje de los modelos avanzados, pero reincide en déficits anteriores: métricas centradas en actividad, escasa comparabilidad, ausencia de líneas de base y de resultados esperados por medida, además de debilidades en evaluación pública. Estas carencias conllevan cierta decepción. Son carencias o debilidades ya presentes en el anterior plan y que yo misma critiqué en foro público. Tal vez si se hubiera hecho una evaluación de resultados pública y transparente del II PAN español, el nuevo PAN tendría un diseño metodológico más efectivo y menos discursivo. Esa evaluación o bien no se hizo, o sus resultados fueron hurtados a la opinión pública.

Nos encontramos en los primeros días del mes de septiembre y como no hay unos presupuestos generales del estado aprobados para el próximo año, tampoco podemos afirmar que el III PAN estará dotado con un presupuesto específico con trazabilidad, es decir, etiquetando cada medida propuesta con su coste, fuente y resultado esperado. Tampoco se entiende que el borrador no comprometa a los responsables a la publicación anual de acciones y resultados que permitan superar la brecha existente entre retórica e impacto. Además, en el documento presentado no se observan los alineamientos y coherencias multinivel y transversales deseables. Habrá que hacer un ejercicio de optimismo esperando un nuevo borrador con menos carencias.

6. Conclusiones y reflexiones finales

Veinticinco años después de su aprobación, la Agenda MPS ha transformado el lenguaje, la narrativa y la arquitectura normativa de la paz y seguridad internacionales. Ha evidenciado la importancia de la participación de las mujeres en la toma de decisiones en el ciclo del conflicto, sacándolas del exclusivo rol de víctimas, subrayando de la necesidad de un mayor reconocimiento y protección de los derechos de mujeres y niñas. La Agenda MPS enfatiza recurrentemente que no hay paz sostenible sin igualdad de género y que la seguridad no se reduce a la ausencia de guerra, sino a la garantía de derechos y dignidad para todas las personas afectadas por el conflicto.

Sus logros son innegables. La violencia sexual relacionada con el conflicto ha sido reconocida como táctica de guerra y amenaza para la paz; los Estados han ido adoptando progresivamente medidas a través de sus PAN para erradicar violencias y empoderar mujeres tratando de aumentar su participación en la toma de decisiones a lo largo del ciclo del conflicto y también en las operaciones de paz. No obstante, los resultados han sido desiguales y los avances insuficientes para un periodo de tiempo tan prolongado y, lo que es peor, las tendencias son negativas. La Agenda MPS muestra unos déficits persistentes en resultados, con baja participación real de mujeres en negociaciones de paz y mediación; fragilidad en la protección de mujeres y niñas frente a la violencia sexual relacionada con el conflicto. Admitámoslo, la persistencia de estructuras patriarcales y de un machismo profundamente arraigado en múltiples contextos sociopolíticos es lo que realmente explica la lentitud y debilidad de los logros de la agenda MPS.

En estos años destaca la actuación de algunos países como Dinamarca, Suecia, Noruega o Canadá, consolidado como referentes en MPS con planes de acción avanzados. España, a pesar

de haber sido pionera en la implementación de esta agenda, se ha ido quedando rezagada respecto a otros países de su entorno europeo y geopolítico. Hemos tenido unos planes con recursos insuficientes y deslavazados, carencias metodológicas y resultados a veces no evaluados o no comunicados. Ahora se trabaja un borrador de III PAN que adopta un lenguaje y estructura como los más avanzados del momento, pero reincide en viejos déficits. Todavía hay tiempo de mejorar y las recomendaciones son claras: etiquetar y publicar presupuestos (recursos) por medida-acción; introducir indicadores de resultado con línea base y metas verificables; garantizar evaluaciones independientes, accesibles y transparentes.

La urgencia es evidente. Los datos oficiales cifran en más de 600 millones el número de mujeres y niñas que viven cerca de zonas de conflicto y en decenas de millones las desplazadas forzadas por situaciones de guerra. A se suman nuevos peligros que ponen en riesgo los logros obtenidos tras estos años de trabajo. En primer lugar, la constatación de un retroceso en los derechos de las mujeres en buena parte del mundo y el auge generalizado de corrientes antifeministas tanto a nivel nacional como transnacional. En segundo lugar, un nivel de violencia creciente contra las mujeres y niñas, tanto en lugares donde hay conflicto como en otros entornos de alta violencia. En algunos lugares como Afganistán, Sudán o Haití la ONU ha llegado a definir la situación como de crisis de género. Finalmente, el contexto geopolítico global, marcado por tensiones y brechas crecientes entre bloques, el resurgimiento de amenazas nucleares y de expansión de conflictos armados. Todo ello con riesgo creciente de militarización de la agenda, de debilitamiento del multilateralismo y de la normalización de unos niveles de violencia elevados.

El reto global de la Agenda MPS en el próximo cuarto de siglo es pasar de la retórica a la transformación real, convirtiéndola en un instrumento capaz de resistir retrocesos y responder a los desafíos de un mundo más violento e incierto. El de España es el de recuperar su posición de liderazgo internacional, liderando con el ejemplo y demostrando con los resultados de sus actuaciones que los compromisos políticos pueden traducirse en cambios tangibles en la vida de mujeres y niñas que quieren vivir libres de conflictos armados y violencias.

EL NOMBRAMIENTO DE LOS CONSULTORES DE LAS CORTES DE PAMPLONA DE 1637¹

Regina María Polo Martín

*Catedrática de Historia del Derecho
Universidad de Salamanca*

El objetivo de este trabajo es explicar la diferencia de pareceres que se planteó en las Cortes de Pamplona de 1637 entre el virrey y capitán general de Navarra, el arzobispo de Burgos Fernando de Andrade y Sotomayor, y los tres estados del reino sobre la elección de los consultores que asesoraban jurídicamente a dicho virrey en los pedimientos del reino y reparos de agravios, ya que el reino defendía que, según sus fueros y costumbres, uno de ellos era siempre el regente del Consejo de Navarra, que era castellano, y otro debía de ser un juez de dicho Consejo natural navarro. El virrey, por el contrario, sostenía la posibilidad de nombrar a dos castellanos.

Fernando de Andrade y Sotomayor, arzobispo de Burgos², fue nombrado virrey y capitán general de Navarra en diciembre de 1636, siendo relevado del cargo a petición propia apenas un año después³, en concreto, salió el 24 de abril de 1638 de Navarra a residir en su Santa Iglesia Metropolitana de Burgos con licencia del rey. Por tanto, su etapa al frente del gobierno de Navarra fue muy corta. Había nacido en el seno de una familia noble, eligiendo la carrera eclesiástica por influjo de su pariente fray Antonio de Sotomayor, confesor real y cercano al conde duque de Olivares. En su trayectoria destacamos, entre otros hechos, que estudió en Salamanca y se graduó como doctor en Cánones en Roma, y que fue nombrado obispo de Palencia en 1628, arzobispo de Burgos en 1631, obispo de Sigüenza en 1640 y arzobispo de Santiago en 1645, oficio que desempeñó hasta su fallecimiento en 1655. Además, durante su estancia en Galicia actuó en dos ocasiones como gobernador del reino interino, en marzo y abril de 1647 y desde octubre de este año hasta la designación en 1652 de Vicente Gonzaga⁴.

Durante el fugaz mandato del virrey Andrade, por una parte, solo se celebraron las Cortes de Pamplona de 1637⁵, que se desarrollaron del 22 de marzo al 5 de agosto⁶, y, por otra parte, los inte-

1 Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Modelos territoriales en la formación de Estados: evolución del estatus de Navarra en la Monarquía hispánica». Referencia PID2020-118575RB-I00 (Ministerio de Ciencia e Innovación).

2 Según Ostolaza, fue consejero de Castilla, pero no he podido confirmar este cargo en la lista de miembros del Consejo de Castilla ofrecida por J. Fayard en su estudio sobre este organismo entre los años 1621 y 1746 (OSTOLAZA ELIZONDO, M.^a I., *Gobierno y Administración de Navarra bajo los Austrias. Siglos VI y XVII*, Pamplona, Gobierno de Navarra, Institución Príncipe de Viana, 1999, pp. 118 y FAYARD, J., *Los miembros del Consejo de Castilla (1621-1746)*, Madrid, Siglo XXI editores, 1982, pp. 508-509).

3 OSTOLAZA ELIZONDO, *Gobierno y Administración de Navarra bajo los Austrias...*, pp. 118-119.

4 REY CASTELAO, O., Voz «Fernando de Andrade y Sotomayor» [<https://historia-hispanica.rah.es/biografias/3486-fernando-de-andrade-y-sotomayor>].

5 Las anteriores fueron las de 1632 y las siguientes las de 1642 (*Las Cortes de Navarra desde su incorporación a la Corona de Castilla. Tres siglos de actividad legislativa (II), 1624-1829*, V. Vázquez de Prada, dir., J. Usunáriz Garayoa, coord., Pamplona, EUNSA, 1993, pp. 55 y 59).

6 *Las Cortes de Navarra desde su incorporación a la Corona de Castilla...(II)*, p. 56.

grantes del Consejo de Navarra, entre los que el virrey tenía que nombrar los consultores, fueron los siguientes. Actuaron como regentes Álvaro de Oca y Zúñiga, nombrado en junio de 1633, quien ejerció el cargo hasta que en noviembre de 1637 fue designado consejero de Castilla⁷ y Gabriel Vigil de Quiñones, quien lo desempeñó hasta su muerte en 1645⁸. En cuanto a los oidores, ocupaban las cuatro plazas de naturales navarros Juan de Aguirre (desde 1632), Juan de Navaz (desde el mismo año), José Aguerre (desde 1633) y Fermín de Marichalar (también desde 1633), y las dos plazas de castellanos, una Gabriel de la Cámara (desde 1633 hasta su muerte en 1638 en el ejercicio de su cargo) y Martín Vázquez de Prada (desde marzo de 1638 hasta 1639, por lo que casi no coincidió con Andrade) y la otra Antonio Fernández de la Fuente (desde 1629 y hasta que en marzo de 1638 fue nombrado oidor de la Chancillería de Valladolid) y Andrés Santos de San Pedro (de 1638 a 1647, por lo que, igualmente, apenas coincidió con Andrade)⁹.

En las Cortes de Pamplona de 1637 se decidió que, una vez otorgado el servicio al rey, se esperase a Cortes futuras para la aprobación de leyes y para el reparo de agravios, con la finalidad de facilitar las tareas de defensa de las fronteras, puesto que había comenzado la guerra entre España y Francia¹⁰. No obstante, antes, en el transcurso de esas Cortes estalló el enfrentamiento entre el virrey Andrade y los tres estados del reino sobre los consultores, que refleja los intentos del reino por conservar el derecho navarro y sus peculiaridades frente a la penetración imparable de lo castellano.

- En concreto, en las actas de las Cortes de la sesión de 6 de abril de 1637 se recoge textualmente:

«Este día se propusso y en la misma sesion que los consultores que el Señor Virrey tiene durante las Cortes, siempre y de tiempo que no ay memoria en lo contrario, an sido el regente, que siempre es castellano, y un natural navarro. Y, porque sería posible que el Señor Virrey no tubiesse noticia d'esta costumbre y, faltando a ella, nombrasse dos castellanos, se acordó, de conformidad, se le advierta y llebe recado en esta raçon, y conprehendiesse lo dicho fundandose en la costumbre y, siendo neçesario, se le pidiesse por merced fundada en justicia; y que este recado le lleben los señores abad de Fitero, don Juan de Mutiloa y don Diego de Rueda. E hiçe auto. B. de G.»¹¹.

Ese mismo día 6 de abril los comisionados comunicaron que el virrey respondió que no había sido advertido de esta costumbre por el reino, por lo que se tenía que informar al respecto, pidiendo al reino que le enviase memoria de los que habían sido consultores en el pasado¹².

No he podido documentar si el 6 de abril el virrey ya había hecho pública alguna noticia sobre sus preferencias para designación de los consultores, pero este ya día asomaba la posición que el reino va a mantener en este conflicto y que trasladaba al virrey a modo de advertencia: defensa a ultranza de que uno de los dos consultores tenía que ser navarro según la costumbre inmemorial.

7 MARTÍNEZ ARCE, M.^a D., *Aproximación a la Justicia en Navarra durante la Edad Moderna. Jueces del Consejo Real en el siglo XVII*, Prólogo Juan José Martinena Ruiz, Pamplona, Ediciones Fecit, 2005, pp. 91-92 y MARTÍNEZ ARCE, M.^a D., Voz «Álvaro de Oca y Zúñiga» [<https://historia-hispanica.rah.es/biografias/32861-alvaro-de-oca-y-zuniga>]. Figura como tal en FAYARD, *Los miembros del Consejo de Castilla...*, p. 509.

8 MARTÍNEZ ARCE, *Aproximación a la Justicia en Navarra durante la Edad Moderna...*, pp. 92-93 y MARTÍNEZ ARCE, M.^a D., Voz «Gabriel Vigil de Quiñones» [<https://historia-hispanica.rah.es/biografias/44844-gabriel-vigil-de-quinones>].

9 MARTÍNEZ ARCE, *Aproximación a la Justicia en Navarra durante la Edad Moderna...*, pp. 120-122.

10 *Las Cortes de Navarra desde su incorporación a la Corona de Castilla...(II)*, p. 58.

11 *Actas de las Cortes de Navarra (1530-1829), Libro 2 (1611-1642)*, Edición a cargo de Luis Javier Fortún Pérez de Ciriza, Pamplona, Servicio de Publicaciones del Parlamento de Navarra, 1993, p. 313.

12 *Actas de las Cortes de Navarra (1530-1829), Libro 2...*, p. 313.

Una vez advertido, el virrey Andrade hizo las gestiones que consideró pertinentes, en concreto, consultar con el rey, enviándole una carta fechada el día 22 de abril, en la que al comienzo el arzobispo afirmaba:

«Vuestra Magd. por capítulo de la Instrucción secreta que da a los virreyes se sirve de decir assi= parece cosa conveniente que para responder a los estados a los reparos de agravios que alla se dieren tomeis parecer del Consejo, o teniendo los estados en lugar donde no esté el Consejo le tomaréis de dos de él y que el uno sea el regente»,

explicando a continuación que las Cortes intentaban que de los dos consultores uno fuera navarro valiéndose de lo que habían hecho sus predecesores, de manera que, conociéndose que él pretendía nombrar al decano del Consejo de Navarra, Antonio Fernández de la Fuente, extranjero castellano, instaban para que fuera un navarro. Por esta razón elevaba consulta al rey para que le indicara lo que debía hacer¹³.

En esta misiva Andrade exponía los argumentos que a su juicio justificaban que no tenía obligación de elegir un consultor navarro.

Así, primeramente, afirmaba que a este intento no le asistía fuero, ley ni ordenanza; que era contrario a lo dispuesto en las Instrucciones que se le habían dado, en las que se disponía que «procure consultar las proposiciones de Cortes con dos ministros que el uno sea el Regente»¹⁴, dejando en libertad al virrey para elegir al otro; y que esta libre facultad no podía reducirla el reino a «precisa necesidad de consejeros de su tierra», puesto que de lo contrario se produciría claramente su intromisión en la ejecución de los mandatos del rey, a quien le pertenecía exclusivamente mandar en secreto a sus ministros¹⁵.

También alegaba que se debía ponderar que el reino para sus proposiciones nombraba dos o tres consultores sin permitir que el monarca «dé forma en su elección» y que, por el contrario, pretendía intervenir en la elección de los consultores del virrey buscándolos de modo que pudiera no convenir al rey, afirmando Andrade que sus predecesores habían tenido parte de culpa en la disminución de las regalías regias en Navarra, por lo que consideraba que «no es conveniente a la autoridad Real que el Reyno quiera darle de su mano Consultores por donde se gobierne, pues es de ver que las resoluciones de V Magestad en orden a responder a los suplicantes no han de ser libres»¹⁶.

Añadía como argumento que las regalías regias estaban amenazadas, pues se intentaba convencer de que el rey no podía sacar gente del reino ni obligarla a salir de sus casas para defender las fronteras y también presumía que «Se procura intentar que [...] no sea V Magestad dueño para romper guerra, ni hazer paz sin orden de las Cortes generales», señalando que no había razón para que estas materias se consultasen con abogados del reino —en alusión a los consultores— y se excluyesen a los que ponía el monarca que le parecían más a propósito¹⁷.

Por último, esgrimía que el elegir los virreyes a uno y dejar a otro era siempre voluntario y que de ello no se podía «inducir obligación ni hacer de la gracia justicia», además, generalmente el consejero más antiguo era navarro y parecía conveniente elegirlo las más veces posibles, pero ahora el decano era castellano y concurría mucha conveniencia en elegirle y en servicio del rey¹⁸.

En respuesta a la solicitud de Fernando de Andrade del día 6 de abril, el reino le remitió un primer memorial de fecha 26 del mes citado, en el que se informaba de las personas que habían sido consultores de los sucesivos virreyes en las Cortes celebradas desde 1561.

13 Archivo Histórico Nacional (en lo sucesivo AHN), ESTADO, Libro 66, fol. 116r.

14 Véase Instrucciones al virrey Andrade (AHN, ESTADO, Libro 67, fol. 24r).

15 AHN, ESTADO, Libro 66, fol. 116r.

16 AHN, ESTADO, Libro 66, fols. 116r-116v.

17 AHN, ESTADO, Libro 66, fol. 116v.

18 AHN, ESTADO, Libro 66, fols. 116v-117r.

Este memorial se iniciaba haciendo el reino hincapié en que el monarca «no solamente tiene ofrecido y asignado de guardar con su palabra y juramento Real los fueros y Leyes de este Reyno, sino tambien los usos y costumbres de el», siendo uno de ellos el que siempre que se celebraban Cortes los virreyes tenían como uno de sus consultores a uno de los jueces navarros del Consejo¹⁹. Después se detallaba quiénes habían sido consultores nombrados por los virreyes desde mediados del siglo XVI y se suplicaba al arzobispo Andrade que guardara esa costumbre sin hacer quiebra de ella. Los consultores aparecen recogidos en el siguiente Cuadro:

Cuadro I: Consultores elegidos por los virreyes

Cortes	Virrey	Consultores
Cortes de Sangüesa de 1561 ²⁰	Gabriel de la Cueva, V duque de Albuquerque	Licenciado Espinosa, castellano, regente. Licenciado Pasquier, navarro ²¹ .
Cortes de Tudela de 1565	Alonso de Córdoba y Velasco, II conde de Alcaudete	Licenciado Ruiz de Otalora, castellano, regente. Licenciado Atondo, navarro ²² .
Cortes de Pamplona de 1569 ²³	Juan de la Cerda y Silva, IV duque de Medinaceli	Licenciado Ruiz de Otalora, castellano, regente. Licenciado Bayona, navarro.
Cortes de Pamplona de 1572	Vespasiano Gonzaga y Colonna, duque de Traiecto	Licenciado Antonio Vaca, castellano, regente. Licenciado Ollacarizqueta, navarro.
Cortes de Pamplona de 1576	Sancho Martínez de Leiva	Licenciado Pasquier, navarro. Doctor Amezqueta, castellano ²⁴ .
Cortes de Pamplona de 1580	Francisco Hurtado de Mendoza y Fajardo, I marqués de Almazán	Doctor Amezqueta, castellano ²⁵ . Licenciado Bayona, navarro.
Cortes de Tudela de 1583	Francisco Hurtado de Mendoza y Fajardo, I marqués de Almazán	Doctor Amezqueta, castellano, regente. Licenciado Ollacarizqueta, navarro.
Cortes de Pamplona de 1586	Francisco Hurtado de Mendoza y Fajardo, I marqués de Almazán	Doctor Amezqueta, castellano, regente. Licenciado Liédena, navarro.

19 AHN, ESTADO, Libro 66, fol. 118r.

20 En el documento por equivocación se dice 1562

21 No se eligió al decano que era el licenciado Balanza.

22 En este caso se escogieron los últimos jueces, es decir, los más modernos.

23 No se hace mención en el memorial a las Cortes de Estella de 1567.

24 En estas Cortes de 1576 ninguno de los consultores era el regente. En concreto, fue regente el licenciado Miguel de Tejada desde 31 de octubre de 1575, siendo sustituido el 15 de septiembre de 1576 por el doctor Avedillo, a su vez remplazado el 13 de diciembre de 1576 por el licenciado Santiago de Molina en propiedad (SALCEDO IZU, J., *El Consejo Real de Navarra en el siglo XVI*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1964, p. 275).

25 Tampoco en las Cortes de 1580 figura el regente como consultor, ya que era regente desde el 16 de febrero el licenciado Juan Ibáñez de Balmaseda, siendo sustituido el 4 de diciembre de 1582 por el doctor Amezqueta (SALCEDO IZU, *El Consejo Real de Navarra...*, pp. 275-276).

Cortes	Virrey	Consultores
Cortes de Pamplona de 1589-1590	Martín de Córdoba y Velasco	Doctor Amezcua, castellano, regente. Licenciado Liédena, navarro.
Cortes de Tudela de 1592-1593	Martín de Córdoba y Velasco	Doctor Calderón, castellano, regente. Licenciado Rada, navarro.
Cortes de Pamplona de 1596	Juan de Cardona y Requesens	Doctor Calderón, castellano, regente. Licenciado Liédena, navarro.
Cortes de Pamplona de 1600	Juan de Cardona y Requesens	Licenciado Lope de Arévalo, castellano, regente. Licenciado Liédena, navarro.
Cortes de Pamplona de 1604	Juan de Cardona y Requesens	Doctor Juan de San Vicente, castellano, regente. Licenciado Liédena, navarro.
Cortes de Pamplona de 1607-1608	Juan de Cardona y Requesens	Doctor Juan de San Vicente, castellano, regente. Licenciado Liédena, navarro.
Cortes de Pamplona de 1611-1612	Alonso Idiáquez de Mújica y Butrón, duque de Ciudad Real	Doctor Juan de San Vicente, castellano, regente. Licenciado Liédena, navarro.
Cortes de Pamplona de 1617	Alonso Idiáquez de Mújica y Butrón, duque de Ciudad Real	Licenciado Rada, navarro.
Cortes de Pamplona de 1621.	Juan Hurtado de Mendoza y Velasco, marqués de la Hinojosa	Licenciado Gil de Albornoz, castellano, regente. Licenciado Martín de Eusa, navarro.
Cortes de Pamplona de 1624	Bernardino González Delgadillo de Avellaneda, I conde del Castrillo	Licenciado Martín de Eusa, navarro. Licenciado Lope de Morales, castellano ²⁶ .
Cortes de Pamplona de 1628	Bernardino González Delgadillo de Avellaneda, I conde del Castrillo	Licenciado Diego de Cevallos y de la Vega, castellano, regente. Licenciado Martín de Eusa, navarro.
Cortes de Pamplona de 1632	Luis Bravo de Acuña	Licenciado Diego de Cevallos y de la Vega, castellano, regente. Juan de Lizarazu, navarro ²⁷ .

Elaboración propia²⁸

26 Se eligió a Lope de Morales, aunque el juez más antiguo era Miguel de Bayona.

27 Para los negocios de García de Haro fue consultor, al ser recusado Lizarazu, el licenciado Rada, no obstante ser más antiguo el licenciado Antonio Fernández de la Fuente.

28 Fuentes: AHN, ESTADO, Libro 66, fols. 118r-119r; HUICI GOÑI, M.^a P., *Las Cortes de Navarra durante la Edad Moderna*, Madrid, Rialp, 1963, pp. 441-442; MARTÍNEZ ARCE, *Aproximación a la Justicia en Navarra durante la Edad Moderna...*, pp. 85-90 y 120-122; OSTOLAZA ELIZONDO, *Gobierno y Administración de Navarra bajo los Austrias...*, pp. 97-117; y SALCEDO IZU, *El Consejo Real de Navarra...*, pp. 275-276.

Por tanto, de los datos extraídos del cuadro anterior se constata, por un lado, que desde mediados del siglo XVI en todas las reuniones de Cortes celebradas fueron consultores un castellano y un navarro y, por otro lado, que no era obligatorio que fuera consultor el decano porque si este era castellano podía darse el supuesto de que entonces los dos lo fueran, ya que el regente siempre lo era. Puede servir de ejemplo lo acontecido en las Cortes de 1632 en las que no fue consultor el decano estimo que para evitar que recayeran en dos castellanos esos cargos de consultores. En algunas Cortes tampoco aparece como consultor el regente, por diversas circunstancias.

El reino, completando el anterior, presentó al virrey Andrade otro memorial de la misma fecha 26 de abril de 1637 en el que proporcionaba diversos argumentos jurídicos para fundamentar su defensa de que el virrey tenía que respetar y cumplir la costumbre de nombrar dos consultores y que uno de ellos fuera un oidor del Consejo Real de Navarra natural del reino²⁹.

El memorial comenzaba con una breve reseña explicando con quién habían consultado los virreyes para reparar los agravios desde antes de la incorporación de Navarra a Castilla. Así, se afirmaba por el reino que antes de esa incorporación los reyes acostumbraban a responder a los pedimentos de los tres estados en Cortes con consulta del Consejo, como constaba de los cuadernos de leyes y de otras escrituras e instrumentos auténticos. También se exponía que desde el año de la incorporación de 1512 y hasta 1561 todos los virreyes observaron esta costumbre de consultar con todo el Consejo, poniendo como ejemplo las Cortes de 1524, 1539, 1547, 1553 y 1554. Sin embargo, en 1561 el virrey Gabriel de la Cueva, duque de Alburquerque llevó a las Cortes de Sangüesa como consultores a dos jueces del Consejo, uno navarro y otro castellano, afirmando que esto «se ha observado con la misma uniformidad de actos hasta las Cortes del año 1632 inclusive», y que a veces se había optado por los dos últimos jueces navarros y castellanos y otras por los primeros sin que en ello hubiera observancia fija, pero sí en que uno fuera navarro «en que se ha corrido siempre sin variedad ni mudança».

Posteriormente se afirmaba que, en las Instrucciones del rey a los virreyes, al menos en alguna de las impresas en el Libro de las recopilaciones de Ordenanzas, se decía que los virreyes, para responder a los pedimentos y reparos de agravios en tiempo de Cortes, tenían que tomar³⁰ el parecer del Consejo y si las Cortes se celebraban en un lugar donde no estuviera este organismo, tomaban el de dos de los consejeros. De esta consideración derivaba el reino dos puntos: el primero, que el virrey debía tener consultores para responder a los pedimentos del reino, no consultando a todo el Consejo; y el segundo, que uno de ellos debía ser de los jueces navarros, justificando estas pretensiones primero con argumentos generales y después particulares del reino.

Respeto a los generales, en el memorial sostenía el reino que la conveniencia de tener consultores «no solo mira a la razones de congruencia que son muchas, sino que induce necesidad», presentando como fundamento el consejo que tradicionalmente recibían los reyes en auxilio de su tarea. Se indicaba que los políticos disputaban acerca de si el rey debía «remitir o comunicar con sus Consejos la resolución a las materias arduas y graves», señalando muy gráficamente que el imperio no admitía compañía, pero sí consejo, porque iba dirigido al mayor acierto de las acciones y a la utilidad común de los súbditos. Se citaban también como argumento diversas leyes del derecho castellano bajomedieval.

En concreto, por una parte, dos leyes de las Partidas de Alfonso X recogidas en el libro segundo. La primera, la ley tercera del título primero, en la que al tratar de «Qué poderio debe de haber el emperador de fecho» se señalaba:

«[...] Otrosí debe haber homes señalados, et sabidores, et entendudos, et leales et verdaderos quel ayuden et le sirvan de fecho en aquellas cosas que son menester para su conseio et para facer justicia et derecho á la gente, ca él solo non podría veer nin librar todas las cosas, por que ha mester por fuerza ayuda de otros en quien se fie que cumplan en su lugar, usando del poder que dél reciben en aquellas cosas que él non podrie por sí cumplir»³¹.

29 Aparece recogido en AHN, ESTADO, Libro 66, fols. 120r-124r, que iré especificando por folios.

30 AHN, ESTADO, Libro 66, fol. 120r.

31 Partidas (en lo sucesivo P.) 2, 1, 3. Manejo edición de la Real Academia de la Historia de 1807.

La segunda, la ley quinta del título noveno relativa a «Quáles deben ser los consejeros del rey», en la que se recogían las opiniones de Salomón³² y Aristóteles³³, y se determinaba, entre otras cuestiones³⁴:

«Onde si todo home se debe trabajar de haber tales consejeros, mucho mas lo debe el rey facer, porque del consejo quel dan, si es bueno, viene ende grant pro á él et grant endereszamiento á su tierra; et si es malo, viénele grant destorbo et á su gente grant daño»³⁵.

Por otra parte, una Ley de las Cortes de Madrid del rey Alfonso XI, de la que se afirmaba en el memorial que era la que más apoyaba las pretensiones del reino, en la que se determinaba: «cosa digna es a la Real Magnificiencia según la loable costumbre tener tales varones de Consejo cerca de si y ordenar todas las cosas por Consejo de los tales»³⁶. Esta última ley la interpretaban los estados del reino en el sentido de que se reconocía como loable la costumbre de consultar los reyes, y, por consiguiente, por obligatoria en las materias que trataban sobre el gobierno «de donde penden tantas conveniencias públicas y particulares»³⁷.

En cuanto a los argumentos particulares del reino, se señalaba en el memorial que tanto antes como después de la incorporación sus dos pretensiones —elegir consultores y que uno fuera navarro— estaban justificadas por las siguientes tres razones:

La primera, por tratarse de una costumbre legítimamente prescrita, argumentándose jurídicamente su importancia en Navarra. Se señalaba que su obligatoriedad se basaba en el tácito consentimiento del pueblo, y que de ella recibían las leyes tanto interpretación como observancia, afirmándose: «Y es tan grande su fuerça que se ha de atender antes a ella que al derecho y leyes civiles, aunque sea en materia prohibitiva, ya que el mismo derecho esté resistiendo, y si bien en este caso se requiere el transcurso de³⁸ de quarenta años conforme a disposiciones canónicas». También se argüía que la costumbre tenía fuerza de título y privilegio, aunque fuera en los casos reservados al príncipe y que se podía introducir por ellas lo mismo que por los privilegios.

A la segunda, por tratarse de un acto obligatorio y preciso y no un acto de mera facultad, no pudiendo ser de este tipo por dos razones: una, debido a que cuando los actos de mera facultad eran deducibles en juicio «se pueden prescribir e introducirse costumbres contra ellos restrictiva de la libre potestad, porque el que puede decir en su juicio su derecho, y no lo hace o no resiste, ni lo impide pudiendo impedirlo es visto consentir»; y otra, «porque quando el acto de mera facultad depende de alguna otra acción o contrato es prescriptible como lo es el acto principal de donde depende». Estas aseveraciones se confirmaban en relación con el derecho de nombrar o elegir que era el de este supuesto, no requiriéndose tiempo inmemorial para inducirse costumbre legítima sino el ordinario de treinta o cuarenta años en que se prescribían las acciones³⁹.

Y la tercera, por existir contrato, ya que, cuando el reino de Navarra se incorporó a Castilla, Fernando el Católico «capituló la observancia inviolable, no solo de sus leyes y fueros, sino tam-

32 Sus palabras eran: «et dixo asi, que uno de los sesos que home mejor puede haber es de aconsejarse sobre todos los fechos que quisiere facer ante que los comienze» y también que «en el mundo non ha mayor mala ventura que haber home su enemigo por privado ó por consejero» (P. 2, 9, 5).

33 Se señalaba: «Et por eso dixo Aristóteles á Alexandre como en manera de castigo, que se aconsejase con homes que amasen su buena andanza dél, et que fuesen entendudos et de buen seso natural» (P. 2, 9, 5).

34 AHN, ESTADO, Libro 66, fol. 120v.

35 P. 2, 9, 5.

36 No he podido encontrar esta referencia en las leyes aprobadas en las Cortes de Madrid de 1329 y de 1339, las únicas celebradas en esta ciudad durante el reinado de Alfonso XI.

37 Memorial AHN, ESTADO, Libro 66, fols. 120r-121r.

38 AHN, ESTADO, Libro 66, fol. 121r.

39 AHN, ESTADO, Libro 66, fol. 121v.

bién de sus usos y costumbres y este fue un contrato verdadero que se celebró con su Magestad Catholica», por lo que, como cuando se hizo la incorporación ya estaba introducida la costumbre de consultar con el Consejo las materias de esta calidad, es claro que dicha costumbre se comprendía en el contrato, no solo virtualmente sino expresamente.

Recapitulaba el reino en este memorial que la observancia de esta costumbre era más precisa por las siguientes razones: la primera por la fuerza de ese contrato que era de derecho natural y de gentes y que obligaba a los reyes y a sus sucesores —aunque en este supuesto no era necesaria esta ponderación porque Felipe IV tenía jurado lo mismo— y aunque el rey era superior a la ley no lo era a la razón en que se fundaba ni a los contratos, ya que todos los celebrados con el príncipe se consideraban de buena fe; la segunda por la fuerza de la costumbre como se ha explicado; y la tercera por el vínculo del juramento que inducía precisa obligación, sobre todo en los contratos celebrados por los reyes antes de incorporarse a su corona, que eran paccionados⁴⁰.

Además, también se argumentaba por el reino que, sin duda, esta costumbre estaba introducida por transcurso de tiempo inmemorial; por ser loable en orden al bien universal del reino, buena dirección de las materias y acierto de las acciones para servicio del monarca; por tener fuerza de ley y no poderse revocar por ley ni estatuto en contrario; por ajustarse a materias en las que el rey tenía su resolución, «pues todas las que tocan a su justicia gracia y gouierno se despachan por los consejos que están diputados para la comprehensión de semejantes negocios» y, además, debido a que las cédulas y provisiones regias que se tenían que ejecutar en el reino debían sobrecartarse en el Consejo; por tener el rey aprobado y mandado observar la costumbre de nombrar consultores, haciendo hincapié en que había un fundamento relevante, no solo pretensión, en que uno los dos jueces elegidos fuera navarro y era que los reyes tenían jurado que todos los agravios y desafueros «los repararán y enmendarán bien y cumplidamente según el conocimiento de hombres buenos y cuerdos que sean naturales y nativos de este reino», de lo que se deducía que la consulta en que se trataba de los contrafueros y reparos estaba reservada privativamente a los jueces navarros⁴¹.

Otro argumento expuesto era el de la subseguida observancia, que era la interpretación más segura y constante, ya que hacía más de 76 años que se había dejado de consultar con todo el Consejo y que desde entonces siempre se había observado el nombramiento de un consultor navarro obrándose en declaración y ejecución de lo precedente, por lo que no solo se hallaba a favor de la pretensión del reino la tolerancia del rey sino también su expreso consentimiento en cuanto a las necesidades de consultar *in genere* y de que uno de los dos nombrado fuera un juez navarro, además estos jueces «hacen lo que aurá de hacer el Consejo pleno» subrogándose en su lugar con todas sus calidades, de suerte que componiéndose de castellanos y navarros en virtud de lo capitulado por el reino y de sus fueros y leyes y siendo⁴² la mayor parte navarros, los jueces subrogados tenían que ser de las mismas calidades que aquellos en cuyo lugar se subrogaban, fortaleciendo este argumento el hecho de que los jueces «en común» debían de ser naturales y de que los reyes solo se habían reservado «facultad de poner cinco en balio», es decir, nombrar cinco que no fueran del reino⁴³, por pacto y reserva especial, por lo que el haber jueces no naturales era accidental y excepción de la regla, entendiéndose que, aunque el monarca era la fuente de «donde dimanar y se originan todas las jurisdicciones», en este caso quiso coartarla en beneficio del reino por lo que este tenía derecho indubitable a la observancia de esta costumbre por capitulación, fuero y leyes, «sin tocar en la Regalia ni en la potestad suprema de su Magestad».

Asimismo, se aducía que si para juzgar las causas de los particulares, aun en delitos exceptuados, tenía que concurrir siempre un juez navarro —aunque hubiera un no natural— con mayor razón para hacer las leyes, que era la materia de mayor peso, había de concurrir un consultor navarro⁴⁴,

40 AHN, ESTADO, Libro 66, fol. 122r.

41 AHN, ESTADO, Libro 66, fol. 122v.

42 AHN, ESTADO, Libro 66, fol. 123r.

43 Estos cinco jueces eran el regente y dos oidores del Consejo Real, un alcalde de Corte Mayor y un oidor de la Cámara de Comptos.

44 AHN, ESTADO, Libro 66, fol. 123v.

añadiendo que, además, se presumía mayor inteligencia e instrucción en estas materias en los jueces navarros que en los castellanos por haberlas tratado más tiempo y con mayor atención, por lo que los pedimentos dirigidos al virrey debían tratarse con todo el Consejo o con dos jueces de él, de los cuales uno debía de ser navarro⁴⁵.

Por consiguiente, los principales argumentos esgrimidos por el reino eran que se trataba de una costumbre legítimamente prescrita; que se había observado antes y después de la incorporación de Navarra a Castilla; que estaba confirmada por contrato expreso celebrado con el rey Católico y sus sucesores, y por la fuerza y vínculo del juramento; que la costumbre era loable en sí misma y reconocida como tal; que se ordenaba en servicio del rey y se ajustaba a lo declarado por el monarca en los actos e instrucciones; y que la observancia subseguida era la interpretación más segura y constante⁴⁶.

La respuesta del monarca a la consulta del virrey fue rápida. En una carta de 29 de abril de 1637 se instaba al arzobispo de Burgos Andrade a obrar como estaba dispuesto en las Instrucciones y como habían hecho sus antecesores, puesto que lo contrario no ayudaba a resolver las materias que se estaban tratando y, además, —causa fundamental y decisoria a mi entender— se afirmaba por el rey que el tiempo estaba tan adelantado que se deberían evitar dilaciones que solo servían para retrasar la concesión del servicio de donde debían pagarse los salarios, algo fundamental para la conservación y quietud del reino⁴⁷. Por tanto, cuestiones monetarias apremiaban y subyacían a esta decisión.

Posteriormente, el 30 de abril, ante la falta de respuesta del virrey, se acordó en las Cortes que «se haga memoria a Su Excelencia para que tome resolución en razón del memorial que se le dio sobre el nombramiento de consultores», encomendando este recado al prior de Navarra, al marqués de Cortes y al barón de Beorlegui, que eran los presidentes de los tres brazos de las Cortes⁴⁸. Este cometido se cumplió con rapidez, puesto que, en el mismo día, reunidos los tres estados por la tarde, los citados presidentes explicaron la respuesta del virrey: que había dado cuenta de este asunto al monarca y que «no podía tomar resolución en el asta tenerla de Su Magestad», pasando a discutir sobre esta cuestión los referidos brazos⁴⁹.

La última mención encontrada en las actas de las Cortes es del día siguiente, 1 de mayo, en la que se volvió a debatir sobre el tema, acordándose que, no obstante la respuesta del virrey, se hiciera una réplica y se le pidiera que «sea servido de hacer merced al Reyno en lo que tiene suplicado», presentándole las razones y la justicia tan clara que había en ello, volviéndose a cometer el encargo a los presidentes de los tres brazos, que fueron de inmediato a cumplirlo⁵⁰. En un tiempo muy breve retornaron con la respuesta del virrey:

«[...] que Su Excelencia siempre a estado muy atento a las cossas del Reyno, haciendo la estimación que es justo, procurando darle gusto en todo quanto se le offrece; y que desde luego ofrece, ajustandose con el pidimiento del Reyno, de nombrar por uno de los consultores a uno de los jueces del Consejo natural d'este Reyno. E hiçe auto d'ello. B. de G.»⁵¹.

Por tanto, Andrade, posiblemente ya conocedor de la respuesta del monarca a su consulta, cedió a las pretensiones del reino de Navarra, por lo que en las Cortes se acordó que fuera la Diputación en la forma acostumbrada al palacio del virrey a darle las gracias por la resolución tomada, refiriendo dicha Diputación lo manifestado por el virrey, en concreto, el deseo que siempre había

45 AHN, ESTADO, Libro 66, fol. 124r.

46 AHN, ESTADO, Libro 66, fol. 124r.

47 AHN, ESTADO, Libro 67, fol. 100r.

48 *Actas de las Cortes de Navarra (1530-1829), Libro 2...*, p. 331.

49 *Actas de las Cortes de Navarra (1530-1829), Libro 2...*, p. 331.

50 *Actas de las Cortes de Navarra (1530-1829), Libro 2...*, pp. 331-332.

51 *Actas de las Cortes de Navarra (1530-1829), Libro 2...*, p. 332.

tenido y tiene de dar gusto al Reino y «el contento con que estaba de que se le ay dado en este casso»⁵². Sabemos que en estas Cortes actuó como consultor del virrey el regente Álvaro de Oca y Zúñiga⁵³, castellano, pero no he podido averiguar qué juez navarro le acompañó.

52 *Actas de las Cortes de Navarra (1530-1829), Libro 2...*, p. 332.

53 MARTÍNEZ ARCE, *Aproximación a la Justicia en Navarra durante la Edad Moderna...*, p. 92.

LA REFORMA DE LA EDAD MÍNIMA PARA VOTAR

Miguel Ángel Presno Linera

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo*

1. La edad mínima para votar en la historia constitucional española

El debate jurídico-constitucional, aunque también político, sociológico y educativo, sobre la edad mínima para el ejercicio del sufragio activo y, en general, sobre los derechos políticos de las personas menores de edad no es, ni mucho menos, reciente: si acudimos a la Historia constitucional española vemos que la primera norma electoral, en los albores del siglo XIX, fijó la mayoría de edad para votar en 25 años (artículo 2 del Capítulo II de la Instrucción que deberá observarse para la elección de Diputados de Cortes, de 1 de enero de 1810)¹, exigencia que se mantuvo hasta la Ley de 11 de marzo de 1873 que, en su artículo 3, dispuso que debían considerarse «como mayores de edad a todos los españoles de más de veintiún años», lo que supuso, en ese momento, un aumento del 3'1 % del censo electoral.

Que la edad de 25 años se mantuviera a lo largo de este tiempo no significó ausencia de discusiones jurídicas, políticas y doctrinales al respecto ni que no se considerara por algunos la conveniencia de reducir esa edad; así, durante la tramitación parlamentaria de la Ley electoral de 20 de julio de 1837² el diputado Charco propuso fijarla en 18 años, pretensión que no prosperó al considerarse que aunque «en los países meridionales [los hombres] se desarrollan algo antes [de los 25 años], también es cierto que en los países septentrionales aún a esa edad no están completamente desarrollados» (intervención del diputado González Alonso rebatiendo la del diputado Charco)³.

Poco después, el 29 de enero de 1841, el diario *El Huracán* reivindicó el sufragio universal directo para todos los varones mayores de 21 años y ya en esos tiempos el debate se centró en los términos adecuados, que son los relativos al momento en el que se puede presumir que una persona tiene capacidad de discernimiento suficiente para decidir con libertad; es decir, se le presume dotada de autodeterminación política.

La Constitución de 1869 mantuvo la edad mínima de 25 años al no prosperar la reducción a 20 años propuesta por el diputado José María Orense⁴.

Y la reducción a los 21 años introducida por la mencionada Ley 11 de marzo de 1873 duró bien poco porque la Ley de 20 de julio de 1877 restableció, «con carácter provisional la Ley electoral

1 Sobre estas cuestiones me extiendo en Miguel Ángel PRESNO LINERA, *Leyes y normas electorales en la Historia constitucional española*, Iustel, Madrid, 2013, pág. 51 y sigs.

2 *Gaceta de Madrid*, de 22 de julio de 1837; sobre esta Ley, Joaquín TOMÁS VILLARROYA, «El cuerpo electoral en la Ley de 1837», en *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, 1964, pág. 157 y sigs.

3 Las intervenciones están recogidas en el *Diario de Sesiones de las Cortes*, n.º 219, de 7 de junio de 1837.

4 *Diario de Sesiones de las Cortes*, Apéndice 8 al n.º 29, de 17 de marzo de 1869.

de 18 de Julio de 1865», volviendo a los 25 años, edad que se mantuvo en las Leyes de 28 de diciembre de 1878⁵, 26 de junio de 1890⁶ y 1907.

Será con el Decreto «modificando la ley electoral vigente, al solo efecto de la elección para Cortes Constituyentes», de 8 de mayo de 1931⁷, cuando se reduzca la mayoría de edad a los 23 años (artículo 2). La transformación democrática se consumó con la Constitución de 1931, al disponer su artículo 36 que «los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes», aunque los diputados socialistas eran partidarios de rebajarla a 21.

En plena Transición, la Ley 1/1977, para la Reforma Política, dispuso en su artículo 2.2 que «Los Diputados del Congreso serán elegidos por sufragio universal, directo y secreto de los españoles mayores de edad», es decir, entonces por las personas mayores de 21 años. Y el Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales estableció que serían «electores todos los españoles mayores de edad incluidos en el Censo y que se hallen en pleno uso de sus derechos civiles y políticos» (artículo 2.1).

La reducción de la edad electoral —también de la general—, se produjo antes de la entrada en vigor de la Constitución y a efectos de que tuviera incidencia en el referéndum para su aprobación: así, el Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, dispuso que «la mayoría de edad empieza para todos los españoles a los 18 años cumplidos» (art 1).

Un último Decreto-Ley permitió que en el referéndum constitucional de 1978 pudieran participar los mayores de 18 años: el Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad⁸, estableció que «la mayoría de edad empieza para todos los españoles a los 18 años cumplidos» (art 1) y ello, como se destaca en la Exposición de Motivos, porque «los supuestos sociales expuestos, unidos al momento de transformación política que vive nuestro país, aconsejan proceder con urgencia a adelantar la mayoría de edad con el objeto de posibilitar la plena incorporación de la juventud española a la vida jurídica, política y social del país».

2. La mayoría de edad general en la Constitución española y otras mayorías en legislaciones específicas

Es bien conocido que la vigente Constitución española (CE) ha fijado la mayoría de edad en los 18 años (artículo 12) y eso en sí mismo es llamativo porque no es algo que ocurra con frecuencia en estos textos normativos. La redacción final no varió a lo largo del proceso constituyente, aunque sí su ubicación, porque en el Anteproyecto de Constitución aparecía como un apartado segundo del artículo 11 y cobró autonomía a su paso por la Comisión Constitucional del Senado.

Como explica el profesor Gálvez Muñoz en la sinopsis del artículo 12 CE⁹, eso no significa que esta redacción no fuera objeto de debate en sede constituyente; más bien al contrario, pues se debatió la oportunidad de su existencia por entender algunos que la mayor flexibilidad de la legislación ordinaria permitía una mejor adecuación a la realidad concreta (Grupo de Alianza Popular); también se cuestionó la fijación de la mayoría de edad en los 18 años y no en una edad superior (Grupo de Alianza Popular) y se discutió, finalmente, el alcance o extensión de la mayoría de edad que se consagraba, es decir, si debía tener únicamente efectos políticos o afectar a todos los sectores jurídicos (Grupos de Unión de Centro Democrático y Alianza Popular).

Esta última cuestión se convirtió en el punto central de los debates: las formaciones políticas del centro-derecha pretendían que la fijación constitucional de la mayoría de edad en los 18 años sólo tuviera aplicación en el campo político, es decir, que únicamente determinara el reconoci-

5 *Gaceta de Madrid*, de 30 de diciembre de 1878.

6 *Gaceta de Madrid*, de 29 de junio de 1890.

7 *Gaceta de Madrid*, de 10 de mayo de 1931.

8 . BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1978.

9 <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=12&tipo=2> (a 29 de septiembre de 2025).

miento de los derechos de sufragio activo y pasivo y sería la legislación ordinaria la que en cada caso establecería la mayoría de edad correspondiente en cada sector del Derecho.

Los grupos socialista, comunista y nacionalista catalán (Minoría Catalana) defendieron, por su parte, la necesidad de impulsar y reconocer la incorporación de la juventud a la vida ciudadana con plenitud de derechos y obligaciones y, asimismo, pretendían evitar situaciones chocantes e incongruentes como la de que un joven pudiera ostentar un cargo público y estar sometido, al mismo tiempo, a la guarda de otra persona.

La primera tesis se impuso en el Informe de la Ponencia constituida en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados («Los españoles adquieren la plenitud de derechos políticos cumplidos los 18 años»), pero fue la segunda la que terminó imperando ante, recuerda Gálvez Muñoz, el repentino cambio de postura de Unión de Centro Democrático, motivado, quizás, por el convencimiento de que las jóvenes generaciones del españoles iban a ser los protagonistas reales del enorme cambio político, económico y social que se avecinaba¹⁰.

Como también es conocido, existen regulaciones específicas que permiten el ejercicio de derechos fundamentales a una edad inferior a los 18 años; así, cabe contraer matrimonio por los menores de edad que estén emancipados, algo que puede realizarse desde los 16 años (artículos 46.1 y 239 y siguientes del Código Civil); se puede disponer, por vía de testamento, de lo que sucederá con los bienes propios después de la muerte a partir de los 14 años (artículo 663.1 del Código Civil); es legal celebrar un contrato de trabajo desde los 16 años, aunque con limitaciones horarias y para determinadas actividades (artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores), y, en consecuencia, se pueden ejercer los derechos fundamentales vinculados al trabajo como el de huelga y el de libertad sindical; las personas emancipadas o mayores de 16 años deciden, con limitaciones, sobre su consentimiento en cuestiones que afecten a su salud (artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) y «las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales» (artículo 13.bis de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo). Finalmente, en el ámbito autonómico, la Ley 1/2006, de 16 de febrero, de la Iniciativa Legislativa Popular de Cataluña legitima para participar en estas propuestas a los mayores de 16 años (artículo 2.2).

Y, por supuesto, las personas menores de edad pueden ejercer otros derechos fundamentales, como las libertades ideológica y religiosa; la intimidad personal; las libertades de expresión, de reunión, de asociación... En esa misma línea, la Convención sobre los Derechos del Niño garantiza, entre otros derechos, la libertad de expresión, la libertad ideológica y de conciencia, las libertades de asociación y reunión

3. La Resolución 1826, de 23 de junio de 2011, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que pidió a los Estados miembros el estudio de la rebaja de la edad electoral a los 16 años

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ya había debatido acerca de la cuestión de la reducción de la edad mínima para votar en varias ocasiones, entre ellas con motivo de la aprobación de su Resolución 1630, de 1 de octubre de 2008, sobre la renovación de la agenda de la juventud del Consejo de Europa. Y volvió a hacerlo con motivo de una moción presentada el 4 de mayo de 2009 que desembocó en la Resolución 1826, de 23 de junio de 2011.

En este documento se señala que la evolución demográfica en Europa podría conducir a una creciente marginación de las personas jóvenes en los procesos políticos, que corren el riesgo de verse dominados por cuestiones que interesan principalmente a las personas de más edad. Esta evolución podría poner en peligro la estabilidad de la democracia en un momento en que la cohesión social es más importante que nunca.

10 Véanse las discusiones producidas en la Comisión Constitucional —Diario de Sesiones número 68, de 17 de mayo— y en el Pleno del Congreso de los Diputados —Diario de Sesiones número 105, de 1 de julio—.

También se recuerda que en 2007 Austria se convirtió en el primer miembro del Consejo de Europa y de la Unión Europea y la primera de las democracias del mundo desarrollado en adoptar una edad de voto de 16 años para todas las elecciones municipales, estatales y nacionales y que Alemania había rebajado la edad de voto en algunos *Länder*.

La Resolución de la Asamblea subraya la necesidad de garantizar que los jóvenes estén bien preparados para su participación en la vida cívica y hace hincapié en que cuanto mayor sea la proporción de la sociedad que participa en las elecciones, mayor será la representatividad de los elegidos; los jóvenes de 16 y 17 años ya tienen responsabilidades en la sociedad, pero sin derecho a voto; una mayor participación en las elecciones contribuirá a que los jóvenes sean más conscientes de su responsabilidad a la hora de definir su posición y su papel en la sociedad; los sistemas educativos deben impartir una mejor educación para la ciudadanía democrática que permita a los futuros ciudadanos de pleno derecho ejercer sus nuevos derechos; la escuela puede constituir un modelo de participación democrática si los alumnos participan en su proceso de toma de decisiones, y, finalmente, una edad electoral de 16 años favorecería una mayor participación de los que votan por primera vez y, por tanto, una mayor participación en general.

Concluye la Asamblea instando a los Estados miembros a que creen las condiciones previas necesarias para la participación de los jóvenes en la vida cívica a través de la educación y el fomento de la participación comunitaria; a Investigar la posibilidad de reducir la edad de voto a 16 años en todos los países y para todo tipo de elecciones, y a estudiar la posibilidad de rebajar la edad mínima para presentarse a los distintos tipos de elecciones (locales y regionales, al Parlamento, al Senado, a la Presidencia) siempre que resulte apropiado.

Por más que nos encontremos ante una mera propuesta, esta llamada a la acción es importante porque sintetiza los argumentos que pueden utilizarse para fundamentar una reducción de la edad electoral a los 16 años y porque suele invocarse, como veremos más adelante, en las proposiciones de ley que se han presentado en España para alcanzar ese objetivo.

E, incidiendo en los motivos invocados en la Resolución, el estudio de Jan Eichhorn y Johannes Bergh concluye que en ninguno de los países para los que se dispone de datos, los investigadores han podido encontrar efectos negativos de la reducción de la edad de voto en la participación de los jóvenes o en sus actitudes cívicas; en muchos casos ocurrió lo contrario: estaban a menudo más interesados en la política, eran más propensos a votar y mostraban más confianza institucional. Los estudios a más largo plazo realizados en Austria y en países iberoamericanos sugieren que el efecto puede mantenerse, al menos parcialmente, a lo largo de los siguientes años de vida, lo que se traduce en un aumento de la participación. Además, en los casos en los que disponemos de datos de la opinión pública sobre el tema, vemos que el apoyo al voto a los 16 años aumenta significativamente. Esto puede deberse a la experiencia de ver a los jóvenes comprometidos o a la influencia que los jóvenes pueden tener en sus progenitores, especialmente cuando han recibido una educación cívica que incluye debates sobre política¹¹.

4. La reducción de la edad electoral a los 16 años en el derecho comparado

Además de los supuestos que se mencionan en la Resolución 1826, encontramos otros ejemplos de reducción, con distinto alcance, de la edad para votar en otros Estados. En algunos el ejercicio del sufragio se extiende a todos los comicios y está garantizado en la constitución, como son los casos de Brasil y Ecuador, cuyos vigentes textos constitucionales disponen lo siguiente: el brasileño prevé (artículo 14) que la inscripción electoral y el voto son obligatorios para las personas mayores de dieciocho años y facultativos para las personas entre dieciséis y dieciocho años; por su parte, la Constitución de la República del Ecuador, en un sentido idéntico, dispone (artículo 62) que «el voto será obligatorio para las personas mayores de dieciocho años... El voto será facultativo para las personas entre dieciséis y dieciocho años de edad». En la República Argen-

11 Jan EICHORN y Johannes BERGH, «Lowering the Voting Age to 16 in Practice: Processes and Outcomes Compared», en *Parliamentary Affairs*, n.º 74, 2021, págs. 507-521; sobre las experiencias en Alemania, Austria, Escocia, Estonia, Iberoamérica y Estados Unidos véase el estudio de Jan Eichhorn y Johannes BERGH (eds.), *Lowering the Voting Age to 16: Learning from Real Experiences Worldwide*, Palgrave Macmillan, Londres, 2020.

tina estas mismas posibilidades de votar a partir de los 16 años se introdujeron a través de la Ley de Ciudadanía Argentina, n.º 26.774, conocida como ley de Voto Joven, que se sancionó el 31 de octubre de 2012.

En Europa, además del citado caso austríaco, y fuera de los supuestos mucho más frecuentes de sufragio activo a los 18 años, la edad para votar en todos los procesos electorales son los 16 años en Malta (artículo 57 de la Constitución) mientras que Grecia es la Ley electoral la que permite votar a las personas de 17 años en los comicios municipales, generales y al Parlamento Europeo.

Por lo que respecta a la posibilidad de votar en concretos comicios desde los 16 años, en Bélgica una ley aprobada el 1 de junio de 2022 lo permite en las elecciones al Parlamento Europeo, de igual manera que en Alemania tras la reforma legal de 11 de enero de 2023. En este último país también contemplan esa posibilidad diversas leyes electorales de los Estados miembros de la Federación, como Brandenburgo, Bremen, Hamburgo y Schleswig-Holstein, para las elecciones a sus respectivos parlamentos y en varias más para los comicios municipales. Para rebajar, en su caso, la edad mínima en las elecciones al *Bundestag* sería necesaria una reforma constitucional del artículo 38.2, pues ahí se dispone que «tiene derecho de voto quien haya cumplido dieciocho años de edad». El voto a los 16 años también está contemplado para los parlamentos de Gales y Escocia y en sus respectivos comicios locales. En estos últimos procesos también se puede votar a los 16 años en Estonia y a los 17 en Israel. Por último, hay varios países que subordinan el ejercicio del sufragio por las personas menores de 18 años a que cumplan otra circunstancia: en Bosnia, Croacia, Serbia y Eslovenia a que tengan un puesto de trabajo y en Hungría a que estén casados y en la República Dominicana a que estén casados o lo hayan estado.

5. Las proposiciones de ley presentadas para la reducción de la edad electoral a los 16 años

El Grupo Parlamentario que ha llevado la iniciativa a la hora de plantear proposiciones concretas de reforma de la LOREG para ampliar la edad electoral ha sido el de Esquerra Republicana de Catalunya, que lo ha hecho en cuatro ocasiones, tres en el Congreso de los Diputados, las dos primeras con la denominación Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana y la tercera como Grupo Parlamentario Republicano, y una en el Senado como propuesta del Grupo Esquerra Republicana-Euskal Herria Bildu.

La primera Proposición, presentada el 26 de febrero de 2016, invocaba, en su Exposición de Motivos, la Resolución 1826 así como los ejemplos de Brasil, Ecuador, Hungría, Eslovenia, Noruega, Argentina, algunos estados de Alemania y el cantón suizo de Glaris; también la aprobación por el Parlamento de Catalunya de una propuesta de resolución durante el pleno monográfico sobre juventud celebrado en julio de 2013 en la que se manifestaba la necesidad de avanzar hacia el reconocimiento del voto a los 16 años y que «en el proceso participativo sobre el futuro político de Catalunya del 9N se reconoció el derecho al voto a partir de los 16 años; y la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, del Parlament de Catalunya, de Consultas Populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, reconoce como personas legitimadas a participar en tales consultas a las personas mayores de 16 años». Concluía esta Exposición aludiendo a que «entidades juveniles de referencia como son el Foro Europeo de la Juventud, el Consejo de la Juventud de España y el Consell Nacional de la Joventut de Catalunya apoyan el reconocimiento del voto a partir de los 16 años con el objetivo de mejorar la calidad democrática».

A continuación, se incluía la propuesta de modificación de los artículos 2.1, 26.2, 35 y 85.2 de la LOREG para, en síntesis, fijar la edad para votar en los 16 años, incluir a los nuevos electores entre los potenciales miembros de las mesas electorales, tener en cuenta esa edad para la revisión del censo electoral y concluir que los inscritos como menores en el censo electoral puedan ejercer su derecho de sufragio si en la fecha de la votación han cumplido ya 16 años.

El texto de esta iniciativa se reprodujo en términos idénticos en la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario de Esquerra de 6 de septiembre de 2016, en la del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Euskal Herria Bildu el 23 de enero de 2020 en el Senado y en la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Republicano el 24 de mayo de 2022 de nuevo en el Congreso de los Diputados. El cambio de criterio del Grupo Parlamentario Socialista, que apoyó la toma en consideración

de las propuestas en las primeras ocasiones, pero no en las dos finales es lo que explica que la Proposición fuera tomada en consideración el 19 de abril de 2016 con 174 votos favorables, 144 en contra y 6 abstenciones del total de 324 votos emitidos, pero no en las tres siguientes ocasiones: el 22 de noviembre de 2016, por la nueva distribución de escaños en el Congreso, el resultado fue de 168 votos a favor y 173 en contra; en el Senado el 21 de octubre de 2020 de los 263 votos emitidos, hubo 26 a favor, 224 en contra y 13 abstenciones; finalmente, en el Congreso el 22 de septiembre de 2022 el resultado fue de 67 votos a favor, 218 en contra y 58 abstenciones de un total de 343. La toma de consideración en 2016 no tuvo mayor recorrido parlamentario como consecuencia de la disolución inmediata de las Cortes Generales.

En los cuatro debates sobre la toma en consideración de las proposiciones de ley se emplearon diferentes argumentos, especialmente de orden político y sociológico más que jurídico, y no pocos de ellos bastante alejados del asunto que se debatía. En las líneas siguientes me centraré en los que cuestionaron no la oportunidad de la iniciativa sino su encaje jurídico y, de modo particular, su constitucionalidad.

A este respecto, destacan las intervenciones parlamentarias de diputados del Grupo Nacionalista Vasco, que han mantenido argumentos casi idénticos de desde el año 2016; así, en el debate sobre la toma en consideración de la Proposición de Ley que tuvo lugar el 22 de noviembre de ese año el señor Legarda Uriarte insistió en que «de la combinación de los artículos 68.5, 23 y 12 se puede colegir que hay un blindaje para el ejercicio de los derechos políticos a los dieciocho años en la Constitución o, al menos, es una cuestión que no es irrelevante y que está regulada de una manera aparentemente contundente. Por eso manifestaba hace ya un tiempo que se requeriría un estudio sosegado y doctrinalmente sustentado para flexibilizar la edad en la que se adquiere la ciudadanía política.

Por otro lado, también manifestamos que una decisión de esta naturaleza arrastraría a buena parte del ordenamiento jurídico hacia la rebaja de edad a los dieciséis años, desde el Código Civil al resto del ordenamiento jurídico, y casi con toda certeza abriría un intenso debate»¹².

Por su parte, quienes hablaron en nombre del Grupo Parlamentario Popular, como la diputada Pilar Cortés en abril de 2016 o el diputado Bermúdez de Castro el 27 de septiembre de 2022, argumentaron que «que no se pueden separar el ejercicio del derecho de sufragio de la mayoría de edad porque, de hacerlo, y por el efecto arrastre y por el efecto distorsionador que una medida de esa naturaleza tendría en todo nuestro ordenamiento jurídico, podríamos terminar desvirtuando o desnaturalizando el contenido de la institución de la mayoría de edad hasta hacerla irreconocible o vacía de contenido, y eso es de dudosa constitucionalidad»¹³.

En cuanto a la exigencia de una reforma constitucional para eludir una eventual contradicción entre el texto vigente y una hipotética modificación de la LOREG en el sentido de rebajar la edad para votar a los 16 años, comparto lo dicho por el diputado Gregorio Cámara Villar en el debate sobre la toma en consideración celebrado el 22 de noviembre de 2016: «¿Requeriría esta reforma, como algunos sostienen, la previa reforma del artículo 12 de la Constitución? Entiendo que no. Lo que este artículo regula es la institución de la mayoría de edad a los dieciocho años referida a la capacidad de obrar desde un punto de vista general y de culminación gradual, pero permitiendo siempre regulaciones específicas y no siendo una frontera para la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales, derechos que se tienen ya en la minoría de edad de manera parcial o total, dependiendo de los casos»¹⁴.

Y es que por debajo de los 18 años no se debe deducir una regla normativa impeditiva del sufragio activo. Es obvio que para el ejercicio de los derechos fundamentales se requiere una determinada capacidad, que de faltar ha de ser tenida en cuenta a la hora de delimitar dicho ejercicio. Pero

12 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Núm. 211, de 27 de septiembre de 2022, pág. 10.

13 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Núm. 16, de 22 de noviembre de 2016, pág. 27.

14 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Núm. 211, de 27 de septiembre de 2022, pág. 16.

ha de ser el Legislador, en este caso el electoral, el que justifique de manera adecuada la conformidad constitucional de estas delimitaciones, lo que resulta coherente con la consideración de la minoría de edad como un proceso durante el cual la psicología de la persona se va formando y, con ello, su capacidad de autodeterminación.

En esta línea tampoco cabe reprochar, como se hizo en algunos de los debates parlamentarios, que la reducción de la edad no se extienda al sufragio pasivo porque no necesariamente hay que requerir lo mismo para uno y otro derecho y nos parece que mientras la mayoría de edad general se mantenga a los 18 años es razonable que el desempeño de los cargos representativos se condicione, entre otros requisitos, al cumplimiento de esa edad. En todo caso, ya hemos visto que la Resolución 1826 apela a los Estados, pero de modo diferenciado, «a estudiar la posibilidad de rebajar la edad mínima para presentarse a los distintos tipos de elecciones (locales y regionales, al Parlamento, al Senado, a la Presidencia) siempre que resulte apropiado».

Sí parece coherente que una vez ampliada la edad para votar se incluya a las personas que pasan a tener la condición de electoras entre quienes pueden formar parte de las mesas electorales, aunque si se reforma el artículo 26.2 LOREG habría que aprovechar para debatir si tiene sentido el mantenimiento de una edad máxima de 70 años. Las Proposiciones de Ley incluyen expresamente una nueva redacción aludiendo a las personas que sean mayores de dieciséis años, aunque, en rigor, no haría falta modificar este precepto si ese es el único cambio porque una vez incluidas las personas mayores de 16 años en el artículo 2.1 hay que entender que ya lo estarían también en la referencia del artículo 26.2.

La inclusión de la reforma del artículo 35 LOREG, sobre la revisión anual del censo, guardaría lógica con la nueva edad para votar, aunque podría limitarse al vigente apartado 3 de dicho precepto.

Por lo que respecta a la reforma del artículo 85 incluida en las Proposiciones de Ley podría consistir en una modificación del apartado 2 en los siguientes términos: «los ejemplares certificados de las listas del censo a los que se refiere el párrafo anterior contendrán exclusivamente los ciudadanos mayores de dieciséis años en la fecha de la votación».

6. Propuesta de reforma de la LOREG para fijar la edad electoral en 16 años

Uno. Se modifica el apartado 1 del artículo 2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, quedando redactado de la siguiente manera:

«1. El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de dieciséis años que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente».

Dos. Se modifica el apartado 3 del artículo 35 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, quedando redactado de la siguiente manera:

«3. En la actualización correspondiente al primer mes del año se acompañarán, además, las altas, con la calificación de menor, de los residentes que cumplirán dieciséis años entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año siguiente».

Tres. Se modifica el apartado 2 del artículo 85 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, quedando redactado de la siguiente manera:

«2. Los ejemplares certificados de las listas del censo a los que se refiere el párrafo anterior contendrán exclusivamente los ciudadanos mayores de dieciséis años en la fecha de la votación».

MUJERES QUE NO SE CALLAN: TRIBUTO A CAYA AFRANIA

Nuria Reche Tello

*Prof.^a Derecho constitucional (Acreditada TU)
Universidad Miguel Hernández de Elx
<https://orcid.org/0000-0002-8670-5794>*

Tuve la fortuna de conocer a la profesora Figueruelo el día de la defensa de mi tesis doctoral, formó parte del tribunal evaluador, y he de decir que causó en mí una profunda impresión que, nueve años después, aún no he olvidado. A pesar de las generosas valoraciones con las que alabó mi trabajo —«con estos mimbres se hacen buenos cestos»—, fueron sobre todo su elegante y solemne dicción castellano-salmanticense, al tiempo que su humanidad y cercanía durante la cena que posteriormente celebramos, los aspectos de ella que quedaron grabados en mi memoria aquella noche en la que conversamos por primera vez y donde me habló de la Universidad, de la importancia de que personas como ella, nacida en un pequeño pueblo y sin tradición de juristas en su familia, pudiese cursar la carrera de Derecho y los estudios de doctorado gracias a las becas y a la educación pública.

Posteriormente, he tenido la suerte de coincidir con ella en diferentes ocasiones y conocerla más de cerca, sobre todo gracias a los Encuentros que anualmente organiza la Red Feminista de Derecho Constitucional a la que ambas pertenecemos. Su férreo compromiso con los valores constitucionales, con la igualdad de mujeres y hombres, con la institución universitaria, ha forjado uno de los referentes importantes en mi trayectoria académica y, pese a la distancia física que nos separa, siempre la siento cercana, generosa, y dispuesta a prestarme apoyo o consejo.

Este pequeño ensayo, además de homenajear a nuestra querida profesora, tiene el propósito de rendir tributo a la figura de Caya Afrania, que da nombre a la «Colección Caya Afrania. Feminismo jurídico e igualdad» en la editorial Atelier, y que precisamente dirige la profesora Figueruelo.

Acercarse a figuras como la de Caya Afrania (también citada como Cafrania o Calpurnia) supone hacerlo a tuestas, en un espacio de oscuridad que obliga a recurrir a testimonios fragmentarios e indirectos, y a cargo de quienes precisamente se encargaron de ensombrecerlo. Si muchas mujeres relevantes han permanecido ocultas a lo largo de los siglos, incluso para los investigadores, la dificultad se acrecienta a medida que retrocedemos en el tiempo. En un ensayo revelador, Patricia González Gutiérrez¹ refleja los condicionantes historiográficos a que nos enfrentamos, y su carácter plenamente consciente: la invisibilización, el borrado de una identidad propia como seres humanos equivalentes a los masculinos, constituía una actuación tan deliberada que adoptaba, en ocasiones, manifestaciones tan llamativas como la reiteración de un mismo nombre para todas las componentes de una familia, ya fuese en relación de primer, segundo o tercer grado. Y aun así podían considerarse 'afortunadas', por cuanto muchas otras se proyectaron en las fuentes históricas como meros arquetipos, inevitablemente negativos —las brujas, las esposas descocadas las impúdicas vestales— o cuando menos irrelevantes —las castas matronas, las «esposas o

1 GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Patricia, *¿Existieron las romanas?*, Akal, Madrid, 2024.

hijas de»—, en el estrecho margen del rol binario naturalmente asignado, y por oposición a la narrativa heroica de los varones de la época.

Ahora bien, la autora no se queda en el conformismo resignado que explica las circunstancias opresivas para las mujeres como «fruto de una época», sino que extiende su reproche a la historiografía posterior, que durante siglos continuó escribiendo un relato en manos de los mismos hombres poderosos, y en que las mujeres continuaron desaparecidas. Algo que puede apreciarse incluso en la mera conservación de los textos clásicos, en los que los elaborados por ellas son una excepción tan llamativa como elocuente.

La simpleza de esa remisión al contexto histórico predominó, sin embargo, en los historiadores del siglo XVIII, que atribuían el estatus femenino de las romanas y griegas a una suerte de barbarie ancestral que se había visto superada por los contemporáneos hombres ilustrados, que habían otorgado mejores posibilidades a sus conciudadanas. En el siglo XIX la institucionalización de la historia como rama del conocimiento continúa incidiendo en los mismos sesgos, potenciados por su propósito, pacíficamente asumido, como moldeador social y cultural, un enfoque ejemplarizante en el que las mujeres recibían una suerte de relato histórico específico, repleto de virtuosas reinas y santas, a modo de espejo en el que necesariamente debían aspirar a reconocerse. Aparecen, sin embargo, voces femeninas pioneras que escriben su propia historia, y cuyo rescate resulta imprescindible, puesto que «cuando pensamos en los siglos previos al XX y XXI como un páramo para las mujeres, en realidad simplemente hemos cubierto de polvo un gran número de nombres femeninos»². No es sino avanzado el siglo XX, y de forma paralela al propio desarrollo del feminismo, cuando la historiografía, con una perspectiva más amplia y atenta al detalle de la *intrahistoria*, comienza a recuperar la presencia femenina en el relato. Y, en lo que atañe a las mujeres clásicas, el punto de inflexión lo constituyó una obra que merece la pena subrayar: «Diosas, ramerías, esposas y esclavas», publicada en 1975. En palabras de Patricia González Gutiérrez: «después de mucho batallar, añadir nombres de mujeres a la historia y pelear por no hablar solo de reyes, empezábamos a ver a griegas y romanas»³.

¿Y qué es lo que vemos cuando las contemplamos a través de una mirada más, aunque no del todo, desprejuiciada? Pues, fundamentalmente, el silencio. Las mujeres romanas tenían prohibidos los oficios civiles, descritos —quizás sobra decirlo— como «oficios viriles» (la representación, la tutela, la intercesión, la acción ante la justicia en nombre ajeno), si bien podían ocuparse de sus asuntos domésticos y patrimoniales —durante mucho tiempo con ratificación o aprobación masculina— e incluso ejercer, aunque excepcionalmente, el comercio; todo ello amén los oficios propiamente femeninos: nodrizas, comadronas, actrices, costureras, etc.⁴. La distinción entre ámbito privado y público aparece claramente delimitada, pero en ambos casos ese principio, el silencio, vertebraba la existencia femenina de la época, aunque desde luego en ninguna de la historia nos resulta ajena: se trata, a fin de cuentas, de la discreción, del segundo plano, de la voz si acaso consentida pero vigilante en todo momento de no importunar un orden establecido por los mismos autores que siempre han escrito la historia. Sara Casamayor Mancisidor⁵, lo describe como una prohibición del uso de la palabra «en público o en exceso», de tal forma que una utilización impropia de la misma era vista como una suerte de transgresión del deber de sobriedad que le era consustancial, y merecía el rechazo social por lo que, más allá de su incorrección, se calificaba de pedantería.

Y es en este contexto donde aparecen figuras como Caya Afrania, que con sus capacidades y su 'insolencia' lograron quebrar el silencio. Sirva para entenderlo el primer testimonio histórico de su presencia, todo un compendio, por lo demás, de misoginia sin disimulo: se trata de Valerio Máximo, autor del siglo I d. C., en sus *Hechos y dichos memorables*, VIII, 3⁶:

2 *Ibid.*, pág. 39

3 *Ibid.*, pág. 58

4 DUBY, George y PERROT, Michelle, Dirs., *Historia de las Mujeres*, Taurus, Madrid, 2000

5 CASAMAYOR MANCISIDOR, Sara, «Tacita Muta y el silencio femenino como arma del patriarcado romano», en *Panta Rei. Revista Digital de Ciencia y Didáctica de la Historia*, pp. 27-41, Universidad de Murcia, 2015. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.6018/pantarei/2015/2>

6 Valerio MÁXIMO, *Hechos y dichos memorables*, VIII, 3, Akal, Madrid, 1988.

«Caya Afrania (...) siempre dispuesta a meterse en pleitos, defendió en todo momento sus causas ante el pretor, no porque careciese de abogados, sino porque le sobraba desenvoltura. Así pues, haciendo temblar las salas de los tribunales con sus gritos, cosa desacostumbrada en el foro, llegó a ser un ejemplar único de la intriga femenina, hasta el punto de que a las mujeres de malas costumbres se les suele apodarar con el calumnioso apelativo de «Caya Afrania». Ésta prolongó su existencia hasta el año en que Julio César fue nombrado cónsul por segunda vez, con Publio Servilio. Decimos esto, porque de un monstruo semejante es preciso hacer saber a los venideros más el año de su desaparición que el de su nacimiento».

El tono inequívoco de este texto, que a los ojos de hoy puede provocarnos hilaridad y hacernos lamentar lo mucho que hubo que esperar para la aparición de la especialidad médica psiquiátrica, pone de manifiesto la realidad de la existencia de las mujeres en la época romana de forma más explícita que muchos trabajos de investigación que, por esa oscuridad a que hacíamos referencia, no pueden sino incurrir en lo especulativo. Su autor transparenta un pensamiento que habla a las claras de su época, aunque insistimos en que no es desconocido en cualquier otra. En palabras de Sara Casamayor Mancisidor: «La actitud de Afrania es tan reprochable que el historiador prefiere datar su muerte antes que su nacimiento. A pesar de que tenía derecho a defenderse a sí misma, es calificada de monstruo por ello. Las razones son varias. Por un lado, pudiendo contratar a un abogado y, por lo tanto, pudiendo preservar su pudor, Afrania decide presentarse ella misma ante los tribunales, y no sólo una vez, sino varias. Por otro lado, para Valerio su único propósito es el de causar revuelo, demostrar su falta de vergüenza y, en su condición de mujer, llenar el foro de gritos. Otro rasgo atribuido a las mujeres en la cultura romana y que posee Afrania es el de la intriga. Las mujeres, que no pueden perseguir sus propios intereses dentro de la vida ciudadana —ya que carecen de la capacidad de ocupar cargos públicos y de hacer uso de la palabra; capacidad que, por otra parte, son los hombres quienes se la han negado—, lo hacen de forma oculta, subrepticia, mediante el chismorreio, las intrigas y el uso de venenos»⁷.

Ambos defectos morales ‘connaturales’ a las mujeres, los del griterío impúdico —en realidad Valerio Máximo emplea el verbo «latrare» para ilustrar su voz, asimilándola a un perro— y la serpentina intriga, se han prolongado a lo largo de los siglos, hasta el punto de que nadie podría negar la contemporaneidad de este dicho de Plauto, autor de la república romana temprana: «la mujer que se calla vale más que la que habla»⁸. En el mismo texto, sin embargo, Valerio Máximo menciona a otra acusada, Mesia Santinas, que defiende su causa con «talento e incluso energía», halagos que responden, explica de inmediato, a que «bajo su aspecto femenino escondía un alma varonil», lo que la hace merecedora del sobrenombre de «Androgina». Una tercera oradora que llama su atención es Hortensia, a la que atribuye mérito en el discurso ante los tribunales, si bien como mera transmisora del discurso de su padre, el retórico Hortensio. Toda ellas, no obstante, merecen el calificativo de «inmodestas e impúdicas».

La historia, esa historia invisibilizadora y groseramente parcial ha sido, en cualquier caso, particularmente cruel con Caya Afrania, puesto que su insolencia al defender con pericia intereses propios y ajenos ante los tribunales tuvo como respuesta una serie de consecuencias personales y profesionales que excedieron de la mera referencia reprobatoria que hemos visto. Y es que, en adelante, se conocería como «afraniae» a las mujeres que se consideraban excesivamente desenvueltas, con lo que el arrojo y la brillantez de una mujer en circunstancias concretas se convirtió en arquetipo ridiculizador para toda ellas a poco que trataran de violentar el silencio que les era propio, de tal forma que Caya Afrania pasó a encarnar «la antítesis de la matrona romana»⁹. Por adherencia, su esposo, el senador Lucio Bucco, pasó a ser denominado ‘Licinio Bucón’, sobrenombre que significaba «estúpido», pues en la época (siglo I a. C.) el marido estaba encargado de instruir a su mujer, y debía de caber duda, para sus contemporáneos, que al senador el asunto se le había ido de las manos.

7 *Ibid.* Pág. 37

8 PLAUTO. *La mujer cautiva (Captivi)*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2006.

9 GONZÁLEZ ESTRADA, Lidia, «Caya Afrania» en *250 mujeres de la antigua Roma* (Pavón, P., Ed., Universidad de Sevilla, 2022).

Pero el impacto de la decidida intervención de Caya Afrania ante el foro —en el que, por cierto, no nos consta que contase sus actuaciones por fracasos, lo que bien nos puede sugerir lo contrario— tuvo una consecuencia más allá de la minusvaloración personal que hubo de soportar: a raíz de sus actuaciones se promulgó un edicto del pretor que, en el marco de una regulación unificadora de la normativa procedimental, quedaba en adelante prohibido a las mujeres defender a terceros en los tribunales.

El mecanismo de acción-reacción con motivo de la ‘invasión’ del espacio masculino no es algo desde luego desconocido a lo largo de la historia, y continúa estando presente en nuestro tiempo: desde la represión de las sufragistas y la vergonzosa «Cat and Mouse Act» —que permitía excarcelarlas para que se recuperasen de las huelgas de hambre y volver a ingresarlas de nuevo—, al aislamiento profesional de las pioneras mujeres universitarias o parlamentarias, o la inmediata prohibición del juego en campos de fútbol profesionales que siguió a los primeros partidos femeninos, a finales del siglo diecinueve; en este caso, por cierto, también había un sobrenombre peyorativo, «Tommy», dedicado a las deportistas que destacaban, a los ojos del espectador de su tiempo, por sus ademanes escasamente ‘femeninos’. Y si de deporte hablamos, cómo olvidar las icónicas fotografías de la primera maratoniana inscrita en la carrera de Boston, Kathrine Switzer, tratando de ser expulsada a empujones por un directivo en plena competición. Todo ello nos sugiere que tal vez, en estos tiempos, sería procedente resignificar aquel término peyorativo y comenzar a honrar a cuantas «afranias» han conseguido abrir caminos inexplorados en terrenos tradicionalmente masculinos.

Lo cierto es que, como decimos, el edicto del pretor excluyó a las mujeres del ejercicio de la abogacía en representación y defensa de otros, y lo hizo incluyéndola en un colectivo al que igualmente le estaba prohibido y que resulta altamente significativo: los ciegos, los homosexuales pasivos, los condenados por infamia y los condenados a pena capital¹⁰. Esta normativa se vio consolidada por otra posterior —desde un *rescriptio* de los emperadores Septimio Severo y Antonino a Saturnino del año 207 d. C. a una *Constitución* de Teodosio, Arcadio y Honorio del año 393—, hasta formar parte de la compilación del Digesto de Justiniano, del 533 d.C., en el Título I del Libro III, en los siguientes términos¹¹:

«El pretor estableció este título para hacer valer (su decoro) y velar por su dignidad, evitando que abogase ante él un cualquiera. 1) Por ello distinguió tres clases (de prohibición): a unos les prohibió del todo abogar, a otros se lo permitió únicamente cuando lo hacían en asunto propio y a otros se lo permitió a favor de determinadas personas y en asunto propio (...) Se propone el Edicto que aquellos a quienes se prohíbe aboguen por otros. En esta parte el pretor estableció exclusiones por razón de sexo y de algunos defectos, y señaló también a las personas señaladas por infamia. En cuanto al sexo prohíbe (el pretor) que las mujeres aboguen por otro, y la razón de la prohibición es evitar que las mujeres se mezclen en causas ajenas, en contra del pudor propio de su sexo, y desempeñen oficios viriles. Esta prohibición proviene del caso de Cafrania, una mujer muy descarada que, al actuar sin pudor como abogada e importunar al magistrado, dio motivo a este edicto».

Como vemos, los textos posteriores que afianzan la prohibición resultan aún más explícitos: se trata de que las mujeres no traten de ocupar espacios profesionales tradicional y ‘naturalmente’ masculinos, violentando los rasgos propios de su sexo, entre los que necesariamente se incluye una discreción que las difumina como agentes públicos. El sexo femenino se equipara, de ese modo, a otros ‘defectos’ que de por sí resultan indecorosos para comparecer ante el foro en defensa de otros, con independencia de las capacidades que demostrasen para hacerlo. Como ha estudiado Esther Domínguez López estas respuestas no pueden entenderse sin un contexto histórico en el que las mujeres romanas habían logrado avances en su emancipación, sobre todo patrimonial, gracias a los nuevos derechos sucesorios, la difusión de los matrimonios libre y el descenso de la población masculina a causa de las sucesivas guerras de conquista.

10 DOMÍNGUEZ LÓPEZ, Esther, *Mujeres abogadas en la historia: de la literatura clásica (Hortensia) al cine (on the basis of sex). Dos discursos ejemplares* RIDROM, Oviedo, 2025, pp.172-235. Disponible en: <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

11 YANES PÉREZ, José Santiago, *Estudio histórico-jurídico del acceso de la mujer a la abogacía en España*, Tesis Doctoral Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2015. Disponible en: <https://accedacris.ulpgc.es/jspui/handle/10553/17462>

Aun así, lo que Asunción Mollá Nebot denomina «la sublimación de la mujer silente (...) vinculada a las virtudes domésticas: lanifica, domiseda, casta, fides, pudicitia a las que puede añadirse la de «pasividad»¹², se encuentra tan presente que, en forma de juicio moral, establece una dicotomía rígida entre los comportamientos femeninos que descalifica la expresión de una personalidad y dignidad propias y, por el contrario, premia el silencio. No es difícil imaginar lo que todo ello comportaba: «la necesidad de adaptarse a unos roles imposibles, en que se pedía a la vez educación y simpleza, belleza y modestia, representación y ocultación o ingenio y silencio, debían llevar aparejado un gran estrés e inseguridad. Las exigencias contradictorias de ser una Lucrecia de día y una Lais de noche (Mart., XI, 104) crearían una frustración constante y sorda que es parte esencial del control del comportamiento femenino en cualquier sociedad»¹³, y que puede equipararse a la exigencia de un equilibrio correcto entre dulzura y fortaleza, el de las «super-mamás» contemporáneas que compatibilizan un trabajo fuera del hogar con los más altos estándares de exigencias en la crianza.

Esta clase de prejuicios, que subyacen en la prohibición, son lo que explica que las dificultades para el acceso de la mujer a las profesiones jurídicas se haya mantenido durante siglos, pues más allá de las distintas coyunturas socioeconómicas que han ido definiendo su situación, ha permanecido incólume hasta tiempos recientes, y aún se resiste a su completa desaparición, ese aparato ideológico conformador de la desigualdad entre sexos, en especial cuando hablamos de sectores de especial relevancia para la vida en convivencia, como el jurídico. Sirva como ejemplo que en las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, hablamos del siglo XVIII, continúa negando la posibilidad de que las mujeres ejerzan la abogacía por cuanto «no es apropiada ni honesta cosa que la mujer tome oficio de varón», cuestión que «antiguamente lo defendieron los sabios».

Así, no es hasta el primer tercio del siglo XX cuando comenzó a producirse en Europa el acceso de las mujeres a las profesiones jurídicas. Siguiendo a M.^a Jesús García Morales¹⁴, vemos cómo Francia fue el primer país de Europa que permitió el acceso de la mujer a la abogacía, en el año 1900, si bien ya podía estudiar derecho desde 1860. En Alemania hubo que esperar hasta 1922 para el ejercicio, aunque su admisión en las Facultades data del año 1900.

En cuanto a España, nos explica la autora, la Segunda República constituyó «un periodo «semilla» donde encontramos a las primeras abogadas, así como los primeros nombramientos de magistradas, jueces, fiscales y vías legales para el acceso femenino a la carrera diplomática y al cuerpo de registradores y notarios. Previamente, la imagen de Concepción Arenal con ropas masculinas y el pelo corto para asistir a las clases de Derecho en 1860, y relegada a la condición de oyente una vez descubierta, ilustra como pocas la historia de las mujeres en el Derecho.

El franquismo cerró de nuevo la puerta de acceso hasta que, en 1961, se volvió a abrir con leyes que permitían la igualdad de acceso a la profesión, incluida la función pública con excepciones, como la carrera judicial y fiscal, donde la prohibición de acceso a la mujer rigió hasta 1966 (con la excepción de las jurisdicciones tutelar de menores y laboral donde se permitió ya su acceso en 1961)¹⁵. En la actualidad el número de mujeres abogadas alcanza ya el 53 % del total, porcentaje mayoritario que se diluye, sin embargo, cuando se trata de ejercer cargos representativos de la profesión, apenas el 18 %¹⁶, lo que pone de manifiesto que la desigualdad continúa presente,

12 MOLLÁ NEBOT, Asunción, «Actuaciones procesales de la mujer en Roma. Prohibición edictal y literatura Jurídica», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol. 23, pp. 207-229, A Coruña, 2019.

13 GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Patricia, «La educación femenina en Roma: rompiendo tópicos», en *Investigación y género. Reflexiones desde la investigación para avanzar en igualdad: VII Congreso Universitario Internacional Investigación y Género*, SIEMUS, Universidad de Sevilla, p. 303, Sevilla, 2018.

14 GARCÍA MORALES, M.^a Jesús, «Las primeras juristas y la igualdad jurídica de la mujer: recuperando a Concha Peña y el legado de pioneras desconocidas», en *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, ISSN-e 1576-4729, N.º 26, Oviedo, 2025. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=10359191>

15 *Ibid.*, p.273

16 Disponible en: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/el-blog-de-victoria-ortega/el-techo-de-cristal-en-la-abogacia-tribuna-publicada-en-el-jurista/>

renovándose simplemente en sus formas y efectos. Frente a ello, sin embargo, persistirán las figuras impertinentes, las *afraniae* que alzarán su voz para quebrar el silencio opresivo en el que se las ha querido envolver desde el inicio de los tiempos.

Y es aquí donde debo retomar la referencia a la homenajead a en este volumen, para afirmar que me enorgullece reconocerla como continuadora de la venerable historia de las mujeres que alzan su voz. Claro que, en la actualidad, eso nada tiene que ver con la locuacidad enérgica o la desenvoltura, tal vez necesarias en la época de Caya Afrania, pero no hoy día en que escuchamos con cierto sonrojo la prodigiosa facilidad con que numerosos ‘opinadores’, desde distintos ámbitos, incluido el académico, se multiplican en toda clase de foros para emitir juicios apresurados sobre la última reforma legislativa u ocurrencia política que adquiera la notoriedad suficiente, en una especie de competición por llegar primero, con desatención del estudio y la reflexión reposada, a la manera en que las nuevas generaciones se prodigan en las redes sociales. La propia Ángela Figueruelo ha dirigido recientemente dos volúmenes¹⁷ sobre la desinformación, el odio y la polarización, imprescindibles para entender el momento que vivimos en las sociedades occidentales, y que parecen lógica consecuencia de esa necesidad compulsiva.

Su trayectoria, al contrario, se ha caracterizado siempre por el rigor, el trabajo intenso y la honestidad intelectual, cualidades presentes tanto en su labor docente cuanto en los numerosos estudios constitucionales que conforman un legado fundamental para quienes nos dedicamos a esta materia y que, como ocurre con ella, aspiramos a formar parte de esa larga y admirable estirpe de mujeres ‘insolentes’ que escuchan, analizan y rebaten, que emiten juicios con fundamento aunque ello, de por sí, resulte incómodo en estos tiempos en los que el silencio ha mutado en un ruido ensordecedor, con el mismo efecto. Mujeres que, en definitiva, no se callan.

17 *Desinformación, odio y polarización* (I y II), Ángela Figueruelo Burrieza (dir.), Sergio Martín Guardado (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2023.

RACISMO ESCOLAR EN ESPAÑA¹

Dr. Fernando Rey Martínez

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid

Resumen: Este trabajo aborda el problema de la segregación escolar racista española, concluyendo que estamos en presencia de un sistema educativo que genera una grave discriminación indirecta, estructural e institucional. Propone también abordar este asunto desde la perspectiva del principio democrático y no sólo del Estado social. Finalmente, se sugieren algunas posibles reformas.

Sumario: 1. Introducción: un grave problema social invisible políticamente. 2. Segregación escolar étnico/racial y racismo inconsciente. 3. La segregación escolar racista en España: la historia de una infamia. 4. La educación es un derecho político. 5. a modo de conclusión.

1. Introducción: un grave problema social invisible políticamente

La segregación educativa por razones étnico/raciales es una de las brechas estructurales de derechos humanos más graves de nuestro país y, sin embargo, este ominoso hecho contrasta con la nula importancia social, política y científica que se presta al asunto. Es un problema casi invisible, que sigue sin estar ni en la agenda política ni en la académica. Ello se debe, a nuestro juicio, a que en España predomina un tipo de racismo que podríamos denominar «inconsciente» o «líquido».

¿Cómo explicar, si no, que no se asuma como problema social y político de primera magnitud que, según el estudio más solvente realizado hasta la fecha, por cierto, no oficial sino de una entidad del tercer sector², exista una brecha gravísima entre la educación de la población mayoritaria y la de las minorías étnicas (gitanos y/o inmigrantes)? Los datos del estudio son escalofrantes: los gitanos tienen un ciclo educativo más corto que el general, peores resultados y mayores tasas de abandono. En el caso de las niñas gitanas es aún peor. Entre las causas de este problema se citan el alto índice de riesgo de pobreza de la población gitana (cercano al 90 %; la pobreza infantil triplica la general); la insuficiencia de los recursos educativos y la brecha digital; la rigidez e inadecuación de los itinerarios del sistema educativo y la alta concentración del alumnado gitano en centros determinados, casi siempre de titularidad pública (el 92,5 % del alumnado gitano estudia en centros públicos frente al 67,7 % de la población general).

Las consecuencias de la segregación educativa étnica son devastadoras porque aquí, a diferencia de los otros casos de segregación (por ejemplo, por género o discapacidad), sí son evidentes las pérdidas de oportunidad del aprendizaje no sólo en términos de socialización democrática

1 Me uno con este breve texto al homenaje de Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, compañera y amiga desde hace tantos años, digna representante del área de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, con tantos eminentes constitucionalistas, de tanto protagonismo en la irrupción del constitucionalismo en nuestro país en sus momentos más brillantes, desde 1812 a 1978, y de tanta ilustrada irradiación en la comunidad latinoamericana.

2 FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO: *La situación educativa del alumnado gitano en España*, Madrid, 2023.

sino de resultados y logros. La inmensa mayoría de la comunidad gitana no completa ni siquiera la educación básica obligatoria. Esto garantiza, hacia el futuro, perpetuación de los prejuicios discriminatorios, peores oportunidades laborales, mayor dependencia de los servicios y prestaciones públicas y un déficit de ciudadanía de más de un millón de personas absolutamente impropio de un sistema democrático decente.

La situación es tan impresentable, que ni siquiera existen datos oficiales que permitan cuantificar, abordar y hacer seguimiento del problema. Esta falta de transparencia se suele justificar, además, de modo cínico, alegando que la condición de gitano es un dato personal sensible que no puede ser preguntado ni conocido ni gestionado por parte de las administraciones. De modo que tenemos colegios e institutos (menos) en España en los que el cien por cien de los alumnos son niños gitanos y esto, como cabe imaginar, determina por completo la dinámica de tales centros, pero oficialmente no hay constancia alguna de que esto que es así sea realmente así y, por tanto, no se puede abordar la educación con perspectiva étnica. Porque oficialmente no existen grupos étnicos minoritarios en nuestro sistema escolar. Oficialmente, no hay problema. El sistema educativo trata de forma jurídicamente idéntica situaciones de hecho cualitativamente diferentes: el racismo escolar estructural sigue perfectamente blindado.

A veces, incluso, se llega más lejos y se sostiene que el alumnado gitano y sus familias son ciudadanos como cualquier otros y, por tanto, tienen el derecho de elección de centro como los demás. Y dado que el alumnado y sus familias suelen encontrarse satisfechos con el centro donde cursan sus estudios (aquí no hay conflicto, como en el caso de la discapacidad, porque se obligue la escolarización en un centro determinado), eso demuestra que no hay problema alguno. Las familias gitanas contentas y el resto de familias, también felices porque sus hijos no tienen que mezclarse con los hijos de aquellas. Tenemos un sistema escolar dual, binario, formado por dos líneas que, a diferencia de lo que sucede con la discapacidad, donde sí hay cada vez más conexiones, nunca se tocan: son líneas asintóticas. Todo el mundo contento, pero los resultados de este sistema son los expuestos o peores: la perpetuación de la discriminación racial durante generaciones. Una escuela segregada es fruto de, pero también configura a, una sociedad segregada. Por el contrario, una escuela inclusiva genera una futura sociedad inclusiva.

A diferencia de las segregaciones por discapacidad y por género, más complejas y, por tanto, más opinables, la existencia de la segregación étnica en nuestro país es evidente. Pero, paradójicamente, a diferencia de los otros dos tipos, donde existen regulaciones legales que directamente habilitan la separación del alumnado, en el caso de la segregación étnica tales regulaciones no existen. El ordenamiento es *race/blind*, indiferente al factor étnico/racial. Ninguna norma empuja a escolares gitanos y extranjeros o de origen extranjero a los colegios segregados. Y, sin embargo, se forman centros con desproporcionada densidad de miembros de minorías étnicas. Por eso no se entiende esta segregación, esta discriminación racial, sin la categoría de las discriminaciones indirectas o de impacto, estructurales o sistémicas, además. Las normas jurídicas son idénticas para todos, pero por la diferente situación fáctica de unos alumnos y de otros, esto provoca (junto con algún tipo de práctica, sobre todo en las comisiones de escolarización, dirigida a ese fin —y esto sería una discriminación directa) una situación objetiva de separación y de discriminación—. Las discriminaciones indirectas son un claro ejemplo de discriminación por indiferenciación o igualación: si se trata de modo idéntico dos situaciones que son de hecho diferentes, se está lesionando la igualdad. En otras palabras: la segregación educativa étnica sólo puede superarse desde el parámetro de la educación inclusiva, esto es, con perspectiva étnica. Por eso carece por completo de sentido que las administraciones actuantes no conozcan el dato étnico. ¿Cómo se puede mejorar la situación entonces?, ¿cómo, por poner un ejemplo elocuente, podríamos prestar un mejor servicio educativo a un alumno con discapacidad si no se tuviera constancia oficialmente de que es discapacitado, con la mayor concreción posible, además?

Un centro con un porcentaje de minorías étnicas superior al del barrio donde se ubica, y no digamos ya si es del cien por cien, como hay tantos (aunque no haya constancia oficial de esto) es objetivamente un centro no inclusivo y segregado y, por tanto, sus alumnos son víctimas de discriminación étnico/racial, con independencia de que ellos y sus familias no lo perciban así y de que, de nuevo, nadie parezca tener intención de discriminar, sino justamente de lo contrario. Otra cosa es que, como sucede, salvadas las distancias, con los centros de educación especial, no puedan suprimirse y derivarse de la noche a la mañana la escolarización de decenas de miles de escolares a otros colegios e institutos.

Por último, entre los documentos que pueden ayudarnos a entender el problema en toda su envergadura y gravedad, extrapolando sus resultados al conjunto nacional, se halla el interesante Informe del Síndic de Greuges de Cataluña, *La segregación escolar en Cataluña: la gestión del proceso de admisión del alumnado* (2016). En 2008 ya había presentado un Informe sobre la misma temática y ahora observa que «no ha habido (desde entonces) una mejora significativa en los niveles de segregación escolar del sistema»³. Es interesante su idea de que no evitar la segregación escolar étnica no sólo supone pérdidas de oportunidad evidentes para los alumnos a lo largo de toda su vida, sino también para toda la sociedad, para la convivencia y la cohesión sociales⁴. El Informe analiza la situación de la segregación escolar de inmigrantes y de gitanos en Cataluña. Respecto de los inmigrantes⁵, el Informe pretende «desmontar algunos tópicos» que justifican «actitudes displicentes o derrotistas», como que lo que provoca la segregación educativa es la segregación residencial (aunque sea un factor determinante, pero la segregación escolar acaba siendo superior a la residencial y, además, hay mayor segregación escolar dentro de los barrios que entre los barrios de un mismo municipio); que la segregación se reduce básicamente a la dualización de la red escolar (es verdad que la escuela pública escolariza tres veces más que la privada de alumnado extranjero, pero los datos muestran que la desigualdad interna entre las propias escuelas públicas son mayores aún que entre ellas y las privadas y lo mismo sucede con las privadas, lo que quiere decir que hay escuelas públicas y privadas seriamente implicadas y otras no); o que la segregación se produce más allí donde hay más inmigración (esto tampoco sería verdad porque hay municipios catalanes con muchos inmigrantes que tienen niveles bajos de segregación).

En relación con el alumnado gitano⁶, el Informe constata que 54 centros en Cataluña tienen un porcentaje desproporcionadamente alto de ellos. Supone un avance que alguien se atreva a poner cifras reales del problema. Fuera de Cataluña y de Castilla y León, ninguna otra comunidad autónoma, ni el Estado central, ha proporcionado cifra alguna. No se puede actuar contra un problema cuyas dimensiones reales son desconocidas, es decir, que no se ve como problema. Esto mismo lo observa el Informe: «la concentración del alumnado de etnia gitana en determinados centros no es concebida como problema específico, no se considera que pueda interferir en su éxito educativo y distorsionar la normalización de su escolarización»⁷. El Síndic, tras girar visita a varios centros, atestigua que se ha encontrado posiciones divergentes entre profesionales y familias sobre este tipo de centros, ya que algunos los llegan a ver, incluso, como una oportunidad para una mejor especialización de la intervención.

Por supuesto que las medidas para combatir la segregación educativa limitan o comprimen la libertad de elección de centro escolar, pero es que este último derecho es tan limitable como otros y debe ponderarse con la prohibición de discriminación étnico/racial en relación con el derecho a una educación inclusiva de calidad. El Síndic comprueba que, en la gestión del proceso de escolarización, el Departamento de educación del gobierno catalán «otorga a la libertad de elección de centro una prioridad de la que no dispone la lucha contra la segregación escolar»⁸. A su juicio, que comparto sin reservas, «el derecho a la libertad de elección de centro debe ser compatible con una distribución equitativa entre centros escolares de los alumnos con necesidades educativas específicas»⁹.

A efectos de profundizar en esta segregación étnico/racial, se planteará, primero, que su invisibilidad se debe a que en nuestro país predomina la variedad de racismo «inconsciente»; más tarde recordaremos el largo e infamante historial de la educación para gitanos en nuestro país, por si alguien supone todavía que estas cosas del racismo sólo pasaban en los Estados Unidos o, en

3 *Ibidem*, p. 6.

4 *Ibidem*, p. 5.

5 *Ibidem*, pp. 11 ss.

6 *Ibidem*, pp. 28 ss.

7 *Ibidem*, p. 29.

8 *Ibidem*, p. 135.

9 *Ibidem*, p. 135.

cualquier caso, fuera de nuestras fronteras; en un momento sucesivo, plantearemos el derecho a la educación como un derecho genuinamente político y, por último, emitiremos algunas reflexiones conclusivas de todos estos elementos.

2. Segregación escolar étnico/racial y racismo inconsciente

El racismo se funda, conceptualmente, en un triple malentendido. Desde la misteriosa desaparición de los neardentales, la ciencia, sobre todo a partir de los avances de la genética, enseña que no hay razas humanas, pero, curiosamente, sigue existiendo racismo. Es sorprendente que algunas personas sigan pensando que sí hay razas, lo cual demuestra una ignorancia oceánica; peor aún, que crean que unas razas son superiores a otras (porque podrían creer que hay diferentes razas, normalmente a partir de algo tan «intelectualmente sofisticado» como el distinto color de piel, pero, al menos, podrían pensar que no hay jerarquía entre ellas); y, lo más llamativo de todo, es que los racistas invariablemente se colocan entre los miembros de la raza superior. Cosa que, si hubiera diferentes razas y unas fueran superiores a otras, demostraría inmediatamente la pertenencia del racista a la raza intelectualmente inferior. Resulta paradójico que el racismo contemporáneo naciera como un intento de explicación científica de la variedad de la especie humana pero que, en la actualidad, siga existiendo a pesar de su grosera anti-cientificidad. Esto nos indica que hay un viejo y un nuevo racismo. En cualquier caso, no existen razas, pero sí racismo y discriminaciones racistas. Es una construcción ideológica, no una categoría científica.

¿Hay racismo en España? Sí, pero apenas se percibe como tal; a menudo, ni siquiera por las víctimas. Esto se debe a que el racismo más frecuente es inconsciente, esto es, se aceptan prácticas discriminatorias como algo normal o natural, sin considerarlas como tales. Un buen ejemplo es, precisamente, los centros educativos que cuentan con una proporción de alumnado de minorías étnicas (gitanos y/o inmigrantes) muy superior al que existe en el barrio o municipio donde se ubican. A los españoles, por lo general, nos escandaliza el racismo y nos lo tenemos prohibido en la dieta de las ideas políticas. Cuando se habla de racismo, la asociación espontánea de ideas remita a Luther King o a Mandela, es decir, al extranjero. Por otro lado, algunos indicadores muestran que la situación de las minorías étnicas en España es mejor que en otros países, lo que ha reforzado exageradamente la idea de que la discriminación racial no es aquí un problema serio, e incluso de que podemos presumir en la comparación con otros países. La presión de la lucha contra la discriminación racista, que proviene, sobre todo, de Europa, conduce tan sólo a disimular aún más el racismo a través de un insincero discurso políticamente correcto (la enfermedad subsiste, se camuflan los síntomas).

De todos los discursos de odio, el racista (técnicamente es una forma de discriminación racial directa, el acoso discriminatorio), que está estrechamente emparentado con los demás, sobre todo con el xenófobo (y, en España, con la islamofobia), es el que presenta peor pedigrí histórico, pues fundamentó el viejo sistema social de la esclavitud y está en el origen de todas las limpiezas étnicas, y es, junto con la homofobia, de los discursos de odio más infamantes porque no sólo supone la explotación de unas personas en beneficio de otras, sino, más allá su deshumanización. Las personas de otras etnias no son, en la mirada del racista, seres humanos del todo. De hecho, la propia etimología de la palabra «raza» (*radix*, raíz) apunta a la casta de origen, al linaje, y ello remite a los animales, pero no a todos ellos, sino sólo a los que se pueden domesticar. En otras palabras, la palabra «raza» remite a la esclavitud: los esclavos (la raza inferior) como un tipo de animales domesticados para complacer al amo.

Sin embargo, ese racismo de vieja escuela es minoritario en España (aunque no se pueda desdenar y cada vez sea más sincero: basta ver internet, los grupos neo-nazis, el resurgir de la xenofobia y la islamofobia, el crecimiento de partidos populistas de extrema derecha, etc.); la corriente racista principal ha mutado y tiene otro rostro. El racismo clásico, el viejo racismo, se fundaba en la (falsa) doctrina biológica de la desigualdad entre las razas. En el siglo XIX recibe un fuerte impulso doctrinal como justificación de la conquista colonial europea del periodo. En ese siglo, el, a su vez, viejo racismo anterior, el esclavista, se transforma en un racismo «científico». PIERRE-ANDRÉ TAGUIEFF¹⁰, observa dos estrategias argumentativas que explican ese tránsito desde el racismo

10 *El olor y la sangre. Doctrinas racistas a la francesa*. Madrid, 2002

esclavista al racismo «científico»: la negación de la realidad (el racismo no era racismo) y la racionalización de la realidad, tanto religiosa (la desigualdad entre las razas es algo que quiere Dios y que aparece en la Biblia), como naturalista (la desigualdad racial tendría fundamentos biológicos y la superioridad de unas sobre otras es consecuencia del principio de la supervivencia del más fuerte: teorías del darwinismo social). A ello habría que añadir la operación racista por excelencia: la proyección, que consiste en culpabilizar a la víctima de su situación. Es una racionalización conservadora, fundada en la convicción de que el mundo tiene un orden natural y justo, de modo que las personas que están en desventaja lo están porque se lo merecen o porque se lo han buscado ellas mismas. No habría, en realidad, «víctimas inocentes».

No hace falta decir que algunos de los mecanismos ideológicos de este viejo racismo aún perduran (la negación o la proyección), aunque se haya descartado como objetivamente falsa su andamiaje biológico. Los racistas clásicos *avant la lettre*, por ejemplo, tienen un ajuar ideológico objetivamente delirante, pero sus acciones son tristemente reales. En cualquier caso, son una minoría. El fenómeno preocupante en la actualidad es otro. FEDERICO JAVALOV¹¹ lo ha descrito muy bien. Los primeros que empezaron a hablar de «neo-racismo» o de «racismo simbólico» fueron D.O. SEARS y D.R. KINDER en 1970. En esta nueva modalidad de racismo, el lenguaje es decisivo, ya que es un racismo que no confiesa directamente su naturaleza y se refugia en sobreentendidos, suposiciones y afirmaciones implícitas. Es sutil e indirecto, lo que le reporta ventajas, como recurrirse de un aire de respetabilidad social y hacerse aceptable en el discurso político.

El racismo simbólico del que hablaban SEARS y KINDER se fundaba en el prejuicio contra los afroamericanos, pero se disfrazaba de la defensa del estilo de vida americano frente a ellos. Importado a nuestro país: los gitanos, los inmigrantes, etc. no contribuyen al desarrollo del país, sino todo lo contrario; apenas aportan nada socialmente valioso y, en cambio, reciben abundantes prestaciones públicas y son potenciales delincuentes. Las medidas de acción o de discriminación positiva hacia estas minorías son contempladas como injustas. Se niega la existencia misma de la discriminación: se niegan las desigualdades en el acceso a la educación, el empleo o la vivienda; muchos piensan que las oportunidades están abiertas a todos por igual (e incluso que las minorías abusan de los derechos y servicios sociales —estos serían, además, innecesarios) y si los gitanos y otras minorías étnicas tienen menos y peores trabajos o formación es estrictamente culpa suya. Negación y proyección—.

El neo-racismo hace compatible sus prejuicios con una visión simpática de la igualdad de trato (es una *smiling discrimination*); pero, al mismo tiempo, se rechazan también los medios destinados a combatir la discriminación. La crítica a las minorías étnicas es sutil (se utilizan las estadísticas, por ejemplo, para demostrar que el número de miembros de minorías étnicas en las cárceles es notablemente mayor que el de la población general o que los gitanos sacan a sus hijas de la escuela en cuanto puedan quedarse embarazadas); se rechazan los estereotipos burdos y la discriminación descarada. Se exageran las diferencias culturales. Este racismo líquido disimula la hostilidad racial, utiliza un lenguaje tan políticamente correcto como falso, genera una aceptación pública, pero un rechazo privado, produce reacciones de evitación de la convivencia, desplaza la idea biológica de raza hacia la cultura («nuestra cultura» frente a la de otros —sobre los gitanos siempre pesa la sospecha de que, aunque llevan 600 años en suelo español, no son españoles) y la desigualdad hacia la diferencia (no habría discriminación, sino legítima diferencia, exaltando un enfoque multicultural y no intercultural: todas las culturas son respetables, pero cada una debe avanzar por su carril, sin mezclarse)—.

Para comprender mejor este tipo de racismo, tan característico de la sociedad española, hay que tener en cuenta uno de sus elementos principales: muchas personas tienen comportamientos neo-racistas, pero no son conscientes de ello; al revés, seguramente rechazarán vehementemente y con sinceridad el racismo o la xenofobia. Es un racismo a menudo inconsciente. El racismo se percibe por la inmensa mayoría como algo profundamente erróneo desde el punto de vista moral, social, cultural y legal; de modo que es algo que nos prohibimos ideológicamente. Pero los prejuicios racistas siguen incólumes. Así que esta contradicción se resuelve reprimiendo conscientemente el racismo, que, no obstante, emerge una y otra vez a la primera oportunidad. La mujer que se niega a alquilar un piso a una doctoranda por ser peruana. El guardia de seguridad que escolta

11 «El nuevo rostro del racismo», *Anales de Psicología*, 1994, pp. 19-28.

a una gitana en una tienda desde que entra por la puerta hasta que sale. El encargado de una piscina municipal que invita a una mujer gitana y a su hija a abandonar la piscina municipal para no contaminar el agua. El camarero que expulsa de un bar de copas a un grupo de marroquíes para que «no le espanten la clientela». El empleador que se niega a contratar a alguien cuando se da cuenta de que es gitano. La comisión provincial de escolarización que, por varias vías, agrega a todos los gitanos e inmigrantes en los mismos colegios. Todos estos ejemplos y muchos otros que podrían aducirse en causa tienen algo en común: los que discriminan no suelen saber que han actuado por prejuicios racistas y las víctimas no conocen, ni confían, ni acudirán a los mecanismos de reparación de la discriminación (que, por otro lado, no están bien engrasados en nuestro país). Eso y más pasa todos los días entre nosotros con total impunidad.

La prohibición de discriminación étnico/racial cuenta con un marco normativo, internacional y nacional, abundante, pero, en la realidad, los hechos caminan en otra dirección. En el campo educativo, que es el que nos interesa ahora, esto es particularmente evidente. Eso sí, el racismo que provoca esta situación suele ser de tipo inconsciente.

3. La segregación escolar racista en España: la historia de una infamia

Las políticas educativas (por llamarlas de alguna manera) hacia los gitanos que se han ido ensayando constituyen una historia permanente y desconocida de infamia¹² que, en gran medida, arroja luz sobre la situación actual. Los proyectos de los Borbones en el siglo XVIII, con su objetivo de asimilación a toda costa, incluida la violencia, a la población general, fracasaron por la resistencia de la comunidad gitana, la carencia de presupuesto y de colaboración de las autoridades locales y los propios vecinos¹³. Así la Gran Redada de 1749¹⁴ o la Pragmática de Carlos III de 1783¹⁵. En el siglo XIX y comienzos del XX se suceden las experiencias educativas promovidas por religiosos como las escuelas del Ave María del padre Andrés Manjón, que funda en 1899 una escuela en las cuevas del Sacromonte granadino o las del Pedro Poveda en Guadix. Son intentos bienintencionados, paternalistas, desarrollados en el marco del catolicismo caritativo de la época, pero entreveradas con prejuicios racistas. El padre Manjón, por ejemplo, escribió que «a los gitanos hay que civilizarlos como a los indios, conllevando sus defectos, tratándoles como a niños mal educados, exigiéndoles poco esfuerzo»¹⁶.

De nuevo es la Iglesia católica la que en la década de los sesenta realiza un meritorio esfuerzo (ausente el Estado aún) en la educación de la comunidad gitana. Secretariados gitanos y cáritas parroquiales se organizan para prestar servicio educativo a través de las «aulas unitarias», más tarde llamadas «escuelas-puente», cuyo fin era favorecer la integración posterior del alumnado

12 Así la califica Miguel Ángel Río Ruiz: «Antigitanismo y cambios en los derechos y condiciones escolares de la infancia gitana en España (1970-1995)», en *Historia y Política*, n.º 40, 2018, p. 187.

13 Ya antes hubo otros intentos de «reducción» (Jesús SALINAS CATALÁ: «Un viaje a través de la historia de la escolarización de las gitanas y gitanos españoles», en *Anales de Historia Contemporánea*, n. 224, 2009, p. 168. Las Cortes de Castilla de 19 de marzo de 1594 propusieron que «a todos (los gitanos) se les quitasen los hijos e hijas y los de diez años abajo se pusieran en la casa de los niños de la doctrina, donde les doctrinasen y enseñasen a ser cristianos y, de allí, teniendo más edad, se pusieren los varones a aprender oficios y las mujeres a servir». Una Real Cédula de 1673 dispuso el envío de los niños gitanos a orfanatos y hospicios «para que allí se eduquen»; en cuanto cumplieren los 18 años, serían remitidos a galeras «para que en ellas sirvan de pajes y se enseñasen el marinaje» (*ibidem*, p. 168).

14 Ver: J. SALINAS, *ibidem*, p. 168. «Los niños y niñas gitanas estaban hasta los siete años con las madres en los «depósitos»; luego, las niñas pasaban a hospicios y casas de misericordia hasta que alcanzaran edad suficiente para «aplicarlas al servicio o a las fábricas». Los niños pasan a partir de los siete años a los arsenales para que «les aplique a trabajos que permita su poca robustez y fuerzas» (cabe suponer que por su desnutrición y falta de cuidados).

15 M.A. Río (*ibidem*, p. 189) Dado que los niños gitanos, según el Informe de Campomanes (1778), se criaban en comunidades «poco cristianas», en estados de «ociosidad e infamia», se procede a ordenar su internamiento hasta los doce años, en que pudieran ser útiles para trabajar en obras estatales o con artesanos o propietarios agrícolas.

16 Tomado de J. SALINAS, ob. cit., p. 173.

gitano en las escuelas ordinarias. En 1978, el Ministerio de Educación y el Apostolado Gitano de la Conferencia episcopal español llegan a firmar un Acuerdo de apoyo público a este tipo de escuelas. En 1986 fueron extinguidas. J. SALINAS informa¹⁷ de que, durante los ocho años que existieron bajo la vigencia del Acuerdo, las escuelas-puente matricularon a unos 6.000 alumnos por año, hubo 182 aulas en 47 municipios de 29 provincias. Hasta 1986, los niños y jóvenes gitanos no fueron asumidos por el sistema público ordinario de educación. Quizá esto explique muchas cosas. Habrá quien crea, incluso, que los avances (sobre todo la escolarización casi universal en primaria descontando el hecho de que dicha escolarización tiene éxito, entre otras razones, porque suele ser condición para acceder a las prestaciones sociales—) son extraordinarios para ese magro periodo de tiempo y, en parte, no le faltará razón.

¿Y dónde se hallan los escolares gitanos actualmente en el sistema educativo? La mayoría, en el listado de alumnos con necesidades educativas especiales por razones sociales. Por supuesto, no sorprenderá después de todo lo expuesto que, salvo honrosas excepciones, ni una sola línea de entre las miles de páginas de normas, planes, proyectos, agendas y similar del proceloso universo educativo español se refiera específicamente a la minoría gitana.

Otros problemas son la excesiva concentración del alumnado gitano en la red pública; la carencia de formación del profesorado sobre la historia, cultura y tradiciones de la comunidad gitana; la propia escasez de enseñantes gitanos; la falta de sensibilización de un amplio sector de la comunidad gitana sobre las ventajas de la educación (superando el miedo a que sus hijos «se apayen»); la ambigua posición de la influyente Iglesia de Filadelfia sobre el valor de la educación; la inexistencia de modelos sociales de éxito gitanos por haber estudiado (son más frecuentes los artísticos); el déficit de ciudadanía que sufre el pueblo gitano; el bajo nivel formativo que aún mantiene (de modo que hay un riesgo serio de confundir lo que es la propia cultura con aquello que deriva, en realidad, de una situación de marginación y abandono); o, sin ánimo de exhaustividad, la ausencia de la historia y la cultura gitana del currículo educativo. Un escolar gitano puede pasar, en el mejor de los casos, 20 años en el sistema educativo sin escuchar o leer algo de su comunidad. Incluso aunque en su escuela haya un cien por cien de escolares gitanos. La comunidad autónoma de Castilla y León ha sido pionera en 2016 en incluir la historia y cultura de la comunidad gitana en el currículo de primaria y secundaria, una iniciativa que está siendo secundada por otras, pero que aún no está siendo efectivamente aplicada.

La existencia de centros educativos con una alta concentración de minorías étnicas (gitanos e inmigrantes) es, desde el punto de vista jurídico, una discriminación racista que vulnera la prohibición constitucional de discriminación racial (art. 14 CE) y el derecho a la educación (que debe entenderse *inclusiva*: art. 27.1 CE). Es una discriminación, además, y como se ha señalado, una discriminación indirecta o de impacto porque trata jurídicamente de modo idéntico situaciones de hecho muy disímiles. Es una discriminación sistemática o estructural porque afecta a toda la comunidad gitana en todo el territorio y todo el tiempo. Y es también una discriminación institucional porque se tolera (y e, en caso educativo, se organiza incluso) por los poderes públicos como si fuera algo normal y natural.

4. La educación es un derecho político

Los altos e indecentes índices de desigualdad social que pesan todavía sobre la comunidad gitana española en muy diversos ámbitos (educación, trabajo, vivienda, etc.) son realmente obstinados. Ciertamente, las políticas sociales han ido limitando las brechas de desigualdad y nuestro país no es de los peores en este campo. Pero tales brechas siguen sin cerrarse; al revés, como se demuestra en los periodos de crisis económicas, tienden en ocasiones a aumentar. Personalmente, tengo la sensación de un cierto estancamiento en el avance de la igualdad «real y efectiva» del pueblo gitano.

Resulta necesario cambiar el enfoque de la cuestión de la desigualdad de la comunidad gitana por tres razones. Primera, porque los prejuicios racistas anti-gitanos siguen gozando de muy buena salud. No hay que olvidar que la desigualdad es una conducta que es la consecuencia, el efecto, de

17 *Ibidem*, p. 175 s.

una causa: el prejuicio racista, que es, por tanto, la munición ideológica de la discriminación. Dicho en otras palabras: mientras no eliminemos la idea enferma que es el racismo (el viejo y el nuevo), seguirá habiendo discriminaciones raciales más obscenas o más disimuladas en la penumbra de lo políticamente correcto. Pues bien, el avance de las políticas sociales no ha erosionado lo más mínimo el difundido anti-gitanismo social. Es verdad que la lucha contra el prejuicio supone un cambio de paradigma cultural, es algo bastante más ambicioso y difícil de conseguir que un plan, un programa o una norma jurídica, pero, sin atender seriamente aquél, seguiremos en la periferia del problema y no en su fábrica.

Segunda, porque el manejo actual de la cuestión gitana no tiene en cuenta con rigor a las mujeres gitanas, para las cuales no hay (significativas) políticas específicas, a pesar de ser víctimas de una discriminación múltiple o interseccional. No se hace una lectura de género, nunca se ha hecho, a pesar de que todo el mundo es consciente de que han de ser las mujeres gitanas las protagonistas principales del cambio cultural en el interior de la comunidad gitana. Sorprende a estas alturas la invisibilización de las mujeres gitanas en la planeación de cualquier política pública sobre el asunto.

Tercera, porque la estrategia actual insiste en el principio de la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE), propia del Estado Social (art. 1.1 CE) respecto de derechos y servicios públicos, algo que, por supuesto, es correcto, pero prescinde por completo de otro principio constitucional que también debe darse con igual potencia e intensidad: el principio democrático (art. 1.1 CE), que se concreta en el derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE) y en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE). Los gitanos españoles son ciudadanos españoles, por más que la primera acepción de «gitano» en el Diccionario de la real Academia de la Lengua siga diciendo que son «individuos de un pueblo originario de la India» (o sea, que son extranjeros, en realidad), «extendido por diversos países» (o sea, que son extranjerísimos), «que mantienen en gran parte un nomadismo» (sólo le falta decir al redactor de esta voz que van en carromatos, con una cabra y una trompeta), que «han conservado rasgos físicos propios» (me pregunto cuáles). En lo único que acierta esta racista y xenófoba definición es que también atribuye a los gitanos «rasgos culturales propios». Esto es verdad porque los gitanos son una minoría étnica o cultural en España. Lo cual significa que no sólo tienen derecho a la igualdad de trato respecto de cualquier derecho, bien o servicio del que pueda gozar los miembros de la mayoría no gitana, sino también un derecho al reconocimiento, fomento y protección de su diversidad cultural. Tanta igualdad como resulte necesaria para evitar su inferiorización, tanta desigualdad como para evitar su asimilación.

Por eso hay que evitar miradas simplemente asistencialistas y subrayar la idea democrática y de ciudadanía. Porque los gitanos en España son una minoría cultural aislada y sin voz en la arena pública. Son objeto de protección por el Derecho, pero no son sujetos plenos de derecho. Tienen una ciudadanía debilitada, devaluada, con déficit. ¿Así cómo es posible luchar contra la ideología racista? ¿cómo es posible hacer una lectura de género de la cuestión racial? ¿cómo será posible dar un salto de calidad en las políticas sociales? Todo esto resultará imposible porque la mirada asistencialista es una calle relativamente fácil de transitar, pero sin salida ni futuro. Es una mirada a corto plazo, que trabaja con las consecuencias de la desigualdad, no con sus causas.

¿Nos permitiríamos, a esta altura de la historia, un enfoque tan corto y limitado en relación con los otros sujetos de discriminaciones sociales y jurídicas tan hondamente arraigados del art. 14 CE, es decir, respecto de las mujeres o de las personas con discapacidad o de las personas homosexuales o trans o disidentes de género? Es evidente que no. ¿Por qué, entonces, aceptamos las inercias racistas con tanta quietud? ¿Por qué consentimos la discriminación? Lo que está realmente en discusión es la necesidad de adoptar el prisma democrático de la plena ciudadanía (y no sólo, que también, desde las políticas sociales) para abordar la lucha constitucional contra la discriminación racial en nuestro país. Es simple higiene democrática. Y, en este contexto, el derecho de educación es la puerta de entrada del ejercicio del resto de derechos políticos porque la democracia es cuestión de ciudadanos bien formados.

5. A modo de conclusión

Las contradicciones de la realidad de nuestro sistema educativo con el estándar internacional de los derechos humanos son palmarias. Hemos visto, sin embargo, que la segregación escolar racial existe, que no es reconocida oficialmente, que es fruto de una larga y arraigada historia de

discriminación, que, nos guste o no, en España sigue siendo una triste realidad la doctrina «separados pero iguales», pero sin prohibiciones expresas, como en el estilo antiguo respecto de los afroamericanos en Estados Unidos o de los gitanos en muchos países de Europa del Este, sino con formas más sutiles que ni social ni políticamente se impugnan con vigor, aunque sus resultados no son compatibles con cualquier sociedad decente y civilizada.

Es curioso que no se hable de educación inclusiva respecto de las minorías étnicas. Es intolerable que se sigan admitiendo los centros con alta concentración de minorías como si no supusieran una impugnación global de la idea de inclusión. Aunque no lleven ese marchamo de modo oficial, no dejan de ser centros tan especiales como los de los alumnos con discapacidad. De hecho, no sorprende que, en este marco mental de prejuicios discriminadores, en Europa del Este directamente se junte al alumnado discapacitado con el de gitanos en una suerte de escuela entendida como «contenedor de residuos sociales no reciclables».

Evidentemente, en este campo queda mucho por hacer para transitar hacia un modelo inclusivo. Lo más urgente es evitar, y esto se puede hacer inmediatamente, y mucho mejor mediante una ley básica estatal, que la población gitana e inmigrante deje de concentrarse en determinados colegios e institutos. Es preciso revisar los mecanismos concretos de escolarización para lograr que sea «equilibrada», como, por otro lado, exige la legislación vigente. Tiene que haber un reparto más proporcionado que el actual de alumnos de minorías étnicas entre las escuelas públicas y las concertadas. Lo más urgente, insisto, es evitar que se siga fabricando segregación curso a curso.

En tanto se logra esa escolarización étnica equilibrada, que se logrará progresivamente en varios años, es preciso que las administraciones educativas tomen conciencia del problema y lo cuantifiquen con datos y lo sigan. Es otra verdad incómoda. Los datos oficiales tienen que tener enfoque étnico. La paradoja es que se utilice la normativa de protección de datos, cuyo fin es proteger los derechos de las personas, precisamente para impedir que esos derechos se hagan reales y efectivos.

Una vez conocida oficialmente la dimensión del problema, es preciso abordarlo, enfrentando los cambios que se requieran para que la educación que se presta en los centros racialmente segregados sea de la mayor calidad posible y pueda conectarse al máximo con otros centros no segregados.

La pobreza se hereda y lo único que lo evita es la educación. Mientras la comunidad gitana no acceda a una educación de calidad, permanecerá anclada en los trabajos más precarios, menos cualificados y peor remunerados (debilitando nuestro Estado social) y seguirá fuera del proceso político (porque la democracia es cuestión de ciudadanos bien formados). Hay avances, claro, pero la realidad tozuda es que la mayoría de los niños y niñas gitanas apenas acuden a infantil, mal acaban la primaria, no conectan casi con la secundaria ni con la formación profesional, no llegan a la universidad ni, después, a la formación posterior. Y, en el caso de las mujeres gitanas, la situación es desproporcionadamente peor aún. Esta es una verdad incómoda de nuestro país, pero las autoridades prefieren ignorarla porque carecemos de datos oficiales de esta exclusión y segregación educativa *genocida*, que perpetúa la desigualdad y la pérdida de oportunidades educativa y laboral para los próximos 60 ó 70 años.

Entre otras medidas a adoptar estarían las siguientes:

- 1) Necesitamos datos estadísticos ciertos, completos, periódicos. Sin ellos, caminamos a ciegas y el problema se seguirá negando. Sin datos, no habría habido avances en la igualdad de género o de discapacidad, por ejemplo. Obviamente, esto supone que la administración educativa debe preguntar por la pertenencia minoría étnica y que esta se deba acreditar por el propio testimonio. En contra de la opinión general, ello no supone lesión del derecho de protección de datos.
- 2) Evitar *guettos*. Hay que limitar porcentaje en cada centro educativo (máximo 30 %) No ignoro que ello supone generar incomodidad en algunas familias gitanas que no podrán matricular a sus hijos en el colegio de su primera elección.
- 3) Constituir voluntariamente centros unificados jurídicamente de primaria y secundaria, como en Finlandia, por cierto.
- 4) Constituir equipos voluntarios de profesores expertos, incentivado y con formación permanente específica (al margen del sistema común de provisión de plazas).

- 5) Esos equipos deberán trabajar de acuerdo a un proyecto propio de centro con currículo propio (objetivos establecidos) y metodologías innovadoras.
- 6) Habría que trabajar ya desde finales de primaria y los dos primeros cursos de secundaria en clave pre-formación profesional. Es vital conectar bien con la formación profesional. Ahora mismo esa conexión es casi imposible para la comunidad gitana.
- 7) Contratar profesores de etnia gitana y otras minorías (régimen laboral y temporal) Esto es fundamental. El profesorado gitano es el mejor mediador cultural imaginable.
- 8) Hay que conceder gran importancia a las actividades extraescolares (subvencionadas, cuidadas...): viajes de estudio, salidas a museos, etc.
- 9) Es fundamental trabajar con las familias de los escolares, lo que implica conexión con los servicios sociales.
- 10) Evidentemente, las ratios de alumnado han de ser menores, y las de profesores y especialistas mayores (profesor de servicios a la comunidad, enfermería escolar —educación para la salud—, ATEs, orientadores, etc.).

En definitiva, se trata de crear entornos escolares lo más inclusivos posible. Esto no es fácil, evidentemente, pero nos jugamos mucho como comunidad en intentarlo seriamente o no.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROMPE CON SU PASADO EN LAS SENTENCIAS RELATIVAS A LOS ERE¹

Agustín Ruiz Robledo

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

1. Introducción y contexto

El caso ERE se desencadenó el 1 de abril de 2009, cuando dos empresarios denunciaron un caso de extorsión en Mercasevilla. Las investigaciones se extendieron a los expedientes de regulación de empleo (ERE) gestionados por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, revelando la inclusión de los llamados «intrusos»: personas, a menudo relacionadas con el PSOE, que recibieron beneficios sin haber trabajado en las empresas afectadas. Estos pagos se realizaron mediante un «fondo de reptiles», cuya denominación oficial era el enigmático concepto presupuestario «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales», dentro del programa «Administración de Relaciones Laborales». Los cálculos más comedidos estiman que hubo 141 intrusos, con un coste aproximado de 12 millones de euros, además de fraudes a empresas ficticias por unos 11 millones de euros.

El caso se fragmentó en más de doscientas piezas, siendo la más relevante la «pieza específica» o «política», que procesó a 21 altos cargos. La Audiencia Provincial de Sevilla condenó a 19 de ellos, incluyendo a los expresidentes Manuel Chaves y José Antonio Griñán. El Tribunal Supremo (TS) confirmó esencialmente esta sentencia en septiembre de 2022.

Diez de los doce recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional fueron estimados parcialmente entre junio y julio de 2024, con una división interna de siete votos favorables frente a cuatro discrepantes. El TC consideró que las sentencias ordinarias habían vulnerado los derechos a la legalidad penal (art. 25 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24 CE). Consecuentemente, el TC anuló todos los delitos cometidos a partir del año 2002, ya que contaban con la cobertura de las leyes presupuestarias. El Constitucional consideró que la aprobación del proyecto de ley de presupuestos y sus modificaciones de crédito eran actos políticos sobre los que los tribunales de justicia no debían pronunciarse.

El caso planteó varios interrogantes jurídicos complejos, incluyendo si los proyectos de ley pueden catalogarse como «asuntos administrativos» para el delito de prevaricación (art. 404 CP), si existía «ánimo de lucro» en la malversación (art. 432 CP) a pesar de la ausencia de apropiación directa, y si las pruebas eran suficientes para romper la presunción de inocencia. Tras las SSTCs, se añadieron preguntas sobre si el TC puede reinterpretar el tipo penal de la malversación de manera distinta al TS y si esa nueva interpretación debilita la lucha contra el fraude, tal como obliga el derecho europeo (art. 325.1 TFUE).

¹ Una versión más amplia de este trabajo se ha publicado ya: «La ley presupuestaria como el bálsamo de fierabrás que sana todos los delitos de los gobernantes. Un comentario a las SSTC de los ERE», *Revista Española De Derecho Constitucional*, núm. 134, 2025, págs. 327–358.

2. Hechos incontrovertidos

2.1. La evolución del sistema de ayudas sociolaborales

Desde la década de los noventa, la Junta de Andalucía estableció un sistema de ayudas socio-laborales y económicas para empresas en crisis, buscando sostener la viabilidad empresarial y garantizar ingresos a los trabajadores afectados por Expedientes de Regulación de Empleo (ERE).

El sistema de ayudas evolucionó en tres etapas:

A. Primera etapa (años noventa): Un procedimiento reglado

Las ayudas eran concedidas y pagadas directamente por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico (CEDT). Estas subvenciones estaban sujetas a la normativa general, lo que implicaba convocatoria pública y control previo del interventor. Sin embargo, debido a los reparos planteados por la Intervención en casos donde se otorgaron subvenciones sin control previo (como IAMASA y HAMSA), se buscó un sistema más ágil.

B. Segunda etapa (2001-2010): Un procedimiento extraordinario

Se implementó un procedimiento de concesión más flexible y menos fiscalizado, que en principio carecía de base legal. Se repartieron aproximadamente 680 millones de euros. En este sistema, las ayudas eran tramitadas por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social (DGTSS) y pagadas por el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA/Agencia IDEA). Este sistema se basó en un convenio marco de julio de 2001. No se exigía convocatoria pública ni existía control previo del interventor. El IFA/IDEA actuaba como mero pagador, sin capacidad decisoria, reflejando las operaciones como intermediación financiera en su contabilidad. El control se limitaba a una comprobación *ex post* de la legalidad del pago, el examen de cuentas anuales y un análisis de los programas asignados.

Durante esta etapa, se utilizaron dos instrumentos distintos para eludir el procedimiento ordinario:

- B.1. Procedimiento extraordinario sin respaldo legal (2000 y 2001):

Los fondos se atribuyeron al IFA/IDEA mediante transferencias de financiación autorizadas por el Consejo de Gobierno a través de modificaciones presupuestarias (siete en total). Se crearon aplicaciones presupuestarias denominadas «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales» (conceptos 440.12.22E y 440.00.22E).

- B.2. Procedimiento extraordinario con respaldo de leyes presupuestarias (2002-2009): Los fondos fueron incorporados en los proyectos de ley de presupuestos aprobados por el Parlamento andaluz. Estaban bajo el concepto 440.51, «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales», dentro del programa 3.1.L, «Administración de Relaciones Laborales». Las memorias explicaban esta partida como «Gestión de subvenciones» o «Mantenimiento empleo», describiéndola como una forma de «continuar la línea de colaboración con IDEA...». Estos importes, consignados anualmente, fueron incrementados por modificaciones presupuestarias adicionales del Consejo de Gobierno.

C. Tercera etapa (2010-2012): Vuelta a la normalidad

En 2010, se abandonaron las transferencias al IDEIA y se presupuestaron los créditos para ayudas sociolaborales en partidas adecuadas para subvenciones (como la partida 47). Aunque seguían sin bases reguladoras, se tramitaron como subvenciones excepcionales. Finalmente, el Decreto Ley 4/2012 puso fin al sistema excepcional, derogando las órdenes previas y estableciendo un procedimiento de subvenciones similar al de los noventa. La exposición de motivos de este decreto ley defendía el procedimiento anterior con argumentos vaporosos sobre la actualización normativa y la transparencia, pero la verdadera razón del cambio fue el escándalo provocado por el caso ERE, el informe de la UCO, y la creación de una comisión de investigación parlamentaria en 2012.

2.2. Disfunciones y abusos del procedimiento extraordinario

Todas las sentencias (Audiencia, TS y TC) confirmaron que el procedimiento excepcional (2000-2010) permitió:

- La concesión de ayudas sin publicación de bases reguladoras.
- La omisión del registro de las ayudas en la base de datos de subvenciones.
- La falta de mecanismos mínimos de comprobación de la pertenencia de los beneficiarios al colectivo afectado.
- La ausencia de justificación posterior o seguimiento laboral de los beneficiarios.
- La concesión de grandes cantidades sin un objeto concreto.
- El empleo de fondos del programa 31L para fines distintos a los recogidos en los presupuestos.

El TC reconoció que este sistema permitió que personas que nunca pertenecieron al colectivo afectado percibieran rentas (los 141 intrusos) y que las ayudas se concedieran para fines muy diversos, como el pago de nóminas, minutas legales y avales. Además, estos fondos se usaron para fines espurios, como evitar que trabajadores de una empresa en crisis reventaran un mitin de un presidente, beneficiar zonas de procedencia de altos cargos, o financiar artículos de lujo, drogas y fiestas.

3. Los problemas jurídicos en la jurisdicción ordinaria

3.1. La aprobación de un proyecto de ley como asunto administrativo del Código Penal y la condena sin anulación previa de un acto administrativo por un tribunal de lo contencioso

El delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP) se comete cuando una autoridad dicta una resolución arbitraria en un «asunto administrativo». La Audiencia Provincial tuvo que decidir si las modificaciones de crédito y los proyectos de leyes presupuestarias (2002-2009) podían ser catalogadas como resoluciones arbitrarias en asuntos administrativos.

La jurisdicción contencioso-administrativa tradicionalmente se había negado a juzgar los proyectos de ley por considerarlos actos políticos, no administrativos, que inician un procedimiento legislativo. Algunos juristas sostuvieron que las sentencias de la Audiencia y el TS invadieron ámbitos reservados al Parlamento y al TC. Sin embargo, en mi opinión la idea de que el orden penal deba esperar la anulación previa de un acto administrativo por un tribunal contencioso no se compadece con la práctica habitual de nuestros tribunales, que consiste en la autonomía del orden penal para revisar si una decisión administrativa fue arbitraria, sin necesidad de esperar una declaración previa, tal y como demuestra un amplio ramillete de sentencias del Tribunal Supremo. De hecho, el propio TC en las SSTCs de los ERE admite que los tribunales penales pueden determinar si una resolución administrativa es arbitraria.

Respecto a la naturaleza jurídica del acuerdo de aprobación de un proyecto de ley por el Consejo de Gobierno, aunque es un acto político no revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa, el orden penal puede considerarlo un «asunto administrativo» a efectos del art. 404 CP. El TS había reivindicado ya previamente su autonomía para definir «asunto administrativo» de forma amplia, excluyendo solo los actos jurisdiccionales o legislativos propiamente dichos.

La Sentencia del Tribunal Supremo 749/2022 dedicó noventa páginas a fundamentar que la aprobación de los proyectos de ley y sus actos preparatorios sí se incluyen en la categoría penal de resoluciones administrativas, especialmente si se adoptaron para evitar el cumplimiento de las exigencias normativas sobre subvenciones y el control previo de la Intervención General.

El Supremo concluyó que los proyectos de leyes presupuestarias del periodo 2002-2009 fueron resoluciones administrativas arbitrarias porque los acusados incumplieron las leyes sustantivas que impedían clasificar como transferencias de financiación lo que eran subvenciones, con el fin de crear un sistema sin procedimiento ni control. El TS determinó que las clasificaciones presupuestarias no pueden ser arbitrarias y que la Ley de Presupuestos no puede modificar la naturaleza de los gastos ni la regulación establecida en otras leyes. Además, los proyectos de ley incluían una clasificación presupuestaria contraria a Derecho, con documentación insuficiente, para eludir los controles legales y principios de publicidad y libre concurrencia.

El TS confirmó por unanimidad la culpabilidad de quince altos cargos por prevaricación, ya que intervinieron en la elaboración de los proyectos de ley a sabiendas de su ilegalidad y con la intención de suprimir los controles formales. La responsabilidad penal no se enervaba por la posterior aprobación parlamentaria, ya que la consumación del delito ocurre con el dictado de la resolución injusta.

3.2. El ánimo de lucro en la malversación de caudales públicos y los indicios suficientemente incriminatorios

El delito de malversación (art. 432 CP) sanciona a la autoridad que, con ánimo de lucro, se apropie o consienta que un tercero se apropie de fondos públicos, o los destine a fines distintos. Las cuestiones clave eran si los condenados actuaron con ánimo de lucro (dado que no se enriquecieron personalmente) y si las pruebas eran suficientes para superar la presunción de inocencia.

El TS confirmó su doctrina de que el ánimo de lucro no se limita al enriquecimiento personal directo, sino que incluye cualquier beneficio, incluso no patrimonial, o el beneficio de un tercero. La acción de los condenados no fue solo usar un criterio ilegal de presupuestación, sino disponer de los fondos públicos de forma arbitraria y sin control, permitiendo que el dinero se utilizara para fines distintos a los presupuestados.

El TS dividió a los nueve condenados por malversación en dos grupos: cuatro que adjudicaban directamente las subvenciones (y de cuya culpabilidad no había dudas por su responsabilidad en el descontrol), y cinco que permitieron la malversación desde consejerías distintas a la de Empleo. Para estos últimos (incluyendo a José Antonio Griñán), las pruebas se basaron en indicios. La mayoría del TS asumió que estos cinco condenados asumieron la eventualidad de la disposición ilícita de los fondos (dolo eventual). El voto particular de dos magistradas discrepó, argumentando que no se probó suficientemente ese dolo eventual.

Es relevante señalar que la discrepancia en el TS se limitó a las cinco condenas por malversación basadas en dolo eventual (mayoría de 3 a 2), mientras que las quince condenas por prevaricación y cuatro por malversación directa fueron adoptadas por unanimidad.

4. Los problemas jurídicos en la jurisdicción constitucional

4.1. La especial transcendencia constitucional de los recursos de amparo para su admisión a trámite

Doce de los condenados acudieron al TC, y todos los recursos fueron admitidos por la Sala Segunda, reflejando una división entre magistrados progresistas y conservadores. La mayoría justificó la admisión por dos causas: A) se trataba de un aspecto de un derecho fundamental sobre el que no había doctrina (la naturaleza jurídica y el control judicial de las actuaciones prelegislativas en la elaboración de presupuestos); y B) la especial transcendencia social y las consecuencias políticas generales del asunto.

El voto particular de los disidentes argumentó que la admisión no estaba justificada. Primero, porque la función de interpretar y aplicar el Código Penal corresponde en exclusiva a los tribunales ordinarios (art. 117.3 CE). Segundo, porque admitir el caso ERE por su relevancia social se apartaba de precedentes en la inadmisión de recursos de amparo por corrupción (como los casos Noos, Gürtel o Teresitas), donde no se consideró suficiente la relevancia política o notoria para la admisión.

Pero la mayoría del TC se apartó de sus precedentes sin justificación alguna, lo cual puede transmitir una apariencia de actuar arbitrariamente.

4.2. La interpretación de la prevaricación

El TC anuló las condenas por prevaricación relativas al periodo 2002-2009, basándose en que la inclusión de la partida 440.51 en las leyes presupuestarias daba cobertura legal a la actuación de los condenados.

Las diez sentencias estimatorias parciales del TC concluyeron que los tribunales ordinarios incurrieron en una interpretación «del todo imprevisible del tipo objetivo» de la prevaricación. Para el TC, los actos realizados por el Gobierno al ejercer la iniciativa legislativa de presentar un proyecto de ley no son una actuación administrativa, sino actos del Poder Ejecutivo en su función de gobierno. Argumentó que el acto de aprobación del proyecto de ley no es una resolución en «asunto administrativo», y el TS incurrió en una interpretación extensiva o análoga prohibida por el principio de legalidad.

Además, el TC sostuvo que el TS erró al interpretar el concepto de «arbitraria». El TC afirmó que la Ley de Presupuestos es un instrumento idóneo para modificar la normativa, y la elaboración de un proyecto que pretender modificar otros previos no puede ser delito. Dado que las leyes presupuestarias 2002-2004 establecieron un sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales, la interpretación del TS, al no reconocer este alcance, violó el art. 25.1 CE.

Los votos particulares del TC criticaron que la mayoría estaba rectificando el criterio del TS en la interpretación de un elemento del tipo penal por primera vez, invadiendo el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Argumentaron que el TS no fiscalizó el contenido de las leyes, sino los trabajos preparatorios (que tienen naturaleza administrativa), cuya finalidad fue la creación de un marco jurídico para disponer de dinero sin control. El Constitucional se limita en su sentencia a argumentar que la aprobación del proyecto de ley era solo un acto político y de trámite, pero silencia los argumentos detallados del Supremo que lo calificaban como un acto administrativo a los efectos del art. 404 CP.

El TC también incurrió en afirmaciones jurídicamente discutibles al sugerir que, si los proyectos de ley tuvieran que respetar el contenido de las normas, nunca podrían llevarse a cabo modificaciones legales. Depende, habría que matizar de qué tipo de ley es la que se quiere modificar: es lógico que un proyecto de ley autonómica pretenda modificar, por ejemplo, una ley autonómica de carreteras, pero sería completamente inconstitucional si su objetivo fuera modificar una ley básica del Estado. Así, podemos afirmar que los miembros del Consejo de Gobierno condenados incluyeron en los presupuestos partidas que legalmente no podían incluir, ya que la legislación sustantiva sobre Hacienda Pública de Andalucía impedía incluir en los presupuestos transferencias de financiación para pago de subvenciones. Esta incorrecta inclusión se realizó con la voluntad manifiesta de repartir subvenciones sin fiscalización.

4.3. La interpretación de la malversación

El TC amparó a los condenados por malversación utilizando un razonamiento similar al de la prevaricación: la inclusión de la aplicación 440.51 en las leyes presupuestarias hizo imprevisible la interpretación del Tribunal Supremo. Para el TC, nadie puede ser condenado por malversación por realizar conductas que tienen cobertura en una norma con rango de ley válida (la ley de presupuestos).

No obstante, el argumento del TC confunde la inclusión de una partida presupuestaria con una autorización indiscriminada para usar dinero público sin seguir el procedimiento de subvenciones ni el más mínimo control. Los votos particulares señalaron que la introducción del programa 31L no supuso la supresión de los controles propios del régimen de subvenciones, ya que las propias leyes de presupuestos o bien declararon la vigencia de la normativa subvencional o bien no regularon nada en sentido contrario.

4.4. La valoración de las pruebas

El TC también consideró violado el derecho a la presunción de inocencia de cinco condenados por prevaricación, argumentando que los órganos judiciales no fundamentaron suficientemente la culpabilidad. Al revisar las pruebas con tal grado de detalle, el Constitucional abandonó su jurisprudencia previa, la cual limitaba su control a si la valoración de la prueba era «irrazonable, arbitraria o patentemente errónea». En cambio, el TC exigió ahora que la prueba fuera «suficiente», incurriendo en un control similar o incluso más estricto que el de casación del Supremo, invadiendo el ámbito del juzgador de instancia.

5. Conclusiones

La Audiencia Provincial de Sevilla y el Tribunal Supremo concluyeron que se organizó un sistema ilegal de reparto de subvenciones durante una década (2000-2009), lo que llevó a la condena de quince altos cargos. El Tribunal Constitucional redujo el periodo delictivo a solo dos años (2000-2001), por lo que la discrepancia entre tribunales radica principalmente en la duración del sistema delictivo, no en su existencia.

Mientras el TS realizó un esfuerzo argumentativo para justificar su competencia para interpretar los tipos penales y considerar los proyectos de ley como resoluciones arbitrarias, el TC ignoró estos razonamientos, centrándose en los proyectos como actos preparatorios de la ley y a continuación revisar la interpretación de los tipos penales y si las pruebas eran suficientes.

Para llegar a este punto, el Constitucional abandonó su jurisprudencia previa sin justificación en tres áreas: las causas de admisión de los recursos de amparo; su papel en la definición de los tipos penales; y su control de la valoración de las pruebas. Por eso, me parece evidente que con esta nueva jurisprudencia el TC se ha convertido en un tribunal de casación; incluso, de apelación. El tiempo diría si mantiene esta nueva jurisprudencia —qué lógicamente le llevará a tener que revisar muchas sentencias— o si poco a poco vuelve a una línea de auto-restricción (*self-restraint*), propia de un garante último de los derechos fundamentales.

UNA FORMA SUBVERSIVA DE PENSAR Y ENSEÑAR EL DERECHO

Octavio Salazar Benítez

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Córdoba*

*«Con la paciencia secreta de que toda insurgencia será labor de las palabras»
Val flores.*

1. El contexto

Nos ha tocado vivir tiempos no solo de peligrosas regresiones constitucionales¹, muy especialmente en lo que tiene que ver con conquistas igualitarias que creímos irreversibles, sino también de una cierta impotencia de los Estados de Derecho frente a las amenazas que para nuestra dignidad y bienestar proceden de la acción descontrolada de unos «poderes salvajes»². Todo ello en un contexto de desconfianza ciudadana hacia unas democracias que atraviesan una crisis evidente de legitimidad y que muestran claros síntomas de agotamiento de toda una serie de instrumentos que, forjados hace más de dos siglos, mal se están adaptando a la realidad del siglo XXI. Un siglo en el que los avances tecnológicos, y muy especialmente en lo relacionado con el mundo digital, están modificando sustancialmente los procesos de construcción de las subjetividades, así como nuestra manera de relacionarnos y de acceder a la información y el conocimiento. En este sentido, la misma idea de «sujeto», y ligada a él nuestra concepción de los derechos humanos, se ve sometida a procesos de disputa y reajuste, los cuales se ubican, a su vez, en un proceso más amplio de progresivo desmantelamiento del orden de género sobre el que se sustentó el moderno constitucionalismo³.

Todos estos procesos se están desarrollando en un marco de sucesivas crisis —económicas, sociales, políticas— que han generado un clima colectivo de incertidumbre y miedo ante las catástrofes que se suceden y las que se avecinan. Como si ya fuera imposible pensar lo político, y por tanto lo constitucional, en términos de promesa. Ello está teniendo unas consecuencias evidentes en los estados de ánimo de buena parte de la ciudadanía, y muy especialmente de los y las más jóvenes, quienes parecen irremediablemente convencidos de que van a vivir en peores condiciones que sus padres y madres⁴. De ahí no solo su malestar y pasividad, así como otras consecuencias más dramáticas como los cada vez más frecuentes problemas de salud mental, sino también

1 Ruth RUBIO MARÍN, *Constitucionalismo global y orden de género: una batalla por la inclusión transformadora*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 450 ss.

2 Luigi FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia*, Trotta, Madrid, 2013.

3 Octavio SALAZAR BENÍTEZ, «La quiebra del sujeto constitucional. Democracia paritaria y ciudadanía ciudadana», en *Derechos y libertades*, n.º 45, 2021, págs. 17-56.

4 Azahara PALOMEQUE, *Vivir peor que nuestros padres*, Anagrama, Barcelona, 2023.

sus posicionamientos reactivos frente a las propuestas políticas que han cuestionado, entre otras cosas, el orden tradicional de género y que han removido de manera singular el estatus de los hombres vinculado a su rol de proveedores principales en la pareja y en la familia. Asistimos, a nivel global, no solo a una reacción frente a las conquistas alcanzadas por el feminismo en los últimos años sino también a una contestación frente a la precariedad y la escasez de perspectivas para unas generaciones crecidas en el permanente escaparate que suponen las redes sociales, en la inmediatez que han facilitado las tecnologías y en las promesas de un sistema basado en el consumo y en la identificación del éxito con la posesión de recursos que nos permiten vivir acontecimientos. Unos procesos que, insisto, están afectando de manera singularmente negativa a los varones más jóvenes que son los que se están inclinando, desde el punto de vista electoral, hacia opciones de extrema derecha y negadoras en muchos casos de lo que hasta el momento habíamos entendido como dimensiones esenciales de la dignidad⁵. La denominada *manosfera* representa no solo la traducción digital de esa reacción, sino que también constituye el espacio donde muchos hombres están encontrando la posibilidad de crear una comunidad y de reconstruir fratrías quebradas gracias a la expansión del proyecto feminista⁶.

Los intensos y acelerados cambios tecnológicos, sociales y culturales vividos en las últimas décadas no han tenido una traducción en los pactos constitucionales que, en gran medida, siguen respondiendo a los paradigmas que los alumbraron tras la segunda guerra mundial e, incluso, si pensamos en sus orígenes fundacionales, hace ya más de dos siglos. Algo muy evidente si pensamos en la incorporación de las mujeres al estatus de ciudadanas, la cual se ha alcanzado en países como el nuestro gracias a instrumentos jurídicos y políticas públicas que en el siglo XX han erosionado el «contrato sexual» que sustentó el social. Una conquista democrática que, sin embargo, en líneas generales, no se ha traducido en una revisión constitucional que reconozca la paridad como principio fundamental y que, en consecuencia, revise no solo la parte dogmática sino también la orgánica desde una perspectiva feminista⁷. De la misma manera que la rigidez del constitucionalismo moderno está siendo un obstáculo para asumir una relectura del contrato social superadora del sistema sexo/género, las nuevas dimensiones y exigencias de la dignidad humana encuentran dificultades para plasmarse como derechos fundamentales y, por tanto, para gozar del mayor nivel de garantías posible. En este sentido, sistemas constitucionales como el nuestro siguen condicionados por una clasificación de los derechos que mal se adapta a las exigencias de autonomía y bienestar de los sujetos contemporáneos y que se resiste a reconocer facetas de lo humano que los «pactos de caballeros» que alumbraron las Constituciones modernas no consideraron relevantes. Pensemos en todo lo relativo a los derechos/deberes de cuidado y, en general, en todas las facetas de la vida vinculadas a la experiencia y necesidades de las mujeres, ausentes, no lo olvidemos, del poder constituyente. Estos «olvidos», de tantísima repercusión en las condiciones de vida de los sujetos y por tanto en el despliegue del «libre desarrollo de su personalidad» (art. 10.1 CE), se han visto subrayados en un período de progresivo debilitamiento de lo que identificamos como Estado Social y, por tanto, de frustración con respecto a las esperanzas que había supuesto un modelo basado en el compromiso de y desde lo público con el bienestar de la ciudadanía. Un proyecto que, en todo caso, y en países como el nuestro, nunca llegó a desplegar de manera total sus posibilidades al reproducir un modelo «familiarista» que tan negativas consecuencias ha tenido y tiene en la vida de las mujeres.

2. Las debilidades

No podemos negar la evolución que, de manera especial en materia de igualdad, y no solo entre mujeres y hombres sino también con respecto a colectivos históricamente discriminados, hemos vivido en nuestro ordenamiento jurídico, gracias especialmente a la labor de un

5 Javier CARBONELL, «From provider to precarious: How young men's economic decline fuels the antifeminist backlash», *Discussion paper, European politics and institutions programme*, 8 de abril de 2025.

6 Laura BATES, *Los hombres que odian a las mujeres: Incels, artistas de la seducción y otras subculturas misóginas online*, Capitán Swing, Madrid, 2023.

7 Ruth RUBIO MARÍN y Octavio SALAZAR BENÍTEZ, *El orden de género de la Constitución española*, Comares, Granada, 2024, págs. 105-147.

poder legislativo que ya en este siglo ha impulsado normas transformadoras. Desde las pioneras LO 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, y la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, hasta las más recientes LO 10/2022, de 6 de septiembre, de *garantía integral de la libertad sexual*, y LO 2/2024, de 1 de agosto, de *representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres*, pasando por la LO 2/2010, de 3 marzo, de *salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo*, nuestro ordenamiento jurídico se ha ido nutriendo de principios, disposiciones y acciones que han jugado un papel esencial en la demolición de los pilares de esa «casa del amo» que continuaban siendo sistemas constitucionales como el nuestro. Este conjunto de leyes, completadas con las aprobadas en el ámbito autonómico, constituyen un sólido cuerpo normativo en materia de igualdad, al que habría que sumar las disposiciones centradas en colectivos que, tradicionalmente discriminados, requieren una atención específica. Es el caso de las personas de los colectivos LGBTIQ+ que, además de haber merecido un tratamiento singular por parte de los poderes legislativos autonómicos, vieron finalmente aprobada a nivel estatal la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. En otro orden de circunstancias personales y sociales, las personas con diversidad funcional también han sido objeto de una legislación específica e incluso han sido las protagonistas de una reciente reforma constitucional (art. 49 CE). De la misma manera, las personas menores de edad han merecido un tratamiento normativo singular y en estos momentos empieza a reclamarse, y no solo a nivel nacional, la necesidad de contar con una legislación específica de derechos de las personas de edad avanzada. Todo ello completado con la labor de un Tribunal Constitucional que, gracias a su interpretación del principio de igualdad, no siempre sólida ni coherente, ni mucho menos, salvo en pronunciamientos recientes, sustentada en una perspectiva de género, ha contribuido también a remover ciertos obstáculos que continuaban impidiendo la plena ciudadanía de las mujeres y de algunos colectivos que no encajaban en lo normativo⁸. Una interpretación que en los años más recientes ha ido incorporando, al fin, conceptos y herramientas propias de los feminismos jurídicos y que, sin embargo, no se ha visto acompañada por un compromiso similar en unas instancias judiciales todavía muy lastradas por un entendimiento del Derecho y de los derechos en clave androcéntrica. A estas tensiones habría que añadir las propias de un sistema territorial de escasa cultura cooperativa y en el que las dinámicas partidistas no han contribuido con frecuencia a generar las mejores condiciones para el desarrollo y la ejecución de las políticas de igualdad. Un estado de cosas que ha puesto en entredicho las exigencias de igualdad territorial previstas en nuestra Constitución (arts. 139.1 y 149.1.1.ª CE).

Descartada, por imposible políticamente en las actuales circunstancias, una reforma constitucional que no solo incida en la parte dogmática sino también en la orgánica, la cual habría de tener una urgente incidencia en el cierre del Estado autonómico y en la revisión de estructuras obsoletas en cuanto a la toma de decisiones y la participación ciudadana, deberíamos, en cuanto constitucionalistas, reflexionar sobre las carencias que detectamos y con frecuencia amparamos en nuestra labor docente e investigadora. Es decir, más allá de los debates y análisis en torno a las frágiles democracias y a las amenazas que están poniendo en peligro a los Estados sociales y democráticos de Derecho, deberíamos plantearnos hasta qué punto seguimos usando categorías y paradigmas que mal se ajustan a la contemporaneidad y que tanta incidencia siguen teniendo en la producción del Derecho. Una producción que se traduce en un largo y complejo itinerario que tiene su punto de partida en la acción de los poderes legislativo y ejecutivo pero que continúa después, y con frecuencia de manera decisiva, en la función que desempeña el Poder Judicial. Es decir, en un contexto de tantas inseguridades e incertidumbres, de peligrosas dinámicas reactivas y de debilidad institucional, debería convertirse en un eje central del análisis doctrinal y del debate constitucionalista qué concepción tenemos del Derecho, de las normas e instituciones que lo integran, así como de las herramientas que usamos para su aplicación e interpretación. Un objetivo que ocupa habitualmente un lugar secundario no solo en los debates públicos sino también incluso en los académicos y que, sin embargo, y cómo bien han puesto de relieve los feminismos jurídicos, es esencial para la superación de estructuras que

8 Ruth RUBIO MARÍN y Octavio SALAZAR BENÍTEZ, *El orden de género de la Constitución española*, cit., págs. 15-103.

están en la base de injusticias y exclusiones⁹. O, lo que es lo mismo, para convertir las incompletas democracias en que vivimos en sistemas en los que de manera efectiva convivan libertad, igualdad y pluralismo. Un horizonte que parece volverse sombrío en estos tiempos de rearme patriarcal y misógino, de activación de discursos y políticas que cuestionan las diferencias y de nacionalismos excluyentes y nada porosos a la otredad.

Llegados a este punto tendríamos que atrevernos a abordar por qué las leyes y el resto de las políticas públicas adoptadas en nuestro país están resultando insuficientes para acabar con la desigualdad —y no solo la relativa a la que genera un diferente estatus para mujeres y hombres— y reflexionar sobre las insuficiencias de una Cultura jurídica que apenas hemos erosionado en un siglo de luchas por la igualdad y las diferencias. De entrada, y empezando por lo más obvio, uno de los principales problemas es que hemos generado demasiadas expectativas en la capacidad de transformación que tiene el Derecho, el cual es solo un instrumento que, obviamente, puede generar un cambio de conciencia social, así como contribuir a remover los obstáculos que los sujetos encontramos para el ejercicio de nuestros derechos. No obstante, su eficacia es limitada cuando se trata de superar todo un orden, que es político, pero también cultural, y que genera una discriminación sistémica de las mujeres, así como de otros sujetos al margen de las referencias normativas, y sobre la que hemos articulado una determinada división de los espacios y los tiempos, una organización del trabajo y de la vida, así como toda una serie de imaginarios que han sostenido nuestra visión de lo humano durante siglos. En este sentido, por ejemplo, nuestro Derecho antidiscriminatorio continúa estando lastrado por una falta de perspectiva estructural, y por una atención casi exclusiva a los tratos individuales que generan discriminación y a su correspondiente sanción. Es decir, por una mirada individualista y formalista, heredera de un entendimiento liberal de la igualdad, en la que todavía no hemos superado esa especie de bucle que supone interpretarla siempre en función de sus dos dimensiones, la formal y la material. No hemos incorporado la lógica antisubordinación que reclaman los feminismos jurídicos de la misma manera que tampoco hemos sido capaces de tomarnos en serio, muy particularmente en el ámbito de la interpretación, el principio de interseccionalidad¹⁰. Todo ello, además, en un contexto institucional y de diseño de políticas públicas que pareciera dominado por lo que podemos identificar con el «feminismo de la igualdad» y que se ha ido traduciendo en entender la igualdad como la incorporación de las mujeres a los espacios definidos por y para los hombres, de acuerdo con las reglas androcéntricas y sin que por tanto se hayan transformado los pilares de un sistema hecho a nuestra imagen y semejanza. De esta manera, incluso determinadas acciones positivas han acabado favoreciendo solo a un número muy reducido de mujeres y no han supuesto, más allá de su incorporación a espacios hasta hace poco vetados, una auténtica transformación de las condiciones del pacto. Sigue faltado una lógica más estructural que ponga el foco en las condiciones socioeconómicas en que nos movemos, en las culturas organizacionales que siguen dominando lo público e incluso en las referencias de prestigio y liderazgo que continúan siendo definidas en términos masculinos.

Las excesivas expectativas puestas en las normas con respecto a su «eficacia antidiscriminatoria», y no digamos con respecto a su utilidad con respecto al fin de las violencias que afectan de manera desproporcionada a las mujeres, están teniendo además un peligroso acomodo en la deriva punitivista que comprobamos en buena parte de las opciones legislativas aprobadas en nuestro país en dicho ámbito. Además de generar unas expectativas sociales desmesuradas, se ha focalizado el debate en el castigo de los sujetos responsables de las infracciones administrativas o de los delitos en su caso, pero sin que se haya tenido presente la dimensión estructural en que se apoyan dichas conductas y que es imposible superar atendiendo a las lógicas propias del Derecho Penal. Una apuesta que ha enrarecido el debate público que en la actualidad más que en los Parlamentos o en otras sedes institucionales tiene lugar en unas redes sociales que alimentan la confrontación y una dinámica amigo/enemigo. Todo ello sin tener presente dos ejes que van de la mano y que en materia de desigualdad/violencia de género deberían ser prioritarios: a) la función reeducadora que de acuerdo con el art. 25.2 CE han de tener las penas a cumplir por los sujetos

9 Irene DE LAMO (editora), *Desmontar la casa del amo. Reflexiones y tensiones feministas sobre la ley, el Derecho y el proceso judicial*. Atelier, Madrid, 2024.

10 Alazne Irigoien Domínguez, *Interseccionalidad y anti-esterotipación como recursos de un Derecho antidiscriminatorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2024.

responsables de dichas conductas; b) la urgencia de medidas preventivas y socializadoras que pongan el foco en los hombres y muy especialmente en los más jóvenes. Una cuestión ésta que deberíamos conectar con los fines educativos que marca el art. 27.2 CE.

Con relación a las medidas de carácter preventivo, y que han ocupado un lugar destacado en la legislación de igualdad de nuestro país, han destacado las referentes al papel de la educación en el cambio de roles y estereotipos, así como por tanto en la consolidación de nuevas referencias y paradigmas de lo humano en las nuevas generaciones. La mayor parte de estas previsiones han respondido a los criterios programáticos y orientativos propios del *soft law*, y no necesariamente han tenido un reflejo fidedigno en unas leyes educativas sometidas a los vaivenes políticos de nuestro sistema parlamentario. La educación ha continuado siendo un arma arrojadiza entre los partidos políticos y se ha situado en el punto de mira de una reacción patriarcal que se está sirviendo del derecho de los padres y padres a elegir la educación moral y/o religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE) para poner freno a la potencia transformadora que encierra el ideario educativo previsto en el art. 27.2 CE. Todo ello en el contexto de un marco territorial en el que buena parte de las competencias en materia educativa corresponden a las Comunidades Autónomas, estando por lo tanto sometidas a las tensiones partidistas propias de un federalismo competitivo. Las carencias formativas de los y las profesionales de la educación, la falta de recursos materiales y la discontinuidad de programas han provocado resultados no siempre satisfactorios en materia de coeducación y, por tanto, han reducido las capacidades transformadoras de todo aquello que en la letra de la ley aparecía con criterios aspiracionales. Este panorama se ha vuelto complejo con la progresiva digitalización de nuestro mundo y con el cambio tan radical que las tecnologías están suponiendo en nuestra manera de aprender y de leer la sociedad en la que vivimos. Unos cambios que no han sido incorporados a los distintos niveles educativos, deudores todavía de unos esquemas de transmisión del conocimiento más propios de siglos anteriores que de este siglo de inteligencia artificial y omnipresencia de lo audiovisual. A todo lo anterior habría que sumar la cada vez mayor expansión de la educación privada que pone en entredicho la meritocracia como principio igualador de oportunidades.

Las carencias formativas se vuelven más flagrantes en el ámbito de la educación superior ya que en este caso estamos hablando de cómo se preparan a quienes, además de ciudadanos y ciudadanas, van a tener la responsabilidad de actuar en distintos ámbitos profesionales. Pese a la tibieza con que la misma LO 3/2007 recoge la necesidad de que los estudios superiores tengan presente el contexto de desigualdad y jerarquías que supone el género (art. 25), nadie debería dudar a estas alturas de la importancia de que el denominado *mainstreaming* de género esté presente en la formación de cualquier profesional, del ámbito que sea, y de que los planes de estudio de los distintos grados, posgrados y másteres universitarios introduzcan asignaturas —troncales y obligatorias, no optativas— que se centren en cómo usar la perspectiva de género como categoría de análisis crítico, al tiempo que se incorporan las aportaciones de los feminismos como propuestas alternativas al orden establecido. Una carencia que es especialmente llamativa en el ámbito jurídico dada la incidencia de los operadores que formamos en las facultades de Derecho en la revisión de unas estructuras y, en definitiva, de una cultura que todavía hoy se nutre en gran medida de esquemas patriarcales y androcéntricos. Si bien es cierto que de manera reciente han ido poco a poco incorporándose iniciativas en este sentido —por ejemplo, en lo relativo a la formación de los futuros jueces y juezas—, sigue siendo insoportable el vacío existente desde el mismo Grado de Derecho como en todos los recorridos que capacitan para el ejercicio de profesiones clave como la abogacía o cualquiera otra que incluso sin ser estrictamente jurídica se despliegue en el ámbito de la Administración de Justicia. Una carencia que ha sido puesta de manifiesto de forma insistente, por ejemplo, en las resoluciones mediante las que el Comité de la CEDAW ha condenado al Estado español en varias ocasiones o que también se recogido en las renovaciones llevadas a cabo, la última en febrero de 2025, del Pacto de Estado contra la violencia de género.

3. Las posibilidades

Llegados a un punto de más que reseñable evolución legislativa en nuestro país, muy especialmente en materia de igualdad y disfrute de las libertades, es preciso hacer no solo una evaluación de las políticas desplegadas en los últimos años sino también, y muy especialmente en el ámbito académico, una seria reflexión sobre cómo entendemos el Derecho y de qué manera lo transmiti-

mos en cuanto docentes con la enorme responsabilidad de formar a quienes serán futuros y futuras juristas. En este sentido, es necesario que recuperemos el papel que el Derecho puede y ha de tener en la transformación social, no reduciéndolo por tanto a su papel de mantenedor del orden y de resolución de los conflictos que se generan en la convivencia. Ello implica a su vez generar en los operadores jurídicos la conciencia del papel esencial que han de tener en remover obstáculos que impiden que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido, y de acuerdo con el mandato del art. 9.1 CE, todos los poderes públicos, y por tanto quienes se integran en ellos, están sometidos al mandato del art. 9.2 CE y, en consecuencia, al objetivo de «establecer una sociedad democrática avanzada» lo cual supone, nada más y nada menos, que ser coherentes con los mandatos de un Estado que es de Derecho, por supuesto democrático, pero también social. Una coherencia que devendrá imposible si no asumimos la enseñanza del Derecho como «forma de acción política»¹¹.

Este papel de incidencia en la realidad social puede parecernos más obvio y evidente en cuanto a quienes tienen asumida la función de «juzgar y ejecutar lo juzgado» pero se extendería también quienes operan de cualquier manera y en cualquier fase del proceso, sean o no juristas, destacando entre todos ellos a quienes ejercen como abogados y abogadas. En este sentido, es llamativo el limitado uso que en nuestro país se lleva a cabo de la denominada «litigación estratégica», el cual, me temo, va de la mano de la escasa importancia que todavía se da en las Facultades a la dimensión más práctica y social del Derecho¹². En un sentido parecido, la Ciencia Jurídica y su transmisión continúa también lastrada por una excesiva división en áreas o disciplinas que, si bien pueden tener un sentido histórico y por supuesto delimitador de contenidos, en la práctica deviene insuficiente ante un mundo en el que cada vez las conexiones de las distintas esferas en que nos movemos están más imbricadas y en el que, además, corremos el riesgo de que una excesiva especialización nos impida tener una visión global del sistema. La tan vindicada interdisciplinariedad, con frecuencia ausente más allá de su mera recreación teórica, debería más bien traducirse, de hecho, en *transdisciplinariedad*. Entiendo que solo desde este pensamiento complejo será posible fomentar la creatividad y subvertir las jerarquías. *Trans* nos remite no solo a la interrelación, sino también al movimiento y el cambio, al cruce y la travesía¹³.

La división entre la teoría y la práctica, y la potenciación de la primera en un mundo académico en el que los sistemas de formación y promoción se basan fundamentalmente en la acumulación de producciones científicas en muchos casos alejadas de lo que en la actualidad identificamos con «transferencia del conocimiento», es una de las muchas que siguen lastrando una concepción de los saberes, también de los jurídicos, que responden al dualismo propio de una epistemología estrechamente conectado con el orden binario en que hemos sustentado nuestro proyecto civilizatorio. Es decir, seguimos arrastrando una concepción de los sujetos, del mundo y de los saberes articulada en función de una visión dualista de la realidad, construida a partir de pares antagónicos y jerárquicos, tal y como se construye el fundante orden de género. Esta cartografía ha cimentado «todo un mapa político asimétrico entre centro y periferia, entre nosotros y los otros, entre hombres y mujeres, ciudadanos y esclavos, humanos y animales. Ristra de pares dicotómicos *ad infinitum* que conforman el neurótico catálogo semántico del sistema metafísico occidental»¹⁴.

Tenemos pues una tarea previa de revisión de las maneras en que seguimos leyéndonos y leyendo la sociedad en que vivimos, de los instrumentos que nos permiten hacernos preguntas y seleccionar las cuestiones que estimamos relevantes, de los presupuestos no solo epistemológicos sino incluso ontológicos que sustentan, todavía hoy, una mirada sesgada sobre lo humano.

11 Duncan KENNEDY, *La enseñanza del Derecho como forma de acción política*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2014.

12 En esta línea sería fundamental que en todas las Facultades de Derecho se incorporara la experiencia de las «clínicas jurídicas» como espacio idóneo para conectar los conocimientos jurídicos con la realidad social, así como para desarrollar en el alumnado habilidades capaces de incidir en la potencia transformadora del Derecho, muy especialmente en clave de justicia social.

13 Carolina MELONI, *La instancia subversiva. Decir lo femenino ¿es posible?*, Akal, Madrid, 2025, pág. 148.

14 Carolina MELONI, *op. cit.*, pág. 88. En el mismo sentido, Duncan Kennedy identifica con el «núcleo» y la «periferia» como jerarquía que articula los pensamientos y los sentimientos, así como en consecuencia la percepción de lo político y lo jurídico. *La enseñanza del Derecho como forma de acción política*, cit., págs. 30-31.

Una denuncia que han hecho insistentemente todos los feminismos que se sitúan en las afueras de las líneas eurocéntricas —y, en consecuencia, coloniales, excluyentes, incompletas— y que no han dejado de denunciar en las últimas décadas una concepción de los sujetos —y, con ellos, de los derechos, de las democracias, de los pactos de convivencia— que responde a una referencialidad normativa que no ha tenido en cuenta buena parte de la diversidad en que se traduce la naturaleza humana, además de no haber tenido presente una lógica de relacionalidad sostenible con todo aquello que identificamos como «no humano». En este sentido, hemos amparado unos sistemas constitucionales y sus correspondientes órdenes jurídicos sobre las categorías tradicionales — masculinizadas, sexistas, edadistas, capacitistas, elitistas— que nos han servido para definir las normas y las instituciones. Unas categorías que, como bien sabemos, excluyeron durante siglos a la mitad de la Humanidad que representan las mujeres, como también a tantos sujetos que se situaban en los márgenes de lo que la normatividad identificaba con normalidad. De esta manera, y de la misma forma que en determinados momentos históricos la Religión o la Medicina actuaron como poderes disciplinarios, también el Derecho lo ha sido durante siglos en los que ha ido delimitando que entendía por aceptable o no una sociedad en la que el poder de decisión, pese a la igualdad formal, no había conseguido liberarse de unas jerarquías evidentes. Por supuesto que muy especialmente en el siglo XX hemos ido superando buena parte de esos lastres, gracias fundamentalmente a la potencia de movimientos como el feminista o el de los colectivos LGB-TIQ+, de tal forma que hemos ido ensanchando el entendimiento de la ciudadanía, pero todavía dicho paradigma continúa siendo un traje demasiado estrecho para determinadas realidades. Así lo evidencian la insostenible identificación de la ciudadanía con la nacionalidad o las resistencias al reconocimiento de la diversidad sexo-genérica.

Pese a los indudables avances en materia de igualdad y derechos, y en superación de algunos de los marcos institucionales que tradicionalmente sirvieron para definir nuestras expectativas vitales (pensemos, sin ir más lejos, en la evolución experimentado por el concepto de matrimonio y familia), son todavía muchas las aristas pendientes, en gran medida porque no hemos conseguido desmontar un orden binario de género, con la consiguiente clasificación que de lo humano ha generado en términos dualistas y antagónicos. En este sentido, es evidente que el feminismo, o al menos un sector de él, ha puesto el foco principal en superar las jerarquías de género, pero sin embargo no ha sido tan combativo, quizás porque las prioridades obviamente demandaban atender más a lo primero que a lo segundo, con los esquemas clasificatorios que han sustentado las categorías sexo-genéricas todavía presentes en la mayoría de los ordenamientos. Los recientes y acalorados debates en torno al reconocimiento de la llamada «identidad de género», vinculada con los procesos de autodeterminación y liberada al fin de los lastres patologizadores, han puesto en evidencia las tensiones dentro del mismo movimiento feminista, las cuales, más allá de las tensiones partidistas que en muchos casos han enrarecido el debate, nos remiten a una cuestión por abordar en las democracias contemporáneas. Me refiero a qué categorías jurídicas seguimos usando para definir las realidades humanas, las cuales no son sino ficciones que, desde el Derecho, o sea, desde el poder, nos hemos dado para clasificarnos y regular un determinado modelo de convivencia. Nos estamos hablando pues de cuestionar realidades biológicas sino de pensar sobre cómo nos definimos en cuanto sujetos jurídicos. De hecho, la misma biología nos evidencia que el binomio hombre- mujer no agota la realidad humana, como bien demuestran las personas intersexuales, sometidas durante siglos a procesos violentos de asimilación al dualismo genérico¹⁵. Se trataría pues de abrir el abanico de posibilidades al reconocimiento de otras identidades, como podrían ser las personas no binarias, tal y como ya se hace en algunos ordenamientos democráticos, así como todas las opciones que nos demuestran que muchos sujetos no encajan en ninguno de los dos extremos que seguimos usando para definir las subjetividades jurídicas¹⁶.

La apertura de la categoría «sujeto jurídico» a la diversidad de lo humano pasa también por redefinir ficciones que durante largo tiempo nos han servido para delimitar el disfrute de los derechos. Así sucede, por ejemplo, con la edad, cuyos límites no dejan de ser objeto de debate en los

15 Mer GÓMEZ, *Las hermafroditas del siglo XXI*. Bellaterra, Barcelona, 2024.

16 En esta línea estaríamos planteando una «des-sexualización de la ciudadanía», tal y como se analiza en Blanca RODRÍGUEZ RUIZ (dir.) y Luisa WINTER PEREIA (coord.), *Democracia no binaria. Reflexiones interdisciplinarias sobre la des-sexualización de la ciudadanía*. Comares, Granada, 2024.

últimos años en unos contextos normativos donde asistimos a una disparidad de criterios (la edad mínima para votar, para expresar el consentimiento sexual, para asumir la responsabilidad penal) y en los que progresivamente se ha ido abriendo paso, junto al predominante «interés superior del menor», el criterio de la madurez del menor como llave que le permite el acceso a determinados derechos¹⁷. En el otro extremo de la vida, una cuestión que estimo devendrá central en el presente siglo es el entendimiento de la ciudadanía de las personas de edad avanzada, la cual, al margen de que en este caso no tengamos más límites que en todo caso los relacionados con la edad de jubilación o en su caso los resultantes de un proceso de incapacidad, continúa lastrada por el edadismo dominante en las sociedades contemporáneas y por una concepción de su estatus jurídico más basado en una lógica proteccionista que en el principio de autonomía¹⁸. Estas realidades nos ponen de manifiesto no solo la necesidad de remover paradigmas históricamente asentados sino también asumir como presupuesto que lo jurídico se nutre de ficciones que nos permiten no solo categorizar a las personas sino también establecer marcos de referencia que acaban siendo parte de un determinado orden cultural. De ahí la conveniencia de concebir al Derecho como una herramienta viva, dinámica y en permanente transformación, pues de otra manera acaba manifestando su incapacidad para responder a las necesidades y expectativas de los sujetos. En este sentido, y de la misma manera que un cambio epistemológico esencial sería la concepción de las personas como realidades en permanente devenir —«nómades», en palabras de Braidotti¹⁹—, también deberíamos asumir que el Derecho no puede petrificarse en categorías y paradigmas que, como toda ficción, responden a los intereses y sesgos de quien tiene el poder de definirlos. Tal y como han puesto al descubierto los feminismos con respecto a los sesgos patriarcales y androcéntricos de la Cultura jurídica dominante. En esta línea, es cierto que nuestro TC, a partir de su sentencia sobre el matrimonio igualitario (198/2012, de 6 de noviembre de 2012), ha consolidado la interpretación de la Constitución como un «árbol vivo», lo cual ha generado críticas doctrinales en cuanto con respecto a lo que supondría, según estas posiciones, un desbordamiento de las funciones de dicha instancia, por ejemplo, a la hora de reconocer derechos no previstos en la Constitución. Entiendo que, más allá de la discusión que puede generar cuál es el papel de la jurisdicción constitucional en el marco del constitucionalismo rígido contemporáneo y en el contexto de transformaciones sociales y culturales que estamos viviendo, es necesario que nos planteemos una visión más abierta y flexible del Derecho, con mayor capacidad por tanto para atender las demandas de unas sociedades cada vez más plurales y complejas, lo cual ha de tener una proyección en la manera en que construimos la Ciencia Jurídica y en como la transmitimos a los futuros operadores jurídicos.

De hecho, no podemos olvidar que nuestra Constitución contiene varias cláusulas de apertura, entre las que hay que destacar la relativa a los derechos prevista en el art. 10.2 CE. Una llave interpretativa, pero no solo interpretativa, que todavía no ha desplegado toda su eficacia en la actuación de los operadores jurídicos, empezando por los mismos tribunales, tal y como ponen de manifiesto las dificultades procesales para hacer ejecutivos las resoluciones y dictámenes de órganos y comités internacionales que atienden demandas de la ciudadanía española. Seguimos teniendo enormes carencias, empezando por el ámbito formativo, en cuanto a la plena integración de los mandatos y estándares contenidos en el Derecho internacional y en cuanto a la capacidad transformadora y evolutiva que encierran con respecto a situaciones y dimensiones de lo humano no previstas por el pacto constitucional de 1978.

Las posibilidades apuntadas han de partir, en todo caso, de la superación de un orden de pensamiento que es deudor de un sujeto que, dominante, ha construido una determinada visión de lo humano. Desde esta revisión hemos de llevar a cabo, a su vez, tal y como lo llevan décadas plan-

17 Así, por ejemplo, lo ha usado el Tribunal Constitucional con relación a la autodeterminación de género en su sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019.

18 En nuestro país hace tiempo que se lleva reclamando una legislación específica sobre la materia, de la misma manera que en el ámbito de Naciones Unidas se está trabajando sobre una futura Convención internacional de derechos de las personas mayores. De hecho, en abril de 2025 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó una resolución para iniciar la redacción de dicha Convención: <https://digitallibrary.un.org/record/4079431?v=pdf>

19 Rosi BRAIDOTTI, *Sujetos nómades*. Paidós, Buenos Aires, 2000.

teando los diversos feminismos, una relectura de teoría del Estado y de los marcos conceptuales que han servido para categorizar subjetividades, marcos relacionales y todas las proyecciones de la dignidad que hemos identificado como derechos humanos. Un sistema de ordenación que ha generado violencias e injusticias, epistémicas, pero no solo, en cuanto ha pretendido disciplinar cuerpos y encorsetar la primera personal plural. Y es que la Ciencia Jurídica también ha pecado una «verticalidad egocéntrica» y de «un falopensar autorreferencial y tan poco inclinado a los otros, a les otros»²⁰. De ahí la necesidad de integrar en lo jurídico no solo los cuerpos marginales, los seres vivos no humanos, los bienes comunes y, en general, todo lo expulsado a las afueras, en una lectura que no pierda de vista la justicia intergeneracional²¹. Estamos proponiendo, pues, un ambicioso proyecto que nos obliga, como mínimo, a superar todos los sesgos —sexistas, etnocéntricos, edadistas, capacitistas— que han amparado una visión hegemónica del mundo y lo humano y, como máximo, a poner las bases de «lo común» sobre unos principios éticos y unas dinámicas políticas alternativas al «régimen de verdad» en que acabó convertido el constitucionalismo moderno. Tan escasamente poroso, tan sordo al rumor de lo múltiple, tan necesitado pues, en el siglo XXI, de otras narrativas, de apertura e imaginación, de urdimbres que en horizontal completen el proyecto inacabado de las democracias.

Un proyecto al que estoy seguro de que se sumaría mi amiga y maestra Ángela Figue-ruelo Burrieza, tan atenta siempre a las demandas de igualdad y a las trayectorias de los y las constitucionalistas en ciernes. Sirvan estas páginas como reconocimiento a su trayectoria y como deseo, ojalá no utópico, de seguir teniéndola en la cercanía del compromiso y la amistad.

20 Carolina MELONI, *La instancia subversiva. Decir lo femenino, ¿es posible?* Akal, Madrid, 2025, pág. 31.

21 Sobre esta cuestión véase Giacomo PALOMBINO, *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Le Monnier Università, Firenze, 2022.

ELECCIÓN JUDICIAL EN MÉXICO: INDEPENDENCIA JUDICIAL, EQUILIBRIO DE PODERES Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

Luis Gerardo Samaniego Santamaría

Universidad Autónoma del Estado de Quintana Roo

Es un honor poder escribir en una obra dedicada a mi querida Profesora Doctora Ángela Figueruelo Burrieza, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, maestra y guía ejemplar, cuya vocación académica y compromiso con la enseñanza del derecho trascendieron las aulas españolas y se inscribieron en la conciencia jurídica más allá del Atlántico en el continente americano e influyendo en el pensamiento de quienes tuvimos el privilegio de ser sus discípulos.

La vocación humanista de la profesora Figueruelo Burrieza, sin duda se erige en digna heredera de la tradición salmantina, aquella que, desde los tiempos de Francisco de Vitoria, Domingo de Soto o Francisco Suárez, ha iluminado la reflexión sobre el derecho, la justicia y la dignidad humana. Recuerdo como si fuera ayer, la gran satisfacción de escuchar a la profesora Figueruelo disertar su cátedra en el Aula Miguel de Unamuno en la Magnífica Universidad de Salamanca. La impresión que provocó el escucharla marcó el rumbo de la vida de muchos de sus estudiantes iberoamericanos que, en la búsqueda de realizar los estudios doctorales en derecho, decidimos cruzar el Atlántico para acudir a la ocho veces centenaria Universidad de Salamanca.

En ocasión de su merecido homenaje, expreso mi agradecimiento eterno a una profesora y mujer ejemplar que la vida puso en el camino de muchos de sus alumnos para lograr nuestros sueños profesionales y personales. Su legado se inscribe ya, con pleno derecho, en la noble continuidad del pensamiento salmantino, donde las y los grandes profesores no se jubilan, sino que permanecen en la huella de sus ideas y en las generaciones que ellos mismos formaron a lo largo de su brillante vida profesional.

Con respeto, gratitud y admiración, para mi querida profesora Ángela Figueruelo Burrieza, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca.

Luis Gerardo Samaniego Santamaría

México, 2025

Resumen: La reforma constitucional en materia judicial del 15 de septiembre de 2024, estableció un nuevo régimen de elección, integración y funcionamiento del Poder Judicial en México y sin duda en las democracias contemporáneas. Este modelo basado en la elección directa de las personas juzgadoras (ministros, magistrado y jueces de distrito del Poder Judicial Federal, así como magistrados y jueces de los poderes judiciales de los Estados), tiene como objetivo legitimar la labor de los jueces y alejarlos de cualquier influencia o presión política, económica o social, sujetándolos al mandato del pueblo que los elige con pleno respeto a los postulados constitucionales y legales en México. No obstante, la primera elección judicial en México, marcó el inicio de la democracia judicial de manera precipitada, con acontecimientos que forman parte de los precedentes de las decisiones de las autoridades electorales, lo que ha puesto a prueba el objetivo original de esta reforma constitucional, en algunos casos con claras irregularidades que provocaron un des-

dibujamiento del equilibrio de los poderes, la independencia judicial y en algunos casos el debilitamiento de la legitimidad democrática de las personas juzgadoras electas en México.

Palabras Clave: Elección judicial, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial Federal, Independencia judicial, Equilibrio de poderes.

Introducción

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), se reformó una vez más en el año 2024, para implementar una reconfiguración radical del Poder Judicial Federal (PJF) y el de los Estados. El cambio más significativo, sin precedentes en la historia reciente del país, fue la sustitución del modelo de designación de jueces por uno de elección popular directa.

En este trabajo se analizan las implicaciones de esta reforma sobre elementos sobre los cuales se basa el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, principalmente sobre los principios de independencia judicial, el equilibrio de poderes y la legitimidad democrática, con base en la CPEUM y la doctrina constitucional.

La reforma judicial en México buscó mitigar diversos factores que han afectado, en no pocas ocasiones, el funcionamiento del Poder Judicial, su imagen frente al pueblo soberano y, sobre todo, la legitimidad democrática de los jueces quienes en no pocos casos tienen una percepción de corrupción y falta de rendición de cuentas que lo ha afectado históricamente en México. No sería justo, no reconocer que la función del PJF, también ha aportado avances significativos en la protección de derechos humanos y en la defensa de los derechos de los sectores más vulnerables de la población, con decisiones judiciales basadas en el respeto y la protección de los derechos humanos bajo los principios constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos, pero sobre todo con interpretaciones jurisprudenciales avanzadas y vanguardistas en muchos casos. Sin embargo, la tensión natural entre poderes propia de cualquier estado constitucional y democrático de derecho, terminó por romper los lazos de coordinación que el Poder Judicial Federal, principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), debía tener con los poderes legislativo y ejecutivo. Este rompimiento, se dio principalmente entre el entonces presidente de la República como titular del poder ejecutivo federal con la ministra presidenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La falta de coordinación entre ambos poderes y los desencuentros personales de sus titulares, terminaron por romper no sólo las relaciones de coordinación entre sí, sino en la transformación más radical que el poder judicial haya sufrido en México en más de treinta años.

Al transferir la selección de los miembros de la judicatura a la ciudadanía, se pretende fortalecer la legitimidad democrática de un poder judicial que, hasta ahora, se había mantenido al margen de la elección popular, con el fin de evitar que la justicia se viera influenciada bajo un sistema de mayorías políticas o de intereses económicos que financiaran la campaña de un juez para ser electo. Cabe recordar que previo a esta reforma constitucional, la designación de los jueces, magistrados y ministros de la SCJN se daba de maneras diversas. Por un lado, los jueces de distrito y los magistrados federales eran designados mediante concurso de oposición y la trayectoria de una carrera judicial. En tanto que los ministros de la SCJN y los magistrados del TEPJF, mediante un sistema de elección indirecta, donde el presidente de la república presentaba una terna elegida por él mismo, que, a su vez, remitía al poder legislativo (Senado de la República), para que eligiera a quien ocuparía el cargo de ministro de la SCJN o magistrado del TEPJF. Esto generaba una lealtad del juez con quien lo había propuesto y con las fuerzas políticas mayoritarias que lo habían elegido, generándose un sistema de cuotas partidarias al interior de la SCJN o del TEPJF.

Esta transformación profunda al poder judicial plantea una tensión entre la necesidad de que los jueces respondan ya no respondan a esos intereses políticos, sino que ahora respondan al mandato popular y al imperativo de una independencia judicial libre de presiones políticas mayoritarias, de la opinión pública o de los poderes fácticos que facilitan su nominación.

La pasada elección judicial en México para elegir a las personas juzgadoras del nuevo PJF (ministros, magistrados y jueces de distrito), marcó el inicio de una nueva era en el equilibrio de poderes. La elección del 1 de junio de 2025, estuvo caracterizada por una serie de sucesos que plantearon desafíos significativos en este tipo de elección, ya que hubo una baja participación del padrón de electores (entre el 12.6 % al 13.3 %), gastos excesivos de campaña, el incumplimiento, en

no pocos casos, de los requisitos constitucionales para ser candidato o la difusión masiva de guías impresas con el fin de incidir en el voto que debía ser libre, secreto y directo, lo que plantea una serie de cuestionamientos sobre la legitimidad democrática de los jueces, la división de poderes y la independencia judicial.¹

1. División de poderes e independencia judicial. Equilibrio y tensión de poderes

La soberanía popular y la división de poderes son principios sobre los que se basa el Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Ambos principios, garantizan por un lado que el poder público dimane del pueblo y se instituya en favor de este; y, por otro, que el poder público no se concentre en manos de una sola persona o corporación, dividiéndose su ejercicio en un poder ejecutivo, en un poder legislativo y en un poder judicial, con el fin de establecer un mecanismo de pesos y contrapesos que equilibren a los poderes del Estado.

Basada en el principio de soberanía popular, que deposita en manos del pueblo el poder elegir a los poderes públicos a través de la participación democrática mediante una elección popular, la reforma constitucional en materia judicial busca que los todos los juzgadores de los poderes judiciales federales y estatales, sean electos por la mayoría de voto popular. De esta forma, el diseño constitucional incorporado al texto constitucional mexicano, donde el soberano puede elegir a sus representantes populares en el *poder legislativo* y el *poder ejecutivo*, se da a través de la participación democrática en una elección mediante el voto libre, secreto y directo. En tanto que el *poder judicial*, esta sujeto a la aprobación de listas creadas por los poderes ejecutivo (10 candidatos), legislativo (10 candidatos) y judicial (10 candidatos), lo que asegura que las fuerzas políticas mayoritarias en el poder legislativo y ejecutivo, coloquen 20 candidatos frente a 10 del poder judicial, lo que somete al poder judicial frente a los otros dos poderes (ejecutivo y legislativo), ya que en proporción postulan una mayor cantidad de candidatos, los cuales son elegidos por los comités de selección que cada poder crea para ese electo. Este diseño pretende asegurar que el poder judicial y sus decisiones aparentemente no esten sujetas a compromisos políticos o simpatías populares, sino que se basen estrictamente en la elección mayoritaria del pueblo soberano, alejado de presiones políticas que aseguren su independencia respecto de los otros poderes y de cualquier otra influencia de tipo político, económico o social.

De esta forma, mediante la reforma constitucional del 15 de septiembre de 2024, se instauró un nuevo modelo de elección directa, si bien busca dotar de una mayor legitimidad democrática, podría generar una dependencia de los jueces hacia el electorado mayoritario o las facciones políticas que los impulsaron al cargo, lo cual no es deseable para la calidad de las decisiones judiciales y la defensa de los derechos humanos de los grupos políticamente minoritario u opositor al régimen. La reforma, al establecer un sistema de postulación cruzada entre los poderes de la unión, mantiene un grado de control sobre quiénes pueden ser candidatos ya sean cuotas del poder ejecutivo o legislativo frente a los propuestos por el comité de selección del poder judicial. Sin embargo, el voto popular introduce un elemento impredecible y potencialmente volátil que podría llevar a que la lealtad de los jueces se base a las preferencias políticas mayoritarias del momento o que los intereses políticos de las mayorías prevalezcan sobre la lealtad de los jueces federales frente a la Constitución.

2. Cuestionamientos del nuevo proceso de elección popular

El Estado constitucional y democrático de derecho, se basa en diversos principios fundamentales como son: la soberanía popular, la supremacía de la constitución, la división de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial, la defensa de los derechos humanos y el control constitucional como límites al ejercicio del poder, este tipo de confrontaciones ocurren por el funcionamiento mismo del Estado constitucional y democrático de derecho que establece frenos y contrapesos al abuso del poder público.

En este sentido, los impactos que la reforma constitucional del poder judicial plantea una serie de cuestionamientos desde la doctrina constitucional, principalmente los impactos que esta reforma tiene sobre los principios fundamentales del Estado Constitucional y democrático de Derecho, como son: ¿Se trata realmente de dotarle al pueblo soberano el poder de elegir mediante

la participación democrática del voto libre, secreto y directo a los jueces que integran el poder judicial, o se trata de una captura del poder político mayoritario sobre el poder judicial? ¿Se trata de una democratización necesaria que combate los vicios del poder judicial como el nepotismo y la corrupción, o como sostiene Luigi Ferrajoli¹, se trata de la supresión de la separación de poderes y una regresión a la autocracia electiva? ¿Se trata del fortalecimiento de la independencia del poder judicial o del sometimiento al poder del partido político mayoritario que detenta los poderes ejecutivo y legislativo? ¿Se trata de fortalecer a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a los jueces federales como garantes de la Constitución o, por el contrario, se trata de someterlos al poder político mayoritario y a un órgano del poder judicial como es el Tribunal de Disciplina Judicial, con facultad para sancionarlos en caso de que se considere que sus resoluciones van en contra de los intereses de la nación? ¿Las decisiones del Tribunal constitucional están sometidas al poder político vía el Tribunal de Disciplina Judicial? ¿La legitimidad democrática de los jueces, proviene de los votos de la mayoría? ¿La defensa de los derechos humanos está sometida a la voluntad mayoritaria del pueblo soberano?

Las respuestas a estas y otras interrogantes, pueden encontrarse en los hechos mismos de la implementación de esta reforma constitucional en materia judicial. El pasado 1 de junio de 2025, se llevó a cabo la elección judicial por vez primera en México. Al ser una elección inédita, esta se realizó con una serie de claroscuros. Comenzando por los métodos de selección de los candidatos que cumplieran con los requisitos establecidos en la Constitución como son el tener un promedio de calificación en sus estudios arriba de 8 puntos sobre 10, contar con cartas de recomendación de sus vecinos y no tener antecedentes penales o afiliación partidaria, para que los comités del poder ejecutivo legislativo y judicial propusieran 10 candidatos por cada uno de ellos para ser candidatos para ocupar un espacio en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cinco mujeres y cuatro hombres con el mayor número de votación en las urnas.

Esto dio como consecuencia que ciertos perfiles afines al partido político mayoritario en el poder ejecutivo y legislativo serían los que por número de probabilidad podrían obtener el triunfo y ocupar el cargo de Ministro, Magistrado o Juez. Como en muchos aspectos en México, la realidad superó a la ciencia ficción. La baja participación de electorado el día de la jornada electoral aproximadamente el 13 por ciento de la lista del padrón electoral, el exceso en los gastos de campaña autorizados para la elección o la impresión y distribución de millones de listas (acordeones) que indicaban a los votantes por quién votar y por quien no, y la movilización política de las fuerzas políticas dominantes, incidieron en el resultado de las elecciones a favor de aquellos que coincidentemente se encontraban en esa lista que orientaba a votar a favor de los candidatos afines al pensamiento del régimen en turno. Quizás lo peor, es que muchos de los jueces que obtuvieron el triunfo en las urnas, no tenían experiencia previa en la función jurisdiccional o ni siquiera cumplían con los requisitos de elegibilidad establecidos en la propia constitución y que los citados comités del poder ejecutivo y legislativo en apariencia habían revisado previamente. Todo ello no bastó para anular la elección por parte de las autoridades electorales (Instituto Nacional Electoral y el Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal) e instaurar el nuevo poder judicial en México.

Así, esta nueva realidad del poder judicial en México tiene una oportunidad de demostrar que la independencia judicial está asegurada por la legitimación de los jueces que fueron electos por las mayorías de los votantes del pueblo soberano. Que las decisiones judiciales estén sujetas al escrutinio del pueblo soberano y no de intereses económicos extranjeros o nacionales o sometidos a otro poder ya sea ejecutivo o legislativo o a ambos. Que la función de control de la constitución recaer en los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los jueces federales electos por la mayoría del pueblo, cuyos intereses no deberían ser contrarios a los intereses de este como lo establece el artículo 39 de la constitución.

Sin embargo, la reforma judicial mexicana y la elección judicial del 1 de junio de 2025 suscitan alarmas desde la perspectiva del constitucionalismo moderno. Uno de los principales riesgos, a todas luces visible, es que esta reforma como lo alerta Luigi Ferrajoli, entre otros, no se trata meramente de un ajuste institucional que podría mejorar el funcionamiento del PJ, sino que se trate de un acto que, dadas las circunstancias de un partido mayoritario gobernante en México, se termine

1 Ferrajoli, Luigi: La reforma judicial mexicana. Cómo se destruye el estado de derecho, en Jueces para la democracia, n.º 113, 2025. p. 104.

por diluir el principio de separación de poderes y una violación del estado de derecho. Ya que la reforma judicial como Ferrajoli señala es producto de una mezcla de voluntad de involución autoritaria y de incomprensión de la complejidad institucional de la democracia.

De esta forma, la reforma judicial mexicana incurre en una regresión sistémica al postular la primacía absoluta de la legitimación política (basada en el principio de mayoría electoral) sobre la legitimación jurídica y cognoscitiva (basada en el respeto a la Constitución y la ley), ya que al supeditar la integración del Poder judicial a la voluntad de la mayoría política, puede someter su independencia, negando la independencia de los poderes como principio fundamental del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Esto trae como consecuencia que al sujetar a los jueces y, sobre todo, a los jueces constitucionales al poder político mayoritario, se desarticula el sistema de pesos y contrapesos (*checks and balance*), convirtiendo la impartición de justicia en una herramienta de voluntad partidista dominante.

Con la reforma judicial en México, se terminó por consolidar la preminencia de la mayoría partidista política con la concentración de todos los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, en manos de la mayoría gobernante, bajo el argumento de la democratización del poder judicial y de que el pueblo soberano es quien al final decide quien ocupará el cargo de juez, magistrado o ministro. Con ello, lejos de fortalecer, debilita la democracia con prácticas nocivas antes descritas que inciden en vulnerar la secrecía y libertad del voto popular, además de disolver la independencia judicial y la separación de poderes, como sistema de equilibrio del poder público, planteado desde el nacimiento del estado constitucional contemporáneo en el siglo XVIII.

El impacto de la reforma alcanza al funcionamiento del tribunal constitucional, ya que, al debilitarse la independencia judicial, también se disuelven las garantías de los derechos humanos y del control del poder autoritario a los mandatos de la Constitución y no únicamente al de las mayorías políticas dominantes. El propio diseño constitucional de crear un Tribunal de Disciplina Judicial con facultades de sancionar a los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los jueces federales actuando como Tribunal Constitucional, cuando consideren que sus resoluciones son contrarias al interés de la Nación, limita o al menos inhibe la independencia con la que deberían actuar los jueces constitucionales.

La democracia no sólo se trata de la conquista del voto de las mayorías en elecciones libres que aseguren la voluntad popular mediante el voto libre, secreto y directo, entendida como democracia formal en su dimensión política que vincula la las funciones del gobierno a esas mayorías del pueblo soberano, sino que además se trata de una democracia sustancial que independientemente de la voluntad política de las mayorías se respeten los principios mismos del estado constitucional impidiendo que las mayorías realicen actos contrarios a la Constitución y a los derechos humanos de todas las personas, incluidas las minorías.

3. El nuevo proceso de elección popular y sus mecanismos de contención

El artículo 96 de la CPEUM establece que los Ministros de la SCJN, magistrados del Tribunal Electoral, magistrados del Tribunal de Disciplina Judicial, magistrados de los Tribunales colegiados de circuito y los jueces de distrito serán elegidos de manera «libre, directa y secreta por la ciudadanía» durante las elecciones federales ordinarias. El proceso de postulación se articula a través de una colaboración tripartita entre los Poderes de la Unión:

- **Postulación de la SCJN, TEPJF y TDJ:** El Poder Ejecutivo (a través del presidente), el poder legislativo (la Cámara de Diputados y el Senado) y el poder judicial (el Pleno de la SCJN) postularán un número de candidaturas para cada cargo.
- **Postulación de magistrados de circuito y jueces de distrito:** En este caso, la elección se realiza por circuito judicial, y cada poder de la Unión postulará hasta dos personas para cada cargo.

Para asegurar la idoneidad de los candidatos, cada poder conformará un Comité de Evaluación de cinco personas «reconocidas en la actividad jurídica». Estos comités evaluarán el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales, y seleccionarán a los aspirantes mejor evaluados por su honestidad, buena fama pública, competencia y antecedentes profesionales. Una vez depura-

dos los listados mediante insaculación pública y asegurando la paridad de género, se remiten al Senado para que los envíe al Instituto Nacional Electoral (INE), el cual se encargará de organizar el proceso electivo. Una de las medidas más notables para prevenir la politización es la prohibición explícita de la financiación pública o privada para las campañas de los candidatos judiciales. Además, los partidos políticos y los servidores públicos tienen prohibido realizar actos de proselitismo o tomar una posición a favor o en contra de cualquier candidatura.

4. Creación de nuevos órganos autónomos en el Poder Judicial Federal

La reforma introduce en el artículo 94 de la CPEUM² dos nuevos órganos autónomos para reequilibrar la estructura interna del PJF:

- **El Órgano de Administración Judicial (OAJ):** Con independencia técnica y de gestión, se encarga de la administración y la carrera judicial, incluyendo la determinación del número y especialización de los tribunales. Su pleno se integra por cinco personas, designadas por el Poder Ejecutivo, el Senado y la SCJN, con un periodo de seis años.
- **El Tribunal de Disciplina Judicial (TDJ):** Es un órgano autónomo, integrado por cinco personas electas popularmente, con un periodo de seis años sin posibilidad de reelección. Su función exclusiva es la disciplina del personal judicial, pudiendo investigar y sancionar faltas administrativas o delictivas, incluyendo a ministros, magistrados y jueces. Las sanciones pueden ir desde una amonestación hasta la destitución, aunque los ministros y magistrados electorales solo pueden ser removidos mediante juicio político.

Esta división de funciones administrativas y disciplinarias, antes concentradas en el Consejo de la Judicatura Federal, es un intento de crear contrapesos internos para evitar la concentración de poder y combatir la corrupción desde una perspectiva estructural. La prohibición de reelección para los miembros del TDJ es una salvaguarda para prevenir la creación de feudos de poder y asegurar su imparcialidad.

5. La constante tensión entre independencia judicial y legitimidad democrática

Las recientes reformas constitucionales al Poder Judicial de la Federación representan un cambio paradigmático en la estructura y el funcionamiento del sistema de justicia en México. La transición de un modelo de designación por parte de los poderes legislativo y ejecutivo a uno de elección popular directa es la modificación más destacada y, al mismo tiempo, la más controvertida. El objetivo declarado es fortalecer la legitimidad democrática y la rendición de cuentas, buscando que los miembros del Poder Judicial respondan directamente a la ciudadanía y no a los intereses de los poderes que antes los designaban. Sin embargo, esta profunda transformación no está exenta de desafíos. La principal tensión radica en el equilibrio entre la independencia judicial, que es fundamental para un Estado de Derecho, y la legitimidad democrática. Mientras la elección popular puede aumentar la percepción de que la justicia proviene del pueblo, también existe el riesgo de que los jueces electos se vean presionados para tomar decisiones basadas en la opinión pública o en las plataformas políticas de quienes los postularon, en lugar de en la estricta aplicación de la ley y la Constitución. Este fenómeno podría llevar a una mayor politización de la justicia, afectando la imparcialidad que se requiere para garantizar la igualdad ante la ley.

En este nuevo modelo constitucional mexicano, donde las mayorías eligen democráticamente a los jueces, implica una competencia política, coordinación entre poderes, negociación con opiniones diversas y consenso, sin lo cual se puede concluir que se trata de la instauración de una «dictadura de la mayoría» en donde se excluiría a la minoría de las decisiones judiciales³.

2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma 15 de octubre de 2025, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

3 ZAKARIA, Fareed. «The rise of Illiberal Democracy». *Foreign Affairs*, Nov/Dec 1997; 76 (6). ABI/INFORM Global. Disponible en: <https://msuweb.montclair.edu/~lebel/fzakariailliberaldemocracy1997.pdf>

La legitimidad de los jueces puede devenir de dos tipos de democracia: La democracia iliberal, en donde se establece una visión colectivista del pueblo y de la mayoría, la cual puede conducir a ordenamientos autocráticos basados en regímenes electorales y la democracia liberal, en donde prima la noción liberal del individuo, cuya independencia debe cultivarse y apreciarse —y la cual requiere del fortalecimiento de instituciones que aseguren la preeminencia de la Constitución y de la ley sobre la voluntad mayoritaria—.

La creación del Tribunal de Disciplina Judicial es un intento de mitigar la corrupción interna y el nepotismo al separar la función de control de la administración judicial. Su diseño, con miembros elegidos popularmente y sin posibilidad de reelección, busca aislar este órgano de las presiones de una carrera de largo plazo y de los posibles feudos de poder. Sin embargo, su eficacia dependerá de su capacidad para operar con independencia, resistiendo la tentación de alinearse con los grupos políticos que facilitaron su elección.

En última instancia, el éxito de la reforma dependerá de cómo se implementen las leyes secundarias y de la madurez del sistema político para respetar la autonomía de los nuevos órganos judiciales. La elección extraordinaria de 2025 será un periodo de observación crítica para evaluar el impacto real de estos cambios en la judicatura mexicana, y para determinar si este nuevo modelo logra la prometida democratización de la justicia sin sacrificar su independencia.

Conclusiones

La reforma de 2024 al Poder Judicial de la Federación introduce un experimento democrático de gran envergadura. El objetivo de fortalecer la legitimidad y la confianza ciudadana en la justicia es loable, pero como se advierte el método de elección popular introduce riesgos de politización que podrían socavar la independencia judicial, un pilar fundamental del Estado de Derecho. El diseño institucional de los nuevos órganos, como el Tribunal de Disciplina Judicial y el Órgano de Administración Judicial, busca mitigar estos riesgos mediante la creación de contrapesos internos y una especialización de funciones. Sin embargo, la efectividad de estos mecanismos dependerá en gran medida de las leyes secundarias y de la madurez del sistema político para respetar la autonomía de los juzgadores.

La elección judicial es un hito histórico y una prueba de fuego para este nuevo modelo, determinando si la democratización del poder judicial conduce a una justicia más accesible y confiable, o si, por el contrario, la somete a las vicisitudes del juego político. Por ello, se deben: 1) *Reforzar la legitimidad de origen*, consistente en establecer mecanismos mínimos de participación (por ejemplo, umbrales o segundas vueltas para SCJN) o, al menos, estrategias intensivas de pedagogía cívica y boletas más simples, para reducir el voto delegativo vía acordeones; 2) *Regular con precisión los «acordeones»*, es decir, definir en ley límites, transparencia y trazabilidad de materiales de apoyo; prohibir financiamiento opaco y distribución coordinada en proximidad a casillas; tipificar faltas graves en fiscalización cuando exista inducción masiva; 3) *Blindar la independencia interna*, lo que comprenderá asegurar la gobernanza autónoma del TDJ y del OAJ con integración técnica y márgenes de no injerencia del Ejecutivo/Legislativo; fortalecer carrera judicial y mecanismos de evaluación meritocrática previos a la boleta; 4) *Ajustar umbrales decisivos y presidencia*, es decir, Revisar la duración y selección de la Presidencia de la SCJN, y calibrar mayorías reforzadas para evitar bloqueos duraderos o control faccioso del Pleno; 5) *Monitoreo internacional y evaluación ex post*, con la incorporación de auditorías de integridad por organismos internacionales y evaluaciones independientes sobre desempeño judicial post-elección, para corregir sesgos electorales y efectos no deseados en independencia e imparcialidad.

Esta reflexión permite identificar además que el objetivo angular de esta reforma es consolidar una sociedad plural e intervenir en la reconstrucción de la justicia en México, en otras palabras, una justicia al servicio del pueblo, con independencia y sin sometimiento que atienda las problemáticas que plantea la ciudadanía al Poder Judicial.

LA LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA IGUALDAD DE GÉNERO¹

Prof. Dra. M.ª Inmaculada Sánchez Barrios
Universidad de Salamanca

1. Introducción

La Constitución Española de 1978 (CE) refuerza el principio de igualdad, ya que, además de consagrarlo como uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico español (artículo 1.1), también afirma que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (artículo 14). Además, se otorga un mandato a los poderes públicos para que fomenten las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los individuos y de sus grupos sean reales y efectivas (artículo 9.2). Esto implica eliminar los obstáculos que puedan limitar su desarrollo pleno y facilitar la participación de toda la ciudadanía en las dimensiones política, económica, cultural y social.

Nos vamos a referir en este estudio no únicamente, pero sí de forma especial, a la igualdad de género. Son bastantes los artículos de la CE al respecto, apareciendo también el principio de igualdad con carácter transversal en ellos²: en el art. 23.2, para el acceso en igualdad a funciones y cargos públicos; en el art. 31.1, sobre el sistema tributario justo basado en los principios de igualdad y progresividad; en el art. 32.1, estableciendo la igualdad de mujeres y hombres en el matrimonio; art. 35.1, con el reconocimiento de la no discriminación por razón de sexo en el derecho al trabajo, libre elección de profesión u oficio, en la promoción a través del trabajo y en la remuneración; art. 39.2, con la seguridad de la protección integral de hijas e hijos con igualdad ante la ley con independencia de su filiación; arts. 69.1 y 69.2, estableciendo un sufragio universal, libre, igual, directo y secreto para elegir a los miembros del Congreso de los Diputados y a los miembros

1 Es un motivo de alegría para mí poder contribuir, aunque sea de una forma tan humilde, al merecido homenaje a la profesora Ángela Figueruelo Burrieza en esta importante y voluminosa obra colectiva. Ella ha sido un ejemplo para varias generaciones de profesoras y profesores y juristas, y no solo del Área de Derecho Constitucional, sino de otras muchas, como es mi caso. Son más de tres décadas las que he compartido con nuestra querida Ángela, hemos disfrutado de muchas actividades colaborativas y muy diferentes labores académicas conjuntas, la mayor parte de ellas teniendo como base la igualdad de género y la protección de las mujeres. Espero poder seguir disfrutando de su amistad y de sus conocimientos durante muchos años más.

2 Vid. CERDÁ HERNÁNDEZ, M.ª Rosa (2025), *El personal de administración al servicio de la Universidad Pública en las políticas de igualdad*, Tesis Doctoral, USAL, pp.183 y ss.; LOUSADA AROCHENA, José F. (2022). «Evolución de la igualdad desde la Constitución de 1978: del patriarcado fuerte hacia la igualdad de género». *IQUAL. Revista de Género e Igualdad*, 51, pp.1-27 <http://dx.doi.org/10.6018/igual.498191>.

del Senado; art. 139.1, asegurando la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional; art.140, garantizando el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto para elegir a los concejales de los ayuntamientos; y art.149.1.1.º, estableciendo la competencia estatal exclusiva en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales

La evolución de la legislación no ha sido un proceso irregular, pero lo cierto es que sí se ha ido progresando y poco a poco vamos estando más cerca de la deseada igualdad real y efectiva. Ello lo podemos observar, por ejemplo, en el Código Penal, pues se despenalizó el adulterio, el amancebamiento, o la expedición de anticonceptivos, aspectos donde particularmente se culpabilizaba a las mujeres. También, si observamos la legislación laboral, podemos observar como la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, incorpora el reconocimiento del derecho a la no discriminación por razón de sexo en los derechos laborales, aunque todavía de forma elemental y paulatinamente se ha ido incorporando nueva normativa para no continuar con prácticas discriminatorias anteriores y favorecer la igualdad entre mujeres y hombres.

Y qué decir del Derecho Civil, pues las mujeres fuimos claramente marginadas. El Código Civil de 1889 fue escrito por y para hombres, con una ideología profundamente androcéntrica, propia de la sociedad de la época. Podemos referirnos a supuestos como que la mujer que solicitara la separación matrimonial debía abandonar el domicilio; que la mujer, en cuanto a la vecindad y nacionalidad, debía seguir la condición del marido, debiendo seguirle donde quisiera este fijar su residencia; existía la licencia marital para poder actuar la mujer en la esfera de sus propios derechos; la prohibición de la mujer para ser testigo en un testamento y albacea; la patria potestad sobre los hijos comunes correspondía al padre y, en su defecto, a la madre, quien la perdía si contraía, tras enviudar, segundas nupcias y, en general, se establecía la representación de la mujer por su marido, sin olvidar tampoco que los padres tenían que dar su consentimiento para que pudieran abandonar la casa paterna las hijas mayores de edad pero menores de 25 años³. Afortunadamente todo ello se encuentra superado, aunque ciertamente todavía debemos avanzar en algunos aspectos más sutiles, pero que también conllevan supuestos de claras desigualdades.

La evolución de la sociedad, los importantes cambios legislativos que han operado en las últimas décadas y, también, la doctrina jurisprudencial y su consolidación han sido fundamentales para avanzar considerablemente en el terreno de la igualdad, debiendo destacar igualmente la imprescindible adaptación de nuestro marco legal a las normas europeas tras la incorporación de España a la que entonces era la Comunidad Económica Europea, después llamada, como sabemos, Unión Europea⁴.

La Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género, obligó a que las normas que elaborase el Gobierno fuesen acompañadas de un informe que evaluara su impacto por razón de género, con el objetivo de analizar las consecuencias de las medidas en mujeres y hombres para prevenir discriminaciones y mejorar la eficacia de las políticas públicas. Esta ley modificó la Ley 50/1997, del Gobierno, y sentó las bases para la integración de la perspectiva de género en la elaboración de normas. Tuvo su desarrollo en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo para la detección de sesgos inadvertidos en la aparente neutralidad legislativa.

De importancia capital en este proceso legislativo fue la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuyo objeto es «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relacio-

3 Puede consultarse, con mayor detalle, VIVAS TESÓN, Inmaculada (2024). «La mujer en el Código civil de 1889: la capacidad jurídica negada y las puertas abiertas a la igualdad». *Iura Vasconiae. Revista de Derecho histórico y autonómico de Vasconia*, 21, (<https://doi.org/10.1387/iura.vasconiae.26796>), pp. 125 y ss.

4 España firmó el Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica Europea el 12 de junio de 1985 en Madrid, integrándose efectivamente en la Comunidad Económica el 1 de enero de 1986. *Vid.* Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. Portal de Asuntos Europeos. <https://www.hablamos-deeuropa.es/es/Paginas/home.aspx>

nes similares de afectividad, aun sin convivencia» (artículo 1 de la L.O. 1/2004) e igualmente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que marca expresamente como su objeto *«hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria»* (artículo 1 de la L.O. 3/2007).

No podemos olvidarnos en este breve análisis de la Recomendación 96/694/CE del Consejo, de 2 de diciembre de 1996. Al analizar la transversalidad de la igualdad entre mujeres y hombres como una herramienta dentro de la administración pública, puede identificarse un punto clave en la evolución normativa de la Unión Europea con esta Recomendación, que apareció referida a la participación equilibrada de mujeres y hombres en los procesos de toma de decisiones, y que marcó un hito al integrar cuestiones relacionadas con la igualdad de género que ya estaban presentes en otros marcos normativos⁵. También en aquellos momentos la Comisión aprobó el Cuarto Programa de Acción para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (1996-2000), donde se recogía de manera clara la transversalidad del principio de igualdad.

En nuestro país, a este conjunto de normas, encabezado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de la que ya hemos hablado en numerosas ocasiones, debemos sumar la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que desarrolla a la anterior, completándola de forma importante⁶.

2. La ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

En el preámbulo de esta Ley (Ap. II) se expresa que la misma *«tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas»*⁷. Por lo tanto, la Ley 15/2022 no constituye meramente una norma más en materia de derechos sociales, sino que se configura, primordialmente, como un instrumento normativo de carácter antidiscriminatorio específico. Su finalidad principal es ofrecer una respuesta jurídica adecuada y sistemática a las distintas formas de discriminación, tanto actuales como potenciales, en atención a que los retos vinculados al principio de igualdad evolucionan conforme lo hace la sociedad. En consecuencia, las medidas normativas deberán adaptarse progresivamente para garantizar una tutela efectiva frente a nuevas manifestaciones de discriminación.

La transformación progresiva de la sociedad española exige la articulación de respuestas jurídicas más amplias y eficaces frente a los desafíos emergentes en materia de inclusión social, ejercicio de la ciudadanía y garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales, todo ello bajo el principio de no discriminación. En este contexto, España ha experimentado avances significativos en el reconocimiento legal de todo ello.

5 GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª Ángeles; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2012), «El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de empresas: a propósito de la Iniciativa Europea de 14 de noviembre de 2012». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 20/2.º Semestre 2012, p. 188.

6 Vid. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela (2023). «Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [BOE-A-2022-11589]: Aspectos constitucionales». *Rev. AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 11(1), 154–155. <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/31615>, quien expresa que «con esta norma se incide en el desarrollo amplio del art. 3 de la LOIMH de 2007 y en salvar, en parte, las carencias apreciadas después de quince años de vigencia de la Ley de Igualdad».

7 Vid., más detalladamente, LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (2023). «Una ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres ¿concurencia o necesidad?», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 64, RI §425872. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=425872&popup=

Sin embargo, para que dichos derechos puedan ser efectivamente ejercidos por la totalidad de las personas, con independencia de su situación personal o social, resulta imprescindible dotarse de instrumentos normativos idóneos que aseguren su pleno disfrute. Este proceso de apertura, impulsado paralelamente por el desarrollo económico y social, ha propiciado una creciente diversificación de la ciudadanía, cuya convivencia pacífica y cohesión social deben sustentarse en el respeto a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos fundamentales, principios consagrados en el artículo 10 CE.

En virtud de lo anterior, es pertinente proceder a la consolidación legislativa del principio de igualdad, así como a la incorporación de nuevas garantías para su protección efectiva, siguiendo la línea iniciada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. De este modo, se culmina un ciclo de iniciativas legislativas en esta materia, situando al ordenamiento jurídico español en una posición de referencia entre los países con sistemas normativos más avanzados. La presente norma responde, por tanto, a una necesidad jurídica específica: la creación de un marco normativo integral y eficaz contra toda forma de discriminación, que abarque todos los ámbitos susceptibles de generar desigualdad, conforme a la concepción más avanzada de los derechos humanos⁸.

Asimismo, uno de los objetivos fundamentales de esta ley —como se indica en su Preámbulo— es proceder a una transposición adecuada y completa de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, cuya incorporación al derecho interno fue realizada de forma parcial mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, en un contexto que careció del necesario debate público, participación social y visibilidad institucional. Dicha transposición fue objeto de críticas tanto por parte de la Comisión Europea como por organizaciones de la sociedad civil, especialmente aquellas vinculadas a la defensa de los derechos humanos. En la práctica, se evidenció la insuficiencia e ineficacia de ese marco normativo para hacer frente de manera adecuada a los desafíos actuales en materia de igualdad y no discriminación⁹.

Por todo ello, la Ley 15/2022 no se limita a cumplir con las exigencias de transposición del Derecho de la Unión Europea, sino que adopta un enfoque más ambicioso, al situar la garantía del principio de igualdad y de no discriminación como eje estructural del sistema jurídico español, dotándolo de mecanismos, instituciones y técnicas jurídicas eficaces y alineadas con los estándares más avanzados en la materia a nivel comparado.

Según recoge esta Ley en su propio preámbulo, la misma se fundamenta en el artículo 14 de nuestra Constitución, al igual que, entre otros, en el artículo 9 CE, cuyos contenidos ya hemos dejado referenciados *supra*. La Ley 15/2022 es instrumento de respuesta contra las discriminaciones que puede sufrir una persona desde los muy distintos ámbitos en los que se puedan producir aquellas. Con el objetivo de asegurar una protección efectiva del derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación¹⁰, articula un conjunto de procedimientos que garantizan la tutela integral y la reparación adecuada de las vulneraciones a dicho derecho. A tal efecto, se establece un régimen de infracciones y sanciones dotado de proporcionalidad y razonabilidad, orientado a proporcionar una compensación efectiva a las personas que hayan sido objeto de actos discriminatorios¹¹.

8 Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 89/2024, de 5 de junio (en ella el TC rechazó el recurso de inconstitucionalidad que se planteó contra varios preceptos de la Ley 15/2022, incluyendo su obligación de incorporar la perspectiva de género, ratificando que la perspectiva de género es constitucional y válidos los preceptos que impugnaban diferencias de trato en diversos ámbitos).

9 Vid. CERDÁ HERNÁNDEZ, M.ª Rosa (2025), *El personal de administración al servicio...*, op. cit., pp. 194 y ss.; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (2023). «Una ley integral para la igualdad de trato...», cit.; MONEREO PÉREZ, José Luis, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo (2022) «Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 4, 2022, pp. 11-42; ASQUERINO LAMPARERO, María José, «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», en *Briefs AEDTSS*, disponible en: <https://www.aedtss.com/la-ley-15-2022-de-12-de-julio-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion/#:~:text=>

10 MONEREO PÉREZ, José Luis, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo (2022), «Contribuyendo a garantizar la igualdad...», op. cit.

11 En la STS 808/2024, de 30 de mayo de 2024, el Tribunal Supremo invoca el art. 14 CE (igualdad y no dis-

La Ley 15/2022 presenta un doble objetivo, pues pretende prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación, pero también proteger a las víctimas, garantizando la tutela efectiva de las mismas mediante un enfoque restaurativo, orientado a la reparación integral del daño y alineado con los fines de la prevención general. Y se caracteriza por ser una ley de garantías, una ley general y una ley integral. En primer lugar, se considera ley de garantías por la protección de los derechos reconocidos en el artículo 14 CE¹², como ya se ha apuntado. En segundo término, su carácter de ley general se proclama frente a las leyes sectoriales, pues opera en la protección ante cualquier discriminación y, por último, como ley integral fija el ámbito subjetivo ampliando los supuestos de discriminación que se plantearon en normas anteriores¹³.

La vocación integradora de la norma se proyecta igualmente sobre los distintos ámbitos de la vida política, económica, social y cultural, incluyendo específicamente los sectores del empleo y trabajo, la educación, la sanidad, los servicios sociales, el acceso a bienes y servicios —incluida la vivienda—, la participación política y social, así como los medios de comunicación y la publicidad. A tal efecto, se establecen obligaciones de cumplimiento incondicionado para todas las Administraciones Públicas y, en lo relativo a las relaciones entre particulares, conforme a lo previsto en la propia ley.

La norma parte del principio de que no todo trato desigual constituye, *per se*, un acto discriminatorio, abordando explícitamente los límites del principio de igualdad y evitando que, bajo su invocación, se perpetúen prácticas de discriminación directa o indirecta. Se reconoce que los actos discriminatorios se producen en un contexto de discriminación estructural, vinculado a desigualdades históricas y exclusión sistemática, mantenidas a través de prácticas sociales, estereotipos, prejuicios y creencias profundamente arraigadas.

En este sentido, la ley adopta una perspectiva «omnicomprensiva» frente a todas las formas de discriminación¹⁴, prestando atención especial a aquellas de naturaleza histórica. Asimismo, se prevén mecanismos específicos para afrontar las formas de discriminación múltiple e interseccional, con especial atención al impacto diferencial que estas tienen sobre las mujeres. Igualmente, se otorgan herramientas jurídicas para abordar formas emergentes de discriminación, como la discriminación por edad, en previsión del envejecimiento progresivo de la población.

En cuanto a la estructura de la Ley, de manera muy resumida, podemos indicar que, tras el Título Preliminar, donde establece el objeto de la ley y los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación, incorpora cinco títulos. El Título I contiene dos capítulos, definiendo en el primero de ellos los conceptos jurídicos fundamentales conforme a la doctrina científica y jurisprudencial más avanzada, incluyendo las nociones mencionadas de discriminación múltiple e interseccional y las acciones positivas específicas para combatirlas, en especial en el ámbito de la igualdad de género. Y en el

criminación) y fija doctrina sobre la necesidad de justificación objetiva y razonable cuando se establece un trato diferenciado.

12 «Es una ley de garantías que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen. En este sentido, desarrolla el artículo 14 de la Constitución incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto. Tal y como han acreditado los informes de diversos organismos competentes, el gran problema en esta materia en España no es la regulación de la igualdad y no discriminación, sino la garantía del cumplimiento de las normas que la regulan» (Preámbulo Ley 15/2022, Ap. III).

13 En normas anteriores, tomando como referente el art. 14 CE, e incorporando los seis motivos previstos en el Derecho de la Unión Europea, se recogieron discriminaciones relativas al sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual. Pero con la Ley 15/2022 se incluyen de forma expresa las discriminaciones que hacen referencia a enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica, manteniéndose asimismo una cláusula abierta que permite acoger otros supuestos análogos.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (2024) «Luces y sombras de la discriminación interseccional desde el constitucionalismo», *Cuestiones de Género: de la igualdad y la diferencia*, (19), pp. 370–385. doi: 10.18002/cg.i19.8292.

14 BALLESTER PASTOR, Inmaculada (2023). «La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: secuelas sociolaborales». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64, RI §425873, disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=425873

Capítulo II regula el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en ámbitos como el empleo, la educación, la salud, los servicios sociales, el acceso a bienes y servicios públicos, la vivienda, la seguridad ciudadana y los medios de comunicación. También se incorporan previsiones para prevenir la discriminación en entornos digitales, inteligencia artificial y decisiones automatizadas.

El Título II, referido a la defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, también consta de dos capítulos, estableciéndose en el primero las garantías del derecho a la igualdad de trato, incluyendo medidas tales como declaración de nulidad, cese de la conducta discriminatoria, reparación del daño, prevención e indemnización por daños y perjuicios, especialmente los de índole moral, conforme a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Se reconoce la legitimación activa colectiva a organizaciones defensoras de los derechos humanos y se establecen reglas específicas sobre la carga de la prueba. También se contempla la formación especializada del Ministerio Fiscal en la materia. Y en el Capítulo II se dispone el mandato a los poderes públicos para la promoción del derecho a la igualdad de trato, destacando la dimensión transversal de este principio. Se prevé la elaboración de una Estrategia Estatal en la materia, la colaboración interadministrativa y la obligación de recoger y sistematizar datos para orientar las políticas públicas.

En los tres títulos restantes se regula la tutela institucional, introduciendo la creación de una Autoridad Independiente para la igualdad de trato y la no discriminación, dotada de autonomía funcional, carácter unipersonal y legitimación para velar por el cumplimiento efectivo del marco normativo antidiscriminatorio (Título III); se establece el régimen sancionador, dando cumplimiento a las exigencias derivadas de las Directivas europeas en materia antidiscriminatoria. Esta previsión se amplía más allá del ámbito laboral o de la discapacidad, fortaleciendo las funciones conciliadoras y de mediación de la Autoridad Independiente (Título IV) y se regula la protección integral de las víctimas, estableciendo medidas de información, asistencia jurídica y sanitaria, así como acciones de apoyo psicológico y social orientadas a su recuperación, con especial atención a los casos de agresión a través de redes sociales o tecnologías de la información (Título V).

Finalmente, el texto legal se cierra con un conjunto de disposiciones adicionales y finales que contemplan, entre otros aspectos, los plazos de constitución de la Autoridad Independiente, la reorganización administrativa derivada de la misma, su asistencia jurídica y su régimen de designación. También se incorporan las modificaciones legislativas necesarias para armonizar el ordenamiento jurídico interno con el contenido de la ley y con la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad. De forma destacada, se habilita la adopción de medidas judiciales cautelares para frenar de forma inmediata la difusión de contenidos discriminatorios a través de medios electrónicos y redes informáticas.

3. A modo de breve epílogo

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, se ha configurado como una norma de amplio alcance y naturaleza garantista, que establece un marco jurídico común y mínimo para la protección efectiva del derecho a la igualdad y la proscripción de toda forma de discriminación, siendo muy importante específicamente en materia de igualdad de género. Su finalidad es subsanar las limitaciones de las disposiciones sectoriales preexistentes, las cuales abordaban dicha materia de manera fragmentaria o desde enfoques parciales, para proporcionar así una respuesta normativa integral y transversal.

En un pequeño estudio como es este, obviamente no hemos podido entrar a abordar las múltiples materias que trata esta Ley y menos aún con profundidad, sino solamente aspectos más generales, pero sí queremos, al menos, apuntar también algunas cuestiones que entendemos que deberían mejorarse, como es el caso de que ciertos términos jurídicos del texto adolecen de vaguedad, lo que puede generar inseguridad jurídica (vgr. en la definición de infracciones leves o formales).

Procesalmente, en lo que se refiere a la carga de la prueba —aunque la Ley prevé que, al alegarse discriminación y aportarse indicios fundados, la parte demandada debe justificar objetivamente sus medidas—, algunos autores advierten que en la práctica puede resultar complejo para las víctimas reunir los indicios exigidos. De igual forma, en cuanto a la legitimación, se ha debatido si los mecanismos de representación institucional o asociativa (por ejemplo, la Autoridad Indepen-

diente o las asociaciones de defensa de los derechos humanos) están suficientemente garantizados para actuar en defensa de las víctimas.

Por otro lado, aunque la ley incorpora la «perspectiva de género» y reconoce la necesidad de medidas específicas para mujeres y niñas, no podemos pasar por alto que algunos críticos consideran que la ley no desarrolla suficientemente la interseccionalidad, es decir, cómo se cruzan múltiples motivos de discriminación, opinión que compartimos.

Asimismo, podría cuestionarse la claridad las acciones positivas de esta norma, su diseño, ejecución, supervisión y seguimiento. Quizás esas medidas podrían estar más desarrolladas o detalladas para asegurar su eficacia.

Por último, entendemos como fundamental el que la eficacia de la ley dependerá en gran medida de su implementación: de los recursos materiales y humanos, del conocimiento que tenga la ciudadanía de sus derechos, de la capacidad judicial y administrativa de aplicar la norma, y de mecanismos efectivos de supervisión y sanción. Sin una aplicación real, muchas de sus buenas intenciones podrían no materializarse.

LA INTEGRIDAD EN LA INVESTIGACIÓN: DESAFÍOS Y AVANCES¹

M. Lourdes Santos Pérez²

Nelcy Yoly Valencia Olivero³

Resumen: La integridad en la investigación constituye la piedra angular de una práctica científica responsable, fundamental para generar conocimiento fiable y mantener la confianza pública en la ciencia. Este artículo explora los factores que influyen en la promoción e implementación de la integridad en la investigación, operando a nivel de los investigadores individuales, las organizaciones de investigación y financiación, y el sistema científico en su conjunto. A pesar de la creciente atención y la proliferación de directrices, la falta de mecanismos de aplicación sólidos y una cultura centrada en la cantidad en lugar de la calidad de las publicaciones siguen siendo desafíos importantes. Se detallan las diversas manifestaciones de la mala conducta en la investigación, desde la fabricación de datos hasta los problemas de autoría, y se analiza la necesidad de un enfoque coordinado y multifacético para fortalecer la integridad, que incluya una formación ética rigurosa, políticas claras y una evaluación de la investigación que priorice la calidad.

1. Introducción

La capacidad de la ciencia para avanzar en nuestra comprensión del mundo, respaldar intervenciones para mejorar la salud y el bienestar, contribuir al desarrollo económico e informar la formulación de políticas depende fundamentalmente de la fiabilidad del conocimiento científico. En las últimas décadas, la preocupación por la integridad de la investigación científica se ha vuelto cada vez más común, impulsada por la revelación de una prevalencia significativa de malas prácticas graves como la falsificación, la fabricación y el plagio. De hecho, se ha observado un aumento en las retractaciones de artículos debido a la mala conducta en la investigación, junto con la aparición de otras prácticas perjudiciales como la autoría fantasma y de regalo, la ciencia producida por «fábricas de papel» y la manipulación de citas. Promover y salvaguardar la integridad de la investigación se considera una responsabilidad y un esfuerzo conjuntos de múltiples partes interesadas dentro de la comunidad científica. Este análisis busca proporcionar una comprensión integral de los factores que influyen positiva o negativamente en la promoción y aplicación de la integridad en la investigación, identificando los desafíos persistentes y deli-

1 Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación *INconRES: Incertidumbre, confianza y responsabilidad. Claves ético-epistemológicas de las nuevas dinámicas sociales en la era digital (PID2020-117219GB-I00)*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el marco del Plan Estatal de I+D+i (01/09/2021-31/08/2025), y dirigido por Concha Roldán y Astrid Wagner. Más información: <https://listas.csic.es/www/info/inconres>.

2 Universidad de Salamanca, España. lula@usal.es

3 Universidad Internacional de La Rioja, España. Grupo de investigación Inclusión socioeducativa e intercultural, Sociedad y Medios (SIMI). nelcyoly.valencia@unir.net

neando estrategias prometedoras para fomentar una cultura científica de mayor responsabilidad y confianza⁴.

2. El concepto y la importancia de la integridad en la investigación⁵

La integridad en la investigación (IR) se refiere a la adhesión a estándares profesionales y responsabilidades establecidas por las organizaciones de investigación y la comunidad científica. Es un concepto distinto, aunque conectado y a menudo superpuesto, con la ética de la investigación (ER), que se enfoca en la aplicación de principios y valores éticos a la investigación, como los relacionados con la experimentación humana y animal. La Conducta Responsable en la Investigación (RCR) abarca, a su vez, ambos aspectos y es fundamental para la autenticidad científica. La IR es crucial para garantizar que los resultados de la investigación sean precisos, completos y valiosos, lo que en última instancia impacta en la salud y el bienestar de la sociedad. La voluntad de los investigadores de adherirse a los estándares de integridad y la capacidad de las instituciones para hacerlos cumplir son elementos esenciales para mantener la confianza en la empresa científica.

3. Factores que influyen en la promoción de la integridad en la investigación⁶

La promoción y aplicación de la integridad en la investigación están influenciadas por una intrincada red de factores que actúan en tres niveles interconectados: el investigador individual, las organizaciones de investigación y financiación, y el sistema científico global.

A nivel del investigador individual, la influencia de supervisores y mentores es un factor crítico. Los modelos que seguir positivos pueden moldear el comportamiento ético de los jóvenes investigadores mediante el establecimiento de ejemplos adecuados y la provisión de orientación. La voluntad de los investigadores de revelar conflictos de interés y reportar mala conducta también es vital. La experiencia en investigación y la educación en integridad aumentan el conocimiento y la conciencia sobre las buenas y malas prácticas, y la importancia de la integridad. Sin embargo, la posición precaria de los investigadores jóvenes, los incentivos perversos (como el enfoque en la cantidad de publicaciones sobre la calidad) y la presión competitiva pueden llevar a la adopción de atajos o comportamientos deshonestos.

En el nivel organizacional, el clima y la cultura de investigación son determinantes. Un entorno que fomenta la integridad, la transparencia, la colaboración y una gestión adecuada de los casos de mala conducta puede influir positivamente en el comportamiento de los investigadores. La existencia de políticas, estructuras y procesos de integridad claros, como códigos de conducta y organismos administrativos para manejar casos de mala conducta, es un factor promotor clave.

4 ARMOND, A. C. V. et al., «Research Integrity definitions and challenges», en *Journal of Clinical Epidemiology*, 171, 2024; HORNER, J. y MINIFIE, F.D., «Research Ethics III: Publication Practices and Authorship, Conflicts of Interest, and Research Misconduct», en *Journal of Speech, Language, and Hearing Research*, 54(Suppl.), 2011, pp. S346-S362; NGUYEN L.T. y TUAMSUK, K., «Unveiling scientific integrity in scholarly publications: a bibliometric approach», en *International Journal for Educational Integrity*, 20:16, 2024, pp. 1-16; TANG, G., «Mapping nine decades of research integrity studies (1935-2024): A scientometric analysis», en *Accountability in Research*, 1-36, 2025.

5 ROJE R. et al., «Factors influencing the promotion and implementation of research integrity in research performing and research funding organizations: A scoping review», en *Accountability in Research*, 30:8, 2023, págs. 633-671; STENECK, N. H., «Fostering integrity in research: definitions, current knowledge, and future decisions», en *Science and Engineering Ethics* 12 (1), 2006, págs. 53-74.

6 ARMOND, A. C. V. et al., «A scoping review of the literature featuring research ethics and research integrity cases», en *BMC Medical Ethics*, 22(1), 2021; BOUTER, L. M., «Commentary: Perverse Incentives of Rotten Apples?», en *Accountability in Research*, 22(3), 2015, págs. 149-161; HORNER, J., & MINIFIE, F. D., «Research Ethics I: Responsible Conduct of Research (RCR) -Historical and Contemporary Issues Pertaining to Human and Animal Experimentation», en *Journal of Speech, Language, and Hearing Research*, 54 (Suppl.), 2011, págs. 303-329; MARTINSON, B. et al., «Scientists behaving badly», en *Nature*, 435 (7043), 2005, págs. 737-738; NASEM (National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine), *Fostering Integrity in Research*, National Academies Press, Washington, DC, 2017; OLESEN, A. P., et al., *Exploring the Organizational Context of Research Misconduct in Higher Learning Institutions in Malaysia*. Developing World Bioethics, 2019.

Las organizaciones también tienen la responsabilidad de establecer y organizar programas de educación y capacitación en integridad de la investigación, adaptados a las necesidades de diferentes grupos de investigadores. Para las organizaciones de financiación, el énfasis en la integridad de la investigación como criterio de evaluación y financiación es fundamental para garantizar una mayor adhesión a los estándares de integridad.

A nivel del sistema científico, la cultura de investigación global desempeña un papel significativo. La promoción de la integridad implica un cambio en las métricas de evaluación de la investigación, priorizando la calidad sobre la cantidad y reduciendo la hiper-competitividad. La armonización de las definiciones y políticas de integridad entre países y disciplinas es un aspecto crucial para facilitar el comportamiento responsable. Las revistas científicas y los editores también contribuyen a la integridad al tener políticas claras sobre la mala conducta, publicar resultados negativos y fomentar prácticas de ciencia abierta como el pre-registro y el intercambio de datos.

4. Desafíos y fallas en la implementación de la integridad en la investigación⁷

A pesar del reconocimiento generalizado de la importancia de la integridad en la investigación y la existencia de numerosas directrices, la implementación efectiva enfrenta desafíos sustanciales, lo que a menudo lleva a aspiraciones no realizadas.

Una de las principales fallas radica en la prevalencia de la mala conducta en diversas formas. La fabricación, falsificación y el plagio son violaciones consistentemente reportadas. Además, prácticas como la autoría inapropiada (autoría de regalo y fantasma) y la duplicación de publicaciones son comunes. La proliferación de revistas depredadoras y la manipulación de citas también socavan la integridad del registro científico. Los datos sugieren que, si bien la mala conducta intencional puede ser relativamente rara, las prácticas de investigación cuestionables son más frecuentes y a menudo no se abordan con la seriedad adecuada.

Las políticas de integridad existentes a menudo actúan como una «cortina de humo», proclamando valores éticos sin una implementación efectiva. Esto se debe, en gran parte, a la fragmentación de los marcos regulatorios y la falta de estándares claros y específicos sobre qué constituye mala conducta, cómo debe investigarse y qué sanciones deben aplicarse. La ausencia de directrices obligatorias para la capacitación y la protección de los denunciantes, así como la falta de claridad en las funciones y responsabilidades de las instituciones y las agencias de financiación, exacerban el problema. Esta ambigüedad permite que los estándares de integridad varíen ampliamente entre instituciones e incluso dentro de los departamentos, lo que resulta en inconsistencias y desigualdades en el tratamiento de los investigadores que cometen faltas.

La cultura de «publicar o perecer» y la excesiva dependencia de métricas cuantitativas, como el factor de impacto y el número de publicaciones, ejercen una presión inmensa sobre los investigadores, incentivando prácticas perjudiciales. Esta presión es una de las principales razones percibidas por los investigadores para infringir las normas. Además, los conflictos de interés, tanto financieros como no financieros, siguen siendo una fuente persistente de sesgos y mala conducta, a menudo no declarados debido a los beneficios percibidos o la falta de conciencia.

El caso de España sirve como un ejemplo ilustrativo de estos desafíos⁸. A pesar de que la legislación y las políticas institucionales españolas enfatizan valores éticos como la calidad, la transparencia, la responsabilidad y la rendición de cuentas, estos principios no se traducen en la práctica. La fragmentación regulatoria, la naturaleza meramente consultiva de los comités éticos y la falta de un aumento presupuestario para la integridad en la investigación limitan la capacidad del sistema para hacer frente a la mala conducta. La opacidad en las investigaciones de malas prácticas es la norma, y la falta de consecuencias significativas reduce el efecto disuasorio de las regulaciones.

7 BOUTER, L. M. et. al., «Ranking Major and Minor Research Misbehaviors: Results from a Survey among Participants of Four World Conferences on Research Integrity», en *Research Integrity and Peer Review*, 1, 2016; ROJE R. et al., «Factors influencing the promotion and implementation of research integrity in research performing and research funding organizations: A scoping review», en *Accountability in Research*, 30:8, 2023, págs. 633-671.

8 DE MELO-MARTÍN, I., «Research integrity in Spain: Great expectations, mediocre results», en *Accountability in Research*, 2025.

5. Estrategias para fomentar la integridad en la investigación⁹

Para revertir la situación actual y fortalecer la integridad en la investigación, se requiere un esfuerzo coordinado y multifacético que involucre a todas las partes interesadas del ecosistema científico.

En primer lugar, es imperativo establecer directrices claras, completas y armonizadas que definan la mala conducta y las prácticas responsables, y que incluyan procedimientos transparentes para la investigación y la imposición de sanciones. La implementación de sanciones palpables y proporcionales a la gravedad de las faltas es crucial para disuadir la mala conducta. La adopción de un enfoque de «pirámide de sanciones», con niveles crecientes de penalización, podría ser apropiada.

Una estrategia fundamental es la creación de organismos de supervisión independientes, como una Oficina Nacional de Integridad en la Investigación (similar a la ORI de EE. UU.), dotados de la autoridad para desarrollar y hacer cumplir regulaciones, evaluar políticas institucionales y proponer sanciones. Estos organismos deberían ser un depósito de información sobre casos de mala conducta, publicando informes anuales anonimizados para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas. Además, es esencial que se establezcan mecanismos robustos para la protección de los denunciantes.

La educación y la formación en integridad de la investigación deben ser obligatorias, adaptadas y continuas a lo largo de toda la carrera del investigador, incluyendo a estudiantes de posgrado, postdoctorados y profesores. Esta formación debe ir más allá de la participación pasiva, incorporando actividades atractivas como escenarios de juego de roles y estrategias de razonamiento metacognitivo, y adaptándose a las necesidades específicas de las disciplinas y métodos de investigación. Un enfoque basado en virtudes, que enfatice el carácter y los valores personales, también podría contribuir a una mayor adherencia a los estándares de integridad.

Para contrarrestar la presión por la productividad, es vital un cambio en el sistema de evaluación de la investigación. Esto implica alejarse de una dependencia excesiva de métricas cuantitativas únicas (como el factor de impacto y el número de publicaciones) hacia una evaluación más holística y cualitativa que valore la calidad científica, las prácticas de ciencia abierta y otras contribuciones académicas. Iniciativas como la Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación (DORA) y la Coalición para el Avance de la Evaluación de la Investigación (CoARA) proporcionan un marco para estos cambios.

La transparencia en la autoría es otro punto crítico. Se debería exigir a todas las publicaciones la inclusión de declaraciones de contribución que detallen la labor de cada autor, haciendo clara la responsabilidad de cada uno y eliminando la ambigüedad de las listas de autores tradicionales. De manera similar, la declaración exhaustiva de todos los conflictos de interés, financieros y no financieros, sin límites de tiempo, es esencial para la credibilidad de la investigación.

Finalmente, la obligatoriedad del registro de ensayos clínicos y la publicación completa de sus resultados, incluyendo los negativos, es crucial para abordar el sesgo de publicación y asegurar la integridad de la investigación. Fomentar una cultura de investigación abierta donde los errores sean vistos como oportunidades para aprender, en lugar de ser ocultados, es un objetivo fundamental para la comunidad científica.

6. Coda

La integridad en la investigación es un pilar indispensable para la credibilidad y el beneficio social de la ciencia. Aunque ha habido un aumento en la conciencia y la formulación de políticas que promueven el conducto responsable de la investigación, la implementación efectiva de estas

9 MOHER, D., *et al.*, «The Hong Kong Principles for Assessing Researchers: Fostering Research Integrity», en *PLOS Biology*, 18(7) 2020; ROJE R. *et al.*, «Factors influencing the promotion and implementation of research integrity in research performing and research funding organizations: A scoping review», en *Accountability in Research*, 30:8, 2023, págs. 633-671; DE MELO-MARTÍN, I., «Research integrity in Spain: Great expectations, mediocre results», en *Accountability in Research*, 2025; SHAW, D.M. y ERREN, T.C., «Ten Simple Rules for Protecting Research Integrity», en *PLoS Comput Biol*, 11(10), 2015.

normativas sigue siendo un desafío considerable. Los problemas persisten debido a la fragmentación regulatoria, la insuficiente aplicación de sanciones, la falta de recursos, y una cultura académica que a menudo prioriza la cantidad de publicaciones sobre su calidad.

Para asegurar la confianza pública y el avance científico, es imperativo que los esfuerzos se dirijan simultáneamente a nivel individual, organizacional y sistémico. Solo a través de políticas claras y obligatorias, una educación continua y adaptada, mecanismos de supervisión independientes y un cambio cultural hacia la valoración de la calidad y la transparencia, la integridad podrá consolidarse como una práctica intrínseca en todas las etapas de la investigación científica.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD TERRITORIAL, ¿UN PIO DESEO DEL CONSTITUYENTE?

Esther Seijas Villadangos

*Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de León*

«El Derecho tiene como función principal dar respuestas a los problemas sociales»¹. Así concibe la profesora Figueruelo su vocación, su actividad y su magisterio. En su quehacer, ese fin se ha aliado con la herramienta más visible, a la par que compleja, para su implementación: la igualdad. Ese tándem ha sido su *leit motiv* y lo ha desplegado de modo infatigable en sus escritos, en sus lecciones y en su ingente actividad por prodigar allende los mares las virtudes de creer y vivir en un Estado Constitucional de Derecho.

En este merecido tributo a la maestra, a la investigadora, a la persona, a la amiga quiero tomar su testigo y trasladarlo a otro terreno, con otros protagonistas, las autonomías y la posibilidad de sustentar y reforzar en el siglo XXI la vigencia de un principio como es la igualdad territorial. Es sabido que el diseño constitucional del Estado autonómico se ancla en los siguientes principios básicos: unidad, autonomía, igualdad y solidaridad (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4). La unidad es un auténtico principio estructural, mientras que la autonomía es una posibilidad organizativa cuyo ejercicio se relega a la discreción de la voluntad de los sujetos para ello legitimados. La autonomía es el derecho a acceder al autogobierno y a convertirse en Comunidad Autónoma directamente emanado del artículo 2 CE. Como principio organizativo, fundamentado en el artículo 137 CE, la autonomía consiste en la atribución a las Comunidades Autónomas de potestades legislativas y gubernamentales que la configuran como una autonomía política. El ámbito de aplicación de la autonomía se concreta en el propio marco institucional y en el ámbito competencial atribuido.

La contextualización de la igualdad en un marco territorial complejo, generador de diversidad, la transforma en un límite encargado de supervisar sus potenciales excesos y del que, a su vez, pende la continuidad del sistema.

Desde la óptica constitucional, tradicionalmente dos son las manifestaciones con las que cabe comprender la igualdad: la correspondiente a la igualdad formal, definida por razones de operatividad ética, y la conectada a la igualdad real, material o sustantiva, delimitada por razones de operatividad económica.

El principio de igualdad formal se consigna de forma genérica en el artículo 14 de la Constitución española. Su plasmación responde a la clásica definición aristotélica de la justicia, según la cual la igualdad supone tratar de manera igual lo que es igual y de manera diferente lo que es diferente. En consecuencia, el principio de igualdad no implica un tratamiento uniforme, admitiendo la adopción de medidas que comportan tratamientos diferenciados, a modo de ejemplo la Disposición Adicional Primera de la Constitución (SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2; 16/1984, de 6 de febrero, FJ 2 y 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4).

1 FIGUERUELO BURRIEZA, A., Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [BOE-A-2022-11589]: Aspectos constitucionales. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, ISSN-e 2340-5155, Vol. 11, N.º 1, 2023, págs. 154-155.

La dimensión formal de la igualdad, predicada entre Comunidades Autónomas, se sustenta en los siguientes asertos: a) en cuanto a su subordinación al orden constitucional; b) en cuanto a que todos los Estatutos de Autonomía han de ser aprobados por Ley Orgánica de las Cortes Generales; c) en lo que concierne a los principios de su representación en el Senado; d) en cuanto a su legitimación ante el Tribunal Constitucional; e) en cuanto a la prohibición de privilegios. Todos estos atributos se vendrían a condensar en uno solo, consistente en predicar una igual naturaleza jurídica para todas las Comunidades Autónomas, al fundarse la autonomía que las caracteriza en una misma garantía, la del artículo 2 CE, igualdad que sin embargo no puede equipararse a uniformidad (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2). Con esta tesis se contra-argumentaba el Tribunal Constitucional, cuando previamente afirmaba que «carece de base constitucional la pretendida igualdad de derechos de las Comunidades Autónomas». Particularmente, en lo que se refiere al proceso autonómico, «los artículos ... —9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.^a— consagran la igualdad de los individuos y los grupos sociales, pero no la de las Comunidades Autónomas» (*ibidem, ídem*), para agregar que «en realidad, éstas son iguales en cuanto a...», —los referentes formales que hemos citado al comenzar este párrafo—. Esta técnica de la paradoja, a modo teresiano del vivo sin vivir en mí, de la negación de la igualdad de las comunidades autónomas, para de inmediato decir justo lo contrario, que en realidad son iguales, ha tenido profundas consecuencias no solo en el diseño, sino en la vulnerabilidad con que los ciudadanos perciben el Estado autonómico.

La igualdad material o real entre Comunidades Autónomas se centra en el «establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español» (art. 138.1 CE) y se conecta a la solidaridad. Su referente constitucional lo hallaríamos en el art. 139.1 CE al establecer que «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado». Esta igualdad material ha de ser compatible con la pluralidad derivada del principio de autonomía conforme a la cual «es inherente a nuestro sistema constitucional que, como consecuencia del ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias exclusivas o de desarrollo legislativo, los ciudadanos residentes en los distintos territorios autonómicos puedan estar sometidos a regímenes jurídicos diferenciados en las áreas materiales correspondientes a dichas competencias y, consecuentemente, tengan diferentes derechos en esa áreas» (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 13). Por consiguiente, la igualdad de los españoles en el Estado autonómico, lo es de posiciones jurídicas básicas, de modo que los diversos ciudadanos del Estado no se encuentren en una situación sustancialmente diferente entre sí (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2).

Lo que aquí perseguimos es reflexionar sobre la existencia de un principio de «igualdad territorial» (STC 120/2016, de 23 de junio, FJ 7), como un principio sustantivo del Estado autonómico y con un contenido matizadamente diferenciado al principio de igualdad en abstracto. El detonante de esta reflexión ha sido la constitucionalización (con la salvedad del art. 1.1 y 1.3, párrafo segundo) de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, *de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña*, por la STC 137/2025, de 26 de junio, aunque nuestras preocupaciones desbordan este particular para proyectarse en la cotidianeidad de los ciudadanos, unos ciudadanos que se perciben más vulnerables por asociar descentralización a inequidad. ¿Cómo se concibe la igualdad territorial entre autonomías cuándo se exceptúa y singulariza a una de ellas? ¿es sostenible la viabilidad de un principio de igualdad territorial? ¿es necesaria su existencia para la continuidad de un Estado regional?

El Tribunal Constitucional se ha hecho eco del *principio de igualdad territorial* de un modo muy tangencial y en exiguas ocasiones. Media docena de sentencias², que tienen como causa fundamentalmente conflictos positivos de competencias y recursos de inconstitucionalidad con pretensión competencial, y que materialmente se conectan al ámbito sanitario, concretamente al acceso a los medicamentos. Así, desde la literalidad de su recepción en el Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios*, en el que se regula, entre otras cuestiones, la dispensación de los medicamentos de la prestación farmacéutica, concretamente en el título VIII de este texto legal, titulado «De la financiación pública de los medicamentos y productos sanitarios». Este

2 SSTC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 3; 71/2014, de 6 de mayo, FJ 7; 211/2014, de 18 de diciembre, FJ 2; 6/2015, de 22 de enero, FJ 7; 120/2016, de 23 de junio, FJ 7 y 210/2016, de 15 de diciembre, FJ 3.

comienza con el art. 91 que se refiere al «principio de igualdad territorial y procedimiento coordinado». Este precepto se introdujo tempranamente en el art. 93 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, *del Medicamento*, se mantuvo en la Ley 29/2006, de 26 de julio, *de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios* (art. 88), por lo que la igualdad territorial como principio es pareja prácticamente a la andadura del Estado autonómico.

El Alto Tribunal asume la definición del principio de igualdad territorial como un derecho de todos los ciudadanos a obtener un servicio o un bien en igualdad de condiciones, en su jurisprudencia lo concreta sobre medicamentos, (STC 210/2016, de 15 de diciembre, FJ 3) y lo conecta a la aplicación de criterios homogéneos (STC 120/2016, de 23 de junio, FJ 7). Esto es, desde una deriva económica, el principio de igualdad territorial se asocia a «criterios homogéneos en todo el territorio español» (STC 120/2016, de 23 de junio, FJ 7), lo que redundaría en un régimen único para todo el territorio, con naturaleza básica. En clave competencial la materialización del mismo se categoriza como un precepto básico, tendente a la consecución de una uniformidad mínima (STC 6/2015, de 22 de enero, FJ 7). La igualdad territorial mantiene la esencia de su consignación constitucional matriz como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1) y como derecho basilar de todos los españoles (art. 14), para proyectarse en el ámbito material, auspiciado por el art. 9.2 y acotado espacialmente en el art. 139.1 «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado» y competencialmente anclado en el art. 149.1.1, merced a la transversalidad que se puede predicar de la atribución en exclusiva al Estado de «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

Nuestra hipótesis/tesis de partida es que una ley que singularice y privilegie o discrimine a los ciudadanos por su mera conexión a una Comunidad Autónoma, en este caso Cataluña, implicaría la vulneración del principio de igualdad territorial, desde su doble dimensión, formal y material. Así, en un plano formal, el principio de igualdad territorial concebido como la igual subordinación al orden constitucional de todas las Comunidades Autónomas se eximiría para Cataluña en cuanto se justifica y olvida su pulso secesionista, confiriéndole un privilegio negado al resto de autonomías. Por otro lado, una igualdad material o real entre Comunidades Autónomas centrada en el «establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español» (art. 138.1 CE), conectado a la solidaridad, se violentaría en cuanto se valida la malversación de caudales públicos dirigidos a «financiar, sufragar o facilitar la realización» de actos directa o indirectamente vinculados al proceso independentista desarrollado en Cataluña. Dado que los ciudadanos residen en diferentes territorios, el principio de la igualdad territorial se afectaría cuando se atenta a esas condiciones de igualdad proyectables sobre todos los ciudadanos (SSTC 210/2016, de 15 de diciembre, FJ 3; 6/2015, de 22 de enero, FJ 2; 211/2014, de 18 de diciembre, FJ 2 o 71/2014, de 6 de mayo, FJ 7). Esta aceptación del principio de igualdad territorial, fundamentalmente material, se conectaría a otros principios como la solidaridad o su materialización como la lealtad. Por su parte, el principio de solidaridad, configurado como «un factor de equilibrio entre la autonomía de las nacionalidades y regiones y la indisoluble unidad de la nación española» (STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 7), quedaría profundamente vulnerado por una legislación que convalide el quebrantamiento de dicho equilibrio, al reducir a la irrelevancia a las restantes comunidades autónomas, ignoradas por un legislador, entregado al proceso catalanista. Unido a ellos también cabría identificar una afectación del principio de lealtad que opera en nuestro ordenamiento. El principio de lealtad constitucional ya ha sido consolidado jurisprudencialmente (STC 68/1996, de 18 de abril); por el legislador estatal, Ley 6/1997, de 14 de abril, *de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*, y por el estatutario, art. 3.1, Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, *de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, «las relaciones de la Generalitat con el Estado se fundamentan en el principio de la lealtad institucional mutua». El principio de lealtad constitucional ha de presidir las relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas, basal en las relaciones entre las diversas instancias de poder territorial, «constituye un soporte esencial del funcionamiento del Estado autonómico y cuya observancia resulta obligada» (STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 11) y tiene una específica proyección en la materia financiera, tal como se recoge en las normas vigentes que integran el bloque de constitucionalidad en esta materia (STC 109/2011, de 22 de junio, FJ. 5). Desde esta aproximación genérica a dicho principio, conviene recordar que, de acuerdo con la STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 3, el principio de lealtad constitucional requiere que las decisiones tomadas por todos los entes territoriales

—dimensión subjetiva—, y en especial, por el Estado y por las Comunidades Autónomas, tengan como referencia necesaria la satisfacción de los intereses generales —dimensión objetiva— y que, en consecuencia, no se tomen decisiones que puedan menoscabar o perturbar dichos intereses, de modo que esta orientación sea tenida en cuenta, incluso, al gestionar los intereses propios. En suma, la lealtad constitucional debe presidir «las relaciones entre las diversas instancias de poder territorial y constituye un soporte esencial del funcionamiento del Estado autonómico y cuya observancia resulta obligada (STC 239/2002, FJ 11)» (STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 7 o STC 102/2015, de 22 de mayo, FJ. 6). Recordando que «no es suficiente la mera discrepancia política» (STC 67/2023, de 6 de junio, FJ 4), para tachar a una norma de arbitraria o destruir su presunción de constitucionalidad, es preciso refutar esta tesis de partida.

La antítesis viene definida por el Alto Tribunal en la STC 137/2025, de 26 de junio, en particular su FJ 8, de aparente título novelesco: «la alegada quiebra de la igualdad (art. 14 CE)». De su análisis extrapolaremos una síntesis desde la que delimitaremos el sentido contemporáneo de la igualdad territorial como principio en nuestro ordenamiento jurídico, dado que la igualdad toma en esta sentencia un referente que es la situación de una sola Comunidad Autónoma como es Cataluña.

Los elementos esenciales del recordatorio de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art. 14 CE son los siguientes.

Presupuesto de la igualdad territorial. El punto de partida fáctico es la «heterogeneidad y diversidad de las sociedades» (STC 159/2021, de 16 de septiembre, FJ 3), a la que podemos adjetivar como heterogeneidad y diversidad de y entre las comunidades autónomas. Sobre tal sustrato diferenciado, el legislador proyectaría una función social que sería la «consecución de la igualdad real y efectiva» ex arts. 1.1 y 9.2 CE, para lo cual procedería a «diferenciar entre situaciones que pueden considerarse distintas de cara a la consecución de los diversos fines e intereses públicos» (STC 137/2015, de 26 de junio, FJ 8.2.1). Ya no habría, por consiguiente, una igualdad territorial objetiva como punto de partida, sino que su definición vendría marcada por un elemento exógeno y subjetivo, modulable políticamente, como sería la definición y consecución de unos fines públicos, siendo una igualdad de destino o finalidad. La traslación de este presupuesto a la igualdad territorial nos llevaría a reconocer diferencias de hecho entre comunidades autónomas, que podemos cifrar en diferencias culturales, económicas, físico geográficas —fundamentalmente su extensión—, poblacionales o socioculturales, sobre las que se proyectaría el objetivo no solo del legislador, sino ante todo del constituyente, de que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado (art. 139.1 CE) y la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE). A partir de ahí, esos «hechos naturales inmodificables», como los describía Francisco Tomás y Valiente³, de esas diferencias, unas naturales y otras circunstanciales, entre comunidades autónomas se proyecta una concepción de la igualdad como finalidad. Aquí se nos antoja volver a recuperar la tesis clásica de la justicia distributiva, en su acepción aristotélica, consistente en concebir la igualdad como el resultado análogo de situaciones que así lo sean, a la vez que tratarlas situaciones diversas de un modo adecuadamente diferenciado. Una especie de discriminación positiva, *affirmative action*, acorde a la jurisprudencia norteamericana. «El principio obliga más bien a algo que en su formulación legal no aparece suficientemente claro: a que *no se introduzcan desigualdades discriminatorias*, esto es, a que la desigualdad introducida sea razonable en el sentido de ser susceptible de ser razonada y, en una versión más estricta, de serlo con arreglo a determinados juicios de valor»⁴.

Conceputalización de la igualdad territorial. El principio de igualdad territorial desde esta traslación de los fundamentos del Alto Tribunal sería una ficción jurídica que solamente resultaría de su consideración como un objetivo del legislador, tarea en la que el principio de igualdad se concebiría a su vez, como «un límite a la potestad del legislador» (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 5 y 68/1990, de 5 de abril, FJ 5). Con ello se olvidaría el mandato constitucional o quedaría pos-

3 TOMÁS Y VALIENTE, F. «Uniformidad y diversidad en las Comunidades Autónomas, en la legislación estatal y en la doctrina del Tribunal Constitucional», VV. AA., *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 1995, p. 24.

4 DE OTTO, I., «Igualdad», en GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., *Diccionario del sistema político español*, Madrid, Akal, 1984, p. 447.

tergado a un status de «pio deseo». El eslabón sería que la introducción de situaciones desiguales o discriminatorias entre comunidades ha de ser sustentada sobre una justificación objetiva y razonable. Surge aquí el concepto de *igualdad en la ley*, que en nuestra reflexión sería igualdad territorial en la ley. Este aludiría a la obligación del legislador de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho, que pueden o no ser diferentes o proyectar «consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hechos legítimamente diferenciados» (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3).

De este modo se podría discernir una acepción de igualdad y con ello de igualdad territorial desde una faceta negativa y positiva.

No es igualdad, agregamos, *igualdad territorial* y no se ampararía constitucionalmente, la introducción de elementos o factores de diferenciación entre comunidades autónomas «faltos de fundamento racional y por ende arbitrarios» (STC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 5). Adicionalmente, sería contrario a la igualdad territorial cuando esa diferenciación sea innecesaria, esto es «no resulta necesaria para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador» (STC 68/1990, de 5 de abril, FJ 5).

Sí es igualdad, agregamos, *igualdad territorial*, la valoración de situaciones diferentes, de la que se derivase una regulación coherentemente semejante, cuando el nexo entre esa valoración y la correspondiente regulación «sea razonable» (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 14). Igualdad puede ser diversidad, que a su vez no puede equipararse por sí sola a discriminación y, por consiguiente, no contravenga el art. 14 CE. Igualdad es un derecho relacional, que implica necesariamente una comparación, a partir de dos elementos, uno objetivo (la diferencia de trato y los actos en que se materializa) y otro subjetivo (la identificación de las personas, grupos o categorías a los que ha afectado esa diferencia de trato). La igualdad se valora *a posteriori*. Es decir, solo el trascurso de un tiempo permite enjuiciar la razonabilidad de la diferencia de trato (STC 88/2004, de 5 de junio, FJ 7 c).

El parámetro de la igualdad, también de la igualdad territorial, se remite al art. 14 CE. En él el Alto Tribunal distingue tres niveles de legitimación constitucional de la igualdad, con sus respectivos requisitos. El primer nivel sería el de la «cláusula general de igualdad», correspondiente al primer inciso del artículo «los españoles son iguales ante la ley», y que podríamos reformular en las comunidades autónomas son iguales ante la Constitución. De esta cláusula general se podrían derivar consecuencias jurídicas diferenciadas para una comunidad autónoma o para un grupo de comunidades autónomas a partir de «una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados» (STC 137/2025, de 26 de junio, FJ 8.2.2.a). Esas consecuencias jurídicas diferenciadas deberían someterse a un doble test, el teleológico, vinculado a la finalidad y a los efectos generales que generen, y el causativo, referido al móvil o germen que las motiva. Un segundo nivel, es lo que se identifica como «cláusula específica de la igualdad», referida al segundo inciso del art. 14 CE «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión», y que en el caso de la igualdad territorial podríamos referir a que «las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales» (art. 138.2 CE). Aquí habría que aplicar un juicio de proporcionalidad estricto y con mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (STC 137/2025, de 26 de junio, FJ 8.2.2.c. i). Finalmente, un tercer nivel se referiría a ese «espacio abierto» *in fine* en el art. 14, «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», donde el juicio de legitimidad constitucional delimitaría una «cláusula de lo constitucionalmente abierto», que quedaría identificada por el margen general de libre configuración que la Constitución otorga al legislador democrático. Para este tercer nivel de potenciales elementos discriminatorios entre comunidades autónomas el Tribunal únicamente exige laxamente «una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida», conforme a la cual un criterio cuantitativo descrito como lo «manifiestamente excesivo o desmedido», (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3) que se equipararía a arbitrario o irracional, sería el límite infranqueable para declarar que estamos ante una situación discriminatoria o antiigualitaria.

Sobre estas mimbres se construiría una fundamentación del principio de igualdad territorial. El mensaje es que no cabe, por discriminatoria, la introducción de diferencias irracionales o arbitrarias entre ciudadanos conectadas exclusivamente a su pertenencia a una comunidad autónoma.

Un sinónimo de este principio de igualdad territorial es equidad. Si hasta ahora nos hemos movido en la esfera de la abstracción constitucional, estas últimas líneas vamos a aterrizar nuestra nave en la cotidianeidad de la vida de los ciudadanos, en nuestra vida. Cuando sostenemos la necesidad de una aplicación rigurosa de la igualdad territorial, estamos pensando en la sanidad, en la educación, en los servicios sociales, esto es, en las personas. Así, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud en su preámbulo nos ofrece una definición de equidad, como desarrollo del principio constitucional de la igualdad, que garantiza el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva *en todo el territorio* y posibilita la libre circulación de todos los ciudadanos, señalándose como objetivo de su regulación (art. 1). Las legítimas diferencias entre comunidades autónomas sí se convierten en inequidad cuando hablamos de listas de espera, esperanza de vida, dotación de alta tecnología en las prestaciones sanitarias o dotación de medios personales y materiales en las escuelas. Hablaremos de disimetrías dado que su existencia distorsiona anómalamente desde un velo de autonomía política, hasta el punto de su negación, el principio de equidad que define el contenido esencial de esos derechos fundamentales. Es por ello, por la ineludible conexión de la argumentación y el razonamiento constitucional a la cotidianeidad de los ciudadanos, a su vulnerabilidad, por lo que abogamos por la necesidad de introducir con rigor el parámetro del principio de igualdad territorial que expulsaría del ordenamiento diferencias discriminatorias arbitrarias conectadas a vivir en una comunidad autónoma u otra. La igualdad territorial es compatible con la diferencia y la autonomía política, pero es incompatible con la dignidad.

Mi reflexión es un humilde tributo a Ángela. A veces, nos hemos lamentado porque nuestro encuentro ha sido seruendo, pero nunca es tarde si la dicha es buena. En Ángela he encontrado una maestra, un referente académico, pero sobre todo un ser humano cuya personalidad te atrapa, dispensando un acogedor manto de afabilidad, cariño y estima, un arrullo al que siempre se puede acudir. Estamos ante una leal amistad, a la que este modesto tributo solo aspira a forjar y consolidar. Gracias Ángela.

LA PARIDAD EN EL PODER

Julia Sevilla Merino

*Profesora honorífica
Derecho Constitucional
Universidad de Valencia*

1. A modo de Introducción

A mí la igualdad me viene de origen. En casa de mis padres hijas e hijos teníamos que estudiar para ser capaces de «ser» por cuenta propia. Luego estaba el exterior social y jurídico, y te encontrabas con un Derecho Penal en el que no era lo mismo el adulterio masculino y femenino, por poner un ejemplo, o que algunas de las profesiones a las que da acceso la carrera de Derecho, como la judicatura, estaban vetadas por ser mujer. Y aunque se eliminó el veto legal el social ha tardado más y aún no está eliminado del todo porque parodiando a Calderón «la honra es cosa del alma y el alma solo es de Dios». Porque el sexo es la primera y básica diferencia que divide la humanidad y que proyecta sus efectos, en mayor o menor medida, sobre el resto de las otras diferencias ¿o las llamaremos por su nombre: «discriminaciones»? existentes en la sociedad. También es una diferencia arbitraria pero que se mantiene a través del tiempo y porque se considera «natural y lógico» (no se sabe muy bien donde está el fundamento) y así se ha confirmado en cualquier normativa o costumbre que surja a lo largo de la Historia. También es cierto que restos prehistóricos apuntan a otro tipo de organizaciones sociales pero la narrativa confirmada por las reglas que han regido las sociedades confirma la masculinidad del poder.

Pero ¿cuál es la correspondencia entre el significado de una palabra y la aplicación práctica de la misma? Y ahí está la realidad que nace en ese proceso humano de conversión de una idea en su paso a la cotidianidad regida por la titularidad práctica del poder y que interpreta que «cratos» es el pueblo masculino y libre: ni mujeres, ni niños, ni esclavos que sí eran sujetos pasivos de la norma. De una forma u otra esta división natural se convierte en una diferencia política que ha permanecido ajena a las importantes transformaciones sociales de la Historia (ninguna transformación química la ha superado) en las que esa palabra griega: democracia ha intentado llevarse a la práctica a través de procesos revolucionarios que no tienen que ser, necesariamente, cruentos.

2. La falsa normalidad de la ausencia

En cualquier imagen del poder que sigue siendo «cosa de hombres» como es público y manifiesto tanto en el derecho de sufragio activo: votar, como en el sufragio pasivo: ser votada. Y el orden de llegada es inverso: primero se aprobó ser votada porque los hombres seguían conservando la decisión de qué mujer puede ocupar un lugar. En esta lucha también ha habido mártires como Olympe de Gouges o Clara Campoamor. Ambas eran «molestas» para el poder constituido y ya sabemos la respuesta de los poderes cuando son absolutos o simplemente son. Olympe se ganó la guillotina no solo por reclamar igualdad de derechos para las mujeres con una «Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana» paralela y formal a la famosa «Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789». Antes ya había osado, como autora teatral, criticar la esclavitud y reclamar los derechos también para los esclavos. Campoamor era una brillante abogada y también lo fue como diputada. Pero creía, y así lo defendió, en la igualdad ¿podría

defenderse la igualdad de derechos junto a la discriminación por razón de sexo? «No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas, ni las creencias religiosas». Un artículo verdaderamente revolucionario, defendido en uno de los debates más significativos de la Segunda República, era su lógica consecuencia ¿hay algo más republicano y revolucionario que la igualdad? Pues ninguna formación política quiso que formara parte de su candidatura en la siguiente consulta electoral cuando, además, su trayectoria personal encarnaba todos los valores republicanos.

Como anécdota el relato cinematográfico de una heroína, Agustina de Aragón, como ejemplo de todas las mujeres que protagonizaron el Dos de mayo y participaron en la Guerra de la Independencia o el relato de las que entraban disfrazadas en los debates de Las Cortes de Cádiz. Completan una realidad que confronta la norma: «A pesar de su excepcional trabajo no obtuvo derechos para el colectivo femenino al ser ella «la excepción»...»¹

Y eso nos llevaría a reflexionar cual es el prototipo de candidata ideal para los partidos políticos y que criterios intervienen en la selección de quienes conforman una candidatura puesto que las mujeres no eran la primera opción, eran invisibles, para quienes manejaban las listas por el poder. Carmen Alborch lo definió, tan elegante como era, la decisión de la cerveza: finalizada la reunión general del partido y cuando las mujeres marchaban a sus casas para atender a las «labores propias de su sexo», los hombres se quedaban tomando una cerveza y en esa charla informal se decidía, por poner un ejemplo, quien iba a ser el candidato en la lista del partido, o a ocupar alguno de los cargos que se iban a elegir en los Parlamentos o se iban a nombrar por el Gobierno...etc. Una mirada que recorriera quienes ocupan los puestos de poder nos mostraría la preferencia, casi exclusiva, hacia los candidatos hombres.

3. El comienzo

Que las mujeres fuesen una presencia simbólica en las Cámaras representativas y casi nula en los Gobiernos demandaba una explicación que nunca se ha dado, aunque si podemos recorrer la historia. En primer lugar, se reconoció el derecho a ser elegida. Los hombres podían decidir quién era la candidata más apta según sus criterios: en los Estados Unidos de América en 1788, en Finlandia 1906 y más tarde también se concedió el derecho al voto. En Europa los países nórdicos fueron los primeros en reconocer a las mujeres el derecho a pertenecer a las Cámaras: Finlandia en 1906, Noruega un año más tarde, 1907, Islandia y Dinamarca en 1915. Una vez iniciado el reconocimiento del derecho al sufragio pasivo, las mujeres también fueron adquiriendo el derecho al voto, a elegir quien podría representarlas. Como dato curioso, en Francia (1944) e Italia (1945) las mujeres, que, si habían participado en la guerra defendiendo a su patria, vieron reconocido su derecho a votar.

Y ante esa singularidad de la historia del derecho al voto de las mujeres, que son la mitad de la población, podríamos reflexionar sobre la desigual relación de las mujeres con el poder. Ya es suficientemente criticable cualquier discriminación en un Estado como el nuestro que se define como «social y democrático de derecho» pero la de las mujeres raya el absurdo y la incoherencia. Es, cuando finaliza la II Guerra Mundial con una masacre de dimensiones tan crueles como desconocidas, cuando se pretende reafirmar la Organización, ya creada durante la guerra, Naciones Unidas y cuando se aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10/diciembre/1948)² que impone como «base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». También, y como un reconocimiento a la importancia de la participación de las mujeres durante la guerra tanto en el campo de batalla, en el que sufrían el mismo riesgo que los hombres con la desventaja de que no tenían, aunque de poco valiese, el estatuto de militares, y también su labor

1 Sanchis Vidal, A. «La exclusión de las mujeres del constitucionalismo histórico español. La Constitución de 1978 y la «madres constituyentes». Manual de derecho constitucional español con perspectiva de género». Volumen I, coordinadoras A. Ventura y M. Iglesias. 2020

2 Eleanor Roosevelt fue la presidenta de la Comité de Redacción de la DUDH que contribuyeron al uso del lenguaje inclusivo. También formaban parte de esta Comisión Bodgil Begtrup de Dinamarca, Minerva Bernardino, República Dominicana, Hansa Mehta de la India y Fryderyka Kalinowski de Polonia.

en los Estados asumiendo la gestión ordinaria, la Declaración está redactada en lenguaje inclusivo: art.1, seres humanos, art. 3, individuos, art. 2, persona, art. 4, nadie. Una llamada de atención directa al reconocimiento de las mujeres como sujetos que no fue tenida en cuenta hasta pasado cierto tiempo.

Porque, evidentemente, es difícil renunciar o compartir el poder.

4. La paridad (1)

Es un asunto polémico que, además viene asociado a debates constitucionales en los que se implica la esencia del Estado, la definición del mismo, el derecho a la igualdad, los partidos políticos...podría considerarse una revolución. Y lo es. Al fin y al cabo, las Declaraciones de derechos, como se ha dicho, nacen en y de unas Revoluciones: americana y francesa y se incorporan a las Constituciones como parte indiscutible de las mismas. Sin embargo, como ya afirmara Lucas Verdú «la normación e institucionalización de los aparatos estatales concebidos por la imaginación jurídico política burguesa se hizo sin considerar prácticamente a la otra mitad del género humano»³ Y podríamos aumentar las reflexiones que abundan sobre la relación «poder y mujer» como la de Amelia Valcárcel: «...en la modernidad, contra toda corriente individualista, todas las mujeres son la mujer...» es en el origen y nacimiento del Derecho desde donde hay que partir y son los sujetos constitucionales los que siendo iguales deben construir el edificio constitucional desterrando las consideraciones sociales sobre las diferencias que producen desigualdades: «...de la consideración natural de la desigualdad se llegó a la omisión de los derechos del colectivo mujeres»⁴. O la de una autora que se ganó el sobrenombre «madre de la Europa social»: Elianne Vogel Polsky: Para ella existió un déficit en la construcción del Estado e incide en la consideración del derecho como obra y símbolo de la dominación masculina, señalando como un fallo de la lógica jurídica situar el sexo como una causa más de discriminación junto a los otros motivos basados en la raza, color, religión... «el tratamiento realizado en los textos constitucionales camufla totalmente la definición ontológica de la persona biológica y necesariamente sexuada, hombre y mujer y que además pueden pertenecer a un partido, iglesia, sindicato...Es innegable que todos los motivos de discriminación reconocidos en los textos jurídicos pueden afectar por igual a los hombres o mujeres y que considerar al ser humano como un individuo abstracto asexual y prohibir a continuación las discriminaciones fundadas sobre el sexo, entre otros motivos de discriminación reconocidos en los textos jurídicos que pueden afectar por igual a los hombres y a las mujeres, induce necesariamente a una estrategia de «repescar» a las mujeres para elevarlas a una condición, estatuto y tratamiento igual al hombre modelo implícito de ser humano abstracto»⁵.

Por eso, Naciones Unidas, la Unión Europea, el Consejo de Europa, las Conferencias mundiales sobre la mujer llamaron la atención sobre el déficit que padecen las democracias al no integrar en ellas a las mujeres como corresponsables de las decisiones comunes, reconociendo sus intereses como generales...Y aparece un concepto, la Democracia Paritaria que no es solo un asunto de cuotas, sino de que vaya calando en la sociedad la necesidad de que hombres y mujeres compartan los espacios, lo que se pretendía, es que toda la sociedad funcione a la par.

Y como de costumbre en el camino, que no ha llegado a su final, hemos recorrido algunas etapas. El término «democracia paritaria» que hoy empleamos con soltura surge en una reunión de mujeres en el poder, celebrada en Atenas, lugar simbólico porque en el nace la palabra democracia, es su cuna, para expresar el déficit que para la democracia suponía que el 50 % de la población no participara directamente en los procesos de toma de decisiones. Pero ellos no las echaban de menos. Su preocupación máxima era mantenerse, llegar a la cumbre y «espantar» o deshacerse de los posibles competidores. Y eso dice mucho de cómo corrompe el poder y no me refiero a nivel económico, o al menos no solo, sino de hasta qué punto algo que ha sido una evolución en la teoría

3 LUCAS VERDÚ, P. «La igualdad y la condición femenina», *RPC* n.º 7 81,82.

4 VALCÁRCEL, A. «La política de las mujeres» pg 27, Ed. Catedra, Madrid 1997.

5 VOGEL-POLSKY, E. La démocratie paritaire: vers un Nouveau contrat social, «Construir la igualdad»; *Ministerio de Empleo e da Segurança Social: Cadernos Condição Feminina* n.º 39. Portugal 1993, pg 56 y ss.

del poder, en la práctica puede desarrollar los sentimientos más alejados de los que debiera tener alguien que aspira a representar a la ciudadanía con un proyecto para, desde una ideología concreta, beneficiar la vida de los miembros que van a votar.

Lógicamente las mujeres no eran estatuas de sal, aunque algunos fuesen tentados de intentarlo, y no cesaban en su empeño de compartir la formalización de las decisiones que también les afectaban. La integración en los poderes iba demasiado despacio, se habían incorporado a la Academia y tenían claro que las decisiones que se tomaran también les afectaban. Y así se empieza a hablar de «democracia paritaria» idea que parte del reconocimiento del hecho de que las mujeres constituyen el 50 % de la sociedad, la mitad de las inteligencias y capacidades potenciales de la humanidad por lo que su infrarrepresentación en los puestos de decisión constituye una pérdida para el conjunto de la sociedad. Por el contrario, una participación equilibrada puede generar ideas, valores y comportamientos que benefician al conjunto de la sociedad y por ello se reclama el reparto del poder.

La Declaración de Atenas es un texto que se inicia con cinco apartados que empiezan con un PORQUE la igualdad formal y real entre las mujeres y hombres es un derecho fundamental del ser humano al que siguen cuatro más en los que se destaca que las mujeres somos la mitad de la población...que la democracia exige paridad en la representación y administración de las naciones y se acompaña de una Declaración, una argumentación sobre la igualdad formal y real entre mujeres y hombres como derecho fundamental del ser humano y que su ausencia no permite que la mitad de los intereses estén representados, que son la mitad de las inteligencias... e invitan a todos los poderes a adoptar programas de acción y medidas que permitan asegurar la plena participación de las mujeres en la toma de decisiones en el seno de esos organismos.

El mejor camino para desarrollar este programa es la ley electoral porque basta ver, aquí también, las fotos de una reunión del Parlamento Europeo para comprobar la distancia entre este proyecto de la cumbre de Atenas y la cotidianeidad de la política.

5. El camino hacia la paridad en el Estado español

Anterior en el tiempo a la Declaración de Atenas se habían aprobado algunos textos que abogaban por la igualdad de las mujeres. El Convenio de Roma de 1950 con una prohibición de discriminación similar a la del art. 14 CE, en relación con el texto del Convenio. (Ratificado por España en 1979). El Convenio sobre los derechos políticos de la mujer UN 1952 (ratificado por España en 1973) que prescribía el derecho de las mujeres a ser elegibles para todos los puestos de poder en condiciones de igualdad con los hombres (Ratificado por España en 1977). El Pacto internacional de los derechos civiles y políticos UN 1966 y el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer 1979 (ratificado por España en 1983).

También la Conferencia de Naciones Unidas celebrada en Pekín en 1995 recogió la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de responsabilidades, de los poderes y de los derechos.

Pese a que estos textos hubiesen podido propiciar algún cambio, aunque solo hubiese sido en las mentalidades de quienes abogaban por un gobierno democrático, las listas electorales a la Legislatura Constituyente alumbraron unas Cámaras en las que pareciera no hubiésemos aprendido nada sobre la igualdad y ciudadanía de las mujeres⁶. Y me refiero a que las mujeres militaban en la clandestinidad en los mismos partidos que se legalizaron y concurrieron a las elecciones En la legislatura constituyente de 350 escaños en el Congreso solo 21 (5,71 %) estaban ocupados por diputadas. Y en el Senado solo hubo 6 Senadoras, 4 presentadas por los partidos y 2 de designación real⁷. Y era una legislatura en la que se tendría que haber cuidado la presencia del 50 % de la ciudadanía puesto que se iba a diseñar una norma que podría suponer o no un progreso importante en sus derechos.

6 Una exposición detallada de la actividad de las mujeres en los últimos años del franquismo y la Transición en «las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente». Cortes Generales. Departamento de Publicaciones. 2006. Tb se puede consultar en la Red poniendo el título.

7 En estas elecciones, las primeras de la democracia, se permitió como algo excepcional, que el Rey nombrase 40 miembros del Senado. Solo dos de los nombrados fueron mujeres.

Porque como razona M. Luisa Balaguer: «Desde un punto de vista jurídico la integración de la mujer como sujeto de derechos y obligaciones se produce dejando intocable el sistema jurídico que se había creado en los siglos XVIII y XIX respecto de la creación del sujeto individual frente al Estado...la integración es acrítica e inmutable. Sin embargo, el sistema estaba predeterminado para un individuo de raza blanca y propietario. Esto tiene como consecuencia que la irrupción de una mujer en ese espacio político sea concebida como «ampliación» y no modificación de ese espacio»⁸. Se alarga la mesa, pero no se pierde ninguna de las sillas que ya estaban ocupadas por hombres como sus genuinos titulares.

Una vez aprobada la Constitución se disuelven las Cámaras y se convocan elecciones para votar a quienes iban a formar parte de la I Legislatura (1979-1982). Pese a que aumentó el número de partidos políticos que obtuvieron representación parlamentaria, aún se redujo el cupo de mujeres de la Legislatura constituyente: solo 19 diputadas que representaban un 5,43 % de la Cámara. Una tendencia que prosiguió en la II legislatura, (1982-1986) con mayoría del Partido socialista, en el que el número de diputadas de este grupo pasó de 4 a 14. No existía una pulsión de cambio, en cuanto a la importancia de la presencia de mujeres en un órgano que representaba a la Nación por quienes tenían capacidad de realizarlo, y fue más tarde, en la VIII legislatura (2004-2008) con un Gobierno presidido por J.L. Rodríguez Zapatero y María Teresa Fernández de la Vega ocupando la Vicepresidencia del Gobierno, en la que se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Esta ley consagra en su Disposición Adicional primera la definición de presencia o composición equilibrada: ni más del 60 % de un sexo ni menos del 40 % del otro y en la D.A. Segunda, la Modificación de la Ley orgánica del Régimen Electoral General para que ninguno de los dos sexos tenga más del 60 % del total de la lista ni menos de 40 %. La reforma afecta también a todas las elecciones a las Cámaras legislativas de las Comunidades Autónomas. Aunque algunas Comunidades Autónomas ya habían modificado su legislación en igual sentido que lo hizo la LOREG o, incluso, yendo más allá aprobando lo que se conoce como lista cremallera en la que se alternan los y las candidatas.

El Partido Popular recurrió ante el Tribunal Constitucional las leyes autonómicas y también la reforma de la Ley electoral contenida en la LOI pero la sentencia fue favorable a las reformas consolidándose así el derecho a la representación de las mujeres en los Parlamentos. El proceso está detallado en «Comentarios a la Ley de igualdad» que recoge en su D.A. primera la «Presencia o composición equilibrada» que define «en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el 60 % ni sean menos del 40 %». En el Comentario se detallan los principios de la Declaración de Atenas a los que ya hemos hecho referencia, así como a la Resolución de la UE de 2/12/1996 para que los Estados adopten «una estrategia integrada de conjunto destinada a promover la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisiones y a desarrollar o crear a tal efecto las medidas adecuadas, tales, como en su caso, medidas legislativas y/o reglamentarias, y/o incentivación.»⁹.

En el comentario se recoge la pregunta formulada en el curso de una conferencia sobre el acceso de las mujeres a los procesos de adopción de decisiones políticas en el Instituto de Estudios Internacionales y europeos «Francisco de Vitoria» por la representante del Consejo de Europa: «Por qué las sociedades democráticas europeas, donde las mujeres han conseguido derechos jurídicamente formales, han fracasado en garantizar su participación en la vida política y pública? Quizá, como apunto en el Comentario: «Las razones se resumen en la Plataforma de Acción de Beijing: modelos tradicionales de trabajo en muchos partidos políticos y estructuras de Gobierno, las actitudes y prácticas discriminatorias, responsabilidades familiares y cuidado de los niños, los altos costes de pretender y mantener una actividad pública...». Francia, Portugal, Italia junto a otros Estados trasladaron a su texto constitucional la paridad como prueba de su compromiso con la igualdad de sus ciudadanas. La fórmula más amplia es la de Alemania de todas pues recoge

8 Balaguer, ML «El feminismo del siglo XXI. Del método al movimiento Queer» ed Huso 2021pg. 225

9 Todas las referencias en el comentario a la LOI están tomadas de libro «Comentarios a la LOI» Edición CIS.

Constitución Francesa 1958 (rev. 2008)

Art. 3 ... «La ley favorecerá la igualdad entre mujeres y hombres para acceder a los mandatos electorales y cargos electivos. Art.4...Los partidos y las agrupaciones...contribuirán a la aplicación del principio enunciado en el último apartado del art. 3 de acuerdo con lo dispuesto en la ley».

Constitución portuguesa

Ar. 109 «La participación directa y activa de hombres y mujeres en la vida política es condición e instrumento fundamental del sistema democrático, debiendo la ley promover la igualdad en el ejercicio de los derechos cívicos y políticos y la no discriminación por razón de sexo en el acceso a los cargos públicos».

Constitución alemana

Art.3. 1. Todas las personas son iguales ante la ley. 2.-El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos, El Estado fomentará la realización efectiva de la igualdad entre mujeres y hombres e impulsará la supresión de las desigualdades. 3.-Nadie podrá ser discriminado por razón de sexo, ascendencia, raza, idioma, patria y origen, convicciones religiosas o política. Nadie podrá ser discriminado por razón de un impedimento físico.

Ha pasado algún tiempo desde este impulso que condujo a cambios en la norma fundamental de los Estados al igual que también se aprobaron leyes y se adoptaron medidas para «mejorar» la igualdad de las mujeres, en definitiva, su derecho a ser ciudadanas. Pero y con perdón «la cabra siempre tira al monte» y prueba de ello es lo que ocurrió en Les Corts algo que fue anecdótico pero que refleja la importancia de las leyes.

La anécdota

El resultado de las elecciones autonómicas de 2015 reflejó un nuevo mapa político en Les Corts. En primer lugar, conseguían votos suficientes para tener representación en Les Corts dos partidos políticos que si estaban representados en Las Cortes Generales: Podemos-podem y Ciudadanos. Por otra parte, los partidos Socialista, Compromis y Podemos habían consensuado un preacuerdo, el Pacte del Botànic, que incluía un pacto para formar Gobierno si el resultado electoral lo propiciaba. Se pasaba del bipartidismo Partido Popular-Pspv-Psoe a unas Cortes formadas por cinco partidos.

En cuanto al porcentaje por sexo: 44 mujeres (45,45 %) y 55 hombres (54,45 %) y la proporción por Grupos parlamentarios: Popular: 19 diputados 14 diputadas, Socialista: 12 diputados 11 diputadas, Compromis: 9 diputados 10 diputadas, Ciudadanos 8 diputados 5 diputadas y Podemos-podem 6 diputados 7 diputadas.

Todos los datos son significativos de lo que piensan quienes mandan y deciden sobre quiénes son los mejores candidatos. La Mesa de edad la preside un diputado (el de mayor edad en la Cámara) y las dos secretarías: dos diputadas (las más jóvenes de la Cámara).

Inaugurada formalmente la Legislatura procede la elección de la Mesa, el primer acto que debía plasmar el «Pacte del Botànic», aún quedaba algún fleco por concretar, precisamente cómo se repartían los cargos de Les Corts. Y el resultado de esta primera votación fue la foto de lo que piensan/sienten realmente los partidos políticos: Presidente: Fernando Colomer (Pspv-psoe) con los votos socialistas, de Compromis y Podem (68votos), las Vicepresidencias que se votan conjuntamente (se prima la pluralidad de la Cámara) fueron Font de Mora del GPP y Enri c Morera del GPC. Por último, las Secretarías las ocupaban Emilio Argueso del GP Ciudadanos y Marc Pallarés del GP Podem.

La foto era reveladora. Con todas las leyes aprobadas para impulsar la presencia de mujeres en los Parlamentos, cuando queda un hueco para que los partidos decidan libremente, porque la decisión de quien iba a proponerse para la Mesa la toma cada partido, el resultado es que todas esas formaciones que estaban allí porque las mujeres también las habíamos votado, pensaban que era «un compañero» el más indicado. En las legislaturas anteriores siempre hubo Diputadas en la Mesa de Les Corts ocupando la Presidencia: 1999 Marcela Miró (GPP), y 2007 María Milagrosa Martínez. Las Vicepresidencias 2003, Rosa María Barrieras (GPP) y 2011 Rosa María Barceló (GPS). Las Secretarías: 1999, Carmen Ninet (GPS), 2007 María Fernanda Vidal Causanilles (GPP) y 2011 Angelica Such (GPP) y Carmen Martínez (GPS). ¿Qué había pasado? Una Cámara formada por un

abanico más amplio de partidos que significa más pluralidad ideológica lo que puede ser enriquecedor pensando en la ciudadanía, escenificaba en primer lugar, un retroceso en la igualdad de las mujeres para acceder a los cargos públicos y, lo que ya había sido evidente, la voluntad no basta hace falta una ley para garantizar los derechos.

Obviamente las asociaciones de mujeres reaccionaron, el recién elegido Presidente, Francesc Colomer, lo calificó de «grave error». Se dio la circunstancia de que, aún quedaban «flecós» para cerrar el pacto de legislatura. Y así Carmen Ramírez, diputada de GPS fue elegida para ocupar la VP primera y Enric Morera fue el Presidente.

Pero, en cierto modo, este hecho constataba la tendencia de los partidos políticos a «confiar» en los hombres como puede comprobarse si nos fijamos en quienes son, ahora, los portavoces en el Congreso, quienes ocupan la Presidencia o Secretaría General en los Partidos, la Presidencia de las CCAA. También las Jefaturas de los Estados, en la última reunión hubo tres hombres dando la bienvenida y también fue casi exclusiva la presencia masculina en la reunión y podríamos seguir porque aún es noticia que una mujer acceda a un puesto singular de poder: Rectoras de Universidades, por ejemplo, en la Universidad Literaria de Valencia 500 años...la Presidencia del Consejo del Poder judicial que también lo es del Tribunal Supremo....sugiero un intercambio de datos a quienes lean. ¿Podríamos confeccionar una colección de retratos del poder?

También los hombres protagonizan, casi exclusivamente, la violencia... ¿Puede no ser casual? Poder y violencia ¿son compartimentos separados? No lo pienso.

Esa imagen de la legislatura provocó la reforma del Reglament de Les Corts y de las leyes que regulan las Instituciones de la Generalitat para garantizar la paridad en sus órganos. De todas formas, hay que ser muy fuerte individual y colectivamente, para acceder y vivir en el poder porque no es solo lo que eres y como te estimas, sino que en ambas cosas intervienen elementos que están fuera de tu control y que, en el caso de las mujeres, juegan prejuicios externos que en algo te condicionan.

EL MÉTODO ELECTORAL PARA LA ELECCIÓN DE LOS DIPUTADOS A LAS CORTES O JUNTAS DE LA NACIÓN PREVISTAS EN LOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES DE BAYONA

Jairdilson P. Silva

Universidad de Salamanca / Universidad Internacional de la Rioja

Las arengas del Diputado Francisco Antonio Cea¹ no reflejaban bien la gratitud de un país convulsionado y en guerra contra los invasores franceses. Parece que a España no le salió bien, tras una crisis de sucesión, invitar a un tercero interviniente en los problemas internos, tan poco ha salido bien con la firma del Tratado de Fontainebleau entre Godoy y Napoleón para la invasión y división de Portugal, ni los acercamientos que hacen los reyes Carlos IV y Fernando VII con el emperador de los franceses para dirimir la crisis sucesoria.

Entretanto, los hechos que se suceden son: mientras la España ocupada elabora un Estatuto constitucional en Bayona, la España libre emprende el camino de la elaboración de una legislación paralela rumbo a la convocatoria de las Cortes en Cádiz.

De momento nos interesan las normas electorales que conformaron el método electoral previsto en el Estatuto de Bayona. Las normas electorales emitidas por la Junta Suprema de Gobierno para la elección de los diputados a la Junta de Bayona, aunque no se haya utilizado en la práctica para tal fin, como se sabe, sirvió de bases para las normas que figuraron en el texto definitivo del Estatuto de Bayona.

Antes de que el tercer proyecto fuera dado a las Cortes en la «Junta Tercera» se recorrió un largo periplo con modificaciones de idas y venidas de algunos preceptos constitucionales, desde la concepción de Maret² del primer proyecto constitucional hasta el tercer definitivo. El Título bajo la rúbrica «De las Cortes» se movió hasta fijarse en el Título IX. En el «Primer Proyecto» esta rúbrica se situaba en el Título VI y pasa a la posición en seguida del Título VII. Las sugerencias

1 «Si las pocas Naciones que han conocido el mérito y la importancia de las leyes constitucionales han podido lograrlas sino á fuerza de lágrimas y sangre, pasando por todos los horrores de una larga revolución, ¡qué agradecimiento no deberá la nuestra al poderoso Emperador del Mediodía (...)!». Diputado Francisco Antonio Cea, Observaciones hechas por el Director del Jardín Botánico de Madrid en ACTAS DE LA DIPUTACIÓN GENERAL DE ESPAÑOLES, que se juntó en Bayona el 15 de junio de 1808, en virtud de convocatoria expedida por el Gran Duque de Berg, como Lugar-Teniente General del Reino, La Junta Suprema de Gobierno, con fecha de 19 de mayo del mismo año, precedidas de dichas orden convocatoria y de los poderes y ordenes que presentaron los que asistieron a ella, y seguida del Proyecto de Constitución consultada por el Emperador a la misma; las observaciones más notables que sobre aquél proyecto se produjeron, y la Constitución definitivamente hecha, que fue aceptada por la misma Diputación general en 7 de julio del propio año, Imprenta de J. A. García, Calle de Campomanes, n.º 6, Madrid, 1874, p. 96. Dichas investigaciones se realizaron en el ámbito del programa de doctorado de la Universidad de Sevilla, bajo la dirección del profesor catedrático de Historia Contemporánea, José-Leonardo Ruíz Sánchez. En atención a Lara Sophia y Lorenzo Pereira.

2 Vid. Pierre CONARD. *La Consitution de Bayonne (1808)*, Édouard Cornély et Cia, París, 1910, p. 40.

de la *Comisión de los Trece* refunden y modifica algunos artículos del proyecto, de un total comprendido entre el art.20 hasta el 42. Se introduce en este «Segundo Proyecto» una modificación importante para la elección del estamento de la Nobleza fijado en el art. 22. Así como el concepto de *Grandes de España*, como distintivo de nobleza, se vio cambiado al término *Grandes de las Cortes*, además, se reduce la cuota censitaria para la categorización de Noble, pasa de 50 mil pesos fuertes a 20 mil. Este valor se mantuvo hasta el texto final aprobado y otorgado en Bayona. La refundición por que pasan los artículos 35 y 39 va a dedicarse a la organización de las Cortes y a la figura de su vicepresidente respectivamente. Sin embargo, pasan a prever, lo tocante a la creación de comisiones, una Comisión de Indias, dándole relevancia al asunto que tanto ha insistido Maret con la aquiescencia de Napoleón³.

Siguen las modificaciones por que pasa el «Segundo Proyecto», en donde se desplaza del Título VII para el Título IX, que ahí se quedó hasta el final del proceso. Consecuentemente el Título X pasa a tratar «*De las colonias españolas en América y Asia*», que en texto final del Estatuto pasó a denominarse «*De los Reinos y provincias españolas de América y Asia*». Hasta que se concretase el último proyecto a ser presentado en la Asamblea estos cambios van a reflejar en las reglas electorales de la Nobleza (art.60), como también de diputado de provincia, que en el artículo 62 se trata de la creación de la «Junta de Partido»; en el proyecto anterior este tema se situaba en el art. 27. Estos cambios llevados a cabo en el «Segundo Proyecto», se fragua en el «Tercer Proyecto» un método electoral a ser aplicado en las elecciones de provincia a ser desarrollado en dos fases, habiendo la previsión en el art. 62 que se haría una ley para tratar específicamente de estas reglas electorales, y, por ahora, se presentaban los procedimientos de las dos fases en el contenido del artículo, como si se tratara de un método provisional que sería revisto más tarde por las Cortes que se viniera a reunirse en el futuro. Estas dos fases trataremos un poco más adelante en las *observaciones* hechas por los diputados⁴.

A los diputados congregados el día 20 de junio, como ya hicimos referencias antes, Napoleón se les entrega, de forma oficial a la Junta, una copia del proyecto del Estatuto constitucional⁵. Al día siguiente, en la Junta Cuarta, el Presidente de la Asamblea de Bayona vuelve a transmitir a los diputados el deseo del Emperador de que deseaba oír las *observaciones* de los mismo a cerca del proyecto y que se animasen a sugerir modificaciones y adaptaciones a la realidad de España⁶. Muchas de estas observaciones se reflejaron en las reuniones siguientes y que constan de las actas. Otras, entretanto, van a trasparecer directamente en el texto constitucional definitivo, como veremos.

En el día 23 de junio el presidente de la Asamblea de Bayona, Sr. Azanza, propone al pleno de la Asamblea que sería conveniente la creación de una Comisión para que se hiciera extractos de las *observaciones* que se vayan entregando los Señores Vocales, que van a ser los documentos que vamos a manejar de ahora en adelante. Efectivamente, dicha Comisión estaba formada por los siguientes diputados: D. Pedro Cevallos y Duque del Parque, y de los señores D. Sebastián de Torres, D. Mariano Agustín, Marques de Montehermoso, D. Zenón Alonso, D. Luis Marcelino Pereyra, D. Pablo de Arribas, D. Francisco Angulo, D. Pedro de Isla, el Prior de Roncesvalles, Don Andrés de Herrasti y D. Manuel García de la Prada⁷. El extracto de las *observaciones* entregues por los diputados por la Comisión al Presidente Azanza, fueron puestas a votación a partir del día 27 de junio, para saber se la Junta las adopta o no, para entonces enviárselas a Napoleón. También el Presidente de la Junta establece algunas reglas para la votación en el pleno de la Asamblea⁸.

3 M.ª Reyes DOMÍNGUEZ AGUDO, *El Estatuto de Bayona*. E-Print Complutense - Repositorio Institucional de la UCM, Madrid, 2004, p. 210 y 211. El Estatuto de Bayona - E-Prints Complutense (ucm.es) Accedido 11/04/2021.

4 *Ibidem*.

5 *Vid.* JUNTA TERCERA, celebrada el día 20 de junio de 1808 en *Actas...op. cit.*, p.25.

6 *Vid.* JUNTA CUARTA, celebrada el día 21 de junio de 1808 en *Actas... op. cit.*, p. 27.

7 JUNTA SEXTA, Celebrada el día 23 de junio de 1808 en *Actas... op. cit.*, p. 31.

8 JUNTA NOVENA, Celebrada el día 27 de junio de 1808 en *Actas... op. cit.* p. 37.

De hecho, el título 9.º del proyecto, intitulado de «*Las Cortes*», engloban a los artículos 57 al 71, que establecen parámetros para el método electoral que se quiere aplicar para la elección a diputados de las futuras cortes. Los diputados **Pablo Arribas y José Gómez Hermosilla** ofrecieron unas *observaciones* acerca de la temática electoral, se pronunciando que el método previsto en el proyecto era demasiado complicado e impracticable para España. Reputan, dichos diputados, «más sencillo que los procuradores de todos los pueblos de cada provincia, reunidos en la capital, designen candidatos, y que el senado elija, como en Francia»⁹. Dichas Juntas Provinciales, siguen los diputados, podrían ejercer las mismas funciones que tiene en Francia los Consejos de Departamento.

Las Cortes prescriptas en el artículo 57 del proyecto analizado serían Cortes estamentales, y estarían compuestas de 150 individuos, como ya sabemos. A los tres estamentos se les atribuía un número determinado de diputados: para el Clero, se preveía 25 diputados, siendo estos Arzobispos u Obispos (art.58); para la Nobleza estaba también previsto el mismo número de diputados, que se titularían *Grandes de las Cortes* (art.59). El artículo 60 desmenuzaba la distribución de los 100 diputados restantes dedicados al Estamento del Pueblo, de la siguiente forma:

- El estamento del Pueblo se compondrá
- 1.º De 40 Diputados de las provincias.
- 2.º De 30 Diputados de las ciudades principales.
- 3.º De 15 negociantes ó comerciantes.
- 4.º De 15 Diputados de las Universidades, personas sábias, ó distinguidas por su mérito personal en las ciencias ó en las artes¹⁰.

Las cortes previstas en el Proyecto, además de estamentales, se les atribuía determinado carácter censitario, principalmente para la nobleza que, para adquirir la elevación de *Grandes de las Cortes*, debían contar por lo menos con una renta anual de 20 mil pesos fuertes o haberse destacado en la carrera civil o militar. Contrariamente, los integrantes del Clero no se les pedían renta para ser designados y elevados a la clase de Individuos de Cortes¹¹. Acorde, seguramente, con su voto de pobreza.

Como el estamento del Pueblo se dividía en cuatro partes, significaban cuatro elecciones distintas, con procedimientos electorales distintos para cada una de las partes.

Para elegir a los 40 diputados de las provincias, los artículos 63 a 65 detallaban las reglas, siendo que su regulación definitiva debía de esperar a que se hiciese futuramente una ley en Cortes. Pero, hasta que no se la aprobase se debía seguir estas que establecen el Estatuto. Las complicaciones electorales empiezan con el dispositivo de que trata de la razón diputado por número de habitantes, previsto en el artículo 63 del proyecto. Se preveía que los diputados de las provincias serían nombrados a la razón de un diputado por 300.000 habitantes, poco más o menos. Para que se alcanzara esta proporción se pronosticaba una reforma en donde se debía dividir las provincias de entonces en «partidos de elección», para componer la población necesaria para que se alcanzara el derecho a elegir un diputado. Por lo tanto, la «Junta» que había de preceder a la elección del «*Diputado del Partido*» se ejecutaba de dos maneras, y se componía: primero, del decano de los regidores de todo pueblo que tuviese al menos 100 habitantes; y, en caso de que en un «*partido*» no hubiese 20 pueblos que alcanzase a este vecindario, se debía reunir las poblaciones más pequeñas para que pudiesen dar un «*elector*», a la razón de 100 habitantes. Dicho elector se escogería sacándose por suerte entre los regidores de cada uno de los referidos 20 pueblos. Segundo, integraría dicha «Junta de Partido» el decano de los curas de los pueblos principales del propio partido. Entretanto, estas designaciones eclesiásticas no debían exceder al tercio del número total de los individuos de la «Junta de elección»¹².

9 Pablo ARRIBAS y José GÓMEZ HERMOSILLA. *Observaciones sobre el proyecto de constitución* en Actas... op. cit., p. 73

10 Vid. PROYECTO DE ESTATUTO CONSTITUCIONAL en Actas... op. cit., p. 56.

11 Artículos 61 y 62 del Proyecto del Estatuto. Ídem, p. 56.

12 Esta división del primer grado de la elección de los electores de partido para componer a la Junta de electores está previsto en el artículo 64 del Proyecto del Estatuto de Bayona presentado a la Asamblea el 20 de junio de 1808. Ídem, p. 57.

La siguiente fase prevista en el duplo grado de las elecciones para diputado de provincia contemplaba la formación de la «Junta de elección» compuesta de los electores de provincia, que se quedaría a la espera de la expedición de una real cédula de convocación, en donde se debía constar el objeto, lugar de reunión y la época de la apertura de sus trabajos, además de la conclusión de dicha Junta. La presidiría una persona que fuese indicado por el rey, según el artículo 65 del proyecto.

La segunda elección prevista en el estamento del pueblo se buscaba elegir a los 30 diputados de las ciudades principales del reino. Esta elección se desarrollaría de manera más sencilla, puesto que, los treinta diputados podían ser nombrados por sus correspondientes Ayuntamientos¹³.

El modo como se desarrollaría las elecciones para escoger a los 15 diputados entre los negociantes o comerciantes estaba prevista en la tercera fase de la elección del estamento del pueblo. En este proceso electoral jugaría un papel relevante las «Juntas de comercio» y entre los «negociantes más ricos y más acreditados del reino». Para tanto, los tribunales y Juntas de comercio formarían una lista de 15 individuos en donde el rey los nombraría diputados de cortes¹⁴. Estos Tribunales y Juntas Comerciales se debían reunir en cada ciudad para allí elaborar su lista en común para presentarla al rey.

La cuarta y última fase de la elección del estamento del Pueblo preveía la elección de 15 diputados de las universidades. Dichas personas, según el artículo 60 del proyecto debían rellenar los requisitos de ser «sabias, o distinguidas por su mérito personal en las ciencias o en las artes». El método utilizado para que estas personas destacadas por sus méritos académicos fuesen llevadas al rey para ser nombrados, era: primero, una parte cabría al «Consejo de Castilla» elaborar una lista con 15 candidatos; segundo, se enviaría los nombres de siete candidatos por cada una de las universidades del reino¹⁵.

Un asunto que produjo algunos discursos de los diputados en la Asamblea de Bayona que se debía o no permitir la reconducción de los diputados a la corte siguiente, o sea, su reelección, que al estamento del pueblo se lo prohibía el art. 69 del proyecto. También es aquí interesante resaltar la importancia que se intenta dar a los diputados de las colonias, garantizándoles voz y voto en las Cortes. Entretanto, es evidente que dichas elecciones ya complicadas de por sí, se añadían elementos disuasorios de estos métodos electorales, que era la perentoria disyuntiva de que su convocatoria estaba condicionada a la voluntad del rey. También no se podía suspenderlas, prorrogarlas o disolverlas si la estricta voluntad de éste. Otra problemática era el tiempo de permanencia de sus trabajos, dado que se debían de juntar al menos una vez a cada tres años, tema que generó observaciones remitidas al Emperador y algunos discursos en el pleno de la Asamblea de Bayona¹⁶.

Se estableció un método electoral distinto para ser aplicado en las colonias españolas en América y Asia, previsto en el Título X del Proyecto constitucional. A este respecto se pronunciaron con sus *observaciones* precisas los diputados americanos presentes de las Cortes de Bayona y en sus discursos en el pleno de las sesiones. Vimos que se había garantizado los derechos de voz y voto de tales diputados en el artículo 70. Como también se puede ver la declaración de igualdad de derechos entre metropolitanos y colonos en el artículo 82. Además, se preveía que cada Reino y provincia de estos continentes podían elegir diputados junto al Gobierno para acompañar y defender sus intereses en las Cortes en Madrid¹⁷.

Los diputados provenientes de las colonias serían en el número total de 20, como prescribía el artículo 84 del proyecto. Y el método electoral que se utilizaría para sus elecciones se daría en

13 Esta fase electoral estaba prevista en el artículo 66 del Proyecto del Estatuto. *Ibidem*.

14 Fase electoral tercera y términos están previstos en el artículo 67 del Proyecto del Estatuto. *Ibidem*.

15 Las calificaciones, requisitos y procedimiento electoral para la 4.ª fase de la elección de diputado del estamento del Pueblo estaban previstos en los artículos 60 y 68. *Ídem*, pp. 56 y 57.

16 El tema de la reelección de los diputados del estamento del Pueblo, las garantías a los diputados de las colonias y el tiempo de convocatoria de las cortes y su funcionamiento están previstos en los artículos 69, 70 y 71 del Proyecto del Estatuto. *Ídem*, p. 57.

17 La declaración de la igualdad entre metropolitanos y colono, además de su representatividad en las cortes están previstas en los artículos 82 y 83. *Ídem*, p. 58.

primer lugar por nombramiento de los diputados por parte de los Ayuntamientos de los pueblos, designados por los «virreyes o capitanes generales en sus respectivos territorios». Por tanto, cada Ayuntamiento debía elegir a la pluralidad de votos un individuo, y a los virreyes o capitanes generales se debía remitir el acta de los nombramientos. De una manera más moderna que el modo que se utilizaba en la península para algunas fases o partes electorales, el diputado elegido sería él que reúna mayor número de votos entre los individuos elegidos en los Ayuntamientos, habiendo empate se decidía la suerte. Al contrario de los diputados peninsulares, quizás por la lejanía en que se encontraban, se establecía un número fijo de años que se debía funcionar como diputado colonial. Así que sus funciones debían de durar 8 años; además, debían seguir en el puesto hasta que fuesen reemplazados por nuevos elegidos, transcurridos los ocho o más años¹⁸.

La elección de los 15 diputados atribuidos a las Universidades españolas mereció algunas *observaciones* por los **diputados Arribas y Gómez Hermosilla**. Principalmente a lo que toca a la indicación de los nombres por el «Consejo de Castilla»; los diputados ven como problemática esta indicación y sugiere que sea un «Instituto Nacional», que todavía no existía, y proponía su creación, quienes indicase los nombres vinculados a las ciencias, dado que este cuerpo de sabios conocería mejor a los referidos sujetos que un «Tribunal de pleitos». También sugiere que no sea el rey quienes los elijan, ya que se le atribuye la elección de los diputados del Clero, de la Nobleza y del Comercio. Propone que sea el senado quien se ocupe de esta elección.

Siendo así, algunas de las solicitudes presentadas por los diputados, como se dé una representación nacional auténtica se tratase, se incorporan al texto del Estatuto de Bayona. Entretanto, el texto constitucional otorgado a los españoles daba a los afrancesados un toque de la Revolución Francesa, puesto que el Estatuto se encajaba en el modelo de constitución del Año VIII de 13 de diciembre de 1799, a la vez que reflejaba el autoritarismo napoleónico que modificó el texto francés a través del Senado-Consulta del año XII de 18 de mayo de 1804. Esta emenda constitucional, imagen y semejanza de Napoleón, hizo con que el Estatuto de Bayona heredase algunos derechos y libertades caros al proceso revolucionario, como también incorporase elementos autocráticos como el orden hereditario, la Ley Sálica y un monarca que no se auto limita transformando la asamblea en un órgano coadyuvante.

En el ámbito de la ley constitucional otorgada en Bayona el rey no renuncia explícitamente a todos sus poderes, ni tan poco se auto limita. Además, el rey sigue detentor de facultades legiferante, como vimos. Mientras tanto, la obligación de jurar la Constitución, una modulación impuesta por los diputados al autoritarismo del Estatuto, *gratia venia*, la letra de la norma dejaba antever que el Estatuto dependía de la voluntad del poder que lo ha emanado. Así que la constitución no consigue imponer verdaderos límites al poder real. Aunque su poder era ejercido a través de agentes ejecutores, cual sea sus secretarios del Despacho y sus ministros de Estado. A estos últimos delegados, los diputados buscaron alejar de la norma constitucional la reproducción de una posible junción ministerial, dado los malos recuerdos que ha dejado la era Godoy.

Otro mal recuerdo que ha impactado en las *observaciones* y en los discursos de los diputados fue la falta de voluntad real en convocar las Cortes. Eso obligó a algunos en sus *observaciones* a sugerir una «responsabilidad ante la opinión pública» del rey, como hizo Pedro de la Isla¹⁹; o evocar una antigua potestad de las Cortes de aprobar los impuestos a ser cobrados por el rey, como hizo Vicente Alcalá Galiano²⁰. Así como también se propuso una imposición de responsabilidad ministerial²¹, esgrimida por Luís Marcelino Pereyra, buscando como referencia al modelo de control inglés de los actos ministeriales que canalizaban a la voluntad real²².

18 El cuantitativo de diputados, el método electoral y el tiempo de sus funciones están previstos en los artículos 84, 84 y 86 del Proyecto. Ídem, p. 58.

19 Pedro Isla, Observaciones hechas en Bayona, 1808 en Actas... *op. cit.*, p. 93.

20 Vicente Alcalá Galiano, Observaciones hechas en Bayona el 25 de junio de 1808 en Actas... *op. cit.*, p. 85.

21 Estas y otras ideas encontramos base en Ignacio Fernando Sarasola,... *op. cit.*, pp. 99 a 104.

22 PEREYRA, Luís Marcelino Pereyra, Observaciones hechas en Bayona el 28 de junio de 1808 en Actas... *op. cit.*, p. 77.

EL PARTO COMO ESPACIO DE DERECHOS: APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL A LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA

Margarita Soler Sánchez
Universitat de Valencia

Sumario: 1. Introducción; 2. Marco constitucional y derechos implicados. 2.1. Dignidad y autodeterminación corporal (art. 10.1 CE). 2.2. Igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). 2.3. Integridad física y moral e intimidad (arts. 15 y 18 CE). 2.4. Derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). 3. Estándares europeos (CEDH, TEDH y Derecho de la UE). 4. Derecho internacional de los derechos humanos. 5. Conclusión

Resumen: La violencia obstétrica se presenta como un problema estructural que afecta la autonomía, dignidad, integridad e igualdad de las mujeres durante el embarazo, parto y posparto, evidenciado en prácticas sanitarias deshumanizadas, intervenciones sin consentimiento informado y patrones institucionales discriminatorios. Desde la Constitución española y el derecho europeo e internacional, se reconoce que estas conductas pueden constituir tratos degradantes y discriminación por razón de sexo, lo que activa obligaciones estatales de prevención, información, supervisión, investigación y reparación. Diversas normas autonómicas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el TEDH y decisiones de organismos como CEDAW refuerzan la centralidad del consentimiento informado, la perspectiva de género y la necesidad de entornos sanitarios respetuosos. En conjunto, el marco jurídico exige transitar de un modelo de mera calidad asistencial hacia uno centrado en derechos fundamentales, donde la atención obstétrica se organice sobre estándares clínicos basados en evidencia, mecanismos efectivos de queja y políticas públicas que garanticen una atención segura, digna y no discriminatoria.

1. Introducción

«Violencia obstétrica» es una expresión que incomoda. A muchas mujeres porque les devuelve episodios que preferirían olvidar; a no pocos profesionales porque la perciben como una criminalización de su trabajo. Pero los hechos —y los estándares internacionales— obligan a mirar de frente una evidencia: en los paritorios y consultas gineco-obstétricas de todo el mundo se documentan prácticas que vulneran la dignidad, la autonomía y la igualdad de las mujeres. La Organización Mundial de la Salud (OMS) lo señaló con claridad en 2014: existen faltas de respeto y maltrato en la atención al parto en centros sanitarios, y desterrarlas es un imperativo de salud pública y de derechos humanos¹. En 2018, la OMS consolidó un enfoque de «atención respetuosa» con recomendaciones concretas para un parto con información, elección y trato digno².

1 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2014). *Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud*: Declaración de la OMS. Organización Mundial de la Salud. WHO/RHR/14.23

2 WHO/RHR/18.12

La violencia obstétrica ha emergido en el discurso jurídico y social como una problemática estructural que evidencia la persistencia de determinadas actuaciones en el sistema sanitario hacia las mujeres en su atención ginecológica, particularmente en torno al parto. Se manifiesta a través de prácticas como el trato deshumanizado durante el parto, la medicalización excesiva y la negación del consentimiento informado. A pesar de su impacto, su visibilidad jurídica es aún incipiente en muchos ordenamientos, y su tratamiento desde el Derecho Constitucional es clave para su prevención y reparación.

En este trabajo vamos a tratar de analizar, de forma sucinta, la violencia obstétrica como categoría jurídico-constitucional y sanitaria, entendida como un conjunto de prácticas —clínicas, verbales e institucionales— que vulneran la autonomía, integridad e igualdad de las mujeres durante el embarazo, parto y puerperio. A partir del bloque de constitucionalidad español y europeo, se puede evidenciar que dichas prácticas pueden configurar tratos degradantes y discriminación por razón de sexo, activando deberes positivos de prevención, investigación, sanción y reparación.

Así que la violencia obstétrica, aunque invisibilizada durante años, ha emergido como una problemática urgente en el campo de los derechos humanos. Se manifiesta en la medicalización excesiva, la negación del consentimiento informado, tratos denigrantes y discriminación durante el embarazo, parto y puerperio. Este tipo de violencia no solo afecta la salud física y emocional de las mujeres, sino que también pone en cuestión el cumplimiento efectivo de los principios constitucionales que rigen los sistemas democráticos.

2. Marco constitucional y derechos implicados

Por «violencia obstétrica» podemos entender el conjunto de prácticas, omisiones o dinámicas institucionales en la atención al embarazo, parto y puerperio que, sin justificación clínica suficiente o sin consentimiento informado válido, comportan daño físico o psíquico, trato humillante o discriminatorio. Esto no es solo mala praxis; tiene un plus estructural de género que la sitúa en el terreno de los derechos fundamentales.

La literatura clínica y jurídica ha identificado prácticas que van desde intervenciones sin consentimiento informado hasta trato deshumanizado, humillaciones verbales, restricciones injustificadas de acompañamiento o negación de opciones de parto. Bajo la etiqueta «violencia obstétrica» se agrupa un fenómeno que excede la mera mala praxis individual: se trata de un patrón estructural de desigualdad de género dentro de las instituciones sanitarias³.

La Constitución española ofrece un marco para enjuiciar las prácticas obstétricas lesivas, que de manera somera pasamos a describir en los siguientes apartados: la dignidad (art. 10.1 CE); la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE); la integridad física y moral (art. 15 CE) y la intimidad (art. 18 CE); y el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). A estos mandatos constitucionales se suman la ley básica de autonomía del paciente (Ley 41/2002) y las recientes reformas orgánicas en salud sexual y reproductiva (LO 1/2023, que modifica la LO 2/2010) con previsiones expresas sobre parto respetado y formación con perspectiva de género.

2.1. Dignidad (art. 10.1 CE) y autodeterminación corporal

La dignidad opera en nuestro sistema como principio y derecho-guía que irradia el contenido de los demás derechos fundamentales, situándola como fundamento del orden constitucional. El Tribunal Constitucional ha ido perfilando, desde la STC 53/1985, un haz de consecuencias en materia de decisiones reproductivas que pivota sobre la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad. La más reciente STC 44/2023 consolida esta línea al afirmar la compatibilidad constitucional del sistema de plazos en la interrupción voluntaria del embarazo, anclando la autonomía decisoria de la mujer en un contexto de protección gradual del *nasciturus*, y reforzando la necesidad de que la organización sanitaria no frustre ese derecho (objeción de conciencia orde-

3 Ver entre otros los trabajos de MACÍ MORILLO, A. «Reflexiones en torno a la violencia obstétrica y a la reciente jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las mujeres en el parto», en *Revista general de derecho constitucional*, N.º 41, 2024; GRANERO FERRER, R. «La judicialización del parto. Un ejercicio de injusticia epistémica testimonial». *Eunómia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24.2023.

nada y garantías efectivas de acceso). Este razonamiento, aunque referido al aborto, es trasladable *a fortiori* a la atención obstétrica: la dignidad y autodeterminación exigen entornos de parto que permitan opciones razonables y consentimientos auténticos, sin coacciones ni asimetrías excesivas de información.

2.2. Igualdad y no discriminación (art. 14 CE): el sesgo de género en la práctica clínica

Prácticas que sólo pueden recaer sobre mujeres —por su vínculo biológico con el embarazo y el parto— pueden cristalizar en discriminación por razón de sexo. La STC 11/2023 (ingreso hospitalario para inducción del parto) no apreció vulneración en el caso concreto, pero su propia *ratio* y los votos particulares evidencian la necesidad de un escrutinio constitucional expreso de la autonomía y la integridad en el parto, evitando naturalizar inercias institucionales que tienden a tutelar la decisión clínica de la mujer. La igualdad, en su dimensión material, impone remover estereotipos y garantizar que la organización sanitaria no desplace la decisión de la gestante.

En el plano legislativo autonómico, Cataluña ha incorporado explícitamente la «violencia obstétrica» como forma de violencia machista en la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, tras la modificación mediante la Ley 17/2020, señalando un estándar político-jurídico que orienta políticas públicas de prevención, atención y reparación. Este reconocimiento, aunque sectorial, ofrece parámetros de igualdad sustantiva que pueden informarse por el art. 14 CE y por el mandato transversal de no discriminación.

En el País Vasco, la Ley 1/2022⁴ incorpora la violencia obstétrica como una modalidad de violencia machista, ampliando así las garantías para las mujeres y reconociendo la necesidad de erradicar prácticas sanitarias que vulneren sus derechos. Esta norma también refuerza la obligación de las autoridades autonómicas de asegurar que los centros de salud ofrezcan una atención respetuosa y libre de discriminación.

Por su parte, en la Comunidad Valenciana, mediante la Ley 7/2021⁵, se introducen modificaciones a la Ley 10/2014 de salud de la Comunitat Valenciana, alineándose con las definiciones de violencia obstétrica de la OMS, y en la Ley 7/2012 integral contra la violencia sobre la mujer para ampliar las garantías de protección a las víctimas. La Ley 7/2021 no solo refuerza la prevención y la sensibilización en el ámbito sanitario, sino que también asegura que las mujeres cuenten con un entorno seguro y respetuoso durante el embarazo, el parto y el posparto, en consonancia con las directrices de la Organización Mundial de la Salud. La ley impulsa además el fortalecimiento de las políticas públicas para garantizar una atención sanitaria de calidad que proteja los derechos y la dignidad de las mujeres. También prevé mecanismos de control para supervisar cómo se aplican estas medidas en hospitales y centros sanitarios de la región.

2.3. Integridad física y moral e intimidad (arts. 15 y 18 CE): el consentimiento informado como regla constitucional

La integridad protege frente a intervenciones corporales sin consentimiento válido. Aun sin mención expresa en el art. 15 CE, el consentimiento informado ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como presupuesto constitucional de legitimidad de la actuación sanitaria, y la Ley 41/2002 lo positiviza como regla general (con excepciones tasadas por urgencia vital). En obstetricia, esto alcanza inducciones, instrumentaciones, episiotomías y cesáreas sin información suficiente y alternativa real, en los que el consentimiento deviene inválido, vulnerando integridad e intimidad. La responsabilidad patrimonial y civil han consolidado este estándar⁶.

4 de 3 de marzo, de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco.

5 Ley 7/2021, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat.

6 Ver por todas la STS, Sala 3.ª, 25-9-2012 (episiotomía con lesión esfinteriana), que declara la responsabilidad de la Administración por infracción de la *lex artis*.

2.4. Derecho a la protección de la salud (art. 43 CE): organización sanitaria y obligaciones positivas

El art. 43 CE compromete a los poderes públicos a organizar un sistema sanitario eficaz y respetuoso con los derechos. En clave obstétrica, esto debiera significar diseñar protocolos basados en evidencia, formación con enfoque de género, registros e indicadores sobre tasas de cesáreas, episiotomías e inducciones, y vías de reclamación accesibles. La LO 1/2023⁷ incorpora medidas de «parto respetado», ordena la formación y refuerza la recogida de datos, en línea con las recomendaciones de la OMS y del Consejo de Europa, y con las decisiones internacionales (CEDAW). Este tránsito de la «calidad» a la «garantía de derechos» es un corolario del art. 43 CE: la salud no se protege a costa de la autonomía, sino con la autonomía como condición de legitimidad.

3. Estándares europeos: CEDH, TEDH y Derecho de la Unión

La arquitectura europea de derechos despliega, sobre la atención obstétrica, un haz de garantías que se proyectan desde el art. 8 CEDH (vida privada), en conexión con la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) y con las exigencias de consentimiento libre e informado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha situado las decisiones sobre el parto — incluido su lugar y condiciones— dentro del núcleo del art. 8, con consecuencias tanto negativas (no inferencias arbitrarias) como positivas (configuración de entornos normativos que no disuadan opciones legítimas, información suficiente y vías efectivas de reclamación).

En *Ternovszky c. Hungría* (2010), el Tribunal apreció que un marco regulatorio ambiguo que desincentivaba la asistencia profesional al parto en casa vulneraba la vida privada de la mujer; en *Dubská y Krejzová c. Chequia* (2016), sin declarar infracción, reafirmó que el parto cae bajo el art. 8 y sometió las restricciones a un test de justificación con amplio margen de apreciación estatal; y en *Konovalova c. Rusia* (2014) declaró la violación del art. 8 por la presencia de estudiantes en el parto sin un consentimiento válido y específico. Estas decisiones dan pautas, por la vía del art. 10.2 CE, al estándar constitucional español en materia de consentimiento e intimidad en obstetricia.

La línea del TEDH relativa a esterilizaciones forzadas o sin consentimiento —aunque no obstétrica *stricto sensu*, si intensamente conectada con la autonomía reproductiva— ha fortalecido la regla del consentimiento informado y la proscripción de prácticas degradantes. En *V.C. c. Eslovaquia* (2011), *N.B. c. Eslovaquia* (2012) e *I.G. y otras c. Eslovaquia* (2012), el Tribunal apreció violaciones de los arts. 3 y 8 por intervenciones esterilizadoras sin consentimiento libre e informado, subrayando que no son «intervenciones salvadoras» que permitan excepcionar el consentimiento y que los Estados deben formar y supervisar a los profesionales para evitar tales vulneraciones. Esta doctrina es trasladable a prácticas obstétricas invasivas (p. ej., cesárea, episiotomía, instrumentación) ejecutadas sin información suficiente o bajo coacción.

Por su parte, en el Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria aprobó la Resolución 2306 (2019) sobre «violencia obstétrica y ginecológica», identificando conductas como episiotomías o tactos vaginales no consentidos, o procedimientos dolorosos sin anestesia, y reclamando reconocimiento explícito, recogida de datos y vías efectivas de queja y reparación. Aunque no vinculante, esta resolución funciona como estándar para la interpretación.

7 Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. En el artículo 27 se señala que las Administraciones públicas competentes promoverán la prestación de servicios de ginecología y obstetricia que respete y garantice los derechos sexuales y reproductivos, tanto en el ámbito de la sanidad pública como en la privada. A tal fin, los servicios públicos destinarán esfuerzos especiales a:

a) Requerir de forma preceptiva el consentimiento libre, previo e informado de las mujeres en todos los tratamientos invasivos durante la atención del parto, respetando la autonomía de la mujer y su capacidad para tomar decisiones informadas sobre su salud reproductiva, en los términos establecidos en el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

b) Disminuir el intervencionismo, evitando prácticas innecesarias e inadecuadas que no estén avaladas por la evidencia científica y reforzar las prácticas relativas al parto respetado y al consentimiento informado de la paciente incluyendo a tal fin todas las medidas necesarias para incrementar el número de personal especializado.

En cuanto al Derecho de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales incorpora garantías relevantes: art. 3 (integridad de la persona) —con mención expresa al «consentimiento libre e informado» en medicina—; art. 7 (respeto a la vida privada); art. 21 (no discriminación) y art. 35 (protección de la salud). La Carta se aplica cuando la actuación se incardina en el Derecho de la Unión, sirviendo además como parámetro hermenéutico. Todo ello refuerza la centralidad del consentimiento y la protección frente a estereotipos y desigualdades en la atención al parto.

De modo complementario, la Directiva (UE) 2024/1385 para combatir la violencia contra las mujeres establece estándares mínimos en prevención, protección, apoyo a víctimas, datos y coordinación. Si bien no define una categoría autónoma de «violencia obstétrica», su considerando 9 y el articulado cubren conductas típicamente relevantes en el ámbito sanitario (p. ej., esterilización forzada), e imponen a los Estados planes de acción, formación específica y sistemas de datos comparables que son instrumentales para detectar y corregir abusos en entornos obstétricos. La Directiva debe transponerse y convivirá con la reciente adhesión de la UE al Convenio de Estambul (Decisión 2023/1075 y correlativa 2023/1076), que refuerza los deberes de debida diligencia y de formación del personal sanitario.

Finalmente, la adhesión de la UE al Convenio de Estambul —con su art. 5 sobre debida diligencia y un sistema de seguimiento GREVIO⁸— amplifica el marco europeo de prevención, investigación, sanción y reparación de todas las formas de violencia contra las mujeres, con impacto transversal en la organización de servicios sanitarios y en la recogida de datos.

4. Derecho internacional de los derechos humanos aplicable

En el plano de los Convenios de derechos internacionales, el Comité CEDAW ha sido decisivo en la tipificación jurídica del maltrato en el parto como violencia y discriminación por razón de sexo, con obligaciones de debida diligencia. En S.F.M. c. España (2020), el Comité declaró que la autora fue sometida a intervenciones contrarias a la evidencia y sin consentimiento informado, violando los arts. 2, 3, 5 y 12 CEDAW, y recomendó reparación integral, medidas de no repetición, refuerzo del consentimiento y recogida de datos. En N.A.E. c. España (2022), consideró que la ausencia de consentimiento en exploraciones, administración de oxitocina y cesárea, sumada a estereotipos de género, constituyó violencia obstétrica, y en M.D.C.P. c. España (2023) consolidó este estándar, ordenando, entre otras, protocolos de consentimiento reforzado y carta de derechos de pacientes. Estas decisiones —si bien no jurisdiccionales en sentido estricto— orientan la interpretación y la política pública sanitaria.

La Relatora Especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer (2019), al que ya hemos hecho referencia al inicio de este trabajo, enmarcó el maltrato y la violencia durante el parto como fenómenos estructurales, atravesados por asimetrías de poder y estereotipos, que comprometen derechos a la vida, salud, integridad, intimidad y no discriminación, e imponen a los Estados obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación; sus recomendaciones incluyen formación con perspectiva de género, mecanismos de queja accesibles y sistemas de datos. Este enfoque ha sido ampliamente recepcionado por organismos europeos y por estudios de la UE.

Por su parte el Convenio de Estambul impone obligaciones transversales de debida diligencia (art. 5), formación (arts. 14 y ss.), coordinación y datos (art. 11), que, aunque no tipifican la «violencia obstétrica» como categoría autónoma, cubren prácticas de violencia institucional contra las mujeres y exigen a los Estados diseñar políticas sanitarias sensibles al género y orientadas a la prevención y reparación. La reciente adhesión de la Unión Europea al Convenio refuerza estos estándares en el ecosistema normativo europeo.

8 Para el seguimiento de los compromisos adquiridos con la ratificación, el Convenio prevé la creación del Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (GREVIO), que estará integrado por un mínimo de 10 y un máximo de 15 miembros de países diferentes y con una participación equilibrada tanto en términos de género como a nivel disciplinar, que tendrá un mandato de cuatro años.

El GREVIO visitará los Estados, recibirá información de organizaciones sociales y organismos oficiales y elaborará un informe con recomendaciones que serán elevadas al país afectado y al Comité en el que tendrán presencia todos los que hayan ratificado el Convenio. De este Comité saldrán las recomendaciones al país en cuestión en relación con el cumplimiento de los compromisos adquiridos y serán públicas.

En suma, el bloque internacional consolida un estándar de autonomía, integridad, igualdad y debida diligencia en el sentido de que toda intervención obstétrica requiere consentimiento libre, informado y específico; la organización sanitaria debe prevenir y registrar prácticas de riesgo (con datos comparables); deben existir recursos efectivos y reparaciones integrales; y la formación con perspectiva de género es condición de legitimidad. La convergencia entre OMS, Relatorías de la ONU, CEDAW, CEDH/TEDH, Convenio de Estambul y Derecho de la UE ofrece un marco sólido para analizar la atención obstétrica centrada en derechos.

5. Conclusiones

La denominada «violencia obstétrica» —más allá de debates terminológicos— funciona como categoría analítica para identificar zonas de riesgo de lesión de derechos fundamentales en la atención al embarazo, parto y posparto. El bloque constitucional (arts. 10.1, 14, 15, 18 y 43 CE), en diálogo con el CEDH, la Carta de la UE y los órganos de tratados (CEDAW, DESC), exige un doble haz de obligaciones: negativas (no intervención sin consentimiento libre, informado y específico; prohibición de trato humillante) y positivas (prevenir, informar, medir, investigar, reparar).

La jurisprudencia europea —Ternovszky, Konovalova y la línea sobre esterilizaciones forzadas—, la Resolución 2306/2019 del Consejo de Europa y las decisiones CEDAW contra España (2020–2023) han catalizado un estándar de debida diligencia reforzada en obstetricia, cuya recepción en el ordenamiento español ya se vislumbra (Ley 41/2002; LO 1/2023; STC 11/2023 y 44/2023; jurisprudencia contenciosa/civil). Con todo, persiste una brecha de implementación entre guías y práctica (variabilidad, pervivencia de intervenciones no recomendadas).

De cara al legislador y a las autoridades sanitarias, la prioridad no es la creación de una categoría penal ad hoc, sino la constitucionalización de la atención obstétrica: consentimiento reforzado, estándares clínicos vinculantes, gobernanza por datos, mecanismos efectivos de queja y reparación, formación acreditada y supervisión independiente. Estas piezas, integradas, permiten transitar de un paradigma de «calidad asistencial» a uno de garantía de derechos, compatible con la seguridad clínica y con la eficiencia del sistema.

En suma, no hay contradicción entre seguridad y derechos en obstetricia: la autonomía no es un lujo clínico, sino condición de legitimidad constitucional. El parto—acto clínico y experiencia vital— debe dejar de ser un punto ciego de la dogmática constitucional y se debería configurar como espacio efectivo de derechos fundamentales.

IGUALDAD Y DIGNIDAD: PILARES ESENCIALES EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Clara Souto Galván

*Profesora Contratada Doctora
Universidad Rey Juan Carlos*

1. La dignidad¹ de la persona y los valores inherentes: evolución histórica

La noción de dignidad de la persona ha experimentado una profunda evolución histórica. Inicialmente, se concebía como un atributo reservado a determinados individuos, generalmente vinculada a un estatus social privilegiado. Con el tiempo, esta concepción fue ampliándose, hasta llegar a consolidarse como un valor universal estrechamente ligado al reconocimiento de los derechos fundamentales².

Aunque sus raíces jurídicas pueden retrotraerse a la Antigüedad y a la Edad Media, en aquellas etapas se trataba de una idea aún incipiente, limitada y distante de su actual configuración en el marco constitucional.

No resulta posible determinar con exactitud el momento histórico en que la dignidad se consolidó como una noción jurídica propiamente dicha. Sin embargo, puede afirmarse que la idea de dignidad como concepto jurídico autónomo es conocida desde la antigüedad. Ya en el Derecho romano se utilizaba el término *dignitas* para referirse a un cargo público vinculado al *status* jurídico personal del individuo. Asimismo, en la Roma clásica, la expresión *dignitas et excellentia* aludía a un valor fundado en la virtud, en una manera determinada de actuar y en una conducta que reflejaba una elevada consideración social.

De la misma manera las instituciones germánicas también tendrían una visión de dignidad individual a modo de título, grado o reputación de la persona, como idea vinculada al valor y que se traducía en nobleza según los méritos³.

Para la mayor parte del pensamiento político de la Ilustración, la dignidad constituye un valor de todos aquellos que tengan rostro humano. Así, queda constancia de que el ser humano es algo netamente distinto al animal o a los objetos, pues el ser humano puede proponerse fines, ideales o leyes morales en su búsqueda de la libertad y de la autonomía⁴.

1 Véase al respecto un estudio OEHLING DE LOS REYES, A., *La dignidad de la persona: evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2010.

2 Como señala Laura Nuño, el reconocimiento del sentido ontológico de la dignidad pasó a «representar un elemento distintivo e inherente a toda persona humana, alejándose de la concepción previa que consideraba la misma según una acepción axiológica, meritocrática o conductual». NUÑO, L., «La interdicción de la mercantilización del cuerpo humano como prius ontológico de la dignidad humana», en *Atlánticas: revista internacional de estudios feministas*, vol. 8, núm. 2, 2023, pág. 11.

3 Véase, TÁCITO, C. C., *La Germania* (J. Ezquerro, Trad.). Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2006.

4 MILIONE, C. Y CÁRDENAS CORDÓN, A., «Dignidad Humana y Derechos Fundamentales. Consideraciones

Estas ideas, fruto de la Ilustración, traspasan hoy los fundamentos de los derechos humanos reconocidos y protegidos en numerosas normas, declaraciones y constituciones aprobadas a lo largo del último siglo. A tal propósito, Häberle⁵ considera que uno de los fundamentos de los Estados constitucionales radica en la noción misma de dignidad humana⁶.

La expresión más clara de la idea de dignidad como categoría ética vinculada a la dimensión moral del ser humano la encontramos en Kant⁷, que la formula en los siguientes términos:

«En el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad»⁸.

Desde la perspectiva kantiana, la dignidad humana se expresa en la prohibición de tratar al ser humano como un mero instrumento y en la obligación de asegurar unas condiciones vitales básicas que impidan esa instrumentalización, aun cuando la propia persona llegara a prestarse voluntariamente a ello⁹.

La dignidad humana forma parte, desde la segunda mitad del s XX, de casi todas las declaraciones internacionales de derechos y constituciones, pero no se ha plasmado en los distintos textos jurídicos de la misma manera.

Lo que sí resulta evidente es el carácter cambiante de la dignidad humana, cuyo significado varía en función de la cultura jurídica, sin embargo, para Häberle la dignidad recoge ciertos componentes fundamentales de la personalidad humana que son tenidos en consideración por todas las sociedades, a pesar del carácter cultural y dinámico de la noción¹⁰.

Aunque su contenido no es uniforme, porque depende de la tradición constitucional y cultural de cada país, y de la época, existe un núcleo común: la idea de que toda persona merece respeto por su condición humana, independientemente de sus circunstancias. En este sentido, la dignidad actúa como criterio interpretativo y como límite que asegura que los derechos y las políticas públicas se orienten hacia la protección de la persona.

Así, los derechos fundamentales contribuyen con la mayor profundidad y amplitud a conformar el orden jurídico infraconstitucional¹¹. Como ha expresado el TC «los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que (...) han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico»¹².

Las constituciones de los países de nuestro entorno democrático han querido, en la mayor parte de los casos, hacer descender a la dignidad de un cierto estatuto de anhelo o pretensión, a la realidad del Estado Social. Ello la convierte en un elemento positivizado al que asignar un rol en el sistema ideológico de los textos que se sitúan en la cúspide del ordenamiento jurídico, con lo que,

en torno al Concepto de Dignidad en la reciente Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Derechos y Libertades*, núm.42, Época II, enero, 2000, pág.237.

5 HÄBERLE, P., *El estado constitucional*, trad. de H. Fix Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, págs. 169-174.

6 MILIONE, C. y CÁRDENAS CORDÓN, A., *Dignidad Humana...* pág. 237.

7 KANT, E., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. García Morente, M., Espasa-Calpe, Madrid, 8.ª ed., 1983, pág. 92.

8 *Ibidem*, pág. 93.

9 ESQUEMBRE, M., «Dignidad humana y libre desarrollo», en *Manual de Derecho constitucional español con perspectiva de género: Derechos, deberes y garantías constitucionales*, obra colectiva, coordinada por IGLESÍAS BÁREZ, M. y VENTURA FRANCH, A., Ediciones Universidad de Salamanca, vol. II, 2000, págs. 66-67.

10 HÄBERLE, P., *El estado constitucional...*2003, págs. 182.

11 PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 26.

12 Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981, en BJC, núm. 4,1981, pág. 265.

a partir del momento de su mención constitucional, se hace presente como elemento finalista e interpretador¹³.

Así, en la constitución española, la dignidad se reconoce como la base sobre la cual se asientan los derechos fundamentales¹⁴. El art. 10.1 de la CE establece que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Este precepto coloca la dignidad humana en un lugar primordial dentro del sistema constitucional. La STC 53/1985¹⁵ reconoce el derecho que tiene cada uno de establecer libremente su vida de manera responsable y a obtener el respeto de los demás, y manifiesta que «es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible».

Además, dicho precepto, dispone que la dignidad de la persona —y los derechos que le son inherentes— es fundamento del orden político y de la paz social. De este artículo, se puede entender que la función de la dignidad humana es la de garantizar una estabilidad social a través de la convivencia pacífica entre las personas que deriva del respeto mutuo.

Así en la STC 170/1995. FJ. 2, el Tribunal Constitucional afirma: «Por lo tanto, un sistema que no garantice la dignidad humana (y los derechos derivados de ésta) es un sistema en el que se quiebra la paz social... (ya que la dignidad) es garantía de la convivencia pacífica entre las personas». También la STC 64/1988 FJ.1, considera que «el art. 10 CE en su apartado 1 vincula los derechos inviolables con la dignidad de la persona y en su apartado 2 los conecta con los llamados derechos humanos, objeto de la Declaración Universal y de diferentes Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España».

De acuerdo con lo establecido por voluntad de los constituyentes, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes se configuran como el referente fundamental de los contenidos del ordenamiento jurídico, pero también de las actuaciones de los poderes públicos y de las instituciones del Estado, así pues, la dignidad de la persona es principio y fin de todo el sistema jurídico y político que constituye nuestra Carta Magna.

Desde una perspectiva jurídica, la dignidad se manifiesta en la protección de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha subrayado en varias ocasiones que cualquier vulneración de los derechos fundamentales afecta directamente a la dignidad de la persona. La Constitución y el ordenamiento jurídico español establecen diversas garantías para proteger esta dignidad, como reza el artículo 15 de la CE en él se prohíbe expresamente la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, subrayando la inviolabilidad de la dignidad personal.

Por lo que para lograr el respeto sobre las personas y sobre uno mismo tenemos que partir del principio de igualdad y no discriminación.

2. Concepto de igualdad

2.1. Introducción

A lo largo de la historia se ha ido produciendo una gran evolución del concepto de igualdad. Con el paso del tiempo se ha ampliado su significado, incluyendo, en distintos momentos históricos, aquellas personas o grupos sociales que, por motivos de raza, sexo o religión, estaban excluidos.

13 BELDA, E., *Dignidad y discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 57.

14 CAMPOS MONGE, J., «El concepto de dignidad de la persona humana a la luz de la teoría de los derechos humanos», *PRO HUMANITAS, Revista Especializada de la Comisión de Derechos humanos, Justicia y Políticas Carcelarias*, núm. 1, 2007, págs. 27-29... En el contexto de la Constitución española de 1978, la dignidad de la persona es el núcleo central que guía la interpretación de todos los derechos fundamentales. Campos interpreta «la dignidad como valor superior del ordenamiento jurídico...»

15 Sentencia 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985). Fundamento jurídico 3.

Así Ferrajoli, considera que el constitucionalismo moderno se fundamenta en la proclamación de los derechos fundamentales como límites al poder y garantías de la dignidad humana. En palabras del autor «en este marco, la igualdad es un principio estructural del Estado constitucional de derecho, inseparable de la libertad y de la dignidad. La igualdad no es una concesión del Estado, sino un presupuesto indispensable para la vigencia de los derechos»¹⁶.

La igualdad ha sido reconocida en todos los textos Internacionales como un auténtico derecho. En ellos se hace mención a la igualdad, desde diferentes aspectos y distintas posiciones, lo que ha dado lugar a una gran evolución, que ha permitido la ampliación de su significado hasta su reconocimiento como un auténtico derecho humano, con una genuina dimensión universal. Todas las personas son, titulares de los mismos derechos humanos, sin que quepa discriminación injusta por motivos de raza, sexo, opinión política o religión.

2.2. La igualdad en la Constitución española: la igualdad formal y la igualdad material

De ahora en adelante se va a realizar un análisis de la noción de igualdad, dando a conocer el carácter tridimensional en el marco de la teoría constitucional española, al ser considerada bajo tres conceptos: como principio¹⁷, valor superior del ordenamiento jurídico¹⁸ y derecho fundamental¹⁹. Centrándonos en las dos vertientes clásicas de la igualdad: formal y material o sustancial, ambas expresadas en los artículos constitucionales 14 y 9, apartado 2.º, respectivamente, dando a conocer algunas aproximaciones relativas a lo que ha supuesto la normativa adoptada en materia de igualdad de género en España.

Todas estas dimensiones descansan en el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), de lo que se deriva la igual dignidad social de toda la ciudadanía. Por tanto, en palabras de Fernando Rey «hay que rechazar toda creación o aplicación del Derecho que trate a algunos miembros de la comunidad como ciudadanos de segunda clase»²⁰.

a) La igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico

La Constitución española describe al Estado español como un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1). La igualdad, además de las acepciones antes enunciadas, aparece así configurada como un valor superior del ordenamiento jurídico.

16 FERRAJOLI, L., «Igualdad y diferencia», en *Igualdad y diferencia de género*, Consejo Nacional para prevenir la Discriminación, obra colectiva, coordinada por Ferrajoli, L. y Carbonell, M., núm.14, 2008, págs. 11-12.

17 Véase, entre otros, FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI CARBONELL, J.C., «Los valores y principios en la interpretación constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 35, 1992, págs.97-101. SÚY-RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la Justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, pág. 152, en el que afirma que la igualdad constituye un valor supremo y un principio.

18 Véase, al respecto, entre otros, SUÁREZ PERTIERRA, G., «Artículo 14», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, obra colectiva dirigida Alzaga Villamil, O., Editoriales de Derecho Reunidas t. II, 1984, págs. 277-293. FIGUERUELO BURRIEZA, Á., «El discurso jurídico: la mujer en la Constitución española», en *et. al.* (eds.), *Las mujeres en la Constitución europea. Estudios multidisciplinares de género*, obra colectiva, coordinado FIGUERUELO BURRIEZA, Á. Y LÓPEZ DE LA VIEJA, T. (et. al), Ediciones Universidad de Salamanca-Centro de Estudios de la Mujer, colección Aquilafuente, Salamanca, 2005, pág. 21. PAREJO A., *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 117-149.

19 CASTRO CID., B., «Derechos humanos y Constitución», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 18, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980; RUBIO LLORENTE, F., *Derechos fundamentales y principios constitucionales. Doctrina jurisprudencial*, Ariel, Barcelona, 1995; Cfr. PUY, F., «El derecho a la igualdad en la Constitución española, El principio de igualdad en la Constitución española», *XI Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, vol. I, 1991, pág. 152. BLÁZQUEZ J., *Igualdad, dignidad y libertad*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 1998.

20 REY MARTÍNEZ, F., «Igualdad y Prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, septiembre-diciembre, 2017, pág.129.

Los valores constitucionales suponen el contexto axiológico fundamentador o básico para toda la interpretación del ordenamiento jurídico, en cuanto suponen el núcleo básico y fundamental de todo el sistema jurídico-político²¹. En este sentido, los valores superiores son criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer sus fines. Por ello, tienen, además, una función orientadora, en virtud de la cual, debe presidir la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución, haciendo «ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional»²².

En consecuencia, como ha declarado el Tribunal Constitucional, invocando el artículo 1.1 de la CE: «La igualdad se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional...deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama»²³. Por último, el valor superior constituye un criterio o parámetro para discernir las diversas manifestaciones del sistema de legalidad, de tal manera que «es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o de desvalor, por su conformidad o infracción de los valores constitucionales»²⁴.

Este precepto se refiere a que todos estos principios que recoge la Constitución como valores superiores del ordenamiento jurídico tendrán una aplicación transversal, es decir, estarán presentes en toda la legislación, en todo el ordenamiento jurídico, por lo que toda aquella desigualdad que sea contraria a lo establecido por la CE será incompatible con estos valores que la Constitución proclama.

Así lo reconoce el Tribunal Constitucional al declarar que: «La igualdad se configura como un valor superior que...se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de los valores que la Constitución como norma suprema proclama»²⁵.

b) La igualdad como derecho fundamental: la igualdad formal

El principio de la igualdad formal reconocido en el art. 14 de la Constitución española viene expresado en los siguientes términos: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Las causas de discriminación pueden agruparse, en esencia, en dos categorías: por un lado, aquellas que responden a rasgos inherentes a las personas, con los que se nace; y por otro, aquellas que se refieren a condiciones adquiridas a lo largo del desarrollo vital, resultado tanto de factores externos, como la herencia o el entorno, como de las propias elecciones personales o individuales. En este segundo grupo, junto al principio de igualdad cobra especial relevancia el ejercicio de derechos y libertades²⁶.

El art. 14 CE enumera un listado de causas expresas de discriminación: nacimiento, raza, sexo, religión, opinión y cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La fórmula final abre la puerta a causas no previstas expresamente, lo que ha permitido al TC adaptarse a nuevas realidades.

La propia noción de discriminación es evolutiva. Por lo que el legislador no podía optar por una lista cerrada de motivos de discriminación. Así, que esta última cláusula, permitiría interpretar esas normas conforme a la realidad del tiempo en que se han de aplicar, mostrando un carácter no limitativo del precepto constitucional. Esta cláusula abierta ha permitido al TC reconocer nuevas causas de discriminación no previstas expresamente en el art. 14 CE. Ejemplos:

21 PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 5.ª ed., Madrid, 1995, pág. 288.

22 *Ibidem*.

23 Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1983, Fundamento Jurídico núm. 3.

24 PÉREZ LUÑO, A...cit., p. 288.

25 Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1983, Fundamento Jurídico núm. 3.

26 MARTÍN SÁNCHEZ, M., «La prohibición de discriminación por orientación sexual», *Estudios de Deusto*, vol. 58/1, Bilbao, enero-junio, 2010, pág. 116.

- Discapacidad: STC 269/1994 reconoció que el despido de un trabajador por su discapacidad era discriminatorio. El TC ha avalado medidas de acción positiva en empleo y educación (STC 62/2008).
- Orientación sexual: el TC ha rechazado cualquier trato desigual hacia personas LGTBI (STC 41/2006, sobre matrimonio igualitario).
- Edad: STC 75/1983 analizó límites de edad en acceso a la función pública.
- Condición social o económica: también se ha entendido que excluir a colectivos en situación de pobreza de prestaciones básicas puede vulnerar el art. 14.

Las causas de discriminación pueden ser variadas y no se agotan en un catálogo cerrado a modo de *numerus clausus*, sino que puede ser cualquier causa que pueda dar lugar a una discriminación vulnerando el legítimo ejercicio de los derechos y libertades reconocidos.

Así, la no discriminación se constituye como un complemento del derecho a la igualdad y como garantía del disfrute de todos los derechos fundamentales y libertades públicas. Su vinculación inmediata con la dignidad de la persona expresa además el carácter necesario de la igualdad como elemento esencial para la construcción de una sociedad cada día más justa.

c) La igualdad como principio (art. 9.2 y 14): La igualdad real y efectiva. Las acciones positivas

El artículo 9.2 de la CE encomienda a los poderes públicos una importante actividad para mantener en orden el principio de igualdad consagrado en su artículo 14, pues aquel precepto constitucional no se limita a exigir a los poderes públicos una acción defensiva del principio de igualdad, sino que les atribuye una actuación real y efectiva para asegurar la misma. Los objetivos de igualdad se encuentran presentes en la mayoría de las normas y políticas públicas sobre todo y de manera preferente en el campo de la igualdad de mujeres y hombres.

Las acciones positivas²⁷ son la traducción en Europa de lo que en EE. UU. se denominó *affirmative action*²⁸. La Comisión Norteamericana de Derechos Civiles define esta expresión como «cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se reproduzca en un futuro». Por lo tanto, lo que pretende es acabar con toda discriminación existente, favoreciendo a todo aquél que se hubiera encontrado en situación de desventaja.

Las acciones positivas, como define la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su artículo 11, tienen como finalidad hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad; por ello, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

La igualdad material, real y efectiva parece permitir la justificación de desigualdades formales en aras de la consecución de la igualdad real, pues, de acuerdo con el art. 9.2 CE, «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de

27 En opinión de A. Montoya, la figura de las acciones positivas aspiraría a «compensar situaciones históricas de discriminación padecidas por ciertos grupos, mediante el reconocimiento de ventajas o beneficios que operan como alternativas rectificadoras de un criterio mecánico de igualdad» en MONTAYA MELGAR, A., «Significado de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en *La igualdad sustancial de mujeres y hombres*, obra colectiva, coordinado MONTAYA, A., Civitas, 2007, pág. 74. Rodríguez-Piñero también deja constancia del concepto de acción positiva, como «las ventajas o tratamientos preferenciales a favor de los colectivos víctimas de discriminación grupal, con el objetivo de reequilibrar una situación de partida desigual y corrigiendo el «efecto natural» de las pautas discriminatorias socialmente generalizadas» en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados», *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 13, 1996, pág. 28. Según el profesor Fernando Rey «las acciones positivas...son todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad, entre hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho», en REY, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1995, pág. 91.

28 Tiene su origen en los años 60, que dio lugar a una serie de medidas por parte de la administración estadounidense para eliminar las discriminaciones de las minorías (raza, color, sexo, religión).

los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

El Tribunal ha defendido la necesidad de hacer una interpretación dinámica y abierta de la igualdad formal del artículo 14, a fin de hacerla compatible con la igualdad real y efectiva a que se refiere el artículo 9.2 de la Constitución, lo que la ha llevado, entre otras cosas, a admitir la validez constitucional de las medidas de acción positiva y de discriminación inversa en relación con grupos sociales desfavorecidos (mujeres, personas con discapacidad, etc.)²⁹.

En conclusión

La trayectoria académica de la profesora Ángela Figueruelo constituye un ejemplo de rigor intelectual y compromiso con los valores y derechos que sostienen nuestro sistema constitucional. A lo largo de su carrera, ha puesto de relieve que la igualdad y el principio de no discriminación no son meras proclamaciones formales, sino auténticos pilares sobre los que se erigen los derechos fundamentales.

La dignidad recuerda que cada persona merece respeto por su sola condición humana, mientras que la igualdad garantiza que ese respeto se traduzca en un trato justo, sin ningún tipo de discriminación. Ambas nociones en mutua interdependencia, son esenciales para el desarrollo de los derechos fundamentales y para la consolidación de un Estado social y democrático de Derecho, en el que la libertad y la justicia solo son posibles si se reconocen y protegen sin ninguna discriminación.

El buen hacer académico de la profesora Figueruelo ha contribuido a fortalecer esta visión, transmitiendo a generaciones de juristas no solo conocimiento, sino también valores fundamentales para una convivencia social más justa e igualitaria.

Bibliografía

- ALEXY, R.**, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ARAGÓN RIVAS, M.**, «La eficacia jurídica del principio democrático», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988.
- BÀRRERE UNZUETA, M. A.**, «Problemas de Derecho Antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades». *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 2003.
- BLÁZQUEZ J.**, *Igualdad, dignidad y libertad*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 1998.
- BELDA, E.**, *Dignidad y discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CAMPOS MONGE, J.**, «El concepto de dignidad de la persona humana a la luz de la teoría de los derechos humanos», *PRO HUMANITAS, Revista Especializada de la Comisión de Derechos humanos, Justicia y Políticas Carcelarias*, núm. 1, 2007.
- CASTRO CID, B.**, «Derechos humanos y Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 18, 1980.
- ESQUEMBRE, M.**, «Dignidad humana y libre desarrollo», en *Manual de Derecho constitucional español con perspectiva de género: Derechos, deberes y garantías constitucionales*, obra colectiva, coordinado IGLESIAS BÁREZ, M. y VENTURA FRANCH, A., vol. 2, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022.
- FERRAJOLI, L.**, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2001.

29 GÁLVEZ, L. «Sinopsis del art. 14» actualizado por SIEIRA, S. Congreso de los Diputados, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>. Fuente consultada por última vez el 06/09/2025.

- FERRAJOLI, L.**, «Igualdad y diferencia», en *Igualdad y diferencia de género*, obra colectiva, coordinado Ferrajoli, L. y Carbonell, M., *Consejo Nacional para prevenir la Discriminación*, núm. 14, 2008.
- FERRAJOLI, L.**, *Manifiesto por la igualdad*, Trotta, Madrid, 2019.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Á.**, «El discurso jurídico: la mujer en la Constitución española», en *Las mujeres en la Constitución europea. Estudios multidisciplinares de género*, obra colectiva, coordinado FIGUERUELO BURRIEZA, Á. y LÓPEZ DE LA VIEJA, T. et. al, Ediciones Universidad de Salamanca-Centro de Estudios de la Mujer, colección Aquilafuente, Salamanca, 2005.
- HÄBERLE, P.**, *El estado constitucional*, trad. de H. Fix Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- HERVADA, J., ZUMAQUERO, J.M.**, *Los Textos Internacionales de Derechos Humanos*, Eunsa, Pamplona, 1978.
- KANT, E.**, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. García Morente, M., Espasa-Calpe, Madrid, 8.ª ed, 1983.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M.**, «La prohibición de discriminación por orientación sexual», *Estudios de Deusto*, vol. 58/1, Bilbao, enero-junio, 2010.
- MILIONE, C. Y CÁRDENAS CORDÓN, A.**, «Dignidad Humana y Derechos Fundamentales. Consideraciones en torno al Concepto de Dignidad en la reciente Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Derechos y Libertades*, núm.42, Época II, enero, 2000.
- MONTOTOY MELGAR, A.**, «Significado de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en *La igualdad sustancial de mujeres y hombres*, obra colectiva, coordinado Montotoy, A., Civitas, 2007.
- OEHLING DE LOS REYES, A.**, *La dignidad de la persona: evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2010.
- PAREJO ALFONSO, L.**, *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- PASCUAL LAGUNAS, E.**, *Configuración Jurídica de la Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Función Constitucional, Vlex, 2009.
- PASCUAL LAGUNAS, E.** «Función Constitucional», <https://vlex.es/vid/funcion-constitucional-208186131>
- PÉREZ LUÑO, A.**, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 5.ªed., Madrid, 1995.
- PÉREZ LUÑO, A.**, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007.
- PUY, F.**, «El derecho a la igualdad en la Constitución española, El principio de igualdad en la Constitución española», *XI Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, vol. I, 1991.
- REY MARTÍNEZ, F.**, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España, 1995
- REY MARTÍNEZ, F.**, «La discriminación positiva de las mujeres. (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de Madrid de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, núm. 47, mayo/agosto, 1996.
- REY MARTÍNEZ, F.**, «Igualdad y Prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, septiembre-diciembre, 2017.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.**, «Igualdad y discriminación», Tecnos, *Temas clave de la Constitución española*, 1986.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.**, «Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados», *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 13, 1996.

SUÁREZ PERTIERRA, G., «Artículo 14», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, obra colectiva dirigida ALZAGA VILLAMIL, O., Editoriales de Derecho Reunidas t. II, 1984.

SUY-RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la Justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.

TÁCITO, C. C., *La Germania* (J. Ezquerro, Trad.). Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2006.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y SOCIEDAD DIGITAL

Javier Tajadura Tejada

Catedrático de Derecho Constitucional de la UPV-EHU

Es un gran honor participar en el muy merecido homenaje a la profesora Ángela Figueruelo, quien a lo largo de su dilatada, fecunda y ejemplar trayectoria universitaria ha defendido siempre con tanto rigor como contundencia los valores de libertad e igualdad que fundamentan el constitucionalismo democrático. Esta obra colectiva concebida como un Homenaje a su persona y obra lleva por ello acertadamente el título «El Derecho de la igualdad y la libertad». Entre los múltiples y meritorios trabajos de la profesora Ángela Figueruelo, a lo largo de su dilatada trayectoria investigadora, destacan aquellos centrados en la parte dogmática del Derecho Constitucional, en la defensa de la igual libertad de todos los ciudadanos. En el momento presente el Derecho de la igualdad y la libertad está en crisis. Está gravemente amenazado por la emergencia —en el contexto de una nueva sociedad digital fruto de las transformaciones tecnológicas— de unos poderes privados salvajes (Ferrajoli) —las grandes plataformas tecnológicas— que, de no ser domesticados con éxito, podrían acabar aniquilando la libertad. En este contexto he creído oportuno dedicar mi contribución a este merecido homenaje a la profesora Figueruelo a poner de manifiesto la necesidad de adaptar el Derecho Constitucional al nuevo mundo digital.

1. Derecho constitucional y sociedad digital

El abate Sieyès, artífice del lenguaje y de las categorías sobre las que se ha construido el Derecho Constitucional contemporáneo expuso con meridiana claridad y acierto pleno que el Estado Constitucional se fundamentaba en el advenimiento de una nueva sociedad, la sociedad comercial, portadora de intereses y valores radicalmente distintos de los que asumió y defendió la sociedad del Antiguo Régimen. Con esas premisas, el más aventajado discípulo del abate, Benjamin Constant, formuló su clásica distinción entre la libertad de los antiguos y la de los modernos, identificando esta con la propia de una sociedad comercial. Innecesario es recordar que todos los procesos de cambio vividos en la economía y en la sociedad han repercutido necesariamente sobre la comprensión del Derecho Constitucional. Baste recordar los imprescindibles trabajos de Forsthoff en torno a las transformaciones del Derecho Constitucional derivadas del surgimiento en su momento de las sociedades industriales¹.

Aquellas sociedades industriales han sido reemplazadas hoy por «sociedades digitales» y ello plantea formidables desafíos al Derecho Constitucional. El profesor Balaguer —uno de los autores que con más rigor y profundidad se ha hecho eco en nuestra doctrina de esa imperiosa necesidad de adaptar la Constitución al mundo digital— ha advertido lo siguiente: vivimos en un «mundo digital tan tecnológicamente avanzado como constitucionalmente deficitario» (Balaguer, 2023: 30).

¹ La evolución del sistema capitalista —consustancial al desarrollo del constitucionalismo— explica también las grandes transformaciones del Derecho Constitucional: capitalismo comercial, industrial, financiero y hoy «de la vigilancia» basado en los datos.

La Constitución tiene como finalidad esencial y objetivo fundamental la garantía jurídica de la igual libertad de todos y el cumplimiento de esta función requiere inexcusablemente el establecimiento de mecanismos efectivos de limitación y control del poder. El constitucionalismo es incompatible con la existencia de poderes absolutos, ilimitados o sin control. En este contexto, en las sociedades digitales, el problema ya advertido por Lombardi —desde la segunda mitad del siglo pasado—, de los poderes privados reviste una intensidad sin precedentes. «Los factores de poder del mundo digital —advierte Balaguer— no se ajustan a las previsiones constitucionales» (Balaguer, 2023: 30). Existen en la actualidad unos poderes privados² —salvajes los denomina Ferrajoli— que no solo influyen decisivamente en los procesos comunicativos y en la configuración del espacio público, sino que pueden poner en peligro la integridad de los procesos electorales. «Los grandes agentes globales, los especuladores financieros y las compañías tecnológicas han desatado fuerzas que el Estado no puede controlar y ante las que la Constitución se encuentra inerme» (Balaguer 2023: 31). No es exagerado afirmar que se trata de un desafío existencial para el Derecho Constitucional o, dicho con otras palabras, que en el modo de afrontarlo se juega su propio futuro y supervivencia. En este contexto, no basta con regular las grandes plataformas tecnológicas y la inteligencia artificial para garantizar derechos, sino que es preciso además diseñar instituciones y procedimientos que hagan posible el control efectivo de estos poderes (Gomes Canotilho, 2019: 69). Es cada vez más urgente domesticar a los nuevos señores feudales (grandes plataformas tecnológicas) que actúan hoy como «poderes salvajes».

En el mundo digital, asistimos a una permanente lesión de nuestros derechos fundamentales. De nuestra actividad en internet se extraen una multitud de datos que afectan a nuestro derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones. Lo relevante es el uso que se da a esos datos. Valen mucho. Esos datos se procesan y se utilizan para enviar publicidad personalizada. Todos la hemos recibido. Esa publicidad individualizada se realiza en función de los datos extraídos y procesados de la persona y de los perfiles psicológicos que las compañías realizan de los usuarios. En 2016, en Estados Unidos, Facebook franqueó una barrera: pasó de la publicidad a la propaganda política subliminal personalizada.

Frente a estos peligros que por ser globales requieren respuestas jurídicas supranacionales ha reaccionado la UE a través, sobre todo, de la normativa sobre la protección de los derechos de los consumidores, en general, y específicamente con la protección de datos. Y más recientemente con los reglamentos reguladores de los mercados y los servicios digitales, así como con los proyectos de regulación de la Inteligencia artificial. Pero, a pesar de ello, no parece haber «una conciencia clara de la necesidad de proteger los derechos fundamentales directamente, tal y como han sido configurados en la Constitución» (Balaguer, 2023: 39). El peligro es mayor porque la cultura constitucional, —la cultura de los derechos— ha sufrido un grave deterioro. Reproduczo —por compartirlo plenamente— el acertado diagnóstico de Balaguer: «La escasa preocupación de los nativos digitales por su derecho a la intimidad se explica en gran medida porque han sido ‘dopados’ muy tempranamente por las compañías tecnológicas, con aplicaciones que están destinadas justamente a la exhibición pública y a la búsqueda de reconocimiento a través del uso de las redes sociales. Su cultura nada tiene que ver con la de la constitución sino con una visión mercantil de sus propios derechos que se activan solamente cuando consideran que el producto que reciben es deficitario» (Balaguer, 2023: 41).

En ese contexto, la realidad virtual produce satisfacción y genera dependencia. Frente a ello, el derecho y la cultura constitucional opera como un límite y se percibe como algo negativo. Balaguer advierte que se trata de un «paso más en la descomposición del orden constitucional» y denuncia el hecho de que estas compañías que tan devastadores efectos han provocado en el plano político, han respetado sin embargo el ámbito económico: «Resulta significativo que esta máquina generadora de caos en la que se han convertido las redes sociales y el impulso que han dado al populismo en Estados Unidos, Brasil y otros países, se haya limitado a los circuitos políticos y no haya afectado al tráfico económico. Si aplicáramos la proliferación de *fake news*, el desarrollo de

2 Se trata de compañías privadas que inciden decisivamente en el proceso político. En la medida en que ocupan buena parte del espacio público, aunque se rijan por el derecho privado, no es del todo exacto concluir que la naturaleza del poder que ejercen sea también privada. Ello obliga a replantearnos la dicotomía clásica de las categorías de público y privado. (Balaguer, 2022: 67).

la posverdad y la 'realidad alternativa' al ámbito económico o al tecnológico, el colapso económico sería inevitable» (Balaguer, 2023: 41)³.

Nuestro punto de partida para poder afrontar estos desafíos es el reconocimiento, por un lado, de que vivimos actualmente en un mundo híbrido en el que coexisten la realidad física y la realidad digital, y en el que esta última está experimentando un crecimiento formidable; y, por otro de que el derecho estaba pensado para la realidad física. Con estas premisas hay que abordar el interrogante que formula Balaguer «¿en qué medida la realidad híbrida puede ser una realidad compatible con la cultura jurídica que conocemos?» (Balaguer, 2023: 42). Ambas realidades tienen ámbitos diferentes. La realidad física es una realidad estatal y sometida al Derecho público mientras que la realidad digital es global y sometida al Derecho privado. El problema deriva del hecho de las relaciones entre ambas. El mundo virtual no se limita a reflejar el mundo real, sino que lo configura. Puede llegar a distorsionarlo en función de los intereses de los poderes que operan en ese mundo virtual: las grandes compañías tecnológicas. Una parte de la realidad ya no está sometida al Estado, esto es al Derecho, pero ello no significa que sea anómica, puesto que tiene sus propias reglas. Las normas que rigen la realidad virtual las establecen las compañías tecnológicas actuando en una posición de predominio sobre las personas a las que se dirigen. Lo grave es que esas reglas responden a una lógica no sólo distinta, sino —por sus consecuencias— incompatible con los valores y principios del Estado Constitucional. Un ejemplo bastará para comprenderlo: el 98 por ciento de los ingresos de Facebook proceden de la publicidad. Lo mismo ocurre con otras plataformas. Y en ese escenario, los datos son fundamentales, y no tienen valor jurídico o dimensión ética, sino solo una dimensión económica. La búsqueda de beneficio condiciona y determina los datos que extraen y la forma en que los procesan. El dato es una mercancía, y de esta forma, el ciudadano titular de derechos, se transforma en un mero consumidor generador de datos. (Balaguer, 2023: 42-47).

Todo lo anterior nos obliga a prestar especial atención a la irrupción de esas grandes plataformas en el espacio público y al modo en que han repercutido sobre el proceso democrático del Estado Constitucional.

2. Estado democrático y plataformas tecnológicas

La aparición de internet y de las redes sociales —y su uso masivo— es un hito de extraordinaria relevancia en la historia de la democracia⁴.

Yascha Mounk en su clarificador «El pueblo contra la democracia» nos recuerda como, en perspectiva histórica, durante siglos difundir información a un número elevado de personas fue muy complicado y tuvo un coste económico formidable. Para copiar un texto largo era necesario el trabajo de un monje o escriba profesional que debía transcribir palabra por palabra. Solo una élite disponía de la información en una sociedad en la que el analfabetismo era la regla. En ese contexto, era toda una hazaña compartir un texto con un centenar de personas. Esto funcionó durante toda la Edad Media como un poderoso factor de estabilización política: «los límites tecnológicos a la difusión de la palabra escrita ayudaban así a preservar la ortodoxia política y religiosa; estando la propagación de ideas tan firmemente bajo el control de prelados y soberanos, era comparativamente fácil acallar la disensión política y la herejía religiosa» (Mounk, 2019: 143).

Ello explica la trascendencia histórica que tuvo la invención de la imprenta. Gutenberg creó una máquina que —con el sistema de planchas maestras para páginas enteras— permitió realizar infinidad de copias a un coste menor y a una velocidad superior. Cambiaron así radicalmente las condiciones estructurales de la comunicación. Por primera vez en la historia, la comunicación de uno a muchos pasó a estar al alcance de un número significativo de personas. Con todo, todavía

3 Zuboff en su disección de lo que denomina capitalismo de la vigilancia acusa a estas compañías, y no le falta razón, de debilitar los fundamentos de la convivencia.

4 La posibilidad apuntada por Norberto Bobbio en 2003 de que sirvieran para profundizar en la democracia ampliando las posibilidades de participación ha sido desmentida por la realidad de las últimas dos décadas. La abundante bibliografía existente en torno a la crisis de las democracias constitucionales en la tercera década del siglo XXI confirma que la nueva estructura de la comunicación ha contribuido en mayor medida a la erosión de la democracia por el populismo iliberal en sus diversas manifestaciones, que a su fortalecimiento.

era preciso disponer del capital necesario para disponer de esa tecnología. Si se disponía de esos recursos alguien podía divulgar sus ideas a miles de personas. Sin la imprenta es dudoso que la Reforma de Lutero hubiera tenido éxito. Sus seguidores fueron los primeros en hacer uso sistemático de ella para imprimir 250.000 veces en pocos años sus tesis. La imprenta desempeñó un papel fundamental en el renacimiento de las ideas y en el proceso de alfabetización acaecido en los siglos XVI y XVII. Ahora bien, la difusión de las ideas reformistas trajo consigo también el conflicto interconfesional y las revueltas políticas violentas. Por ello, es preciso ser consciente de sus dos caras. Como advierte Younk, «la imprenta propagó muerte y no sólo alfabetización, esparció inestabilidad y caos, además de emancipación» (Mounk, 2019: 144).

Son muchos quienes han comparado en este siglo la tecnología digital con la imprenta. Nuestra imprenta es internet. Sin bajar la guardia frente a tentaciones cronocentristas (tendencia a creer que el momento histórico en que vivimos tiene una especial trascendencia para la historia de la humanidad) debemos admitir que también internet —de la misma forma que lo hizo la imprenta— ha modificado las condiciones estructurales de la comunicación. Durante los cinco siglos posteriores a la invención de la imprenta el coste de la comunicación disminuyó y la velocidad de transmisión aumentó. Con todo, a finales del siglo XX perduraban aun dos elementos estructurales del mundo de Gutenberg: la existencia de un número limitado de centros emisores de comunicación (cadenas de televisión, emisoras de radio, periódicos) frente a un número ilimitado de receptores; el formidable coste de emisión que hacía que la inmensa mayoría de ciudadanos no pudiera hacerse con ninguno de ellos.

Con la aparición de internet esas limitaciones desaparecieron. Cualquiera podía ya a muy bajo coste publicar y difundir cualquier mensaje en una página web. Sin embargo, aunque con ello se democratizó la comunicación de uno a muchos, resultaba difícil que muchas personas tuvieran siquiera conocimiento de la existencia de una concreta web. Las redes sociales hicieron desaparecer esa limitación. Al permitir el reenvío y la republicación de cualquier mensaje se puede llegar a un público amplísimo en minutos. Se ha transformado así la comunicación de muchos a muchos. Como consecuencia de este cambio radical, los actores tradicionales han perdido su poder para controlar la propagación de ideas.

Esto afecta radicalmente a la democracia constitucional concebida como un régimen de opinión pública. El cambio implica la pérdida de influencia de los medios tradicionales como intermediadores necesarios: «Veinticinco años atrás —escribe Mounk— los emisores tradicionales podían frenar la difusión de vídeos que podían ser de interés para millones de personas (...) simplemente negándose a emitirlos. Hoy en día, los emisores (las cadenas de televisión) tradicionales pueden negarse (y a veces se niegan) también a emitir contenidos (...) Pero su función como *gatekeepers* prácticamente ha desaparecido: cualquier contenido suficientemente viral se difundirá probablemente a través de las redes sociales tanto si los emisores tradicionales deciden moderarlo en sus medios como si no» (Mounk, 2019: 146).

Las redes sociales son hoy la plataforma que muchos enemigos de la democracia liberal —internos y externos— necesitan para intoxicar la vida política: «Hasta hace pocas décadas los gobiernos y las grandes empresas mediáticas ejercían un oligopolio sobre los medios de comunicación de masas. La consecuencia de ello era que podían fijar los criterios del discurso político aceptable. En una democracia que funciona, esto podía significar un rechazo a la publicación de contenidos racistas, de teorías de la conspiración o de mentiras puras y duras, y, con ello, una estabilización de la democracia liberal (...) Con el auge de las redes sociales, esa ventaja tecnológica se ha disipado prácticamente por completo (...) los vendedores de odio y los mercaderes de mendacidad lo tienen mucho más fácil para socavar los cimientos de las democracias liberales» (Mounk, 2019: 152).

Las redes sociales han adquirido en los últimos tiempos un protagonismo formidable y una indiscutible importancia para ganar todo tipo de elecciones. A ello se suma la pérdida de influencia de los medios de comunicación de referencia. Las redes con su caudal de información falsa y de discursos incendiarios pueden determinar el resultado de unas elecciones. También aquí observamos un peligrosísimo rechazo a la intermediación para la generación de la opinión pública. Los periodistas especializados, como todos los expertos en general, son despreciados. Las elecciones presidenciales norteamericanas de 2016 en las que la injerencia rusa tuvo un papel decisivo o el referéndum sobre el Brexit en el Reino Unido son los dos casos más significativos y de mayor trascendencia en cuanto han contribuido a la fragmentación de Occidente.

Por lo que se refiere al Brexit, tanto en la campaña del referéndum de 1974 como en el de 2016, la BBC —ente público audiovisual del Reino Unido caracterizado por su excelencia y neutralidad— desplegó una cobertura informativa completa sobre el tema. Con información veraz. Es decir, ofreció hechos frente al inmenso caudal de datos falsos y mentiras propagados por los partidarios del Brexit. Ahora bien, en 2016, aunque sería injusto decir que la profesionalidad y el buen hacer de la radiotelevisión pública del Reino Unido fueron vanos, lo cierto es que fueron insuficientes para impedir el desastre. Se puso de manifiesto, con toda crudeza, que la democracia representativa es un régimen de opinión pública, y no puede existir ni funcionar en un escenario en el que la desinformación, la mentira o la posverdad, se imponen sobre la información veraz.

Las redes operan como un instrumento de radicalización y polarización, y España no es la excepción. Proliferan en las redes mensajes que bordean los límites penales del discurso de incitación al odio y a la violencia, retóricas guerracivilistas, insultos y demonización del adversario, mensajes antisemitas, teorías conspiratorias varias, etc.

En este escenario es en el que se lleva a cabo la distorsión de la realidad —que no su reflejo— por parte de la realidad virtual que denuncia Balaguer. Las grandes compañías tecnológicas «potencian los datos malos, de manera que utilizan y les interesan más las *fake news* que los datos buenos, porque con los datos malos consiguen mayor rendimiento económico al atraer en mayor medida la atención del público». (Balaguer, 2023: 47). De esta forma se lleva a cabo una peligrosa transformación de la realidad. La realidad virtual distorsiona la realidad física. Y lo hace con una finalidad que nada tiene que ver con la pacificación del conflicto, sino con su exasperación. No es por ello exagerado concluir, siguiendo a Balaguer, que nos enfrentamos a un «cambio de época» que afecta incluso a nuestra propia percepción de la realidad. Cambio que afecta decisivamente al Estado Constitucional.

El Estado Constitucional fundamentado en el pluralismo otorga un papel central al Parlamento a quien se atribuye la tarea de alumbrar mediante el debate una verdad social (verdad que será siempre relativa). A ello coadyuvan los medios de comunicación por su destacado protagonismo en la construcción social de la realidad. Todos ellos, con sus diferentes puntos de vista —reflejo del pluralismo— contribuyen a la generación de unos relatos, una narrativa, en definitiva, una «verdad social», que resulta indispensable para la propia supervivencia del sistema. Dicho con mayor claridad, sin esa construcción social de la realidad, sin esa percepción común y compartida no es posible el funcionamiento de la democracia⁵.

El cambio de época que advertimos implica que los nuevos mediadores, las grandes plataformas tecnológicas de la comunicación cuyo protagonismo ha reemplazado al de los medios tradicionales, aunque teóricamente abiertos al pluralismo político, social e ideológico, en la praxis, promueven noticias falsas y potencian relatos alternativos e igualmente falsos, no por ninguna finalidad conspiratoria, sino simplemente porque así consiguen un público más amplio y por ende mayores ingresos publicitarios⁶. «Al potenciar las noticias falseadas y las realidades alternativas —denuncia Balaguer— generan una tensión sobre la realidad misma que tiene un gran potencial destructivo» (Balaguer 2023: 50).

Ahora bien, al destruir la realidad, están destruyendo la democracia. No deja de ser una singular y cruel paradoja que en nombre de los datos —esto es, de la realidad— se pueda llegar a cumplir la gran distopía romántica de destruir la propia realidad entendida como un conjunto de hechos objetivos y verificables. Y destruyendo la realidad y los hechos se destruye la democracia misma porque esta necesita para sobrevivir una dosis mínima de realidad y verdad (Aron, Arendt).

«Los nuevos mediadores —subraya Balaguer— generan un entorno en el que la libertad de expresión, en lugar de contribuir al debate democrático y a la articulación del pluralismo, se convierte en un instrumento de división social y de radicalización que genera una especie de

5 En los estados autoritarios, la falta de libertad determina una construcción falsa, esto es una reconstrucción de la realidad a la medida de los intereses del dictador, partido o grupo dominante.

6 Los algoritmos ni son neutrales ni se diseñan a sí mismos. Alguien los configura con una finalidad: reportar beneficios económicos. Por ello, la incompatibilidad entre ambas realidades, entre la constitución y los algoritmos, no es de tipo técnico, sino ideológica. (Balaguer, 2023: 52).

monismo plural en el que la incomunicación entre las diversas visiones del mundo es cada vez mayor» (Balaguer, 2023:49-50).

Estas grandes plataformas tecnológicas han contribuido a erosionar la cultura de los derechos fundamentales.

En este contexto las advertencias formuladas hace ya sesenta años por Giorgio Lombardi sobre la necesidad de proteger y garantizar los derechos fundamentales frente a los poderes privados revisten un nuevo significado (Lombardi, 1967). La emergencia de unos nuevos poderes privados —distintos de los hasta ahora existentes— las grandes plataformas tecnológicas, los recolectores y poseedores de los datos plantea desafíos desconocidos hasta ahora para el Derecho Constitucional. Se configuran como una suerte de poderes salvajes⁷ —en expresión de Ferrajoli (Ferrajoli, 2011)— cuya regulación —y domesticación— resulta imprescindible para la supervivencia de la libertad, y por lo que a nuestro tema interesa, para la preservación de la integridad de los procesos electorales.

Baste dejar aquí apuntado que el Derecho Constitucional del siglo XXI debe enfrentarse a este nuevo poder —ínedito en la Historia— consistente en la posesión y utilización de millones de datos de millones de personas. Un formidable poder que si no es oportunamente regulado y controlado puede acabar aniquilando la libertad y la igualdad de los individuos. Y un poder tan inmenso que no es susceptible de regulación a escala nacional. Las insuficiencias del Estado Constitucional para cumplir su función esencial y definitoria (la garantía de la igual libertad de todos) se manifiestan aquí de forma tan evidente como descarnada. La superación de este reto requiere una respuesta que necesariamente debe ser supranacional y multidimensional.

Bibliografía

- BALAGUER CALLEJÓN, F.** (2022): *La Constitución del algoritmo*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad,
- BALAGUER CALLEJÓN, F.** (2023): «La Constitución del algoritmo. El difícil encaje de la Constitución analógica en el mundo digital» en *Derecho Público de la Inteligencia artificial*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad.
- FERRAJOLI, L.** (2011): *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta.
- GOMES CANOTILHO, J.J.** (2019): «Sobre a indispensabilidade de uma Carta de Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia» en *R. Trib. Reg. Fed. La Regiáo*, Brasília, DF. Vol. 31/1.
- LOMBARDI, G.** (1967): *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli.
- MOUNK, Y.** (2019): *El pueblo contra la democracia*, Barcelona, Paidós.
- ZUBOFF, S.** (2020): *La era del capitalismo de la vigilancia*, Barcelona, Paidós.

7 La expresión «poderes salvajes» alude claramente a la «libertad salvaje y sin ley» de la que habla Kant como poder del más fuerte, en cuanto no sujeto a límites y reglas, que inevitablemente se afirma en el estado de naturaleza, por la falta de los límites jurídicos que caracterizan al «estado jurídico» o de Derecho (Ferrajoli, 2011: 45).

LA LEY Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ¿POR QUÉ LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES NO ESTÁ CONTENIDA EN BRASIL?

Sergio Victor Tamer¹

*Es verdad y forzoso reconocer que las leyes son necesarias de igual que las políticas públicas, pero hay que tener **un cambio en la cultura social** a punto de modificar la estructura social misógina de las sociedades.*

Este tema hace un cuestionamiento sobre las razones para la manutención de elevados índices de violencia en Brasil contra las mujeres en que pese la existencia de una legislación avanzada y tan justamente enaltecida como la «Ley María da Penha» y de otros mecanismos legales de enfrentamiento como la Convención de Belém do Pará, en vigor desde 27 de diciembre de 1995, e la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que ha sido sancionada desde 2 de marzo de 1984. Por su vez, en 9 de marzo de 2015 la Ley n.º 13.104, incluyó la calificadora del feminicidio en el código penal brasileño. Y la Ley n.º 10.778, de 24 de noviembre de 2003, establece la notificación compulsoria en el caso de violencia contra la mujer registrada en servicios de salud públicos o privados.

Las Naciones Unidas definen la violencia contra la mujer como «todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada». Y para la Organización Panamericana de la Salud², la violencia de pareja es la forma más común de violencia contra la mujer: un 38 % de los asesinatos de mujeres que se producen en el mundo son cometidos por su pareja masculina. La Organización acentúa, todavía, que los hombres que tienen un nivel de instrucción bajo generalmente han sido objeto de malos tratos durante la infancia, han estado expuestos a escenas de violencia doméstica contra sus madres y al uso nocivo de alcohol, han vivido en entornos donde se aceptaba la violencia y había normas diferentes para cada sexo, y creen que tienen derechos sobre las mujeres. Son ellos, por lo tanto, más proclives a cometer actos violentos. Por su vez, las mujeres que tienen un nivel de instrucción bajo han estado expuestas a actos de violencia de pareja contra sus madres, han sido objeto de malos tratos durante la infancia, han vivido en entornos en los que se aceptaba la violencia, los privilegios masculinos y la condición de subordinación de la mujer —corren, así, un mayor riesgo de ser víctimas de la violencia de pareja—.

1 **Sergio Victor Tamer**, é presidente do CECGP – Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública e da SVT FACULDADE DE ENSINO SUPERIOR; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco; doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca e pós-doutor pela Universidade Portucalense; é autor, dentre outras publicações, do livro «Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Executivo no Brasil» (Fabris Editor, RS, 2002); «Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias» (Fabris Editor, RS, 2005); «La garantía judicial de los derechos sociales y su legitimidad democrática». (Editora Ratio Legis, ES, 2018). Ex-secretário de Direitos Humanos do Estado do Maranhão (2009-2010) e ex-secretário de Justiça e Administração Penitenciária (2011-2012).

2 <https://www.paho.org/es/temas/violencia-contra-mujer>

Las situaciones de conflicto, posconflicto y desplazamiento —realiza la Organización—, «pueden agravar la violencia existente, como la infligida contra la mujer por su pareja y la violencia sexual fuera de la pareja, y dar lugar a nuevas formas de violencia contra la mujer». Posiblemente este puede ser el caso de Brasil, pues en que pese todo su aparato legislativo, los datos de la Organización Mundial de Salud apuntan para otra realidad. Es que Brasil ocupa una posición muy alta en el ranking mundial de homicidios de mujeres, específicamente el quinto lugar. Además, el país tiene una de las tasas más altas de feminicidios a nivel mundial, con 4.8 feminicidios por cada 100.000 mujeres, según la Organización Mundial de la Salud (OMS).

La gravedad del tema en Brasil - De hecho, el feminicidio definido como el asesinato de mujeres por motivos de género, es un problema grave en Brasil, a menudo vinculado a la violencia doméstica y la percepción de las mujeres como posesión. El Atlas de la Violencia 2025 revela que seis de cada diez casos de violencia contra mujeres ocurren en el hogar. Las mujeres negras son las principales víctimas de homicidios en Brasil, representando el 68.2 % de los casos. El aumento de la violencia letal contra las mujeres se ha registrado en las regiones Norte y Centro-Oeste, así como entre las mujeres jóvenes y las mujeres negras e indígenas. Pero la violencia contra las mujeres en Brasil no se limita a los homicidios; también existen altos índices de otras formas de violencia, como la física, sexual y psicológica, aunque a menudo son subnotificadas.

El escenario estadístico - Datos del Informe Anual Socioeconómico de la Mujer 2025, publicado en Brasilia por el Ministerio de las Mujeres³, señalan que en 2024 se registraron 1.450 feminicidios y 2.485 homicidios dolosos (con intención de matar) de mujeres, además de lesiones corporales seguidas de muerte. El feminicidio es el homicidio doloso de una mujer motivado por su condición de mujer, violencia doméstica o familiar, o discriminación, siendo, en estos casos, aplicado una pena mayor. En cuanto a otras formas de violencia contra las mujeres, el informe anual revela que Brasil registró el equivalente a 196 violaciones por día en 2024, totalizando 71.892 casos de violación de mujeres en todo el año pasado.

Los 11 estados que registraron las mayores tasas de feminicidio⁴ —muy superior a la media nacional— han sido: Alagoas, Amazonas, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraná, Piauí, Rio de Janeiro, Roraima e São Paulo. Juntos, esos estados registraron 757 feminicidios en 2024 – 50,7 % del total de los registrados en el país. En el año anterior, ese conjunto de estados había registrado 637 muertes del tipo, valor 18 % más abajo que el actual. El estado de Piauí registró la mayor escalada porcentual en términos de feminicidio: fueron 42,4 % de aumento en relación con 2023, con un salto de 28 para 40 muertes. El estado es seguido por Maranhão, con elevación de 37,8 % en los registros de casos, y por el Paraná, que tuvo un aumento de 33,7 %.

En Brasil, en el año 2025, se registraron más de 959.000 nuevos casos de violencia doméstica en el Poder Judicial. Además, se contabilizaron 828.000 procedimientos relacionados con medidas de protección de la Ley Maria da Penha. El Consejo Nacional de Justicia (CNJ) también registró 8.300 procesos sobre asesinatos de mujeres, un aumento con respecto a los 7.400 casos de 2023...

El planteamiento que se hace - ¿En suma, que pasa con la sociedad brasileña que continúa reportando altas tasas de violencia de género? ¿Por qué no funcionan las políticas públicas que deberían ser capaces de preservar y de garantizar las condiciones básicas de vida para niñas y mujeres, libres de la violencia endémica que persiste asombrosamente en Brasil? ¿Por qué las leyes y los Tratados no sirven de freno para ese descalabrado estadístico y tan real cuanto tenebroso?

La cultura social: un cambio necesario

Para los expertos, la violencia contra la mujer es resultado de una cultura patriarcal que está vinculada a los fundamentos de la sociedad. Y esta violencia se expresa de variadas maneras, desde

3 <https://agenciabrasil.ebc.com.br/es/direitos-humanos/noticia/2025-03/disminuye-la-violencia-letal-contra-las-mujeres-en-brasil>

4 Los datos fueron compilados por el Fórum Brasileiro de Segurança Pública - (FBSP), y componen el 19.º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. In <https://www.brasildefato.com.br/2025/07/24/feminicidio-aumenta-em-11-estados-brasil/>

el estupro hasta la violencia psicológica. Una cultura que privilegia el hombre, poniéndole en el espacio de poder. Esa desigualdad de género estructural, esa cultura que impone la desigualdad, que subyuga las mujeres por su género, es considerada la principal causa de la violencia. En ese sentido la violencia contra la mujer es un problema sistémico en nuestra sociedad. Es una cultura extremadamente violenta. Las causas, por tanto, estarían en las estructuras de nuestra sociedad.

Tomemos, por otro lado, como ejemplo, algo que está introyectado en nuestro imaginario social. Históricamente, la mujer es escogida como pecadora y diseminadora de maldades en el mundo. Véase, así, en la cultura griega, la misoginia en el mito de Pandora: la mujer que ha esparcido el mal en el mundo al abrir la misteriosa caja que no debería ser abierta. En la cultura judaico-cristiana, Eva ha sido la segunda opción del Criador y, además, la responsable pela expulsión de Adán del paraíso y, como consecuencia, provocadora de todos los males que la humanidad sufre hasta hoy.

En la Edad Media, hubo una histeria masiva impulsada por la Iglesia Católica cuando cientos de miles de mujeres fueron quemadas en la hoguera, acusadas de practicar la brujería. La Inquisición actuaba basada en las supuestas pruebas ofrecidas por los testigos, que estaban seguros de la condición de «bruja» de las acusadas. Esta ha sido la narrativa más difundida para legitimar la persecución, tortura y muerte de mujeres. Los líderes religiosos utilizaron la caza de brujas como una herramienta para consolidar su poder y cohesión social, identificando a las brujas como enemigas de la fe y de la sociedad. Las mujeres, especialmente aquellas que desafiaban las normas sociales (como mujeres independientes, curanderas o herbolarias), eran más propensas a ser acusadas de brujería. La caza de brujas sirvió también para mantener el control social sobre las mujeres y reafirmar el patriarcado.

Es verdad y forzoso reconocer que las leyes son necesarias de igual que las políticas públicas, pero hay que tener **un cambio en la cultura social** a punto de modificar la estructura social misógina de las sociedades.

En la percepción de Ángela FIGUERUELO⁵, el género, en cuanto categoría social, ha sido una de las contribuciones teóricas más importantes del feminismo contemporáneo. En su calidad de categoría interdisciplinar —explica la catedrática y directora del Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género de la Universidad de Salamanca— «desarrolla un enfoque globalizador y tiene en cuenta los rasgos y funciones psicológicos y socioculturales atribuidos a cada uno de los sexos en cada sociedad y en cualquier momento histórico». Define, así, la categoría de género, «...como una explicación sobre las formas que adquieren las relaciones entre los géneros en el marco de los procesos que operan dentro de la estructura social y cultural de las sociedades».

La palabra de la ONU

¿Y que habla la ONU? Para la UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito)⁶ «los impulsores de este tipo de violencia letal requieren respuestas personalizadas. Los asesinatos llevados a cabo por parejas íntimas rara vez son espontáneos o aleatorios, y deben ser examinados como un acto extremo en un continuo de violencia relacionada con el género que sigue sin denunciarse y con demasiada frecuencia es ignorado».

Las políticas públicas, segundo la Oficina de las Naciones Unidas, deben considerar, entre otros aspectos, que...

«Los asesinatos de mujeres y niñas relacionados con el género pueden evitarse mediante una mejor coordinación entre los servicios prestados por el estado y también mediante la participación de los hombres.

Las políticas públicas que buscan prevenir y reducir la violencia homicida deben tener en cuenta la demografía de las víctimas. Dependiendo de su edad y sexo, las personas pueden verse afectadas por el homicidio de diferentes maneras, y esto requiere respuestas con políticas públicas focalizadas.

5 In IGUALDAD: RETOS PARA EL SIGLO XXI, BURRIEZA, Ángela Figueruelo, pág. 61, Andavira Editora, coordinadora: Almudena Gallardo Rodríguez-

6 https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/HOMICIOS_EN_ESPANOL.pdf

Los asesinatos de mujeres y niñas relacionados con el género, medidos por la tasa de víctimas femeninas de homicidio que son asesinadas por parejas íntimas u otros miembros de la familia, se han mantenido estables en los últimos cinco años, lo que sugiere que las mujeres continúan soportando la mayor carga de victimización como resultado de los estereotipos de género y la desigualdad.

Los asesinatos cometidos por parejas íntimas u otros miembros de la familia afectan predominantemente a las mujeres. Los niveles de tales asesinatos parecen ser relativamente estables en el tiempo y muestran menos variación entre países que los de otras formas de homicidio. Combatir este tipo de homicidio requiere cambios estructurales a largo plazo que aborden la violencia doméstica a través de un enfoque holístico. Esto implica fomentar cambios en las actitudes hacia los roles de género, reducir la dependencia y proteger a las mujeres y otros grupos vulnerables a través de una política de cero tolerancias a la violencia. En países con tasas de homicidio relativamente bajas, y en las que las mujeres representan una gran parte o incluso la mayoría de las víctimas de homicidio, reducir aún más las tasas de homicidio seguirá siendo un objetivo difícil de alcanzar a menos que tales políticas tengan éxito en la reducción de los asesinatos por parte de parejas íntimas u otros miembros de la familia.

Las políticas que abordan esta forma de violencia contra las mujeres deberían involucrar activamente a los hombres en la lucha contra la violencia relacionada con la pareja/familia mediante la difusión de normas y valores culturales que promuevan la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de los roles de género estereotipados.

Las medidas **concretas** para involucrar a hombres y niños en la eliminación de la violencia contra las mujeres y, por lo tanto, el asesinato de mujeres y niñas por motivos de género, incluyen: **proporcionar educación a niños y niñas desde una edad temprana que promueva la igualdad de género; e implementar programas dentro de las comunidades locales dirigidos a cuestionar los estereotipos de género existentes, discutir las nociones de género y masculinidad, y transformar los roles de género.**

Los asesinatos de mujeres por parte de parejas íntimas representan la culminación de la violencia a largo plazo y pueden prevenirse. Es necesario implementar políticas públicas para garantizar que las mujeres tengan acceso a una amplia gama de servicios proporcionados por la policía, el sistema de justicia y las agencias de salud y asistencia social. Debería impartirse capacitación a la policía y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley para sensibilizarlos sobre las necesidades de las mujeres y garantizar que puedan identificar y responder adecuadamente a situaciones de abuso doméstico. No se debe tolerar la impunidad de los responsables de la violencia doméstica. Además, también debe haber políticas públicas que brinden fácil acceso a servicios de apoyo especializados, como refugios y líneas de ayuda, que pueden brindar a las mujeres el apoyo que necesitan para salir de una relación abusiva».

Así, más allá de la legislación y de una política pública eficiente, necesitamos de un auténtico cambio en la cultura misógina de nuestra sociedad. ¿Como promoverlo? La implementación del estudio arriba presentado por la Oficina de la ONU ya sería un bueno inicio...

EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA RELACIÓN LABORAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

César Tolosa Tribiño

Magistrado del Tribunal Constitucional

1. Introducción

El Tribunal Constitucional ha sentado una reiterada doctrina según la cual cualquier ciudadano disfruta en nuestro país de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional, sin más limitaciones que las que se derivan de su propia naturaleza. Dicho reconocimiento se realiza sin ningún tipo de matización en función de las características que pueden acompañar a dichos ciudadanos en relación con el ejercicio de los derechos fundamentales, si bien es cierto que uno de los problemas que se han planteado en la doctrina del tribunal, ha sido la posible modulación que en el ejercicio de los derechos fundamentales pudiera derivarse de la existencia de una relación laboral o de un contrato de trabajo en tanto en cuanto el trabajador presta sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, por lo que existen algunas peculiaridades en relación con determinados derechos fundamentales, derivados precisamente de esa vinculación y dependencia por parte del trabajador respecto de los poderes que ostenta el empresario.

Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, es preciso que los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues dada la posición preeminente de estos en el ordenamiento jurídico, la «modulación» que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio «ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin» (por todas, SSTC 170/2013, de 7 de octubre, FJ 3, y 146/2019, de 25 de noviembre, FJ 4; y, en tal sentido, con relación al alcance permisible de la restricción, SSTEDH de 29 de febrero de 2000, asunto *Fuentes Bobo c. España*, y de 12 de septiembre de 2011, asunto *Palomo Sánchez y otros c. España*).

La doctrina sobre el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores ha sido objeto de numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, debiendo partir de la doctrina general que equipara el disfrute de tales derechos al resto de los ciudadanos, sin especiales matizaciones en virtud de la sujeción a la relación laboral.

El principio general del que debemos partir, en todo caso, es que el trabajador goza plenamente de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, ya que la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano.

Tal y como señala el Tribunal Constitucional, «Los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen [...] que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquellos (STC 292/1993, de 18 de octubre) [...] Pero,

además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador.

En efecto, el contrato de trabajo no puede legitimar recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada del empresario. Pero, partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en esa organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental. Por ello, la relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él; sin que pueda olvidarse que es un marco que también ha contribuido a crear la voluntad del propio trabajador, en cuanto que encuentra su origen en un contrato (el de trabajo)».

En definitiva, para determinar en qué medida pueden verse afectados los derechos fundamentales del trabajador dentro de una relación laboral, resulta esencial valorar en cada caso el objeto del contrato de trabajo y la medida en que éste exija, conforme a las reglas de la buena fe, la limitación de un derecho fundamental para el cumplimiento y la satisfacción del interés que llevó a las partes a contratar.

Por tanto, como ocurre en general con todos los derechos fundamentales, no estamos ante derechos ilimitados, en tanto se encuentran limitados por la actuación empresarial en ejercicio de su facultad de dirección y control (**art. 20.3 ET**).

Podemos concluir, por tanto, que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Lo que hace necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Sentado lo anterior y en el momento de reflexionar sobre la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores, va a resultar necesario distinguir entre aquellos derechos de carácter estrictamente laboral y aquellos otros que son ejercidos por igual por el conjunto de los ciudadanos, con independencia de su sujeción a un contrato de trabajo, centrandó nuestro análisis en estos últimos dado que han sido en tal ámbito donde han surgido los principales conflictos a la hora de establecer los posibles límites a su ejercicio.

2. Derecho de igualdad en el ámbito laboral

Constituye el derecho fundamental más aplicado en los conflictos laborales.

El art. 4.2 c) del estatuto de los trabajadores, reconoce genéricamente el derecho «A no ser discriminadas directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleados, por razones de estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación o no a un sindicato, por razón de lengua dentro del Estado español, discapacidad, así como por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral».

Por su parte el art. 17 refuerza este principio al establecer que no podrá existir discriminación en el acceso al empleo ni en las condiciones laborales por motivos como sexo, estado civil, origen racial o étnico, religión, discapacidad, edad, orientación sexual, identidad de género, condición social o afiliación sindical, entre otros.

Señala la Sentencia 39/2002 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 14 de febrero, que: «la virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se

inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretas de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

Se trata de un derecho que ha sido objeto de desarrollo legislativo, por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que transpuso a nuestro ordenamiento interno las directivas en materia de igualdad de trato, 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, así como la Directiva 2004/113/CE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Es importante destacar que el principio de no discriminación se aplica en todas las fases de la relación laboral, esto es, en el acceso al empleo, en el establecimiento de las condiciones de trabajo y en la extinción de la relación laboral.

En efecto, como señalara la STC 214/2006, de 3 de julio, FJ 3, se ha apreciado la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación, «aun sin encontrarse vigente una relación laboral». Asimismo, la STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 3, declaró que no puede sostenerse en modo alguno que «solo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza discriminatoria...».

Por su parte, al tratar sobre la posible desigualdad derivada de la duración de la relación laboral, según pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia del TJUE de fecha 21 de noviembre de 2018), el concepto de «condiciones de trabajo» debe interpretarse en el sentido de que un empresario estará obligado a abonar indemnización a un trabajador por finalización de contrato de duración determinada, para garantizar su principio de no discriminación e igualdad de trato. En concreto, el Acuerdo marco entre los interlocutores sociales europeos sobre el trabajador de duración determinada, aplicado por la Directiva 1999/70/CE, señala que «por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».

Por fin, en lo relativo a la extinción del contrato, son numerosas las resoluciones que han partido de la existencia de discriminación a la hora de calificar el despido como nulo.

No obstante, esta extensión en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales, tal y como se recuerda en la STC 153/2021, de 13 de septiembre «desde la STC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2, el Tribunal ha precisado que, si bien la aplicación del principio de igualdad no resulta excluida, su aplicación se encuentra sometida a una ‘importante matización’ debido al principio de autonomía de la voluntad. En los términos que reitera en la STC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 2, hemos advertido que, en desarrollo del art. 14 CE, ‘[l]a legislación laboral [arts. 4.2 c) y 17 del estatuto de los trabajadores (LET)] ha establecido la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en sentido absoluto. Ello no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral (SSTC 197/2000, de 24 de julio, FJ 5, y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5)’» [FJ 3 b)].

3. La discriminación indirecta por razón de sexo

Esta cuestión ha sido objeto de especial tratamiento en el Auto 89/2024, que recuerda que «la particular prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado, objeto históricamente de infravaloración social,

económica y jurídica, “se conecta también con la noción sustancial de igualdad”. Y esta conexión “permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no solo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta”; puesto que, como se ha recordado recientemente, “a día de hoy las mujeres aún soportan situaciones de desigualdad y dificultades específicas que se traducen, entre otras consecuencias, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en una mayor dificultad para conciliar la vida personal, familiar y laboral, particularmente por razón de la maternidad”» (STC 71/2020, de 29 de junio, FJ 3).

Según ha declarado la STC 71/2020, en relación con la cláusula de no discriminación por razón de género del art. 14 CE: «a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricta».

Respecto a la discriminación indirecta por razón de sexo, la doctrina constitucional ha asumido el concepto elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para referirse a aquellas medidas que, aunque formuladas de manera neutra, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres. Tales medidas están prohibidas salvo que estén justificadas por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo [por todas, SSTC 91/2019, de 2 de julio, FJ 4 c), y 11/2023, de 23 de febrero, FJ 3 B) a)]. Según señaló el tribunal en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, «en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho» (FJ 7).

La incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, pues deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 6), ya sean datos estadísticos aportados por el órgano judicial promotor de la respectiva cuestión de inconstitucionalidad o datos estadísticos actualizados de oficio por propio tribunal (STC 253/2004, FJ 8).

4. El derecho a la intimidad del trabajador

El derecho a la intimidad, es un derecho de la personalidad con rango de derecho fundamental recogido en el art. 18 de la Constitución, así como en el artículo 4.2 ET y en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Puede definirse como la facultad de toda persona para decidir y controlar la información de carácter privado que un tercero puede conocer.

Este derecho, tradicionalmente reducido al ámbito personal y familiar, debe ser protegido igualmente en el ámbito de la relación laboral, ya que «esta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo» (STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2, cuya doctrina se reitera posteriormente).

En efecto, el Tribunal Constitucional se ha ocupado, en numerosas ocasiones, del derecho fundamental a la intimidad personal en las relaciones de trabajo, resolviendo positivamente la premisa de que ese derecho fundamental se ejerce en el ámbito laboral del que no es separable la propia esfera de desenvolvimiento del individuo (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 6; 186/2000, de 10 de julio, FFJJ 5 y 6).

De esta forma, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad conecta con el derecho de la personalidad (de la privacidad), que deriva de la dignidad humana e «implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de

los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana».

En este sentido dispone el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores que «en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad [...]».

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional reitera como antes se ha señalado, la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar, en modo alguno, la privación de tales derechos para quienes prestan servicio en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo. Pero, a su vez, el ejercicio de estos derechos admite limitaciones o modulaciones en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente, como son el derecho a la propiedad y la libertad de empresa (arts. 33 y 38 CE), que imponen la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos.

Dentro de los complejos problemas que puede plantear el derecho a la intimidad del trabajador en la relación laboral, voy a ceñirme a la incidencia que, sobre dicho derecho, tiene el poder de control de la prestación laboral, recogido en el 20.3 ET cuando establece que «el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales».

El precepto concede al empresario «un amplio margen de discrecionalidad» a la hora de elegir los instrumentos de control, de modo que «se permite la utilización de cualquier medida o medio de control, sin excluir a priori ninguno de los posibles actualmente conforme a nuevas tecnologías».

En principio, los artículos 20.3 y 20 bis ET no concretan las medidas de control que pueden ser utilizadas por el empresario en orden a verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, limitándose a señalar el art. 20.3 ET que aquél está facultado para utilizar las que estime más oportunas. Por tanto, corresponde al empresario definir las medidas de vigilancia, siempre que las mismas guarden la consideración debida a la dignidad del trabajador, lo que significa que las mismas no podrán ser arbitrarias, sino que el empleador deberá adoptar las más acordes con la tutela de la dignidad del trabajador e ir dirigida única y exclusivamente a verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales.

Dentro de esas medidas, el Tribunal Constitucional, al igual que los Tribunales ordinarios, ha dedicado especial atención a la utilización de medios tecnológicos para el control de la actividad de los trabajadores, análisis que, como no podía ser de otro modo, conecta el derecho a la intimidad con el derecho a la protección de datos, siendo reveladora, en este sentido, la STC 119/2022, de 29 de septiembre, que estimó el recurso de amparo interpuesto por la empresa contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y el auto del Tribunal Supremo que consideraron ilegal una prueba procedente de una cámara de seguridad de la empresa para despedir a un trabajador. Como medio de prueba, la empresa aportó la grabación de una cámara de videovigilancia colocada en el interior del centro de trabajo, dentro del sistema general de seguridad de la empresa, que aparecía anunciado mediante un cartel colocado en el exterior del centro, en el que constaba «zona videovigilada», circunstancia que motivó que la prueba fuera declarada constitucionalmente válida, dado el conocimiento que de su existencia tenía el trabajador despedido.

5. La libertad de expresión de los trabajadores y sus posibles consecuencias disciplinarias

La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de libertad de expresión y despido de trabajadores han establecido un marco normativo fundamental que protege ese derecho fundamental en el ámbito laboral.

Así, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la libertad de expresión es un derecho fundamental que no solo se aplica en el ámbito público, sino que también se extiende al entorno laboral, siempre que la expresión no afecte gravemente a la buena fe contractual. Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha matizado que el despido de un trabajador por ejercer su derecho a la libre expresión puede considerarse nulo si se determina que dicho despido es desproporcio-

nado, además de haber establecido que la justificación del despido debe ser rigurosamente analizada, considerando el contexto y el contenido de las manifestaciones realizadas por el trabajador.

En conclusión, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han configurado un equilibrio entre los derechos de los trabajadores y las necesidades de las empresas, promoviendo un entorno donde la libertad de expresión se respete y, al mismo tiempo, se salvaguarde la convivencia en el ámbito laboral.

El TEDH en la sentencia *Herbai vs Hungría* de 5 de noviembre de 2019, ha tratado de establecer en el análisis del art. 10 del Convenio (derecho a la libertad de expresión) un «test» valorativo que los tribunales de los Estados miembros deberían aplicar al ponderar la restricción de dicho derecho en el ámbito de la relación laboral: 1) la naturaleza del discurso, expresión u opinión preferida por el trabajador. 2) la motivación del trabajador, examinando el origen del acto (si supone un agravio personal respecto de terceros o el empresario, o un intento de obtener una ventaja personal, incluyendo el beneficio económico). 3) el daño que el ejercicio de dicho derecho fundamental haya causado o podido causar al empleador y 4) la gravedad de la sanción impuesta.

Por fin, puntualizar que los representantes de los trabajadores gozan de una protección especial en el ejercicio de su libertad de expresión al defender los intereses de los trabajadores, lo que puede justificar un mayor margen de crítica o queja, como se recoge en sentencias como la STC 89/2018.

6. La libertad ideológica del trabajador

La cuestión referente a la libertad ideológica del trabajador ha sido analizada recientemente en la Sentencia 79/2023, de 3 de julio que estima el recurso de amparo interpuesto por el director en Madrid de una sucursal bancaria que fue despedido por participar activamente en una manifestación pública en defensa de los ciudadanos del Valle del Rif en la que se denunciaba la situación política en la que se encontraba la región dentro del Reino de Marruecos.

Debemos empezar por señalar que el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16.1 CE es esencial para nuestro Estado social y democrático de Derecho por su estrecha vinculación con el pluralismo político (SSTC 177/2015, de 22 de julio, FJ 5, y 81/2020, de 15 de julio, FJ 12).

Este derecho, según la doctrina constitucional, comprende, como dimensión interna, la posibilidad de «adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne, y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones» y, como dimensión externa, un «*agere licere*, con arreglo a las propias ideas» sin sufrir por ello sanción o demérito, ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos o de los particulares (SSTC 81/2020, FJ 12, y 93/2021, de 10 de mayo, FJ 7), añadiendo que dado que sin ella no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 CE para constituir el Estado social y democrático de Derecho, se hace necesario que su ámbito no se recorte ni tenga «más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley», como expresamente determina el art. 16.1 CE (STC 190/2020, de 15 de diciembre, FJ 3).

Por otro lado, también se ha subrayado el vínculo que tiene la libertad ideológica con la libertad de expresión, en la medida en que la libertad de ideas conlleva el derecho a expresarlas libremente, garantizado en el art. 20.1 a) CE (SSTC 177/2015, de 22 de junio, FJ 5, y 190/2020, de 15 de diciembre, FJ 3); y también con el derecho de reunión (art. 21 CE), «al permitir, a través de una asociación transitoria de personas, la manifestación colectiva de la libertad de expresión, sirviendo al intercambio o exposición de ideas, a la defensa de intereses o a la publicidad de problemas y reivindicaciones, constituyendo, por tanto, un cauce relevante del principio democrático participativo».

Partiendo de lo anterior, concretamente con relación al derecho a la libertad ideológica, el Tribunal Constitucional, ha apreciado que la misma puede sufrir restricciones cuando el trabajador presta servicios en empresas de tendencia ideológica, como ocurre en el caso de los centros educativos privados que cuentan con un ideario definido. De tal modo que, cuando se realiza una «actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro docente», puede estar justificado el despido del trabajador al que se le impute tal conducta si resulta probado «el ataque abierto o solapado» a ese ideario. No obstante, se matiza que, incluso en tales casos en los que puede estar justificada la injerencia empresarial en el disfrute del derecho, esta no puede ser ilimitada, ya que

la simple disconformidad de un trabajador respecto a tal ideario no puede ser causa de despido «si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en algunas de las actividades educativas del centro» (SSTC 47/1985, de 27 de marzo, FJ 3, y 106/1996, de 12 de junio, FJ 3).

La anterior doctrina no puede trasladarse, sin embargo, a los supuestos en los que el trabajador realiza dentro de la empresa una actividad «neutra», o bien es la propia empresa la que se dedica a una actividad calificable como tal, al no estar vinculada a un ideario (STC 106/1996, de 12 de junio, FJ 4), supuestos en los que las creencias ideológicas que pudiera tener y manifestar el trabajador resultan irrelevantes para desempeñar las prestaciones dimanantes de su contrato laboral, y la expresión, individual o colectiva no puede ser motivo de sanción empresarial.

ALGUNOS PRINCIPIOS BÁSICOS PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO. HOMENAJE A LA MAESTRA ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA

Pedro R. Torres Estrada

Profesor afiliado a la Universidad Autónoma de Nuevo León¹

Este artículo, que escribo en homenaje a mi maestra Ángela Figueruelo, tiene la idea de poder hablar sobre la influencia que la profesora tuvo en mi carrera como profesor universitario con más de 20 años de servicio magisterial en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (Tec de Monterrey) en México.

Sería más fácil para mí escribir sobre la influencia que tuvo la profesora en la parte jurídico-constitucional, ya que me bastaría con buscar en mis escritos y publicaciones las partes donde claramente podría desentrañar su pensamiento; sin embargo, para encontrar la influencia que ella tuvo en mí en el campo de la docencia, tuve que entrar a lo más profundo de mis sentimientos de mi carrera como profesor universitario, y ahí descubrir los principios básicos que me han guiado como maestro.

He descubierto que buena parte de estos postulados son influencia directa de mis vivencias experimentadas en la Universidad de Salamanca con la profesora Figueruelo y vividas en el Tecnológico de Monterrey durante estos primeros 20 años, los cuales pongo a su consideración en este muy merecido homenaje a la maestra.

Primer principio. El maestro no solo debe enseñar los datos, el maestro debe enseñar al alumno el contexto de los mismos, tratando de ser lo más aséptico posible

En el momento en que vivimos, las disciplinas del derecho no se mantienen establecidas en estancos separados, sino que interactúan con otras como puede ser el caso del derecho y la economía, el derecho y la historia o el derecho y la política pública. Esta última interacción ha sido en la que me he movido en los últimos años².

No podemos negar que recientemente la información ha cobrado un papel muy importante en todas las áreas del saber. De tal manera que al día de hoy se identifica que la materia prima de este siglo son los datos³.

1 Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel II (México)

2 Ver *Políticas Públicas para la prevención de lavado de dinero*, Coord. Pedro RUBÉN TORRES ESTRADA y Tony PAYAN, Tirant lo Blanch, 2022; *Los razonamientos Jurídicos de la Política pública*, Tirant lo Blanch, 2018; *Derecho y Política Pública*, Tirant lo Blanch, 2015; *Políticas Públicas para la Justicia*, INACIPE – Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014.

3 Revisar EBOIGBE, E. O., FARAYOLA, O. A., OLATOYE, F. O., NNABUGWU, O. C., & DARAOJIMBA, C. (2023). «Business intelligence transformation through AI and data analytics». *Engineering Science & Technology Journal*, 4(5), 285–307; AHMED, S., & MISKON, S. (2020). «IoT driven resiliency with artificial intelligence, machine learning and analytics for digital transformation». In *2020 International Conference on Decision Aid Sciences and Application (DASA)* (pp. 1205–1208). IEEE. DOI: 10.1109/DASA51403.2020.9317177.

Es muy común escuchar las cifras de cuántas veces se ha modificado cierto artículo constitucional, asimismo ya se pueden aportar datos para ver qué tanto se les está dando vida o materialidad a los derechos humanos. Por ejemplo, en el derecho a la salud se puede identificar si la expectativa de vida ha subido o se ha reducido, si la mortalidad infantil ha aumentado o por el contrario ha disminuido. También, por ejemplo, podemos analizar en el caso de los derechos digitales, cuántas personas tienen acceso a internet en una comunidad, el número de gobiernos locales que prestan servicios a través de plataformas digitales en un país, o el número de tribunales virtuales que acercan la justicia a las personas⁴.

En los últimos años la cantidad de información disponible y a la cual tenemos acceso nos tiene que mover como docentes a optimizar el tiempo para generar criterios de discriminación de dicha información. En este sentido, no hace mucho tiempo cuando uno estaba escribiendo su tesis doctoral era común que nuestros maestros nos preguntaran si «*ya habíamos agotado la información sobre el tema de estudio*». Hoy en día, la pregunta se transforma a «*¿cuál fue el método que se utilizó para discriminar la información?*», esto debido a que sería muy difícil para un estudiante agotar todas las fuentes existentes en determinados temas por la cantidad de datos a la cual tenemos acceso⁵.

Todo esto resulta un reto para el maestro y para el alumno, porque en el tema de los datos, estos se convierten en una herramienta cuantitativa para poder demostrar o situar el objeto de estudio. Pero no puede ser el único elemento de convicción para tratar de demostrar una hipótesis.

Es aquí donde el maestro debe contextualizar con el alumno esos datos, partiendo de las circunstancias que los rodean y tratando de explicarlos a la luz de otras disciplinas. Lo anterior, buscando no de tratar de justificar esas cifras, sino de explicarlas, siendo lo más aséptico posible en el tratamiento de esta información («*yo soy yo y mis circunstancias*» Ortega y Gasset)⁶.

En este momento de saturación de información, el maestro tiene un mayor reto para hacer del alumno un ser más analítico de lo que observa en su realidad y cuidar que no haga aseveraciones tajantes basadas solo en el dato puro y duro⁷. Por otro lado, el profesor no debe dejar las herramientas que nos ofrece la tecnología, como puede ser el manejo de grandes bases de datos que ya existen o la inteligencia artificial que ahora no solo permite procesar datos sino también generar análisis y conocimiento con la información que se le alimenta^{8 9}.

No obstante, sobra decir aquí que estas herramientas son eso, *herramientas*, por lo que estas no deben reducir la capacidad analítica de las personas¹⁰. Por lo anterior, es misión del profesor

4 Ejemplo de la importancia de los datos y el acceso a ellos para garantizar los derechos humanos, puede ser vista en los Objetivos de Desarrollo Sustentable de la Organización de las Naciones Unidas ONU, específicamente en el ODS 16. Paz, Justicia e instituciones sólidas. En este ODS se promueve la transparencia, la participación ciudadana y la rendición de cuentas a través de iniciativas de Gobierno Abierto, como un primer paso para el cumplimiento del Estado de Derecho. Revisar CEPAL (2025) Desde el gobierno digital hacia un gobierno inteligente. <https://biblioguias.cepal.org/gobierno-digital/gobierno-inteligente-datos-abiertos>; World Justice Project (2024) Índice de Estado de Derecho en México <https://index.worldjusticeproject.mx/>

5 Umberto Eco (1982). *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*. http://www.economia.unam.mx/cedrus/pdf/Como_se_hace_una_tesis.pdf

6 ORTEGA Y GASSET, José (1984) *Meditaciones del Quijote*.

7 Revisar el trabajo de MIÑONES CRESPO, Ramón (1999) «El exceso o sobrecarga de información en la sociedad de la información». *La gestión de la diversidad: XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispanofrancés, Logroño (La Rioja)*, 16, 17 y 18 de junio, 1999 / coord. por Juan Carlos Ayala Calvo, Vol. 1, 1999, ISBN 84-95301-10-5, págs. 1057-1064 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=565134>

8 Revisar el trabajo de SÁNCHEZ VERA, M. del M. (2023). «La inteligencia artificial como recurso docente: usos y posibilidades para el profesorado». *EDUCAR*, 60(1), 33-47. <https://doi.org/10.5565/rev/educar.1810>

9 Revisar el trabajo de TOMAÉL, María y colegas (2001) «Evaluación de fuentes de información en Internet: Criterios de Calidad». *Ciencias de la Información*, Volumen 32, No. 2, agosto. <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-135806/28%20tomaeletc.pdf>

10 Enes KÜÇÜK, Fidaye CINCIL, & Yasemin KARAL. (2025). «Systematic Review of the Ethical Use of Artificial Intelligence (AI) Tools in Education». *Journal of Theoretical Educational Science*, 18(2), 385-412.

orientar al alumno en el uso de ellas, cuidando que estos instrumentos no debiliten la capacidad de pensamiento del alumno, ni su capacidad crítica. Recordemos que la generación de conocimiento por parte de la inteligencia artificial va a depender de los criterios y algoritmos que introduzcan las empresas que prestan este servicio.

Por lo anterior, es posible que, dependiendo del buscador consultado, se obtengan análisis distintos de acuerdo con los criterios con los que estas herramientas procesan los datos y generan sus resultados¹¹. Si dejamos que el alumno cada vez más utilice estas herramientas y utilice menos sus capacidades críticas propias, lo haremos dependiente intelectualmente de esta nueva forma de influencia en el pensamiento del hombre. Con el tiempo, si dejamos de alimentar a la IA con nuevos conocimientos, esta va a debilitarse, igual que nosotros si nos hacemos dependientes de ella.

Segundo principio. Alertar al alumno que no todo lo que es bueno en otro país es bueno para el suyo, siempre debe haber un método para analizar otros contextos

Cuando uno viaja a estudiar a otro país, en ocasiones tiene la tentación de comparar *prima facie* todo lo que va estudiando y lo que considera que es una buena práctica. Con el tiempo, y con el mejor afán de perfeccionar su realidad, introduce estas prácticas a sus estudios, pudiendo caer en aseveraciones que no necesariamente pueden ser aplicables a su contexto nacional o institucional.

En este punto, recuerdo las enseñanzas de la maestra Figueruelo acerca de no hacer aseveraciones solo basándonos en el contraste de la literalidad de las normas o de los modelos estudiados y plantearlos a nuestra realidad, sin antes pasar por un estudio sosegado y metodológicamente sustentado.

En mi caso me tocó hacer como tesis doctoral un estudio comparado entre el municipio mexicano y el municipio español y sus mecanismos de defensa. Y es ahí donde la profesora Figueruelo nos guio sobre los elementos mínimos con los que debe contar una persona para arrancar un estudio comparado, como es el caso de *conocer el idioma* del modelo jurídico que se quiere estudiar.

En este sentido, viene a colación la anécdota de un alumno que en la Universidad de Salamanca fue a preguntarle a la Profesora Doña Gloria Begué su opinión acerca de realizar un estudio sobre el modelo occidental de derecho y su contraste con el modelo aplicado en los países árabes. La respuesta de la profesora Begué fue sencilla pero contundente, le preguntó al alumno «¿sabe usted leer y comprender el idioma árabe?».

Cosa similar le pasó al académico mexicano Miguel de León Portilla, hoy referente en el estudio del México Azteca, cuando le fue a preguntar a un clérigo católico estudioso de los códigos antiguos mexicanos, sobre la investigación que él quería realizar acerca de este tópico. El clérigo también le preguntó si él sabía interpretar el náhuatl. En el caso de este último, optó primero por ponerse a estudiar el náhuatl y luego proseguir con su estudio hasta convertirse en una lectura obligada en México y el mundo.

Aspectos tan elementales como estos, son los que un profesor tiene que hacer ver a sus alumnos. Asimismo, el explicarles que no solo tienen que *estudiar y contrastar la ley formal, sino sobre todo la ley material*¹². Es decir, aquella que es la que realmente se aplica en los modelos de estudio.

Si estudiábamos el modelo federal mexicano del siglo XX, podíamos ver que formalmente podían entenderse sus funciones, pero ese modelo no era aplicable en la realidad dada la concentración política ejercida por un partido político y el presidente de la República en turno; además de la falta de mecanismos jurídicos para hacerlo valer y de una Suprema Corte independiente que pudiera resolver sin presiones políticas.

En este contexto, la profesora Figueruelo ha sido maestra de una importante generación de alumnos que han recalado en América y creo que este fue parte de su reto y su legado, no solo al enseñar sus conocimientos, sino a la vez ser cautelosa y señalar que no todo lo que era bueno para España necesariamente era bueno para los países de Iberoamérica.

11 Revisar artículo Google (2025) Generamos y posicionamos los resultados automáticamente. Posicionamiento de resultados. https://www.google.com/intl/es_ALL/search/howsearchworks/how-search-works/ranking-results/

12 MORTATI, Constantino. (1998). *La costituzione in senso materiale* (1940). Milan: Giuffré.

En tal sentido, sus recomendaciones de revisar aspectos como las *formas de distribución del poder* en nuestros países, tanto de manera vertical como horizontal, el sistema político, las élites políticas (sindicatos, empresarios, medios de comunicación), así como la burocracia, cobran sentido a la hora de identificar los principales elementos que deben ser tomados en consideración antes de adaptar una institución a otro país, como fue, en el caso mexicano, la reforma constitucional penal y su instrumentalización¹³.

También dentro de las recomendaciones de la maestra destaca no olvidar el contexto internacional. Hoy en este elemento lo estamos viendo, por ejemplo, en la relación de los EE. UU. con el mundo, especialmente con México, donde sus instituciones y políticas públicas son influidas por esta relación y cuya economía está muy integrada con la de los EE. UU., sobre todo en las cadenas de suministro entre los estados del norte de México y los del sur de los EE. UU.¹⁴. Esto hace de esta variable un tema elemental para entender las instituciones y el sistema político mexicano en la historia y sobre todo a partir del segundo periodo de gobierno del presidente Trump.

La recomendación de revisar factores como delincuencia organizada también va a influir en el desarrollo institucional y en las formas en cómo se controla el poder. Ejemplos de estos casos es Colombia o México con el tema del narcotráfico¹⁵.

Pienso que esta parte de mi paso por Salamanca me marcó para estar en constante alerta de no querer importar de manera automática cosas que son buenas en otros contextos. Aunque tampoco podemos perder de vista que el ejercicio de la comparación, de viajar y ver otras realidades, nos ayuda a mejorar nuestras instituciones. Como es el caso de los constitucionalismos locales en los modelos federales¹⁶, donde no solo hay que ver lo que pasa en otros países, sino también qué pasa en otros estados de la unión y que todo esto puede enriquecer a las democracias locales, que al final esta es una de las máximas de los federalismos, «*lograr en el ámbito de lo local, la maximización de los derechos humanos*». Lo anterior, nos permite continuar con una de las lógicas que ha existido desde las polis griegas, donde los gobiernos se beneficiaban de que las ciudades fueran pequeñas para tener la mayor participación directa del votante.

Tercer principio. El profesor no debe prejuiciarse ni para bien ni para mal de los apellidos que aparezcan en las listas de asistencia

La función del profesor es tratar a todos sus alumnos por igual y debe cuidar que no exista ningún beneficio ni castigo para los alumnos derivado de su familia, linaje, prosapia, estatus económico ni de las acciones buenas o malas de sus antecesores.

También un profesor no tiene que voltear a ver si el alumno es extranjero, si es americano o europeo, qué religión profesa o simplemente si es hombre o mujer. El profesor debe ser un actor que busque igualar las condiciones de los alumnos cuando exista alguna situación de desventaja en el grupo.

En este sentido, para un mexicano que fue a otra universidad donde las condiciones que tenían los extranjeros pudieran ser más difíciles que las de los originarios, mi estancia y vivencia estudiantil se vio atenuada por el trato humano que la profesora Figueruelo fomentaba y cuidaba en sus clases y seminarios.

13 Revisar el texto de Torres ESTRADA, P. (2012) *Reforma constitucional penal en México y su instrumentalización*. Porrúa. EGAP. Tecnológico de Monterrey. En este trabajo se analizan buena parte de los puntos básicos que deben considerarse antes de pensar en adoptar una nueva institución o política pública.

14 Revisar el artículo del U.S. DEPARTMENT OF STATE (2024) U.S. Relations with Mexico. <https://2021-2025.state.gov/u-s-relations-with-mexico/>

15 Revisar el documento de KOONINGS, Kees y KRUIJT, Dirk (2023) «Hybrid violence and criminal governance in Latin America». *Social Sciences & Humanities Open*, Volume 8, Issue 1. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2590291123002280>

16 TORRES ESTRADA, Pedro y BARCELÓ ROJAS, Armando (2008) «La reforma del estado: experiencia mexicana y comparada en las entidades federativas». *Seminario Internacional sobre la Reforma del Estado en las Entidades Federativas*. Porrúa. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.

El profesor no solo debe inspirar sino también emocionar, ya que no todo es razón en un salón de clase, donde si bien es cierto lo que se comparte puede ser ciencia o razón pura, sin embargo, el aspecto emocional puede hacer brillar cosas que la razón, a veces, no puede explicar.

Cuarto principio. Tener el sentido de facultad con sus compañeros, donde pueda compartir disensos y consensos, estando alerta de los consensos unánimes ya que cuando todos piensan igual, alguien no está pensando

Una de las grandes virtudes que recuerdan a la profesora Figueruelo es su misión de comunidad académica con sus alumnos en cualquier parte que se encuentren. Ejemplo claro de esto, es este homenaje que hoy se le rinde por sus alumnos y por sus compañeros con quien compartió consensos y disensos.

Otras de las lecciones aprendidas fue el estar cuestionando las cosas con las que nos encontramos en nuestros seminarios de investigación, también desconfiar de los consensos unánimes. Así como de los pensamientos únicos o cuando todos piensen igual sobre un mismo tema.

Creo que esto también nos hace recordar al ex rector de la Universidad de Salamanca, Don Miguel de Unamuno, cuando dijo «*mi objetivo es agitar y molestar a la gente, no estoy vendiendo pan; estoy vendiendo levadura*» y ese también ha sido uno de los principios que ha guiado a la profesora y que ha transmitido a lo largo de generaciones de estudiantes que han estado en sus aulas.

No obstante, lo anterior no ha sido límite para lograr un ecosistema del conocimiento y con esto me refiero a la generación de redes que aceleren el intercambio de ideas y la movilidad de investigadores y profesores. Hoy este tipo de ejercicios se han facilitado ya que se pueden consultar bibliotecas digitales o archivos a distancias lejanas de donde nos encontremos¹⁷.

También se pueden tener reuniones virtuales para revisar avances de proyectos de investigación o tener clases con profesores que están del otro lado del océano. Cuando llegué a estudiar a la Universidad de Salamanca, todo lo anterior era imposible y había que ir directamente a los fondos de las universidades o centros de investigación a conseguir tus fotocopias.

Para cerrar, es importante mencionar el fomentar la generación de redes del conocimiento no como escuelas del pensamiento único o afín al de uno, sino como **nodos de concentración y debate de las ideas** y creo que esto lo supo fomentar de una manera excepcional la profesora Figueruelo al crear no solo una escuela en España, sino todo un grupo de alumnos especialmente en Iberoamérica.

No podemos perder de vista la importancia del intercambio de ideas entre personas de una misma disciplina, pero es aquí donde los seminarios también deben abrirse a recibir y debatir con personas de otras áreas del conocimiento. De esta manera, la red de la que hablamos no debe limitarse a estudiosos solo del derecho, sino también de otras disciplinas como puede ser la ciencia de datos, la economía o la historia, solo por mencionar algunas. Hoy es común en los centros universitarios fomentar este tipo de ejercicios intelectuales donde un problema es analizado y resuelto desde distintas áreas del conocimiento¹⁸.

Quinto principio. No perder su compromiso con los alumnos, su misión no termina con el curso, un profesor debe estar con su alumno siempre, hasta donde la razón y el sentido común le oriente

El proceso de formación de un doctorado conlleva mucha cercanía con su director de tesis y en ese proceso el profesor no solo lo va guiando intelectualmente, sino incluso en ese proceso de trabajo el investigador va identificando lo que después serán las principales líneas del investigador, al menos en los primeros años de su carrera.

17 Revisar el trabajo de SÁNCHEZ DÍA, Marler y VEGA VALDÉS, Juan (2002) «Bibliotecas electrónicas, digitales y virtuales: tres entidades por definir». Volumen 10. No. 6 http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94352002000600005

18 Revisar el trabajo de D'ESTE, Pablo y ROBINSON-GARCÍA, Nicolás (2023) «Interdisciplinary research and the societal visibility of science: The advantages of spanning multiple and distant scientific fields», *Research Policy*, Volume 52, Issue2. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048733322001329>

Aquí el papel del maestro es ayudarlo no solo a cerrar su investigación con rigurosidad, sino que también desde este momento se debe ir generando la red de institutos, centros de investigación o investigadores que trabajen esos temas para que pueda compartir y contrastar sus líneas de investigación.

Es común que también desde ese momento el profesor active su red de conocimiento para que otras universidades y editoriales puedan evaluar el trabajo del alumno con miras de la publicación del mismo, que será en primera instancia la carta de presentación del nuevo doctor.

En mi caso, el apoyo de la profesora Figueruelo y del profesor Carpizo fue invaluable ya que me convencieron de presentar mi tesis al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la cual después fue publicada, siendo el director de este el profesor Diego Valadés.

Otro momento importante, es el día después de la defensa del examen doctoral y me refiero con esto a la salida al mundo laboral que pueda tener el estudiante. La orientación del profesor y su compromiso de impulsarlo a que opusiera en espacios donde su trabajo vaya a ser valorado y a su vez pueda tener potencial de crecimiento intelectual. Pienso yo que esto último es parte muy importante dentro del proceso de acompañamiento con el alumno.

Lo que he observado principalmente en los ámbitos intelectuales y artísticos es que los maestros van conformando escuelas de pensamiento o de creación artística, las cuales en la mayor parte también se traducen en formas de actuar, pensar y de identificación de estos grupos informales. Y les digo grupos informales ya que en ocasiones estos no necesariamente están adscritos a una universidad o instituto, sin embargo, son capaces de crear productos intelectuales o artísticos sin la necesidad de convenios ni formas institucionalizadas y solamente los cohesiona y los orienta su maestro. Creo que uno de los casos más reconocidos es la Escuela de Salamanca con Francisco de Vitoria.

Sobre lo anterior, basta ver el número de trabajos en conjunto que la profesora Figueruelo ha realizado con sus alumnos, donde abundan los libros coordinados, artículos en coautoría y el constante intercambio de nuevos alumnos que van de las universidades mexicanas preguntando por la profesora, así como alumnos y profesores que enseñan y aprenden en las universidades mexicanas.

Otro punto que caracterizó a la profesora Figueruelo es el plantar cara cuando alguna injusticia podía sucederle a alguno de sus alumnos. Esto lo he tratado de seguir al pie de la letra. Solo guiado, como ya lo decía al iniciar con este principio, por la razón y el sentido común del caso concreto.

Estos son parte de los principios que me han guiado en mi carrera como profesor y que hoy escribo como un homenaje a la profesora Ángela Figueruelo en recuerdo de su calidad humana con todos los que, como yo, fuimos de esta Nueva España a aprender de la Vieja, para poderla entender y en el mismo viaje entenderme. Ya que no se puede entender la Nueva España sin la Vieja, pero tampoco a esta sin la Nueva.

Tampoco podemos perder de vista la presencia que hoy tiene la Escuela de Salamanca en el pensamiento mexicano y en muchos de los hombres que crearon instituciones en nuestro país, pasando, por ejemplo, por Don Martín de Zavala, alumno de Salamanca y creador del primer andamiaje institucional del estado de Nuevo León¹⁹.

La Escuela de Salamanca también se ha mantenido viva en México por una serie de convenios y trabajos de colaboración científica y humanística que se han realizado con universidades de México y especialmente con la Universidad Autónoma de Nuevo León y el Tecnológico de Monterrey.

Hoy los valores humanos fijados desde el siglo XVI por Francisco de Vitoria²⁰ vibran más que nunca en un contexto donde la desigualdad²¹, las desapariciones de personas y la violencia siguen

19 GARZA, Valentina. (2023). «Don Martín de Zavala y la consolidación del noreste novohispano (1626-1664)». *Humanitas Digital*, (37), 89-126. Recuperado a partir de <https://humanitas.uanl.mx/index.php/ah/article/view/1870>

20 VITORIA FRANCISCO, *Las elecciones, De Indis y De Iure Belli*, estas son dos de sus obras más importantes y que influyeron en la protección de los naturales en América así como en las reglas de la guerra. Dando posterior creación al derecho internacional y referentes para la creación de instituciones internacionales de protección de los derechos humanos.

21 CASTILLA URBANO FRANCISCO, «La Escuela de Salamanca y los derechos humanos: una difícil conciliación», *Araucaria, Revista de Filosofía Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, núm. 54, pp. 543 y ss, DOI: <https://doi.org/10.12795/j54.26>

siendo un problema latente en América Latina, aunado a tentaciones de regresiones democráticas en el resto del continente americano. Así como la deshumanización producida por la digitalización, la robótica o la Inteligencia Artificial.

Por todo lo anterior, quiero decir, que el profesor en cada clase debe tener la sensación de poder ser eterno, ya que si logra enseñar sus conocimientos estos traspasarán «generaciones, edificios, instituciones y gobiernos».

Creo que la profesora Figueruelo ya aseguró la eternidad, ya que no solo podrá trascender a través de sus ideas y escritos, sino sobre todo a través de sus alumnos que siempre la recordaremos y que solo somos el eslabón entre ella y las nuevas generaciones.

REFLEXIONES DESDE LA TEORÍA CRÍTICA FEMINISTA ACERCA DE UNA CONSTITUCIÓN GLOBAL

Asunción Ventura Franch

*Profesora titular (jubilada) de Derecho Constitucional de la Universitat Jaume I de Castelló
y Consellera emérita del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana*

1. Las mujeres y los Estados constitucionales

Establecer la relación entre derecho constitucional y las mujeres puede parecer un ejercicio innecesario, en la medida que hasta época relativamente reciente no se ha producido conexión entre ambos. Sin embargo, esta apreciación no resulta exacta por cuanto se puede afirmar que desde el inicio del movimiento constitucional el sexo ha estado presente en los debates constitucionales (Lovenduski, 1997:201). Los debates giraban alrededor de la inclusión o exclusión de las mujeres en la consideración como ciudadanas y la misma constatación de la existencia de estos debates confirma su exclusión de los textos constitucionales.

Cuando se habla del Estado, en la acepción actual de estado democrático, se hace alusión a una organización política en la que cabe la participación de todos los ciudadanos, incluidas las ciudadanas, no existiendo por tanto exclusiones *a priori*. Al no existir, formalmente, obstáculos la no participación de las mujeres se califica de acto voluntario, de una autoexclusión, lo que conduce a la afirmación de que las mujeres no participan porque no quieren, ya que el Estado, en principio, no las discrimina.

Sin embargo, los estudios desde la perspectiva de género reflejan lo contrario (Esquembre, 2016:188): que el Estado no facilita la participación, y que además todos los mecanismos de participación, partidos políticos y leyes electorales tienen un sesgo en favor de los hombres.

Que las mujeres no han participado en la creación de los actuales Estados constitucionales parece ya un hecho irrefutable; cuestión diferente es cómo la teoría feminista establece el debate sobre el Estado constitucional.

Si el objeto del derecho constitucional es el Estado, la cuestión a debatir sería como se sitúa el feminismo ante el Estado. Existe una cierta unanimidad en que el feminismo no tiene una teoría del estado. Catharine A. Mackinnon así lo afirma: «el feminismo no tiene una teoría del Estado y no ha revisado en sus propios términos, la relación entre el Estado y la sociedad dentro de una teoría de la determinación social específica del sexo» (1995: 283). En realidad, las posiciones dentro del feminismo se han fijado en diferentes elementos del Estado, pero no en su globalidad, a la vez que mantienen posiciones distintas.

En la literatura feminista se pueden encontrar varios paradigmas que van desde la posición mantenida por Mackinnon, que señala que la práctica feminista ha oscilado entre una teoría liberal y una teoría izquierdista del Estado, hasta Joni Lovenduski (2005: 209-242), que señala cinco paradigmas: la visión liberal, el paradigma radical, el marxista-feminista, los sistemas duales y la visión posestructuralista. Pero ninguna de ellas ofrece una caracterización del papel del estado desde una perspectiva de género.

El feminismo ha descrito parte del tratamiento que el Estado da a la diferencia entre géneros, pero no ha analizado el papel del Estado en la jerarquía de los mismos; ni el liberalismo ni el marxismo reconocen a la mujer, como tal, una relación específica con el Estado.

Mackinnon (1995: 428) afirma que el Estado es masculino desde el punto de vista de la jurisprudencia, y esto significa que adopta el punto de vista del poder masculino en la relación entre ley y sociedad. Esta postura es especialmente patente en la decisión constitucional que se considera legítima en la medida en que es neutra en cuanto al contenido político de la legislación. El fundamento de esta supuesta neutralidad se sustenta en la consideración generalizada de que las condiciones que incumben a los hombres por razón de género son también aplicables a las mujeres; es decir, es el supuesto de que en realidad no existe en la sociedad desigualdad entre los sexos. La Constitución, el documento en que se basa esta sociedad estatal, asume con sus interpretaciones que la sociedad, en ausencia de la intervención del gobierno, es libre e igual, que sus leyes, en general, lo reflejan y que el gobierno debe corregir sólo lo que antes ha equivocado.

Los hombres son el grupo que ha tenido autoridad para hacer las leyes encaramando en la «regla del reconocimiento» que es, en realidad, lo que confiere autoridad a la ley. Los valores claramente masculinos (y los hombres) constituyen la comunidad interpretativa autorizada que hace a la ley aparentemente legal. El poder estatal, encarnado en la ley, existe en todas las sociedades como poder masculino al mismo tiempo que el poder de los hombres sobre las mujeres se da en toda sociedad organizada como poder del Estado. Tal vez no haber considerado el género como determinante de la conducta estatal haya hecho que la conducta del Estado parezca indeterminada.

La organización política de las sociedades, incluida la democrática, se ha construido sin las mujeres; su estructura y valores responden a formas y valores masculinos. La incorporación formal de las mujeres a esa organización se ha hecho mucho más tarde y sin modificar su contenido y estructura. La concesión del voto femenino formalizó la entrada de las mujeres en lo que antes se consideraba propio de los hombres. En las sociedades actuales, los derechos que antes eran del hombre pasan a ser también derechos de la mujer. Para ello se realiza una operación sencilla: donde antes decía «hombre» ahora también, pero se afirma que en la actualidad «hombre» comprende a todo el género humano. Se pretende que este nuevo sujeto transformado con apariencia de neutralidad no es varón ni mujer sino las dos cosas a la vez y sirve para designar a cualquiera de los dos. Pero este sujeto, «hombre», «todos», «personas», que reflejan los textos constitucionales, se identifica en la práctica con el sujeto varón, dado que el sujeto mujer únicamente ha sido incluida formalmente; para una inclusión real se tendría que haber reelaborado el concepto «hombre» introduciendo esa visión omnicomprendensiva de las funciones sociales y valores que representan a cada uno de los sexos y que tienen relevancia para el orden constitucional. La realidad ha mostrado la inoperancia de esta inclusión meramente formal.

Cualquier análisis que se realice tanto del Estado como del derecho constitucional debería estar presidido por la idea omnicomprendensiva de los dos sujetos.

Una Constitución para la humanidad debería incluir la participación de las mujeres en igualdad de condiciones que los hombres a la vez que integrar todos los aspectos relacionados con la mitad de la humanidad que no han sido recogidos en las constituciones Estatales.

En este sentido Arantza Campos (2020: 47-48) afirma que: «la revisión del Estado Constitucional al igual que el Derecho será calificado desde los distintos enfoques feministas como sexista, masculino y que tiene y crea género por lo que la teoría feminista considera imprescindible que en el Estado Constitucional se debe producir un nuevo «Pacto», el de la Democracia paritaria que propone una nueva concepción de la «universalidad» no androcéntrica que incluya a las mujeres».

2. Feminismo y globalización

La globalización se nos presenta como la renuncia a la autonomía del estado o el estado autónomo para dictar sus propias leyes y controlar los procesos políticos, económicos e incluso sociales, como la pérdida de control democrático de aquella parte de la economía necesaria para llevar a cabo la justicia social (Figueroa, 2017:96). Cualquier intento significativo de recuperar una economía política nacional se entendería, sin duda, como un bloqueo proteccionista. Sólo el mercado tiene en la actualidad el protagonismo y, como todos conocemos, nada sabe ni quiere saber acerca de los derechos sociales (Habermas, 1999: 157).

El escenario de la globalización parece retrotraernos a una concepción mínima de la democracia y por tanto a una reconsideración del estado social. Las condiciones de participación en las deliberaciones y decisiones políticas, económicas y sociales quedan reducidas y de ninguna forma aseguran la igualdad y la reciprocidad que toda participación requiere (Habermas, 1999:102).

La aceptación de la globalización como una cuestión irreversible no significa que se trate de un fenómeno natural sobre el que no cabe ningún tipo de intervención que pueda modificar su potencial; el proceso de globalización ha sido modelado por las tecnologías y la difusión cultural, así como por las decisiones de los gobiernos de liberar y desregular sus economías nacionales (Beck,1998:16).

La expansión de las relaciones producto de la globalización no se circunscribe al ámbito estrictamente económico, sino que afecta a múltiples esferas de la actividad humana. En realidad estamos en presencia de un nuevo escenario formado por una red de relaciones que atraviesan las fronteras nacionales y que interrelacionan cuestiones nacionales, regionales y supraestatales, en el que casi se puede afirmar que se trata de una sociedad global en la que no hay ningún lugar ni grupo que pueda mantenerse al margen de los demás; con ello desaparece una de las premisas fundamentales de la modernidad: la idea de vivir y actuar en los espacios cerrados y recíprocamente delimitados de los Estados nacionales y de sus respectivas sociedades nacionales (Bek,1998: 20)

Sin embargo, se hace necesario retomar la lógica de las valoraciones políticas que justifican la acción estatal, porque la ausencia de estas ha permitido que la mundialización de la economía presidida por la lógica del cálculo y el beneficio estrictamente económico se ha adueñado de la historia. Se convierte el crecimiento económico en un fin en sí mismo, sin tener en cuenta sus efectos colaterales, fundamentalmente medioambientales y sociales, y sin conseguir la disminución de la pobreza, en la que las mujeres son las más afectadas. Las políticas económicas neoliberales tienen efectos especialmente perversos para diversas zonas del planeta y para ciertos colectivos sociales, en el sentido de que generan exclusión para quienes no tienen acceso a los recursos informacionales y empobrecen a los que no poseen la cultura necesaria para integrarse en el polarizado mercado laboral (Cobo, 2011: 271), aumentando la desigualdad de género y sobre todo la pobreza de las mujeres.

A lo anterior hay que añadir que la universalización de la economía discurre en la más amplia de las impunidades, siendo un poder, aunque como tal no se reconozca. Es por tanto un poder oculto, no sometido a ningún tipo de control.

La obligada conversión en ciudadanos y ciudadanas del mundo por imperativo de la lógica del mercado no puede producirse a costa de la renuncia de la condición de ciudadanía en la órbita política del Estado, dentro de la cual la persona es, ante todo, portadora de unos derechos que en todo momento puede hacer valer frente al poder y que no deben diluirse en el fenómeno de la globalización.

Sin embargo, frente a esta posición, un tanto catastrofista o negadora de la posibilidad de intervención en cambiar el curso de los acontecimientos, cabe esgrimir que el núcleo de los Estados democráticos de derecho responde a valores y principios universalistas que podemos encontrar en la actualidad plasmados en las múltiples dimensiones de la globalización. Por decirlo de alguna manera, no hay ningún impedimento lógico para que al igual que en su momento se dio un orden democrático estatal, pueda darse ahora una democracia cosmopolita, un orden político que encauce de nuevo la economía dentro de las exigencias de la justicia social.

Se hace necesario introducir el debate sobre la necesidad del Estado y rescatar el principio democrático, aunque reubicado en un espacio diferente. Un análisis de las dimensiones del poder, de su naturaleza compleja como capacidad para la definición y satisfacción de intereses particulares, comunes y generales, nos mostraría la implicación de la dimensión económica (Lukes, 1998:53). En este sentido se puede afirmar que nos encontramos de nuevo en una continuación del proceso de construcción de la ciudadanía, incorporando aquellas novedades producto de la globalización.

3. Las condiciones de igualdad de una Constitución global

La actualidad del mundo globalizado requiere también de un poder político globalizado que sea capaz de armonizarlo y conferir un bienestar a la ciudadanía, eliminando las diferencias tan abismales de unos Estados a otros. Tales brechas impiden a la ciudadanía de los países en vías de

desarrollo vivir en condiciones de dignidad y abocan a una gran parte de la de los países avanzados a vivir en una zozobra constante ya que no se puede disfrutar del bienestar al que se tiene acceso si la mayor parte de la ciudadanía del mundo vive en malas condiciones.

Que duda cabe que existen muchos aspectos que requieren de esa intervención global para hacer un planeta más habitable: la ecología, la miseria y el hambre, la catástrofe nuclear, las guerras (Ferrajoli, 2022: 127), la discriminación de las mujeres y también la Inteligencia Artificial, que necesita de unos controles globales para no incrementar las desigualdades (Senent y Ventura, 2023).

Partimos de la base de la necesidad de una armonización global también desde el punto de vista de las mujeres sería necesario que los Tratados y convenciones internacionales sobre igualdad y no discriminación pasen a formar parte de la futura Constitución global, no en toda su amplitud, porque resultaría imposible, pero sí en cuanto a los fundamentos y las ideas básicas que en ellos se desarrollan. Tal Constitución incorporaría las ideas que fundamentan los Tratados internacionales en relación a la igualdad de mujeres y hombres, en los que las proclamas del movimiento feminista internacional han tenido una gran influencia, representando el *ius cogens* como contenido mínimo de una Constitución para la humanidad. Las mujeres, que son la mitad de la humanidad, viven en condiciones de discriminación en todos los países del mundo, incluso en aquellos que se pueden considerar como más cumplidores de los derechos humanos y con niveles de subsistencia óptimos.

Las mujeres en todos los países del mundo, aunque en diferentes grados de intensidad, están en condiciones de desigualdad en la participación política, en el trabajo, en la educación, tienen problemas con su sexualidad, sufren violencia de género, asumen las tareas de conciliación, son traficadas para ejercer la prostitución, y un largo etcétera que hace necesario replantearse estas cuestiones en un pensamiento globalizador de un futuro, y deseable, Estado Mundial, aunque en estos momentos se está cada día más alejado de esta idea, sobre todo por la posición que mantienen las grandes potencias mundiales partidarias de la desregularización del ámbito internacional.

Las diferentes posiciones de hombres y mujeres se pueden constatar en múltiples estudios realizados por organizaciones internacionales como ONU Mujeres (<https://www.unwomen.org/facts-and-figures>), Organización mundial de la salud (<https://www.who.int>), Unión interparlamentaria (<https://www.unwomen.org/es/digital/library>) y Organización internacional del trabajo (<https://www.ilo.org/es>). Por su especial significancia podemos señalar los datos de violencia contra las mujeres a nivel global, que son escalofriantes: se calcula que en todo el mundo 736 millones de mujeres han sido víctimas de violencia física o sexual por parte de los hombres. Estos datos añadidos a las problemáticas que necesitan acciones y de una regularización global nos inclinan a pensar que la acción de los Estados es insuficiente. Se necesita una cobertura constitucional mundial, capaz de articular un sistema de garantía de los derechos fundamentales de las mujeres, para convertirlos en verdaderos derechos humanos y volver así a la concepción naturalista de que toda persona, por el hecho de serlo, tiene derechos.

Fruto de la situación de discriminación que sufren las mujeres y por el empuje del Movimiento Feminista Internacional se han ido aprobando algunos Tratados internacionales, ratificados por muchos de los Estados del mundo, cuya pretensión es definir conceptos, establecer mecanismos para solucionar la discriminación y crear obligaciones a los Estados firmantes para su cumplimiento. Todos estos tratados están relacionados con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (<https://www.un.org/about-us>).

Recientemente se han realizado algunas propuestas de una Constitución mundial (Ferrajoli, 2022); más concretamente, una Constitución de la Tierra, en la que, siguiendo la estructura de las Constituciones Estatales, se establece una parte dogmática de reconocimiento de derechos y una parte orgánica donde se regulan las instituciones de gobierno y de garantía para, asegurar y hacer cumplir los derechos de la Constitución. Sin embargo, al igual que ocurre en las respectivas Constituciones de los diferentes Estados, se utilizan los genéricos «personas» o «seres humanos», sin distinguir la composición de esa humanidad que, como se ha desarrollado en este trabajo, está formada por hombres y mujeres. Evidentemente ellos y ellas son personas, pero no tienen posiciones equivalentes en las diferentes sociedades del mundo. Incluso en esta era de la globalización cuando las mujeres migran a otros países con derechos más proclives a la igualdad se les adjudica la tarea de llevar consigo las marcas de su adscripción estructural al espacio privado. Han de viajar y expatriarse con sus velos puestos como marca de reterritorialización simbólica. De este modo se les exige que sean a la vez pájaros y caracoles (Amorós, 2025: 213).

Entendemos que solo si las mujeres son reconocidas expresamente como sujeto en igualdad de derechos y obligaciones que los hombres pueden redimensionarse el terreno jurídico para, por un lado, ampliar sus márgenes a ciertas esferas previamente excluidas; y, como consecuencia de ello, disolver o al menos difuminar la división público/privado que está en la base de cualquier regulación legal, tal y como ha sucedido con el Derecho Constitucional de los Estados. Sin una reconceptualización de tal sujeto que reconozca su manifestación como mujeres y hombres, homologue sus diferencias y las equipare en el reconocimiento y el ejercicio de derechos y obligaciones, resulta imposible garantizar su igualdad real y efectiva (García y Ventura, 2018).

La propuesta de una Constitución para la Humanidad (Ventura, 2025) desde los posicionamientos feministas debería estar presidida por los principios de igualdad de mujeres y hombres y consecuentemente del principio de paridad. No tendría sentido que después de los avances realizados en muchos de los países del mundo no se incluyeran los mismos en una Constitución para articular un sistema mundial más justo y no discriminatorio para las mujeres. Estos avances no solo afectarían a las mujeres, la mitad de la humanidad, sino a todos los grupos que sufren algún tipo de discriminación dado que la extensión de la igualdad pone en cuestión todas las desigualdades, así como a las discriminaciones a las que dan lugar y consecuentemente beneficia a todos los grupos discriminados.

Lo primero que debería incluirse en la nueva Constitución, a nuestro entender, es la concreción del sujeto político y significar que la humanidad está formada por hombres y mujeres. Pero no es suficiente con esta mención porque, tal y como se ha señalado anteriormente, las mujeres no solo quedaron excluidas como sujetos políticos, sino que también todo el ámbito y las actividades que ellas desarrollaban, de especial trascendencia para la vida y la dignidad de las personas quedaron excluidos. Su inclusión no debería estar ligada a las mujeres ni tampoco a los hombres, pero tiene que reconocerse a nivel constitucional.

Bibliografía

- AMORÓS PUENTE, Celia** (2004). *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para la emancipación de las mujeres*. Madrid, Cátedra, Colección Feminismos.
- Feminismo e imaginarios de la globalización. Apuntes para una agenda feminista global* (2025). Comares. Granada.
- BECK, Ulrich** (1988). ¿Qué es la globalización?, Paidós, Barcelona, 16.
- CAMPOS RUBIO, Arantza** (2020). «Teoría del Estado y del Derecho: una revisión crítica desde la teoría feminista». En VENTURA FRANCH, Asunción y IGLESIAS BÁREZ, Mercedes (coordinadoras) *Manual de Derecho Constitucional Español con perspectiva de género*. Universidad de Salamanca, 27-48.
- MACKINNON, Catharine** (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid.
- COBO BEDIA, Rosa** (2011). *Hacia una nueva política sexual. Las mujeres ante la reacción patriarcal*. Catarata. Madrid.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro** (1988). «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual». En *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm.100 abril-junio, 13-56.
- DURAN Y LALAGUNA, Paloma** (2003). *Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las mujeres*. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile.
- ESQUEMBRE CERDÁ, Mar** (2016). Las mujeres ante el cambio constitucional. Algunos apuntes desde una perspectiva feminista para una reforma constituyente de la Constitución Española. Atlánticas. Revista Internacional de Estudios feministas.2016.
- «El reconocimiento de las mujeres como sujetos jurídico-políticos en la Ley de Igualdad» (2018). En VENTURA, Asunción y GARCÍA, Santiago. *El Derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Una Evaluación de la Ley Orgánica 3/2007*. Aranzadi, 91-117.
- FACIO, Alda** (2016). Los derechos de las mujeres son derechos humanos. Corte Interamericana de derechos Humanos (<https://corteidh.or.cr>).

- La evolución de los derechos humanos de las mujeres en Naciones Unidas* (https://issuu.com/fundacionjyg/docs/las_Evolucion_uz)
- FERRAJOLI, Luigi** (2024) *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*. Editorial Trotta.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela** (2017). «El tríptico liberal y la globalización». *Revista General de Derecho Público comparado*. N.º 20.
- GARCÍA CAMPÁ, Santiago y VENTURA FRANCH, Asunción** (2021) El nuevo concepto de igualdad de mujeres y hombres en el ordenamiento jurídico español. Su aplicación en el ámbito laboral a través de las acciones positivas y la corresponsabilidad. *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho al empleo*. Vol 9, n.º 2.
- GARCÍA-MARZÁ, Domingo** (1994). *Teoría de la democracia*, Nau, Valencia.
- GARCÍA-MARZÁ, Domingo y CALVO, Patrici** (2024). *Algorithmic Democracy. A Critical Perspective Based on Deliberative Democracy*. Springer nature Swtzerland.
- HABERMAS, Jürgen** (1999), *La inclusión del otro. Estudios de Teoría política*, Paidós, Barcelona.
- «¿Es posible una constitución política para la sociedad mundial pluralista?» (2005). *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm 39, 107-119, <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/1029>.
- HÄBERLE, Peter** (2013). *Estado Constitucional Cooperativo: desde la cultura y como cultura*. Duncer& Humblot e Librerly. Berlin.
- IGLESIAS BÁREZ, Mercedes** (2019). *Balances y perspectivas del estado social y democrático en el constitucionalismo contemporáneo*. Coordinado por Pablo HERNÁNDEZ, Juan Daniel ELORZA SARAVIA, Libeth GARCÍA MONTOYA y Gonzalo ASMIENTA HERNÁNDEZ. Universidad de Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca.
- JIMÉNEZ ALEMÁN, Ángel** (2019). «El constitucionalismo global: ¿Neologismo necesario o mera cacofonía?». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 117, 139-166.
- LOVENDUSKI, Joni** (1997). «Feminismo Institucional: Género y Estado» en *Mujeres y Política*, coordinado por Edurne Uriarte, Ariel, Barcelona, 201
- LOVENDUSKI, Joni; BAUDINO CLAUDIE; Guadagnini Marila; MEIER, Petra; SAINSBURY, Diane** (2005). «Conclusiones: feminismo estatal y representación política». En: LOVENDUSKI J, ed. *Feminismo de Estado y Representación Política*. Prensa de la Universidad de Cambridge, 260-293.
- LUKES, Steven** (1988). El poder. *Un enfoque radical*, Siglo XXI, Madrid 1985 y D. HELD, *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid.
- MARRADES PUIG, Ana** (2016). «Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional». En *Revista de Derecho Político*, número 97, septiembre-diciembre, 209-242.
- PATEMAN, Carole** (1995). *El contrato sexual*. Anthropos, Barcelona.
- PINON, Stéphane** (2020). «Las incertidumbres del constitucionalismo global». En *UNED teoría y realidad constitucional*, núm. 46, 141-172.
- RECHE TELLO, Nuria** (2022). «Democracia paritaria y debates sobre la paridad en el proceso constitucional chileno: desafíos para el futuro». *IgualdadEs*, 7, 475-510., <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/igualdades/numero-7-juliodiciembre-2022/democracia-paritaria-y-debates-sobre-la-paridad-en-el-proceso-constitucional-chileno-desafios-para>
- RODRIGO, Ángel J** (2013). «El Pluralismo del Constitucionalismo Internacional». *Anuario Español de Derecho Internacional*/ Vol.29/2013/61-109.
- RUBIO CASTRO, Ana** (2006). *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*. Sevilla. Instituto Andaluz de la Mujer.
- SEVILLA MERINO, Julia** (2004). *Mujeres y ciudadanía: democracia paritaria*. Editorial Universidad de Valencia.
- SHAFIK, Minouche** (2021). *Lo que nos debemos unos a otros. Un nuevo contrato social*. Paidós Estado y Sociedad.

- SENENT VIDAL, M.ª JOSÉ**; y **VENTURA FRANCH, Asunción** (2023). «Aplicación de la perspectiva de género a la regulación de los sistemas de inteligencia artificial». En GONZÁLEZ-ESTEBAN, Elsa y SIURANA APARICI, Juan Carlos (eds). *Inteligencia artificial, concepto, alcance, retos*. Valencia Tirant lo Blanc, págs. 347-375.
- TUR AUXINA, Rosario** (2020). «Constitucionalismo multinivel e igualdad efectiva de mujeres y hombres». En VENTURA FRANCH, Asunción y IGLESIAS BÁREZ, Mercedes (coordinadoras) *Manual de Derecho Constitucional Español con perspectiva de género*. Universidad de Salamanca, 27-48.
- VENTURA FRANCH, Asunción** (1999). *Las mujeres y la Constitución Española*.
- (2023). «Una Constitución para la humanidad fundamentada en la igualdad de mujeres y hombres». *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios feministas*, 10 (2), 2-35. Doi: <https://dx.doi.org/10.17979/arief.2025.10.2.11607>.
- WOLLSTONECRAFT, Mery** (1994). *Vindicación de los derechos de la Mujer*. Ediciones Cátedra, Instituto de la Mujer. Madrid.

EL ODIO COMO GENERADOR DE DISCURSOS Y DELITOS

Carlos Vidal Prado

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia*

1. Discurso del odio no es lo mismo que delito de odio

Aunque la noción originaria de discurso del odio procede de Estados Unidos, nosotros lo hemos recibido desde el ámbito europeo, tanto del Derecho de la UE como, especialmente, del Consejo de Europa y la jurisprudencia del TEDH. Mientras que en materia de delitos de odio y de incidentes racistas en general, el marco normativo lo podemos hallar en la OSCE y en la UE, en materia de incitación al odio o discurso de odio, y partiendo de la base de una serie de instrumentos normativos, en nuestro entorno resulta decisiva la acción del Consejo de Europa. De hecho, la primera vez un tribunal europeo utilizó la expresión «discurso de odio» fue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1999¹.

El concepto generalmente aceptado de *hate speech* es el que hace casi veinte años incluyera el Consejo de Europa en uno de sus documentos pioneros en esta materia: «toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia»².

En España, al principio, hubo reticencias jurídicas para aplicarlo, mientras que en los últimos tiempos se ha utilizado de modo abusivo, banalizando en cierto modo el concepto, y vinculándolo de modo confuso, en ocasiones, al delito de enaltecimiento del terrorismo. Esa misma confusión ha llevado a utilizar la idea de discurso del odio para limitar otro tipo de discursos hirientes por razones ideológico-políticas. Sin embargo, la conexión con el enaltecimiento del terrorismo ha «contaminado» el concepto, que se aleja de lo que en origen se entendía por discurso del odio, por un lado, y delito de odio, por otro. No se debe afrontar la cuestión del discurso del odio solamente desde la perspectiva penal, porque no todo discurso del odio acaba constituyendo o provocando un delito de odio, a veces porque es un discurso simplemente molesto, otras veces porque, aun derivando en un delito, no tiene por qué ser solamente delito de odio, sino otro tipo penal diferente.

Como dice Adela Cortina, al margen de que con el propio discurso se incite o no a la violencia (y, por tanto, puede generarse a partir de él un delito penal) «el discurso es una acción diferente de la agresión posterior, aunque en este caso esté estrechamente ligada a él por pretender legitimarlo, y puede ser por sí mismo dañino. Si con él se daña o no a un bien jurídico (como el honor, la dignidad

1 STEDH, Asunto Sürek v. Turkey (N.º 1), párr.62; Sürek & Ödemir v. Turkey, párr.63; Sürek v. Turkey (N.º 4), párr.60, y Erdogdu & Ince v. Turkey, párr.54.

2 Recomendación No. R (97) 20 sobre «hate speech» del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 30 octubre 1997. La Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo de la UE, de 28 de noviembre de 2008, señala que el concepto del «odio» se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

o la paz social) es el juez quien debe interpretarlo, pero desde un punto de vista ético estigmatizar a otras personas condenándolas a la exclusión, a la pérdida de reputación, privándoles del derecho a la participación social, es lesivo por sí mismo»³.

El discurso de odio, al no encontrarse amparado por la libertad de expresión, supondría un nuevo límite a dicha libertad no previsto expresamente en nuestra Constitución. Pero el concepto no está claro y no se ha definido todavía con suficiente precisión. Fernando Rey habla de que, en realidad, no habría un solo concepto de «discurso del odio», sino varios tipos de «discursos» del odio⁴. Se trataría de varios fenómenos, y en concreto su asimilación en USA, Europa y España tiene diferentes matices.

2. El concepto de discurso del odio

Inicialmente la expresión «discurso del odio» (*hate speech*) se utiliza con el fin de excluir de la cobertura de la libertad de expresión las opiniones despectivas, insultantes o radicalmente negativas sobre determinados grupos y minorías sociales y sus miembros. La delimitación es confusa y ambigua, y mucho más cuando tratamos de aplicarlo en el ámbito penal, al intentar definir el delito de odio (*hate crime*), tan necesitado de certidumbre jurídica y de criterios claros para su aplicación por los tribunales. El «odio» tiene un componente emocional, que puede derivar de muy diferentes elementos y circunstancias (entre ellos puede estar la exacerbación identitaria que lleve a valorar o considerar muy negativamente a determinados colectivos basándose en la raza, etnia, origen, clase social, lengua, etc.). Ese odio es el origen (una especie de «combustible») de una conducta discriminatoria que, a su vez, puede ser o no violenta. Dependiendo del contenido, el odio se traducirá en racismo, xenofobia, sexismo, fundamentalismo religioso, homofobia, etc.

El odio no comprende solo la ira especialmente obstinada (como pone de relieve cerón: «Odium est ira inveterata»⁵), sino también otras conductas como el desprecio, la humillación, la falta de respeto, la vejación, el insulto, etc. por parte de unas personas hacia otras por el mero hecho de su pertenencia a algunos grupos sociales que sufren generalizaciones negativas muy arraigadas en la sociedad (estos grupos son, en principio, aquellos que se benefician de la especial protección constitucional propia del llamado Derecho antidiscriminatorio).

Por tanto, la idea original del discurso del odio se refiere a un sentimiento particular de aversión y rechazo a determinados grupos sociales más vulnerables, descartándose sentimientos más generales o actitudes violentas contra una persona en particular, al margen de sus señas de identidad. Hablamos de aquellos grupos que normalmente se consideran más protegidos por el principio de igualdad, concretado en la normativa constitucional u ordinaria vigente, y que no pueden ser objeto de trato desigual en ningún caso. Es lo que se suele denominar la «cláusula específica de prohibición de la discriminación», en relación con las minorías étnicas, sexuales, religiosas, las personas con discapacidad y los inmigrantes. En este sentido, el concepto de minoría étnica no necesariamente debe vincularse a la pertenencia a otra raza; creo que, por ejemplo, en determinados lugares podría considerarse minoría étnica aquel grupo de ciudadanos que, en un entorno separatista, desean continuar formando parte del Estado al que ese territorio pertenece. Se trataría de una minoría que se identifica por la lengua que utiliza, por algunos rasgos culturales y por su sentimiento de pertenencia a la comunidad política de la que desea separarse la aparente mayoría social, en muchos casos artificialmente construida y exagerada. Si bien a veces no será posible llegar a hablar de discurso del odio, sí se trata de acoso discriminatorio.

Como consecuencia de lo anterior, en los casos de discurso del odio, hay que ponderar dos derechos fundamentales, el de la libertad de expresión (art. 20.1 CE) y el de la prohibición de dis-

3 ADELA CORTINA, ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N.º 94, 2017, p. 81.

4 FERNANDO REY MARTÍNEZ, «Los discursos del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I. y VIDAL PRADO, C., *La Constitución Española: 1978-2018*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, párr. 1700-1799.

5 CICERÓN, Libro IV de las Disputas Tusculanas, sobre las pasiones y demás perturbaciones del alma.

criminación por motivos raciales, por el origen geográfico, por la orientación sexual, por tratarse de personas con discapacidad, etc. (art. 14 CE). En un lado de la balanza, la libertad de expresión protege las opiniones vertidas en público, aunque «sean desabridas y puedan molestar, inquietar o disgustar» a sus receptores (STC 235/2007, FJ 4). En el otro lado, la prohibición de discriminación del art. 14 CE, protege a las personas y a los grupos sociales en los que se integran de todo tipo de conducta que suponga una falta de respeto, una humillación o un desprecio precisamente motivada por determinadas características como las mencionadas previamente.

Este planteamiento lleva a algún autor⁶ a sostener que quizá sería más adecuado hablar de «discurso discriminador», expresión que sería menos expresiva, pero más útil y precisa. No sólo es un problema de discriminación sino de exclusión, «porque pretende apartar a un grupo de la vida social, pero es también de asimetría»⁷. Este discurso sería «una variedad del concepto de «acoso discriminatorio» que se contempla en el art. 2.3 de la Directiva europea sobre igualdad racial y en las legislaciones nacionales que lo desarrollan, incluida, por supuesto, la española». Desde este punto de vista, «algunos discursos de odio, los más graves, deben ser castigados por el Derecho penal (delitos de odio); otros, menos graves, por el Derecho administrativo sancionador (discurso de odio que no es delito de odio); pero, obviamente, no todo discurso molesto entra dentro de las dos categorías indicadas» (discurso molesto no es discurso de odio)⁸.

3. La recepción en España del concepto de discurso del odio

3.1. Las reticencias iniciales a su aplicación

Como ya he comentado, en España hubo recelos iniciales a utilizar este concepto. Tanto la doctrina como la jurisprudencia mantuvieron una interpretación restrictiva, y solo se contemplaba este tipo de discurso como «delito de odio», a partir de dos tipos penales: el art. 510 (provocación a la discriminación, odio y violencia y difusión de informaciones injuriosas respecto de determinados grupos) y el art. 607.2 del Código Penal (justificación del genocidio o pretensión de rehabilitar regímenes o instituciones que amparen prácticas genocidas).

Dos de las primeras sentencias del TC sobre el discurso del odio son la del caso Friedman, relativo a unas declaraciones del nazi León Degrelle (STC 214/1991) y la del caso de la editorial Makoki (STC 176/1995).

En 1991 todavía no se habían introducido el concepto de delito de odio y la terminología actual en el Código Penal (se hizo en 1995, y se ha modificado posteriormente). De este modo, el TC toma como punto de partida la limitación a la libertad de expresión que supone el derecho al honor (art. 18.1 CE) de los descendientes de las víctimas del holocausto, en relación con su dignidad humana (art. 10.1 CE): «en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean». La libertad de expresión no ampara, por tanto, manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo. En consecuencia, no se trata de que el discurso discriminador se constituya en un límite de la libertad de expresión, sino algo más relevante: no puede encontrar cobijo o cobertura en ella, se encuentra fuera de los discursos amparados por ella.

6 FERNANDO REY MARTÍNEZ, «Los discursos del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I. y VIDAL PRADO, C., *La Constitución Española: 1978-2018*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 1700-1799.

7 ADELA CORTINA, ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N.º 94, 2017, p. 81.

8 «El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro». Cfr. FERNANDO REY MARTÍNEZ, «Los discursos del odio...», *op. cit.*

En la misma línea, encontramos la STC 176/1995, en la que el Tribunal Constitucional no otorga el amparo al editor de un comic nazi condenado por injurias. La Sentencia aprecia agresividad en cada viñeta considerada en sí misma, y considera que es muestra de una actitud racista, utilizando un «lenguaje del odio» (se menciona expresamente este concepto), incurriendo en una apología de los asesinos nazis, así como provocando la humillación de las víctimas. El Tribunal no considera como atenuante el carácter supuestamente humorístico del texto y sí considera como factor agravante que vaya dirigido especialmente a «personalidades en agraz», es decir, a niños y jóvenes.

La conducta se sanciona no tanto en sí misma, sino por la posible provocación de hechos futuros. Habría que distinguir, así, los delitos de provocación de aquellos que en sí mismos suponen una lesión de la igualdad y el honor de personas o grupos (injuria, difamación, libelo, etc.; incluso delitos de difamación colectiva). Las formas más graves de estas conductas que suponen violaciones de los mencionados derechos van a ser acreedoras de reproche penal, mientras que las menos graves, en todo caso, tendrían que verse contempladas por el derecho administrativo sancionador.

Más adelante, el Tribunal Constitucional vuelve a analizar un caso interesante a nuestros efectos, en la STC 235/2007, de 7 de noviembre. En ella se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona respecto del art. 607.2 del Código Penal. El director de la librería Europa había sido condenado en primera instancia por la venta y distribución de diverso material de ideología nazi, incluyendo textos que incitaban a la discriminación racial contra los judíos (llamando a «exterminarlos como a las ratas»), en aplicación de los arts. 607.2 y 510.1 del Código Penal.

El TC recuerda, en el Fundamento Jurídico 4 de su sentencia, su doctrina sobre la libertad de expresión. Ésta «garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas» (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6).

Sin esta opinión pública libre se vaciaría de contenido real el ejercicio del resto de derechos, no cumplirían su función las instituciones representativas y, en última instancia, se lesionaría el principio democrático. Esto supone que debe aceptarse la libertad de crítica, las opiniones diferentes, incluso desabridas, que puedan molestar, inquietar o disgustar contra quienes se dirigen, pues es algo imprescindible para preservar el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura necesarios para poder calificar una sociedad como democrática.

Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que tiene límites, y no comprende (FJ 5 de la sentencia):

- a) las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas sin relación con las ideas u opiniones (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; 160/2003, de 15 de septiembre, FJ 4).
- b) «el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)» (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8, caso Violeta Friedman).
- c) «Carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos glorificando su imagen y humillando a sus víctimas» (STC 176/1995, caso editorial Makoki). Para el caso español, me parece que esto puede entrar en conexión con lo que sucede en País Vasco con los homenajes a los asesinos de ETA, e incluso algunas acciones llevadas a cabo en Cataluña con relación a los ciudadanos catalanes que se sienten también españoles.

- d) los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, negando la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racial (STC 214/1995). Volviendo a la actualidad, aquí también pueden incluirse textos y juicios ofensivos contra el pueblo español.
- e) Por último, no protege el llamado «discurso del odio», esto es, aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular, o a determinadas personas o grupos de personas en función de sus características o diversas capacidades.

A partir de esta doctrina general, y observando «el riesgo indeseable en el Estado democrático de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión», la Sentencia concluye (FFJJ 6 y ss.) que nuestro ordenamiento no permite la tipificación de delitos de mera transmisión de ideas, ni siquiera aunque sean contrarias a la dignidad de las personas o a la propia Constitución, de modo que el art. 607.2 del Código Penal sólo es «conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio» y si se considera que la negación del genocidio no puede tipificarse, aunque sí su justificación (FJ 7).

3.2. La confusión del concepto de discurso del odio con el de delito de odio

El problema es que, posteriormente, el Tribunal Constitucional inició una vía mucho más restrictiva de la libertad de expresión, llegando a utilizar incluso de modo abusivo el concepto de delito de odio, y confundiendo los conceptos de discurso y delito de odio. Porque esto ha llevado a utilizar el concepto de discurso del odio para limitar la libertad ideológico/política, en contra de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Esta modificación de la comprensión del concepto de discurso del odio la encontramos reflejada en las STC 177/2015 y la STC 11/2016. En la primera, el Tribunal Constitucional considera que la libertad de expresión no ampara la quema en acto público de la foto de los Reyes, que se trata de un tipo de discurso de odio y, en la segunda, avala la constitucionalidad del tipo penal de enaltecimiento del terrorismo, aplicado en un caso de homenaje público a un etarra ya fallecido, al considerarlo una forma válida de lucha contra el discurso del odio.

El caso objeto del amparo que resuelve la STC 177/2015, consistió en que dos personas que ocultaban su identidad ocultando la cara (por ello se les aplicará el agravante de disfraz), quemaron una foto de los Reyes, deliberadamente colocada boca abajo, en una manifestación antimonárquica en Girona en protesta por una visita real a la ciudad. La Sentencia resume la doctrina general sobre la libertad de expresión que ya hemos mencionado, y que también utiliza en la STC 112/2016.

De este modo, recuerda que la libertad de expresión, como garantía de la formación de una «opinión pública libre», comprende «la libertad de crítica», aun cuando sea «desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige», pues así lo requieren «el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática». De ahí también que ampare la difusión de ideas y opiniones que «contraríen, choquen o inquieten al Estado o una parte contraria de la población».

Sin embargo, tiene algunos límites y está sometida al principio de proporcionalidad. Uno de los límites de la libertad de expresión es el discurso de odio. Es decir, el conjunto de manifestaciones que «propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia»; o, en otras palabras, todo discurso que aliente la violencia. El Tribunal establece el estándar o criterio de si se trata de un discurso «que pudiera estimular el debate tendente a transformar el sistema político» o si, por el contrario, «persigue desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia» (FJ 4).

El Tribunal avala en su sentencia la condena de 15 meses por quemar las fotos de los Reyes, porque considera que dicha quema es un mensaje simbólico, no «una simple manifestación ideológica», sino todo «un acto cooperador con la intolerancia excluyente», por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión. Afirma que es un acto no solamente ofensivo

sino «incitador al odio en la medida en que la cremación de la imagen física (de los reyes) expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio». Además, añadió: «la connotación destructiva que comporta la quema de la fotografía de los Reyes es innegable y, por ello, tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas, o, en fin, avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia los Reyes y la institución que representan, exponiendo a SS. MM. a un posible riesgo de violencia».

En la STC 112/2016, el Tribunal analiza si la participación como orador principal del antiguo dirigente de Herri Batasuna Tasio Erquicia en el acto homenaje al etarra «Argala» constituía o no discurso de odio y, por tanto, si estaba o no amparado por la libertad de expresión frente a su condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 Código Penal). El Tribunal concluye, tras repasar la doctrina anterior, que el delito de enaltecimiento del terrorismo es una clase de discurso del odio, que ha sido correctamente aplicado también en este caso y que, por consiguiente, la condena de un año de prisión y de quince de inhabilitación para ejercicio de cargo público ha sido válida y que procede desestimar el amparo promovido por el señor Erquicia.

Estas sentencias del Tribunal Constitucional fueron controvertidas. En los votos particulares se denunciaba que el TC se apartaba así del concepto manejado en el ámbito europeo, sobre todo el TEDH. El propio Tribunal es consciente de este cambio y lo justifica en el FJ 4 de la sentencia: «Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aún la eliminación física, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes».

El problema es que parece que el concepto de discurso del odio se refiere, más bien a esas «manifestaciones más toscas», con relación a los grupos vulnerables especialmente protegidos, y si lo extendemos a otros ámbitos, como el de la lucha ideológica o la confrontación política, nos adentramos en un terreno complicado que puede llevar a limitaciones indeseables de la libertad de expresión en una sociedad plural y democrática. Por no hablar, además, de que los criterios para determinar cuándo se trata o cuándo no de discurso del odio serían muy subjetivos e introducirían amplios márgenes de inseguridad jurídica.

El magistrado Xiol Ríos reprocha que se está incurriendo en una «banalización del discurso del odio», y recuerda que el TEDH «cuando se ha pretendido aplicar la doctrina del discurso del odio a supuestos de una eventual incitación u hostilidad contra personas singulares no integradas en grupos vulnerables, se ha negado que se trate de manifestaciones de discurso de odio» (y cita el caso Otegui y Delfi As v. Estonia, de 2015). En el mismo sentido se pronuncia la magistrada Adela Asúa en su voto particular: «equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y la exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades distintas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia públicas».

4. La jurisprudencia del TEDH

El TEDH confirmó las dudas que se planteaban en los votos particulares a las sentencias del TC, y que habían sido puestas de manifiesto por la doctrina en España, en su importante Sentencia Stern Tautats y Roura Capellera v. España, de 13 de marzo de 2018⁹. En esta resolución, el Tribunal ampara a los condenados por quemar la foto del Rey, concluye que las autoridades españolas han vulnerado el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y construye una argumentación que debería suponer un cambio en la jurisprudencia española, vinculada por la doctrina del TEDH.

9 STEDH, Asunto Stern Tautats y Roura Capellera c. España, de 13 de agosto de 2018. ECLI:CE:ECHR:2018:0313JUD005116815

El resultado era previsible¹⁰ y evitable, si se hubiera tenido en cuenta por el TC la jurisprudencia del TEDH. Digo esto porque, además, ya se había producido una condena a España en el asunto Otegui Mondragón c. España, de 2011¹¹, en el que el TEDH consideró, a diferencia de lo sostenido por el Tribunal Supremo español y por el propio Tribunal Constitucional, que las declaraciones de Otegui en las que, entre otras cosas, calificaba al Rey como «el jefe de los torturadores» estaban amparadas por la libertad de expresión: «el hecho que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y de símbolo de la unidad del Estado, no le ampara ante cualquier crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o —como en este caso— en tanto que representante del Estado que simboliza, concretamente por parte de los que cuestionan legítimamente las estructuras constitucionales de dicho Estado, incluido su régimen monárquico».

El inicio de los fundamentos jurídicos de la sentencia de 2018 (par. 30-35) nos sirve para repasar los principios jurisprudenciales del TEDH: la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática; una sociedad democrática tiene que tolerar también las ideas que hieren, chocan o inquietan; los límites de la libertad de expresión son de interpretación estricta; los límites de la libertad de expresión son más amplios respecto de un político que de un ciudadano ordinario: a diferencia de éste, el político se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos por parte de periodistas y ciudadanos y, por tanto, debe mostrar un mayor grado de tolerancia a la crítica; la libertad de expresión en el campo de la crítica política no es ilimitada: puede sancionarse toda forma de expresión que propague, aliente, promueva o justifique el odio fundado sobre la intolerancia, pero, eso sí, siempre que sea de modo proporcionado a la finalidad legítima que persiga; en este contexto, una pena de prisión por una crítica política sólo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales si la crítica exhorta a la violencia o al discurso del odio; en fin, no puede otorgarse un privilegio de protección especial al Jefe del Estado respecto de la información y la crítica política.

Aplicados estos principios al caso de la quema de las fotos, el Tribunal concluye que la condena penal efectuada viola el artículo 10 del Convenio de Roma, donde se recoge la libertad de expresión. Lo que los demandantes llevaban a cabo era una crítica política y no personal de la monarquía en general y de la española en particular. El Tribunal considera que no hay discurso de odio, sino expresión de ideas chocantes, hirientes o molestas: «es una de esas escenificaciones provocadoras que se utilizan a veces para atraer la atención de los medios de comunicación y que no van más allá del recurso a una cierta dosis de provocación permitida para transmitir un mensaje crítico bajo el ángulo de la libertad de expresión» (párrafo 38). Además, el TEDH entiende que ese acto no incita a la violencia ni a cometer delitos contra el Rey. Se trataría de un acto simbólico de protesta. Por eso, la condena penal lesiona la libertad de crítica política de los demandantes y es desproporcionada.

De igual manera, el TEDH condena a España en otra sentencia, la del caso Erkizia Almanzoz contra España, de 22 de junio de 2021, sosteniendo no tiene nada que ver con el discurso del odio. Para determinar si ha habido discurso del odio, hay que tener en cuenta una serie de factores, que aparecen de forma sistemática, entre otros, en el asunto Perinçek c. Suiza: i. Si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso. Si este es el caso, el Tribunal generalmente acepta que alguna forma de injerencia con tales declaraciones puede estar justificada. ii. La cuestión de si el discurso, debidamente interpretado y evaluado en su contexto inmediato o más amplio, puede considerarse un llamamiento directo o indirecto a la violencia o una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia. Al considerar esta cuestión, el Tribunal es especialmente sensible con las declaraciones categóricas que atacan o denigran a colectivos enteros, ya sean étnicos, religiosos o de otro tipo. iii. El Tribunal también tiene en cuenta la forma en que se hicieron las declaraciones y su capacidad —directa o indirecta— de causar daño.

10 Miguel PRESNO LINERA, «Crónica de una condena anunciada: el Asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del Rey». *Teoría y Realidad Constitucional*, (42), 20219 págs. 539–549. <https://doi.org/10.5944/trc.42.2018.23644>

11 STEDH, Asunto Otegui Mondragón c. España, de 15 de marzo de 2011. ECLI:CE:ECHR:2011:0315JUD000203407.

En cuanto al primero de los criterios, el Tribunal constata que es así, las declaraciones se realizaron en un contexto político y social tenso. En cuanto al segundo criterio, el Tribunal considera que «si bien el demandante había participado como orador principal en un acto celebrado para rendir homenaje a un miembro reconocido de la organización terrorista ETA y elogiarlo, el discurso en su conjunto no había abogado por el uso de la violencia ni la resistencia armada, ya sea directa o indirectamente».

Así, «el demandante había recomendado explícitamente que la gente tomara el camino más adecuado hacia un escenario democrático. Incluso si algunas de las expresiones utilizadas por el demandante pudieran haber sido consideradas ambiguas, no había razón, en opinión del Tribunal, para concluir que el demandante había tenido la intención de incitar a las personas a recurrir a la violencia, tolerando y alabando la violencia terrorista».

El Tribunal también señala que el demandante «no había organizado el acto ni se había encargado de proyectar las fotografías de los miembros de ETA enmascarados». Así, el Tribunal sostiene que «el mero hecho de que el demandante hubiera participado en este evento no podía considerarse en sí mismo como un llamamiento al uso de la violencia o como una manifestación de discurso de odio».

Por último, en cuanto al tercer criterio que caracteriza el discurso de odio, «a saber, la formulación de los comentarios y su capacidad directa o indirecta de tener consecuencias perjudiciales», el Tribunal observó «que las declaraciones del demandante habían sido pronunciadas en el marco de un acto al que asistieron simpatizantes del movimiento separatista vasco, y en las circunstancias particulares del caso, que la forma en que el demandante había formulado sus palabras no había tenido evidentemente el objetivo de producir consecuencias negativas».

El Tribunal de Estrasburgo concluye (par. 48) que «a la vista de las circunstancias que rodearon el acto en cuestión, el discurso del demandante no supuso un “discurso del odio”. Aunque el discurso se pronunció en el marco de un acto de homenaje a un miembro de la organización terrorista ETA, el Tribunal no puede concluir que el demandante tratara de justificar actos terroristas o de enaltecer el terrorismo. Por el contrario, de las palabras del demandante se desprende que abogaba por la reflexión para emprender una nueva vía democrática. El Tribunal es muy consciente de que, en el momento de los hechos, la violencia terrorista de ETA era todavía una dura realidad (véanse los párrafos 18 y 19 supra). Sin embargo, este factor no puede justificar la condena del demandante, que fue considerado responsable de todos los actos realizados en relación con el homenaje de Argala». En definitiva, «la injerencia de las autoridades públicas en el derecho a la libertad de expresión del demandante no puede calificarse de “necesaria” en una sociedad democrática», por lo que se produjo una violación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Conforme a la jurisprudencia del TEDH, el discurso del odio puede ser un límite válido a la libertad de expresión, pero para poder apreciar que existe ese tipo de discurso deben considerarse una serie de elementos, como los que hemos expuesto, singularmente que se haya dado o no un impacto de difusión pública (en algunas Sentencias, el Tribunal de Estrasburgo no consideró que fuera relevante ese impacto: presentación de un libro ante 150 personas —caso Temel v. Turquía, 2011— o participación en actos conmemorativos —caso Gerger v. Turquía, 1999—; si los hechos concretos que se valoran tuvieron relación con algún acto terrorista o un contexto de violencia que pudiera haber sido inducido por ese discurso, para lo cual habría que analizar expresiones concretas del orador; la condición de representante público del orador (en ese caso, tendría un margen más amplio de libertad de expresión, caso Otegui v. España, 2011), o si el autor pertenece o no o ha sido condenado por pertenecer a la organización terrorista (caso Hogefeld v. Alemania, 2000).

5. Conclusiones

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el discurso del odio no siempre se ha alineado con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, lo que es peor, en bastantes casos ha sido oscilante e imprevisible¹².

12 Esto ha sido denunciado por Miguel Ángel CABELLOS ESPIÉRREZ, «¿Un problema de metodología? Las dificultades de la jurisprudencia constitucional para enjuiciar con pautas estables el castigo de formas y

El Tribunal Constitucional define el «llamado discurso del odio» en la mencionada STC 235/2007 (FJ 5) que, como ya hemos dicho, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 607.2 del Código Penal, de negación y justificación del genocidio, es decir, respecto de un delito de odio. Y lo define como aquel discurso que «incite directamente a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular». Vincula así el discurso del odio con los delitos de odio (y sólo con los más graves, los que incitan directamente a la violencia) y no circunscribe el discurso del odio a determinados grupos (como sí hace el legislador penal al tipificar los delitos de odio o de justificación del genocidio), sino que lo abre universalmente a todos los ciudadanos en general. No parece que sea una buena manera de aproximarse al concepto.

En los años siguientes, sin embargo, el Tribunal parecía haberse ido acercando al verdadero concepto de discurso del odio, ensanchando la libertad de expresión. En este recorrido podemos señalar singularmente tres sentencias. La ya comentada STC 177/2017 (quema de fotos del Rey) fue rectificada por el TEDH, la STC 112/2016 (enaltecimiento del terrorismo), que provocó otro reproche del TEDH, aunque supuso un avance pues consideró algunas exigencias relevantes para considerar legítima la restricción de la libertad de expresión, y finalmente la STC 35/2020 (caso del cantante Strawberry), que culmina el acercamiento a la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, este recorrido se desanda, retrocediendo a la situación de 2015 con dos sentencias de finales de 2020 con las que el TC regresa a parámetros interpretativos anteriores y, con ello, se expone otra vez a futuras sentencias desfavorables del TEDH: es el caso de las SSTC 190 (sobre ultraje a la bandera) y 192/2020 (interrupción de una ceremonia religiosa en Sant Pere de Banyoles), en las que, además, se produce una importante división dentro del Tribunal y que provocarán nuevas sentencias de condena por parte del TEDH. La primera ha sido la sentencia del TEDH *Fragoso Dacosta c. España*¹³, de 8 de junio de 2023¹⁴. Sobre la segunda no tengo noticias de que se haya pronunciado el TEDH.

De todos modos, lo cierto es que la abundante jurisprudencia del TEDH no ha delimitado todavía de manera clara el estándar del discurso del odio punible, por lo que en este contexto su definición no es aún del todo precisa¹⁵.

Identificar con certeza las expresiones de odio es complejo, mucho más definir el delito de odio, establecer la línea divisoria entre el discurso y el delito de odio. Esta dificultad ha provocado que las regulaciones en los diferentes países europeos sean diversas, y que la jurisprudencia de sus tribunales también lo sea. La labor del TEDH podría contribuir a una cierta armonización de los estándares mínimos, pero todavía no se ha conseguido.

A pesar de estas dificultades, sí encontramos ejemplos de discurso del odio, o quizá, más numerosos los casos de discurso discriminatorio, o discurso de la intolerancia. Además, en muchas ocasiones se amplifica a través del altavoz de las redes sociales. Se trata de estigmatizar al diferente, en función de algunos rasgos de su identidad personal (lengua, raza, condición, religión, discapacidad). Se le categoriza como inferior, se le «deshumaniza», a través de caricaturas estereotipadas. Se le insulta por hablar en determinada lengua («La llengua i les bèsties»). Se le excluye por tener determinadas opiniones. Se ataca la dignidad y derechos de determinados grupos sociales.

discursos potencialmente lesivos de reivindicación, crítica o protesta». *Revista De Derecho Político*, (113), 2022, 13-43. <https://doi.org/10.5944/rdp.113.2022.33556>

13 Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Era libertad de expresión: el caso *Fragoso Dacosta* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Diario LA LEY*, N.º 10324, Sección Tribuna, 10 de Julio de 2023.

14 STEDH, *Asunto Fragoso Dacosta c. España*, de 8 de junio de 2023. ECLI:CE:ECHR:2023:0608JUD002792621.

15 Göran ROLLNERT LIERN, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, enero-abril (2019), pp. 81-109. En este documento se cita la sentencia de referencia: STEDH asunto *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, apdo. 73. ECLI:CE:ECHR:2009:0716JUD001561507. Sobre esta sentencia, Rafael ALCÁZER GUIRAO, «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N.º 14, 2012, págs. 02.05 a 02.08; Fernando REY MARTÍNEZ, «Discurso del odio y racismo líquido», en REVENGA SÁNCHEZ, M. (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, 2015, págs. 74-77 y Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 242-245.

La dificultad llega a la hora de determinar las consecuencias jurídicas que esto tiene. Porque no toda expresión de odio es delito, ni provoca un delito. En algunos casos, puede serlo, y merecer un reproche penal, pero eso habrá de probarse ante el juez, lo cual no será siempre fácil. En otros casos, habrá que dejar actuar al derecho administrativo sancionador o al derecho antidiscriminatorio. Y, en otros, se tratará de un discurso molesto que habrá de tolerarse en aras de la necesaria garantía de la libertad de expresión y el pluralismo propios de una democracia.

EL SUFRAGIO EN LA ROMA REPUBLICANA

Ana Belén Zaera García

Universidad de Salamanca

Etimológicamente *suffragium* indica el chocar de las armas¹. Originalmente hacía referencia al estruendo con el que se mostraba el consentimiento en una asamblea de guerreros. Posteriormente, *suffragium* será el término con el que los romanos denominan la manifestación de la voluntad del ciudadano en las asambleas populares, el voto. Si bien, en un primer momento la expresión no refiere el recuento, sino el *fragor*, al ruido o estruendo que realizaban los integrantes de la asamblea para aprobar la propuesta, incluso el aplauso. Es más, probablemente en ese momento el voto no debía tener valor formal y necesario, sino un fuerte significado político y moral². Posteriormente *suffragium* alcanza varias acepciones, entre ellas: voto emitido³ e *ius suffragii* o derecho subjetivo integrante de los derechos políticos del ciudadano romano⁴.

En Roma las primeras manifestaciones de la participación ciudadana mediante el sufragio datan de época monárquica, concretamente de la intervención en comicios curiados⁵. No obstante, no será hasta el periodo republicano cuando el sufragio se identifica con el derecho del que, conforme a la *constitutio* republicana⁶, disponen los ciudadanos romanos.

- 1 ERNOUT, A./MEILLET, A., *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, 4 ed., s.v. *suffragor*, -aris, -ari: «donner son suffrage, voter; par suite «accorder son approbation ou son appui», Klincksieck, Paris, 1979, pág. 660.
- 2 CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *Diritto e potere nella storia di Roma*, Jovene, Napoli, 2007, pág. 29.
- 3 CORBINO, A., «La capacità deliberativa dei 'comitia curiata'», en *Le strade del potere, Maiestas populi romani imperium coercito commercium*, obra colectiva, coordinador Alessandro Corbino, Libreria Editrice Torre, Catania, 1994, pág. 84, para el autor frente al *fragor*, al estruendo, que representa la aprobación, el silencio manifiesta la desaprobación. Para RIBAS ALBA, J.M., *La democracia en Roma. Introducción al derecho electoral romano*, Comares, Granada, 2009, págs. 57-59, en la terminología constitucional el término *suffragium* adquiere «cuatro significados. El primero de ellos se refiere al voto emitido... «El segundo, al acto jurídico de votar... Un tercer sentido, mucho más restringido y de carácter no originario, *suffragium* puede denominar a la centuria como unidad electoral que colectivamente aporta un voto en la asamblea...». El cuarto sentido hace referencia al *ius suffragii*.
- 4 Cic. *Rep.* 1.49.69. CRIFÒ, G., *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pág. 26, para el autor el significado originario de *civis* no fue propiamente el de ciudadano sino el de «conciudadano», aludiendo con ello a una relación de reciprocidad entre los miembros de una misma comunidad ciudadana. Lo cual, creará un vínculo de pertenencia.
- 5 Dionisio de Halicarnaso, *Ant. Rom.* 2.14.4.
- 6 Para Cicerón *constitutio* es sinónimo de ordenamiento político, lo que es lo mismo, la configuración política de un Estado en un momento histórico determinado. Cic. *Rep.* 1. 41. En este caso la configuración de Roma desde la caída de la monarquía hasta la llegada al poder de Augusto. Vid. ANDRÉS SANTOS, F. J., «Cicerón y la teoría de la "constitutio mixta": un enfoque crítico», en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 27, 2013, pág. 10.

Pero para comprender la trascendencia del *ius suffragii*, es esencial atender al contexto político en el que se desarrolla la República romana. Desde su configuración, la *res publica* se fundamentó en un sistema de gobierno mixto⁷, basado en el equilibrio de poderes entre las magistraturas, el Senado y el *populus romanus*. Este último representado en diversas asambleas populares: los comicios curiados, los comicios centuriados, los comicios por tribus y la asamblea plebeya⁸.

La República alcanzó su consolidación con los logros plebeyos y progresivo acceso de estos a los órganos de dirección política y social. Este proceso de transformación estructural comenzó en el 367 a. de C., con la aprobación de las *leges Licinae Sextie*, que permitieron a los plebeyos acceder a las altas magistraturas e ir equiparándose en derechos políticos a los patricios⁹.

En ese contexto republicano, el *ius suffragii* se identifica con los derechos de participación del ciudadano en la *ciuitas*. Ciudadano y ciudad conforman un binomio constitucional. El derecho al voto es inherente a la condición de ciudadano y se ejerce en las distintas asambleas que conforman el *populus*. La manifestación de los derechos políticos, el *ius suffragii* y el *ius honorum*, o el derecho a votar en las asambleas y el derecho a ocupar cargos públicos, está intrínsecamente ligada a la *libertas* republicana¹⁰, principio rector de la política romana.

La libertad individual se identifica con la libertad colectiva: el individuo es libre en la medida en que no pertenece a nadie y el pueblo es libre en cuanto que no está sujeto a la dominación de una sola persona. La *libertas populi Romani* se manifiesta en la ausencia de injerencia en su gobierno, ya sea externa, por los pueblos enemigos, o interna, por un poder tiránico o arbitrario que pueda ejercer cualquier magistrado romano. Por ello, no es posible separar *libertas* y *ciuitas*. El ciudadano romano, en contraposición al extranjero, ejerce su libertad participando en la vida política de la ciudad, tanto de manera activa como pasiva¹¹. Con este tenor la jurisprudencia romana define la liber-

7 Para el historiador Polibio el equilibrio político de la República romana se fundamenta en el funcionamiento de los tres pilares políticos. Afirma Polibio, *His.*, 6.10.14: «Si nos fijáramos en la potestad de los cónsules nos parecería una constitución perfectamente monárquica y real, si atendiéramos a la del senado, aristocrática, y si consideráramos el poder del pueblo, nos daría la impresión de encontrarnos, sin ambages, ante una democracia». Vid. MARTINEZ LACY, R., «La constitución mixta de Polibio como modelo político», en SHHA, núm. 23, 2005, págs. 378-383; Especial atención merece el trabajo de MILLAR, F., «The Political Character of the Classical Roman Republic, 200-151 B.C.», en *The Journal of Roman Studies*, núm. 74, 1984, págs. 1-5, que trata de fundamentar en la obra de Polibio la importancia que el voto tiene en la participación del pueblo en la vida política, lo que lleva al autor a defender el carácter democrático de la República romana. Tesis que ha sido ampliamente debatida por la doctrina. Vid al respecto, PINA POLO, F., «Idea y práctica de la democracia en la Roma republicana», en *Gerión* 37/2, págs. 379-397.

8 Vid. *infra*, pág. 6 ss.

9 Los plebeyos, aunque ciudadanos, estaban privados de buena parte de los derechos y prerrogativas que tenían los patricios. Por ello, durante siglos lucharán por equiparse a los patricios, siendo las *leges Licinae Sextie* las que les permiten el acceso a las altas magistraturas y con ello la equiparación en los derechos políticos. Vid., LAMBERTI, F., «Percorsi della cittadinanza romana dalle origini alla tarda repubblica», en *Derecho persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica compartida*, obra colectiva, coordinador Bernardo Perrián, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 20.

10 Sin embargo, en un principio los habitantes de la *ciuitas* se identifican con el grupo gentilicio, no con la idea de ciudadano. El grupo tiene un origen precívico y no será hasta la configuración de la ciudad-estado en el s. VIII a. C., cuando comience a configurarse la condición de ciudadano. En este sentido, afirma LAMBERTI, F., «Percorsi della cittadinanza romana dalle origini alla tarda repubblica», cit., pág. 19, «In questo periodo è verosimile che ad esser soggetti di diritto —e cittadini a tutti gli effetti, dopo il consolidamento della città— fossero solo i capi delle *gentes* (*patres gentis*) e i membri liberi affiliati ai *patres*».

11 Para RIBAS ALBA, J.M., *La democracia en Roma*, cit., pág. 39, el ejercicio del sufragio representa para el ciudadano una manifestación de su *dignitas*. Por su parte, para ANDRÉS SANTOS, F. J., «Cicerón y la teoría de la "constitución mixta": un enfoque crítico», cit., pag. 15: «Bajo el concepto *dignitas* ha de entenderse la posición y valoración en la vida pública, el prestigio social que alguien posee». Elementos constitutivos de la *dignitas* eran: el origen, el patrimonio, los servicios prestados a la república... De manera que sobre la base de estas condiciones «la *dignitas* estaba limitada a los miembros de la clase dirigente». En este sentido, para CODOÑER, C., «Dignitas en Cicerón. *Otium cum dignitate*», en *Studia Philologica Valentina* núm. 2, 2021, págs. 75-79, «la *dignitas* no es atributo común del ciudadano romano, puesto que no todos pueden gozar de ella», es más, el término no alude a la dignidad personal, sino a la de quienes gobiernan, aquellos que ejercen la vida pública. Es decir, únicamente «la parte minoritaria, formada por aquellos que tienen acceso al poder, puede gozar de *dignitas* [...] La *dignitas* lleva aparejada la *libertas*, pero no

tad de la siguiente manera: «*es libertad la natural facultad de hacer lo que se quiere con excepción de lo que se prohíbe por la fuerza o por la ley*» (D.1.5.4). Se trata, pues, de una libertad sometida al imperio de la ley, que garantiza la seguridad al ciudadano frente al ejercicio arbitrario del poder¹².

Conforme al derecho público, disponen del *ius suffragii* todos aquellos ciudadanos romanos varones que cumplan dos requisitos: estar censados y haber alcanzado la edad necesaria para ingresar en las legiones¹³, independientemente de que sean *patresfamilias*¹⁴ o *filiifamilias*¹⁵. Este requisito de la edad varía a lo largo de la experiencia romana. En un principio la vinculación ciudadano-soldado determina que el púber que está llamado a las legiones tenga derecho a ejercer el voto en las asambleas, posteriormente, con la reforma de Servio Tullio, la edad de participación se incrementa hasta los 17 años¹⁶.

Llama la atención que el derecho público reconozca a los sometidos a la patria potestad, los *filiifamilias*, los derechos políticos que les permiten la participación en la vida pública, mientras que para el derecho privado están privados de la capacidad jurídica de obrar. La explicación a esta diferente concepción del sometido a la *patria potestas* se sustenta dos cuestiones. La primera, y más antigua, se fundamenta en la idea del «ciudadano-soldado», con las correspondientes obligaciones militares y tributarias, que, a su vez, se corresponden con el acceso a una serie de facultades que le permiten participar en la vida institucional de la ciudad-estado. De manera que, del mismo modo que están obligados a servir en las legiones romanas, dispondrán de los derechos políticos¹⁷.

La segunda, desarrollada al amparo de la *res publica*, en la que «el carácter individual y político de la *libertas* se refleja en el hecho de que los ciudadanos, aun cuando en el plano doméstico estuvieran sometidos a la *patria potestas* de su *paterfamilias*, en cambio, en el plano político de la *res publica* se consideran libres: es el *ciues*, en cuanto individuo el átomo en el que se deposita el conjunto de la soberanía como un todo [...] no caben distinciones en el ejercicio de la libertad política sobre la base de elementos prepolíticos», como la potestad doméstica¹⁸.

a la inversa; aunque todos los ciudadanos gozan de *libertas*, no todos tienen acceso a la *dignitas*». Nos encontramos ante un valor identificado con el ejercicio del poder político.

- 12 ANDRÉS SATOS, F. J., *Roma. Instituciones e ideologías políticas durante la República y el Imperio*, Tecnos, Madrid, 2015, págs. 112-115.
- 13 En la organización cívica romana el censo fue un instrumento cardinal, especialmente en el periodo republicano. El censo permite la ordenación del ciudadano, sirviendo como listas electorales, de reclutamiento militar o como resoluciones fiscales. En función de la declaración que el ciudadano realiza ante el censor, este ordenará a cada ciudadano en función de su origen familiar, estatus, edad y patrimonio, asignándole en la tribu y centuria correspondiente. Lo cual conlleva a establecer una desigualdad real entre los ciudadanos, incluso, entre quienes son *ciues optimo iure*. El censor, como consecuencia de un comportamiento indecoroso que atente contra los valores propios de los ciudadanos romanos, los *boni mores*, podrá excluir del derecho al sufragio con la imposición de una nota censoria de infamia, derecho que también se puede perder por condena judicial. *Vid.*, HUMBERT, G., s. v. «censor», en DAREMBERG, C., SAGLIO, E., *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, vol. 1.º, Verlagsanstalt, Graz, 1962, págs. 990-992.
- 14 Con este término se denomina en Roma a aquel ciudadano que no está sometido a la *patria potestas*, sino que es quien ostenta la jefatura de la familia, independientemente de que tenga hijos o haya alcanzado una determinada edad.
- 15 Tienen esta consideración quienes, independientemente de su edad, siguen bajo la *patria potestas* del *paterfamilias*. Si bien, conforme al derecho público romano ello no impide que puedan participar en la vida pública romana, tanto para ejercer el derecho a voto como para ocupar cargos públicos. D. 1.6.9: «El hijo de familia es considerado como cabeza de familia en los asuntos públicos; por ejemplo, para actuar como magistrado o ser nombrado tutor» (*Pomp. 16 Q. Muc.*).
- 16 En un principio la pubertad, sinónimo de virilidad, se determinaba con la *inspectio corporis*, en un momento posterior se establece una edad concreta: doce años para las mujeres y catorce para los hombres. RIBAS ALBA, J. M., *La democracia en Roma*, cit., 62-63.
- 17 LAMBERTI, F., «Percorsi della cittadinanza romana dalle origini alla tarda repubblica», cit., pág. 18, para quien Roma es una comunidad «fundada sobre vínculos y costumbres de tipo doméstico y civil que hacen posible su continuidad».
- 18 ANDRÉS SATOS, F. J., *Roma. Instituciones e ideologías políticas durante la República y el Imperio*, cit., pág. 114.

No obstante, la expansión territorial de Roma, en especial la que lleva a cabo sobre las comunidades de Italia, afectará a la concepción de la ciudadanía. Se pasa de «un reducido grupo de sujetos ligados por vínculos gentilicios y con una misma procedencia étnico-nacional, a adoptar un nuevo de carácter básicamente político»¹⁹. Roma lleva a cabo dos tipos de anexiones territoriales: por un lado, aquella en la que concedía la plena ciudadanía a los habitantes de las comunidades, quienes se convertían en *ciues optimo iure* y, por otro lado, aquella otra en la que se concede la *ciuitas sine suffragio*. Ello acaba creando dos tipos de ciudadanos: el *ciuis optimo iure*, que disponía del pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles —el *ius suffragii*, el *ius conubii*, *ius commercii*, *ius honorum*—, siendo además los únicos que pueden participar en la asamblea centuriada y el *ciuis inminuto iure*, a quienes el ordenamiento romano concedió una ciudadanía limitada en sus derechos, especialmente en los políticos²⁰, son los ciudadanos *sine suffragio*²¹.

Una posición particular dentro del derecho de sufragio la ocupan los latinos. La especial relación que Roma mantuvo con estas comunidades determinó la incorporación al sistema cívico. De este modo, se les permitió participar con derecho a voto en las asambleas por tribus y en las plebeyas, pero no en los comicios centuriados²².

Por otro lado, se encuentran las mujeres quienes, aunque gozan de la ciudadanía, están privadas de la participación política, tanto activa como pasiva, independientemente de su condición y edad²³. El jurista Ulpiano afirma: «Las mujeres están apartadas de todas las funciones civiles y públicas, y por ello no pueden ser jueces, ni tener magistratura, ni actuar como abogadas, ni intervenir en representación de alguien, ni ser procuradoras (D. 50.17.2. pr.). En otras palabras, no podían ejercer ningún tipo de cargo político, ni participar en las asambleas, ni en el Senado»²⁴.

Ahora bien, la política no fue completamente ajena a las mujeres. Muchas de ellas, especialmente las criadas en las familias senatoriales de la *nobilitas* con tradición política se convirtieron indirectamente en partícipes de los asuntos relacionados con el poder político²⁵. De hecho, la influencia de las mujeres ha sido una constante en la historia política romana, particularmente a través de las alianzas matrimoniales, a las que eran destinadas desde niñas²⁶. «La costumbre las

19 ANDRÉS SANTOS, F.J., «La ciudadanía romana. ¿Un modelo clásico de «ciudadanía cosmopolita?», en *Derecho, persona y ciudadanía: una experiencia jurídica comparada*, cit., pág. 672, conclusión que, como afirma el autor, se encuentra en la afirmación de Cicerón en *De re publica*, 1.39.

20 La concesión de la ciudadanía romana a las primeras comunidades es muy diferente a cuanto sucede siglo después y, en especial, con de la *constitutio Antoniniana* otorgada por Caracalla en el 212. Como afirma LAMBERTI, F., «Percorsi della cittadinanza romana dalle origini alla tarda repubblica», cit., pág. 18, en un principio la concesión de la ciudadanía romana «sarebbe stata vista in prevalenza come una forma di sottrazione di autonomia alle comunità destinatarie della stessa».

21 RIBAS ALBA, J.M., *La democracia en Roma*, cit., pág. 69, «La *ciuitas sine suffragio*, una categoría original del derecho constitucional romano, permitió incrementar la población (con el aumento paralelo de recursos fiscales y militares), mientras se lograba mantener el carácter instrumental de Roma como ciudad-estado». Estos nuevos ciudadanos disponían del derecho romano, incluso del *ius migrandi* o la *provocatio ad populum*, pero no de los derechos políticos, no podían votar ni ser elegidos como magistrados. Vid. CAPOGROSSI COLOGNESI, L., «L'unificazione dell'Italia romana e la gestione della complessità», en *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge I Varona*, Salamanca, 2002, págs. 175-180.

22 RIBAS ALBA, J.M., *La democracia en Roma*, cit., ppág. 66 ss.

23 Vid., PEPPE, L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1984, 98-99.

24 Para CASTÁN, S., «El papel de la mujer romana en la política del s. I a. C. ¿Influencia política, participación indirecta o influencia social?», en *RIDROM*, núm. 24, 2020, pág. 544, «la exclusión, a tenor de D.5.1.12.2 (Paul. 17 ed.), estaba basada en la tradición (impregnada en el *mos* constitucional) más que en la *infirmitas sexus*, por lo que según la jurisprudencia se trataba de una limitación de tipo sociológico y no psicológico.

25 El peso político y social de la mujer se pone de manifiesto en los lugares reservados para ellas en los actos públicos, en especial en los de carácter social como los funerales o espectáculos públicos. Así aparece reflejado en D. 1.9.1 (Ulpág. 62 ed.).

26 GRUBBS, J. E., *Women and the law in the Roman Empire. A sourcebook on marriage, divorce and widowhood*, Routledge, London, 2002, págs. 101-105; CASTÁN, S., «El matrimonio como estrategia en la carrera política durante el último tramo de la república», en *RIDROM*, núm. 7, 2011, págs. 367-423. <https://hdl.handle.net/10578/1864>

postergaba para la vida política, pero la fortuna de la que disponían y las enseñanzas recibidas en su infancia o adquiridas a raíz de los matrimonios celebrados desde su adolescencia favorecía que se implicaran decididamente en la promoción política de hermanos, maridos, hijos y, hasta en algún caso, amantes»²⁷. No cabe duda de que la sociedad y el derecho romano relegaron a la mujer al ámbito doméstico, también en el ámbito político, pues fue principalmente en el espacio de la casa donde ejercieron su influencia. Sin embargo, en las inscripciones pompeyanas recurrentemente aparece el nombre de una mujer o de grupos de mujeres que solicitaban el voto para determinados candidatos a las magistraturas de ese año. Los grafitis pompeyanos constituyen el ejemplo más significativo del afán de las mujeres por participar de la vida pública, también de aquellas que no pertenecían a la nobleza política, al mismo tiempo que ponen de manifiesto el peso que su opinión alcanzó en la vida política²⁸.

Una vez determinado quién puede ejercer el sufragio, debemos precisar cuándo, dónde y cómo votaba el ciudadano. El pueblo era llamado a votar en la elección de los magistrados, en las propuestas de ley y en la *provocatio ad populum*, el recurso del ciudadano al pueblo cuando ha sido condenado a la pena capital o a una sanción pecuniaria. El sufragio se ejerce en las cuatro asambleas que conforman el *populus romanus*, dependiendo de las competencias de cada una. No obstante, la iniciativa, tanto legislativa como electoral, se lleva a cabo a propuesta de un magistrado; el pueblo nunca tuvo capacidad para convocar por sí mismo una asamblea. De este modo, el comicio correspondiente debía ser convocado con un magistrado con capacidad para hacerlo, aquel que disponía del *ius agendi cum populo*. Una vez reunida, el magistrado exponía el asunto —ya fuera la propuesta de ley, las elecciones correspondientes o el recurso del ciudadano—, y el pueblo simplemente manifestaba su voto, sin entrar a debatir en fondo del asunto, ni tan siquiera tenía la opción de entrar a debatir la cuestión planteada por el proponente²⁹.

Para comprender el funcionamiento del sufragio, es necesario atender a la estructura de representación del *populus Romanus*. Considerando que son varias asambleas y que excepto el comicio plebeyo, las demás están conformadas por los mismos ciudadanos, pero ordenados de manera diferente, según la asamblea. Así, desde el periodo más arcaico los ciudadanos se ubican en curias, tribus o centurias, constituyendo estas unidades de voto. De modo que cada uno emitía su voto en la unidad a la que pertenecía. No se trata de un voto directo, sino de un voto que se realiza en la unidad correspondiente, se recuenta en ella y emite el voto de la misma, dependiendo siempre de la asamblea. Por ello, como veremos, el peso del sufragio no es el mismo en todos los *comitia*. Además, el voto, hasta el 139 a. C., la con la aprobación de *Lex Gabinia tabellariae*, que instaura el voto secreto mediante tabillas, era público³⁰.

27 CASTÁN, S., «El papel de la mujer romana en la política del s. I a. C. ¿Influencia política, participación indirecta o influencia social?», cit., pág. 551. En este mismo sentido, PEPPE, L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana* cit., págs. 9-10.

28 Vid., ZAERA GARCÍA, A.B., «La captación del voto en la Roma republicana», en *Revista General de Derecho Romano*, núm. 34, 2020, pág. 20.

29 En debate en las asambleas se llevaba a cabo en las *contiones*. En las *contiones* el pueblo se reunía antes de ser convocados para votar y lo hacía en todo tipo de votaciones, desde las contiendas militares, de la concesión del triunfo, de las decisiones del senado, del reclutamiento militar, la realización del censo, de la gravedad de determinados acontecimientos, en todos aquellos acontecimientos importantes para la *ciuitas*. Es precisamente en las *contiones* el lugar donde se danban los grandes discursos. Para PINA POLO, F., *Las contiones civiles y militares en Roma*, Departamento. de Ciencias de la Antigüedad (Univ. de Zaragoza), Zaragoza, 1989, pág. 120, «en las *contiones* políticas se produce un auténtico debate, se plantean todos aquellos asuntos candentes que interesan a la comunidad: el juego político de alianzas y de enfrentamientos sale del ámbito cerrado senatorial y se expone a la luz de las asambleas, mostrando una lucha política en la que, de todos modos, el pueblo es fundamentalmente espectador, aunque su presión, promovida habitualmente por tribunos de la plebe, es determinante».

30 Vid., ZAERA GARCÍA, A.B., «La captación del voto en la Roma republicana», cit., págs. 15-17, en el ejercicio del sufragio es preciso considerar el papel determinante de la *clientela*, aquellos que dependen económicamente de los hombres más ricos y poderosos de Roma. Los clientes, en tanto ciudadanos romanos, forman parte de los distintos *comitia*, tienen derecho al sufragio, pero su dependencia económica influirá en su decisión. Es decir, deben mostrar respeto al patrón votando según sus indicaciones. Por ello, la instauración del voto en tabillas supuso la liberación de una parte de la clientela romana y, con ello, la reducción de su peso político.

En cuanto a los *comitia*, comenzando por el más antiguo, estaban los *comitia curiata*. Esta asamblea estaba integrada por las treinta curias en que, originariamente, se había dividido la población, diez por cada tribu, siendo la curia la unidad de voto. Esta distribución «otorgaba la titularidad y el ejercicio del *ius suffragii* en condiciones formales de igualdad»³¹. La asamblea curiada tenía competencias electorales, pues en ella se elegía el *rex*; también disponía de competencias legislativas, ya que en ella se aprobaba la *lex curiata de impero*, que otorga el *imperium* a los magistrados³². Si bien, a medida que avanza la República, fueron perdiendo importancia.

La segunda de las asambleas eran los *comitia centuriata*, de origen militar, cuyo origen se atribuye al rey Servio Tulio³³. En esta asamblea, el *populus* estaba dividido en 193 centurias. De ellas 18, las primeras en votar estaban integradas por los *equites*, miembros de la caballería del ejército. Les seguían 170 centurias de infantería, divididas a su vez en cinco grandes clases: ochenta centurias correspondían a la primera clase; veinte a la segunda clase, veinte a la tercera, veinte a la cuarta clase y treinta la quinta. Las cinco centurias restantes están conformadas por los cuerpos auxiliares, es decir, aquellos que no portaban armas, como músicos, ingenieros, entre otros. A cada ciudadano se le asignaba a una centuria de acuerdo a su declaración en el censo, conforme a un criterio timocrático³⁴. El cómputo total de votos era de 193, independientemente del número de integrantes de cada centuria. Además, en esta asamblea, una centuria no votaba hasta que la anterior lo había hecho y había emitido su voto. Una vez alcanzada la mayoría con 98 votos, se dejaba de votar. Así, si las centurias de la primera clase y las de caballería votaban lo mismo, el resto de ciudadanos no participaban. De hecho, son escasas las ocasiones en las que la quinta centuria emitió su voto. Esto hacía que en la asamblea centuriada el peso del voto se acentuara aún más³⁵.

Los comicios centuriados tuvieron competencias electorales, ya que elegían los magistrados mayores: cónsules, pretores y censores. Disponía también de competencias legislativas, destacando la *lex de bello indicendo*, necesaria para declarar la guerra, y de competencias judiciales como la *provocatio ad populum*, el derecho del ciudadano condenado a muerte o a una multa por un magistrado a que el pueblo se pronuncie. Estas competencias convierten a esta asamblea en el *maximus comitiatus*³⁶, el comicio con mayor peso, dado que las cuestiones de mayor trascendencia política quedan en manos de unos pocos, los hombres más poderosos.

La tercera asamblea, los *comitia tributa*, estaba organizada conforme al criterio territorial de la tribu. La misma estaba integrada por 35 tribus: 31 rústicas, formadas por propietarios de tierras, y

31 RIBAS ALBA, J.M., *La democracia en Roma*, cit., pág. 164.

32 RIBAS ALBA, J.M., *La democracia en Roma*, cit., págs. 141-161.

33 Liv. 1.60.4.

34 Dionisio de Halicarnaso, *Ant. Rom.* 4.16.18; Liv. 1.43. CASTÁN, S., «Una aproximación a la democracia romana a través del sufragio activo y pasivo», en *Rivista di diritto romano* 13 - www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano13Castan-Democrazia.pdf, 2013, págs. 10-13, el censo de los equites se fijó en 400.000 sesteracios; el de la primera clase en 100.000 ases; 75.000 ases para la segunda clase; 50.000 ases para la tercera; 25.000 ases para la cuarta y 12.500 ases para la quinta clase. Además, la inscripción en la centuria tuvo también en cuenta el criterio de la edad, dividiendo a cada clase en igual número de seniores, a partir de los cuarenta años, y iuniores. En origen esta forma de distribución obedeció a criterios militares, pues los iuniores solían defender la primera línea, pero acabó siendo «un criterio gerontocrático, ya que en la práctica el *suffragium* de los adultos tenía un mayor valor que el de los jóvenes. El igual número de centurias para ambos garantizaba un número igual de votos contables para la elección, pero al existir una población considerablemente superior de jóvenes sobre ancianos resultaba que el voto individual de un adulto tenía más peso que el de un joven».

35 A este respecto afirma Livio 1.43.10: «Efectivamente, no se concedió a todos indistintamente la facultad de voto individual con el mismo valor y los mismos derechos, como habían hecho los demás reyes de acuerdo con el uso establecido a partir de Rómulo, sino que se establecieron grados, de suerte que nadie pareciese excluido del voto y todo el poder estuviese en manos de los principales de la ciudad». En todo caso, en el 241 a.C., se procedió a la reforma de los comicios centuriados, sufriendo posteriores modificaciones. Vid., RIBAS ALBA, J.M., *La democracia en Roma*, cit., págs. 190-193.

36 ALBANESE, B., «*Maximus comitiatus*», en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, Vol. 1, Seminario de Derecho Romano «Ursicino Álvarez» de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, págs. 13-20.

4 urbanas, en las que se inscribían los proletarios urbanos³⁷. El voto, hasta la *Lex Gabinia tabellariae* que introduce el voto secreto, se realizaba de manera similar al de los *comitia centuriata*: las tribus votaban una tras otra. A partir de ese momento todas las tribus votaban simultáneamente, sorteando la tribu que da comienzo a la votación. Esto convierte a esta asamblea en un órgano más igualitario, a pesar de que el peso de las tribus rústicas siempre fue mayor que el de las urbanas, pese a que estas últimas agrupaban a un mayor número de ciudadanos³⁸. Las competencias de los *comitia tributa* eran principalmente electorales, en ellas se elegía a los llamados magistrados menores, entre los que se encontraban los cuestores y los ediles curules. Aunque disponían también de competencias legislativas y jurisdiccionales.

Por último, el *concilium plebis* que, como su propio nombre indica, estaba conformado únicamente por el orden social plebeyo; los patricios estaban excluidos de representación. Esta asamblea se organizaba mediante tribus, aunque los patricios quedaban fuera de ellas y era convocada por los tribunos de la plebe. Las competencias de esta asamblea irán incrementándose en la medida en la que el orden constitucional romano equiparó los derechos del orden plebeyo con los de los patricios. Contaba con competencias electorales para elegir a sus representantes, es decir, los tribunos de la plebe y los ediles plebeyos; alcanzan competencias jurisdiccionales cuando se otorga el conocimiento de los procesos por multas y competencias legislativas a través de los *plebiscita*. A partir del 449 a. C., una *Lex Horatia de plebiscitis* establece que lo aprobado por la asamblea plebeya obliga a todos los ciudadanos. Esta disposición se reafirmó con la *Lex Publilia Philonis* del 339 a.C., que establece la obligación de que el Senado emitiera la *auctoritas patrum*³⁹. Finalmente, la *Lex Hortensia de plebiscitis* equiparará los plebiscitos con las leyes, consolidando al *consilium plebis* como la asamblea legislativa por excelencia.

Podemos concluir que el ejercicio del sufragio representa para el ciudadano romano la manifestación de que forma parte del *populus* y como tal interviene en la vida pública. Pero, a la vez, el sufragio se constituye en la herramienta de legitimación del poder. La participación del pueblo en los comicios otorgaba legitimidad a los magistrados, a las leyes y a las decisiones jurisdiccionales. Sin embargo, la complejidad del *ius suffragii* hacía que la participación ciudadana, pese a su reglamentación precisa, se viera condicionada por las diferencias que el *status* establecía entre los ciudadanos. La asignación a una curia, centuria o tribu determinará la importancia del voto, convirtiendo las unidades de integración del pueblo en un mecanismo de discriminación. Por ello, a pesar de la incorporación del voto secreto y las reformas introducidas en los comicios centuriados y por tribus, el derecho al sufragio permaneció enmarcado dentro del predominio aristocrático y timocrático que caracterizó la política en República, alejado de cualquier atisbo de participación democrática. El sistema de participación republicano no respondió nunca a un principio democrático. Es más, el derecho al sufragio no suponía que el peso recayera en la mayoría. Como afirma Cicerón: «La mayoría no estaba en manos de la muchedumbre, sino de unos pocos que conformaron la *nobilitas romana*» (*Rep.* 2.22.39).

37 CASTÁN, S., «Una aproximación a la democracia romana a través del sufragio activo y pasivo», cit., pág.14. «También prevalecía un criterio timocrático, pues cada tribu era una unidad de sufragio y desde la reforma del 241 a. C., los ciudadanos que poseían tierras integraban 31 de las 35 tribus, las llamadas tribus rústicas, frente a las restantes 4 tribus urbanas».

38 DE MARTINO, F., «Sui modi di votazione nelle assemblee romane», en *Diritto, economia e società nel mondo romano*, IV, Jovene, Napoli, 2003, pág. 139.

39 La *auctoritas patrum* era la ratificación del Senado de aquello que se había votado en las asambleas. Hasta la *Lex Publilia Philonis de patrum auctoritate*, del 339 a.C., la aprobación del Senado era *a posteriori*, desde dicha ley se hará antes de que el pueblo emita su decisión. Vid., BISCARDI, A., *Auctoritas patrum. Problemi di storia del diritto pubblico romano*, Jovene, Napoli, 1987, págs. 43-47.

VIGENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO. UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

Ricardo Zuluaga Gil

Docente Universidad de Antioquia – Medellín (Colombia)

Sumario. Introducción. 1. El fracaso del constitucionalismo en América Latina. 2. Constitucionalismo y sistema presidencial. Conclusión.

Introducción

El constitucionalismo es una conocida técnica de gobierno de la sociedad y es posiblemente la mejor de las hasta ahora puestas en práctica a lo largo de la historia. Esto es así en la medida que ella se enfoca en garantizar un ejercicio razonable del poder y, sobre todo, en promover la convivencia pacífica, la prosperidad y el bienestar de los asociados. Se trata, además, de un modelo político cuyo origen es todavía reciente, pues ajusta poco más de 300 años desde que él se adoptó por primera vez en Inglaterra. Sin embargo, y a pesar de sus bondades intrínsecas, para el año 2025 el constitucionalismo está de lejos de ser la forma más utilizada para gobernar las sociedades contemporáneas. Es más, la democracia constitucional no solo no se ha impuesto en todos los países del mundo y ni siquiera en la mayoría, sino que actualmente hay signos muy preocupantes que indican que ella presenta signos de desgaste y se encuentra en franco retroceso en gran parte del planeta.

Lo anterior se puede afirmar a partir de lo que informe el importante medio británico *The Economist* en su reporte anual titulado *Índice de Democracia*¹, publicado en febrero de 2025, donde sostiene que la democracia global continuó un precipitado declive en 2024. A esta conclusión llegan después de calificar el estado de la democracia en 167 países después de considerar y evaluar las siguientes cinco variables en cada uno de ellos:

- Proceso electoral y pluralismo.
- Funcionamiento del gobierno.
- Participación política.
- Cultura política democrática.
- Libertades civiles.

De acuerdo al informe, en la actualidad solo nueve países gozan de una democracia absolutamente plena que merece ser calificada entre 9-10. Ellos son: Noruega, Nueva Zelanda, Suecia, Islandia, Suiza, Finlandia, Dinamarca, Irlanda, Países Bajos, lo que quiere decir que los países nórdicos se mantienen en la parte superior de la clasificación, tal como ha sido a lo largo de los años en que este estudio comparativo se ha llevado a cabo. La cuestión es que en esos países solo viven 33 millones de personas que equivalen a un insignificante 0.4 % de la población del mundo. Por otro lado, con calificación de 8/9 aparecen otros dieciséis estados, entre los solo dos son latinoamericanos: Costa Rica y Uruguay. Sumados esos 25 países cuyas democracias se consideran ópti-

1 <https://www.eiu.com/n/global-themes/democracy-index/>

mas, ellos solo representan el 6.4 % de la población mundial. Luego viene una lista en la que aparecen los estados cuya democracia constitucional funciona de manera más o menos aceptable y entre ellos está al menos la mitad de los de América Latina.

Índice de Democracia 2024			
Tipo de régimen	Países	% Países	% Población mundial
Democracias plenas	25	15,0	6,6
Democracias deficientes	46	27,5	38,4
Regímenes híbridos	36	21,6	15,7
Regímenes autoritarios	60	35,9	39,2

Por otro lado, las anteriores cifras dejan claro que el 54.3 % de la población mundial, que habita en 93 países, vive sometida a regímenes autoritarios y autocráticos tanto de carácter civil, como militar o religioso; o habita en países que practican sistemas democráticos muy defectuosos, en lo que se podría decir que existe un constitucionalismo meramente formal o nominal. No sobra advertir que los tres países que ocupan la escala más baja son asiáticos: Afganistán en razón del regreso de los talibanes en 2021; Myanmar en razón del golpe de estado en 2021; y Corea del Norte, que por primera vez en muchos fue desalojada de la parte inferior de la tabla. Muy preocupante resulta la situación de deterioro en África, una región a la que también regresaron los golpes de estado. Sin embargo, es alarmante que en ese amplio listado aparezcan cuatro países de América Latina: Cuba Haití, Nicaragua, y Venezuela.

Todo lo anterior ha llevado a que, a pesar del amplio apoyo a los valores democráticos, paradójicamente la insatisfacción pública con la democracia haya aumentado a nivel mundial, tal como lo prueban encuestas de instituciones como Pew Research Center y Gallup, que indican que, si bien la mayoría de las personas prefiere la democracia como sistema de gobierno, se sienten cada vez más frustradas con su funcionamiento en la práctica.

Dicha insatisfacción puede estar asociada a tres causas principales: disminución de la confianza en los gobiernos, incapacidad de los políticos y de los partidos políticos para representar eficazmente a los electores y un déficit cívico y de representación; factores estos que han generado desilusión con las instituciones democráticas y han contribuido al auge del populismo, la desconexión política y la creciente polarización política.

Por otra parte, es bueno señalar que ese deterioro global es tan evidente que, a una región como América del Norte, tradicionalmente tan asociada con la vigencia de buenas y estables instituciones democráticas, tampoco le fue mucho mejor en el análisis. A esa realidad contribuyeron los graves hechos ocurridos en los EE. UU. en los últimos cinco años: disturbios llevados a cabo en el Capitolio de EE.UU., los intentos del presidente Donald Trump por anular el resultado de las elecciones y las deportaciones masivas. Por su parte, Canadá, un país que siempre había sido calificado 10/10, sufrió un retroceso asociado a las restricciones que en razón de la pandemia del Covid-19 le fueron impuestas a los ciudadanos y que fueron muy mal recibidas por estos, de tal suerte que en esa democracia, que ha históricamente muy sólida, solo el 10,4 % de los canadienses sienten que gozan de suficiente libertad de elección y control, a la par que, y de manera alarmantemente, un 13,5 % de la población expresó preferencia por un gobierno militar.

1. El fracaso del constitucionalismo en América Latina

En el *Índice de Democracia* publicado este año, América Latina fue la región que registró la caída más pronunciada a nivel global. Por supuesto esto es una clara consecuencia del débil compromiso que estos países han mantenido con las instituciones constitucionales, pues a pesar de casi todos ellos hacen gala de un farragoso calendario electoral, este tipo de justas no siempre garantizan el avance de la causa de la democracia y en ocasiones más bien han permitido que prosperen los gobiernos populistas tanto de izquierda como de derecha, a lo que se suma un incumplimiento sistemático de los derechos de los asociados, especialmente

los de contenido económico social. Súmese a ello que la región presenta alarmantes niveles de corrupción, apareciendo casis todos los países que la componen en las escalas más bajas de la clasificación².

Por noveno año consecutivo, en 2024 la calidad de la democracia en América Latina y el Caribe disminuyó y el índice promedio de la región bajó de 5,68 en 2023 a 5,61, pese a lo cual, ella se mantiene como la tercera más democrática del mundo, después de América del Norte y Europa Occidental y se sitúa por encima de Europa Oriental, Asia, Australasia, África Subsahariana, y Oriente Medio y África del Norte.

Lo anterior gracias a que en América Latina y el Caribe la democracia se desempeña por encima del promedio mundial en cuanto a proceso electoral y pluralismo, participación política y libertades civiles, así como en el funcionamiento del gobierno. Sin embargo, es la región con peor desempeño en cultura política, pues de los 24 países de la región incluidos en el estudio, 17 registraron una disminución en su puntuación respecto a 2024, cinco mejoraron sus puntuaciones y dos países no registraron cambios. Jamaica, Colombia y Brasil experimentaron los mayores retrocesos este año, mientras que República Dominicana y México registraron la mayor mejoría.

Como se advirtió, Uruguay y Costa Rica siguen siendo las únicas *democracias plenas* de la región; mientras que Haití, Cuba, Venezuela y Nicaragua están clasificados por el índice como *regímenes autoritarios*. Paraguay fue degradado a *régimen híbrido* tras entrar brevemente en la clasificación de *democracia deficiente* en 2023; una degradación que está asociada a una nueva ley que restringe la libertad de acción de las organizaciones no gubernamentales (ONG).

Se puede afirmar que ese deterioro de la calidad de la democracia en la región no es más que el resultado de una serie de desafíos sociales y políticos, algunos recientes, pero otros de vieja data. Tenemos entonces que la distribución del ingreso en la región es la más desigual del mundo y que el débil crecimiento económico de los últimos años ha generado frustración pública con la clase política y ha alimentado alarmantemente la polarización política, todo ello sin perder de vista que esta sigue siendo la región más violenta del mundo. Según el FMI, la región representa un tercio de los homicidios a nivel mundial y una tasa que triplica el promedio mundial. Los países de la región también están lidiando con los efectos del uso generalizado de las redes sociales, y algunos han reaccionado con mano dura, lo que amenaza la libertad de expresión, mientras que la débil cultura política de la región se expresa a menudo en el apoyo a líderes de mano dura que prometen soluciones simples a problemas complejos y, en el proceso, debilitan los controles y contrapesos institucionales.

Pero es que esta realidad política que vive América Latina no es coyuntural y, a diferencia de los Estados Unidos que nació formalmente como Estado independiente con la exitosa Constitución de 1787, todavía vigente y que ha tenido una senda de progreso, crecimiento y desarrollo siempre constantes, en esta región la experiencia con el constitucionalismo ha sido en general un fracaso. Baste para ello tener en cuenta que, desde sus independencias, iniciadas en 1810 y culminadas en 1898, hasta la fecha, las veinte repúblicas latinoamericanas han promulgado unas 260 constituciones, lo que arroja un promedio de 13 por país, a tal punto que la elaboración de constituciones es una práctica tan recurrente, que ha sido denominada: *el deporte favorito de América Latina*³. En esta preocupante estadística sobresalen República Dominicana, Haití y Venezuela, países que han decretado más de veinte constituciones cada uno. De ellos, República Dominicana ostenta el dudoso honor de ser el país con el mayor número de constituciones en el mundo. En este contexto resulta interesante mencionar a México, con una Constitución que supera la centuria, pues fue expedida en 1917, pero a la que se le han incorporado 256 reformas que han modificado 770 artículos de la Constitución, con lo cual, del texto original debe quedar realmente muy poco⁴.

2 https://www.transparency.org/en/cpi/2021?gclid=Cj0KCQjwxveXBhDDARIsAI0Q0x1GnJnGe-CWB-B88mgkIH9f5831YMH1xLTVYVH8B-N0a0fEY2pMzQT8aAqVLEALw_wcB

3 HARRIS, Louis & ALBA, Victor. *The Political Culture and Behavior of Latin America*, Kent State University Press, 1974, pp. 54-55.

4 CARPIZO, Jorge. «La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad», Bol. Mex. Der. Comp. Vol.44 N°131 Ciudad de México mayo -agosto de 2011.

Muy paradójico resulta que después de Estados Unidos, la segunda nación en independizarse en las américas hubiera sido Haití y que su primera Constitución, una de las primeras del mundo fuera redactada en 1801, cuando el país era todavía una colonia francesa. Sin embargo, en más de dos siglos de independencia, el pequeño país caribeño ha sido sucesivamente un imperio, un reino y una república, con presidentes alternos, reelegidos y vitalicios y ha tenido un total de 25 constituciones, la última con 298 artículos aprobada en 1987 y ampliamente revisada en 2012⁵. Pese a su aparente larga tradición democrática, Haití es el país más convulsionado y empobrecido del hemisferio occidental.

Ahora bien, centrar la atención en el elevado número de 260 constituciones latinoamericanas puede conducir a un análisis distorsionado de esa realidad institucional. Ello se debe a cuatro razones.

- Primero: las constituciones de América Latina habitualmente son notablemente fáciles de enmendar y por esa razón son reformadas a menudo. Y aunque algunas han durado periodos sustanciales, también han sufrido modificaciones tan grandes que fácilmente podrían considerarse constituciones diferentes.
- Segundo: a veces a las constituciones abrogadas simplemente se les sacude el polvo y son promulgadas de nuevo.
- Tercero: partes sustantivas de muchas constituciones latinoamericanas son a menudo suspendidas por largos periodos invocando dispositivos excepcionales como el estado de emergencia.
- Cuarto: la cifra de 260 a menudo también exagera el grado de inestabilidad institucional porque en muchas ocasiones, las constituciones latinoamericanas son virtualmente copias al carbón de sus predecesoras.

Una razón importante para que muchas constituciones latinoamericanas tengan vidas tan cortas es que los gobiernos de estos países, en el pasado muy frecuentemente llegaron al poder a través de golpes de Estado. Buena prueba de ello es que entre 1930 y 1990 las repúblicas de esta región sufrieron 139 cambios extraconstitucionales de gobierno, un promedio de 6.95 por país; mientras que a lo largo del siglo XIX los golpes de estado exitosos fueron todavía más frecuentes. De esta modalidad de ejercicio del poder el caso más paradigmático es Bolivia, que, a lo largo de su vida republicana iniciada en 1826, ha padecido 36 golpes de estado, pero en general los cambios de gobierno por vía extraconstitucional fueron tan comunes en el subcontinente que algunas constituciones latinoamericanas quijotesicamente han llegado a establecer que su existencia continuará incluso después de una revolución o un golpe de estado.

Por otra parte, largos periodos sin golpes de estado no necesariamente significan estricto cumplimiento de la regla constitucional, pues el continuismo es otra institución política común en América Latina, de tal suerte, que un régimen permanece en el poder haciendo manipulación constitucional, fraude o ambos. Así, los treinta y cinco años de aparente constitucionalismo entre 1954 y 1989 en Paraguay y los treinta y un años entre 1930 y 1961 en República Dominicana fueron realmente periodos de dictadura encabezada por los generales Stroessner y Trujillo, que descaradamente arreglaban elecciones y despiadadamente suprimían la oposición política, mientras mantenían las apariencias de gobierno constitucional. Un ejemplo similar de continuismo es el Haití de los Duvalier, quienes permanecieron el poder casi 30 años, entre 1957 y 1986. Lo propio ocurrió en la Nicaragua de los Somoza, una influyente familia nicaragüense de la cual tres de sus miembros ejercieron el cargo de presidente de ese país de América Central, gobernándolo entre 1934 y 1979 de forma dinástica o imponiendo a gobernantes títeres, un mismo camino que en ese país parece estar siguiendo su actual presidente Daniel Ortega, quien a través de dudosas reelecciones sucesivas está instalado en el poder desde 2007, acompañado de su esposa como vicepresidenta⁶.

5 CORDEIRO, Jose Luis, «Constitutions around the world: A View from Latin America», *IDE Discussion Paper*, Vol. 164, 2008.

6 CRESPO, María Victoria. *Dictadura en América Latina. Nuevas aproximaciones teóricas y conceptuales*, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Cuernavaca, 2017.

2. Constitucionalismo y sistema presidencial

Una de las razones que puede explicar el recurrente fracaso de las instituciones constitucionales en América Latina, puede estar asociado a la monolítica acogida que se le dio al sistema presidencialista de gobierno en esta región⁷, donde ha adquirido unas características especiales que parecen deformarlo y especialmente alejarlo de la idea de que en el sistema constitucional el poder público está al servicio del interés general y de la garantía del bien común, dando así lugar a una realidad que se aleja mucho de este modelo de gobierno originalmente adoptado en los Estados Unidos, un país en el que desde la elección de George Washington en abril de 1789, la escogencia de sus 45 sucesores se ha llevado a cabo siempre con el más absoluto respeto a los procedimientos constitucionales establecidos en la Constitución de Filadelfia en 1787. Es más, la mecánica de la elección ha permanecido prácticamente inalterada a lo largo de 235 años, salvo por lo establecido en la enmienda XXII promulgada en 1951 que limitó a una la reelección presidencial: *Ninguna persona podrá ser elegida para el cargo de presidente más de dos veces, y ninguna persona que haya ocupado el cargo de presidente, o ejercido como presidente, durante más de dos años de un mandato para el que otra persona hubiera sido elegida como presidente, será elegida para el cargo de presidente más de una vez*. De esa manera le salieron al paso a que en el futuro se repitiera una situación como la generada por Franklin Delano Roosevelt, quien fue electo cuatro veces a la presidencia de manera sucesiva entre 1932 y 1944. Por los demás, el sistema mantiene sus características bicentenarias, algunas de las cuales, como el colegio de electores, es obviamente una completa obsolescencia.

Entre las desviaciones a que ha sido sometido el sistema presidencial en Latinoamérica podemos mencionar las siguientes como las más frecuentes: dictaduras militares, dictaduras civiles, dictaduras de partido, dinastías familiares y síndrome reeleccionista, todas las cuales atentan contra una de las premisas básicas del constitucionalismo: la necesidad de que el poder político sea alternativo y sea el resultado de transparentes procesos electorales.

La dictadura militar en América Latina, con todos sus excesos y extravagancias, es una realidad que nació y se desarrolló prolíficamente en la región desde que ella se hizo independiente, se extendió a lo largo de la primera mitad del XX y adquirió características especiales en las últimas décadas de ese siglo XX, cuando en el contexto de la llamada guerra fría, proliferaron los gobiernos militares basados en la doctrina de la seguridad nacional y que con la excepción de Colombia, tuvo especial expresión en el Cono Sur del continente. Se trató de un ciclo de dictaduras militares que tuvo inicio en Brasil en 1964 y que pronto se diseminó por la región, llegó a Bolivia en 1964, a la Argentina en 1966 y después Chile y Uruguay en 1973. Dichos regímenes se caracterizaron por militarizar el Estado, haciendo que las Fuerzas Armadas asumieran el papel de dirigentes políticos y agentes de represión y por mantenerse en el poder acudiendo a una violenta represión contra las fuerzas populares y las instituciones democráticas. Por supuesto, entre todas ellas, las de Pinochet en Chile y Videla en Argentina sobresalen en destrucción de la institucionalidad democrática⁸.

Las dictaduras civiles tampoco han sido infrecuentes en el hemisferio. Se trata de individuos que a través de procedimientos institucionales alcanzan el poder y una vez obtenido encuentran los mecanismos para apropiárselo y convertirlo en una especie de patrimonio personal. Pocos casos como el Paraguay ejemplifican esta realidad, donde entre solo dos sujetos, José Gaspar Rodríguez de Francia y Carlos Antonio López ejercieron el poder entre 1816 y 1862. A partir de entonces los ejemplos han sido abundantes y ya se hizo mención a dos muy paradigmáticos, los Somoza en Nicaragua y los Duvalier en Haití, dos familias que convirtieron el poder político en obscenas fuentes de enriquecimiento personal a costas del sufrimiento físico y el empobrecimiento moral de las sociedades que gobernaban.

Las dictaduras de partido, que, si bien no son un fenómeno exclusivamente latinoamericano, en estas latitudes ha tenido características especiales. Y son cuatro los casos que se pueden mencio-

7 GINSBURG, Tom; CHEIBUB Jose Antonio; y ELKINS Zachary, «Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective», 89 *Texas Law Review* 1707 (2010).

8 ARRATIA, Alejandro «Dictaduras latinoamericanas», en *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, Universidad Central, Caracas, Vol. XVI, N° 1, enero-junio, 2010, pp. 33-51.

nar: Cuba, México, Paraguay y recientemente Venezuela. En el primer caso se trata de una dictadura comunista instalada en el poder desde 1959, año del triunfo de la revolución comenzada seis años atrás. Sobre decir que las restricciones a libertades esenciales de las que predica el constitucionalismo es moneda de cambio cotidiano. En el caso mexicano, el Partido Revolucionario Institucional (PRI) se mantuvo monolíticamente en el gobierno a lo largo de 70 años, llevando ese país a prácticas de concentración del poder inéditas en el hemisferio. Caso similar es el de Paraguay, donde el Partido Colorado, con la sola interrupción ocurrida entre 2008 y 2013, lleva en el poder desde 1947, es decir 75 años, de los cuales y durante casi 35 años, casi siempre mediante elecciones fraudulentas, el poder lo ocupó el general Alfredo Stroessner. Finalmente, tenemos el caso venezolano, donde el Partido Socialista Unido de Venezuela, conocido popularmente como Chavismo lleva ya 23 años consecutivos instalado en el poder, ejerciendo unas prácticas tales que ha llevado a la práctica desaparición de la estructura económica de esa sociedad y a generar una crisis migratoria sin precedentes en occidente.

En cuanto a dinastías familiares, ya se hizo referencia a los clanes Duvalier en Haití y Somoza en Nicaragua. Pero recientemente, en pleno siglo XXI, en esta región se ha venido presentando un fenómeno muy singular y es el referido a la que podríamos denominar la *conyugracia*, según la cual el poder político lo ejerce conjuntamente una pareja de esposos, bien sea simultáneamente como ocurre en Nicaragua desde 2017, cuando Rosario Murillo Zambrano, esposa del presidente Ortega se convirtió en vicepresidente o bien sea alternativamente como es el caso de Argentina, donde los esposos Kirchner ocuparon sucesivamente la presidencia del país entre 2003 y 2015. Y un caso similar es el de Honduras, país donde los esposos Manuel Zelaya y Xiomara Castro han ocupado en distintos momentos la presidencia del país.

Finalmente, el síndrome reeleccionista también ha contribuido a desvirtuar la esencia del sistema presidencial y en consecuencia la naturaleza del sistema constitucional en América Latina, no porque de suyo esa posibilidad sea mala, pues de hecho en Estados Unidos está prevista desde 1787 y se ha practicado sin mayores contratiempos. La problemática surge a partir del momento en el que presidentes elegidos para un solo período manipulan el sistema constitucional para garantizarse una o más reelecciones en el cargo, manteniendo una aparente fachada de democracia. Esta práctica la inició Carlos Saúl Menen en Argentina cuando en 1994 promovió una reforma constitucional para permitir la reelección consecutiva, con la cual él se vio beneficiado al ser reelegido para el período 1995-1999. En Brasil mientras ejercía como presidente Fernando Henrique Cardoso, en 1997 promovió y logró la aprobación de una enmienda constitucional que permitió a los funcionarios electos buscar una reelección consecutiva. Por supuesto, él se presentó de nuevo y ganó las elecciones del siguiente período. Ecuador por su parte la permitió en septiembre de 2008, cuando los ecuatorianos aprobaron de manera abrumadora una nueva constitución promovida por el presidente Rafael Correa. Lo propio hizo Álvaro Uribe en Colombia, a quien promovió la modificación de la Constitución para reelegirse e incluso intentó promover una nueva reforma que permitía una segunda reelección consecutiva, una posibilidad a la cual se opuso la Corte Constitucional que declaró contraria a la Constitución la ley convocaba el referendo popular que la permitía.

Conclusión

A pesar de que América Latina es una de las regiones a las que más prontamente llegó el sistema constitucional, la verdad es que después de 200 años de vigencia este modelo de gobierno de la sociedad presenta un balance bastante deficitario que por supuesto no es atribuible a la concepción de sistema mismo, de suyo, como ya se dijo, el mejor modelo de gobierno de la sociedad hasta ahora conocido, sino a las muchas desviaciones a que ha sido sometido en el subcontinente, muchas de las cuales han estado dirigidas a hacer del poder político una fuente de enriquecimiento personal, grupal y familiar, y no un instrumento de promoción de la prosperidad general, el bienestar social y el bien común.

Referencias

ARRATIA, Alejandro. «Dictaduras latinoamericanas», en *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, Universidad Central, Caracas, Vol. XVI, No 1, enero-junio, 2010, pp. 33-51.

- CARPIZO, Jorge.** «La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad», *Bol. Mex. Der. Comp.* Vol.44 N°131 Ciudad de México mayo –agosto de 2011.
- CORDEIRO, Jose Luis.** *Constitutions around the world: A View from Latin America*, IDE Discussion Paper, Vol. 164, 2008.
- CRESPO, María Victoria.** *Dictadura en América Latina. Nuevas aproximaciones teóricas y conceptuales*, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Cuernavaca, 2017.
- GINSBURG, Tom; CHEIBUB Jose Antonio; y ELKINS Zachary,** «Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective», 89 *Texas Law Review* 1707 (2010).
- HARRIS, Louis & ALBA, Victor.** *The Political Culture and Behavior of Latin America*, Kent State University Press, 1974, pp. 54-55.

HACIA UNA PROPUESTA DE POLÍTICA CRIMINAL INTEGRAL A PARTIR DE LOS POSTULADOS DE VON LISZT

Laura Zúñiga Rodríguez

*Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Salamanca*

1. Introducción

Esta es una contribución en honor de la Profesora Ángela Figueruelo Burrieza, compañera de muchos años en el Departamento de Derecho Público, con la que hemos compartido proyectos de investigación, estudios, clases y amistad. Su rigurosidad y conocimientos de Derecho Constitucional me han inspirado en diversas etapas de mi vida académica, especialmente en el estudio de los derechos fundamentales, como institutos clave para cimentar una política criminal legítima y justa.

Partimos de los postulados de VON LISZT, especialmente de su lema: «La mejor Política Criminal es una buena Política Social», dando cabida a una comprensión de las estrategias para prevenir la criminalidad en clave social. A partir de ahí se desarrolla un planteamiento: la mejor política criminal es aquella que es capaz de conciliar los conocimientos de la criminología, la política criminal y el derecho penal (una *Gesamte StrafrechtWissentschaft*), frente a un fenómeno concreto de carácter criminal.

El punto de partida será un análisis del estado actual del derecho penal y de la política criminal.

2. El populismo punitivo o Derecho Penal de la Seguridad

No es posible empezar cualquier análisis del derecho penal sin reconocer el signo de los tiempos. La ola punitivista que nos invade como sociedad, en la que parece que todo conflicto ha de ventilarse con el derecho penal, en una constante tensión hacia más delitos y mayores penas, a ser posible, privativas de libertad. La sociedad demanda castigos más severos, determinados colectivos demandan mayor sanción, mientras que los políticos acceden a dichas demandas con reformas penales punitivistas. Por otro lado, los políticos, a sabiendas que estas propuestas son populares y les rinden votos, fomentan ese auge de la utilización de la pena para solucionar cualquier problema social, llevando en su agenda *políticas de seguridad* como políticas criminales, con clara omisión de políticas sociales, más complicadas de programar y más costosas de realizar¹.

¹ En muchos casos avaladas por planteamientos ideológicos neoliberales de privatización de los servicios públicos.

En casi todos los países del mundo se aprecian gran cantidad de leyes penales y exorbitantes niveles de castigo, en un afán por criminalizar conductas no siempre correspondientes al grado de desviaciones soportables en un Estado democrático de Derecho². Las tasas de encarcelamiento en países como Estados Unidos o Inglaterra, y en otras partes del mundo, demuestran empíricamente que efectivamente hay una *sobrecriminalización* en nuestras sociedades, difícil de justificar³. Si la pena se ha concebido como un mal sólo justificable como una necesidad para salvaguardar bienes sociales mayores, parece que esta máxima no siempre se cumple, pues se advierte como un primer recurso, privilegiando la pena a otras formas de control social.

Este fenómeno social no es propiamente penal, trasciende el ámbito de lo jurídico, pues se comprende como un uso electoralista del derecho penal. El *populismo punitivo*, como se le conoce a partir de finales del siglo XX y comienzos del XXI, describe como,

«[D]eterminadas élites políticas occidentales agravaban sistemáticamente las penas de los delitos para dar respuesta a las presiones de la opinión pública sin cuestionarse las causas estructurales de los delitos; sin tener en cuenta los datos empíricos de los índices de criminalidad; obviando el enorme grado de subjetividad existente en la opinión pública debido a la trulencia (económicamente interesada) de algunos medios de comunicación de masas, alcanzándose, puntualmente, situaciones de pánico moral/alarma social; y despreciando las autorizadas opiniones de los expertos en la materia⁴».

En el ámbito propiamente penal, este fenómeno ha dado lugar a un *derecho penal de la seguridad*, caracterizado por la anticipación en la intervención penal a etapas previas a la lesión del bien jurídico, incluso al peligro concreto (como los delitos de peligro hipotético), configurando injustos penales centrados en la prevención de conductas de riesgo. El concepto de seguridad se erige, así como idea-fuerza capaz de orientar las definiciones y los conceptos básicos, así como las funciones del derecho penal⁵. La idea de seguridad, paradójicamente en una sociedad de la incertidumbre, ha permeado las diversas disciplinas que se ocupan de la criminalidad. Como apunta PITCH, desde principios de los años ochenta, la criminología deja de investigar las causas de la criminalidad para «defenderse de ella». Deja de interesarse por el pasado, para ocuparse del futuro: la «disminución de riesgos de victimización»⁶.

3. Principales causas del populismo punitivo

No es posible adentrarme en las causas económico, sociales y políticas que han llevado a esta situación, pues existen trabajos excelentes al respecto como el de GARLAND⁷ que analiza los profundos cambios culturales producidos en los últimos decenios que han conllevado que la ciudadanía, las instituciones y los saberes se hayan alejado del paradigma resocializador para centrarse en un paradigma retributivo, orientado a la protección de las víctimas, cercenando los

2 Discutibles, al menos, son la criminalización de los *delitos de opinión*, como las apologías, los delitos de enaltecimiento, odio o contra los sentimientos religiosos, negacionismos, etc. Su colisión con un derecho fundamental de la democracia que es la libertad de expresión (¡y de pensamiento!) parece evidente. Si nuestras sociedades democráticas se autodefinen como respetuosas del pluralismo ideológico deberían ser consecuentes y aceptar la disidencia, de todo tipo y de todo color. Se trata de convencer y no imponer unas ideas sobre otras con la sanción penal.

3 Cf. HUSAK, D., *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013. Según este autor: «Personas razonables deberían anticipar qué niveles tan masivos de penas y leyes penales serán imposibles de justificar» (pág. 42).

4 Excelente descripción de ANTÓN-MELLÓN, J., ANTÓN CARBONELL, E., «Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)», en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 12, 2017, pág. 134.

5 RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., «El papel de la seguridad en la ciencia penal: de la categoría científica a la condición de guía de la Política Criminal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 124, 2018, pág. 118.

6 PITCH, T., «El tema de la seguridad», en *Soft Power*, vol 3, núm. 1, 2016, pág. 80.

7 GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Madrid, 2001, *passim*.

derechos de los infractores. Esta cultura del control dominante explicaría el aumento de la criminalización y el uso y abuso de la pena privativa de libertad, del encarcelamiento, en los países posindustrializados.

Lo que parece indudable es que existe una correlación entre este populismo punitivo y las coordinadas políticas de la sociedad de primacía del control social y la utilización del derecho penal para obtener cohesión social. Los especialistas no dudan en sostener que esta comprensión del control social es un pilar estructural del modelo socioeconómico neoliberal/neoconservador, hegemónico en los últimos decenios del siglo XX y primeros del XXI⁸, propio del sistema económico posfordista donde las relaciones económicas son en red, flexibles y en las que reina la incertidumbre. La liberalización del modelo económico contrasta con un control social fuerte para aquellos que el sistema expulsa, excluye o no es capaz de absorber, normalmente pobres e inmigrantes. La referencia a la seguridad en el sentido de safety acaba dejando de lado las políticas sociales, haciendo prevalecer aquellas de tipo represivo⁹.

Se produce así el círculo perfecto, unos votantes desafectos con la política y con el derecho y, por otro lado:

«[Unos] representantes políticos [que encuentran] en el Derecho Penal un instrumento para mostrar su legitimidad e interés por los problemas sociales, politizando las leyes penales y otorgándoles un carácter de mágico que, obviamente, no tienen. Son políticas de final de la cañería, reactivas y no proactivas, vengativas y no preventivas¹⁰».

Se trata de políticas a corto plazo, realmente simbólicas que finalmente alimentarán el descontento por no cumplir con las expectativas, puesto que todo fenómeno criminal al que realmente se pretenda hacer frente requiere de políticas sociales, educativas, asistenciales, etc., de largo plazo (una política criminal integral). En esta dinámica populista tanto en lo político, como en lo penal, se prevé una erosión de los lazos ciudadanos democráticos de solidaridad y una lamentable polarización social.

4. La mejor política criminal es una buena política social

El populismo punitivo y el derecho penal de la seguridad han reforzado la idea de la prevención, pero no como la concebía VON LISZT en el sentido del predominio de la prevención especial y general frente a la retribución. En el eje del derecho penal de la seguridad predominante se encuentra una nueva criminología: el «paradigma victimario», el control y gestión de los riesgos, la *prevención* prácticamente como criterio absoluto. Ya no se trata, por tanto, de remover las causas pasadas que llevaron al delincuente a delinquir, normalmente sociales y personales, sino de proteger a las posibles víctimas de previsibles males futuros (delitos). Se trata, según PITCH, de la «Sociedad de la prevención», una definición que resume otras: sociedad de la información, sociedad del riesgo, sociedad de la vigilancia, sociedad de la inseguridad¹¹. Los imperativos de prevención y seguridad se configuran como justificación de los métodos de represión, segregación, exclusión de determinados grupos sociales (marginales/inmigrantes), en suma, del control social moderno, centrando normalmente la desviación en la delincuencia callejera, de tipo violento, olvidando que hoy en día muchas de las formas de criminalidad económica se cometen en contextos normalizados, camuflados dentro de «negocios lícitos».

Esta lógica del derecho penal de la seguridad divide a la sociedad y a la definición de la criminalidad que ella construye entre delincuentes y víctimas, buenos y malos, amigos y enemigos, sin tener en cuenta que la delincuencia es una construcción social pluridimensional, que está vinculada a la condición humana que es poliédrica, donde no se puede realizar divisiones

8 ANTÓN-MELLÓN, J., ANTÓN CARBONELL, E., *op. cit.*, pág. 147.

9 PITCH, T., «El tema de la seguridad», *op. cit.*, pág. 86.

10 ANTÓN-MELLÓN, J., ANTÓN CARBONELL, E., *op. cit.*, pág. 147.

11 PITCH, T., *La società della prevenzione*, Carocci, Roma, 2008, *passim*.

tajantes ni maniqueas, salvo en los extremos¹². Más bien, la realidad suele plantearnos *hard cases*, situaciones controversiales, conflictos de derechos, intereses contrapuestos, conflictos entre bienes jurídicos, donde las soluciones suelen ser difíciles¹³ y normalmente, exigen una toma de postura del intérprete o del juez. Estos asuntos controversiales suelen ser más propios de sociedades pluralistas donde conviven diversas demandas sociales y diversos sistemas de valores¹⁴.

Desde el punto de vista epistemológico, los conceptos de seguridad y prevención son idóneos para seleccionar como delitos determinadas conductas (en desmedro de otras), pues la seguridad es un «concepto paraguas o sombrilla», que encubre una serie de nociones, como amenaza, riesgo o peligro, todos ellos conceptos ambiguos o multidimensionales, fundamentados en *predicciones* que hace el grupo dominante de acuerdo a sus valores o bienes considerados preciados (normalmente la vida y la propiedad). Además, de convocar emociones ancestrales del ser humano como *el miedo*, en nombre del cual las personas son capaces de ceder sus derechos y entrar en una lógica insaciable de demanda de mayor protección con la amenaza de la pena.

Como apunta TORRENTE, el miedo es un sentimiento que puede tener una base irracional:

En ocasiones es resultado de una percepción correcta de una amenaza real. En otras, surge de una percepción deformada de la realidad o el sentimiento es desproporcionado en relación con el riesgo. El miedo y la sensación de inseguridad tienen importancia en la vida colectiva. El miedo debilita los lazos comunitarios: las personas se cierran más en su privacidad, se evitan ciertos lugares y actividades, y aumenta la intolerancia [...] También deslegitima a las instituciones y favorece políticas reaccionarias¹⁵.

La cuestión es miedo a qué delitos y frente a qué posibles actores. Si se trata de predicciones de futuro, con un abanico de posibilidades de ser víctima, de acuerdo a los diversos delitos del panorama criminal, ese concepto de prevención parece focalizado hacia determinados delitos: callejeros, violentos, agresiones sexuales, patrimoniales, vinculados al tráfico de drogas, fundamentalmente. El miedo al delito no es más que la construcción social del sentimiento de preocupación por la supuesta amenaza de sufrir un delito, en la que suelen intervenir los políticos y los medios de comunicación, de acuerdo a determinados intereses, normalmente económicos¹⁶. Prueba de ello es que «los delitos que más temor ocasionan son los violentos»¹⁷. Es decir, en la representación estereotipada de ser en un futuro víctima de un delito, el sujeto normalmente piensa en un delito violento, no así, por ejemplo, en un delito socioeconómico.

Si *securitas* significa a salvo del peligro, riesgo o amenaza de sufrir un mal o daño a bienes jurídicos, el concepto como efecto coincide en buena medida con el concepto de *prevención*, en tanto acción de evitar el mal. De ahí que las políticas *prevencionistas* sean en realidad *políticas securitarias* en la actualidad. Especialmente desarrollada es la *prevención de la criminalidad*, pero determinado tipo de criminalidad. De ahí que se perciba la prevención como un concepto elástico que admitiría una definición o muy estricta o muy amplia. CRAWFORD la entiende

12 Cf. RODRÍGUEZ MESA, M. J., «La redefinición del crimen como presupuesto de una Criminología global», en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, núm. 18, 2017, pág. 103, «el crimen es un concepto socialmente construido». El autor aborda el tema siguiendo a MORRISON, para quien el crimen es un concepto complejo, multidimensional que ha de ir más lejos que el estudio de las figuras tipificadas como delito y la realidad que nos muestran las cifras oficiales de criminalidad (pág. 102).

13 Como apunta SILVA SÁNCHEZ, J., «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2002, págs. 91 a 92: La existencia de casos *límite* que se resisten a una estructuración binaria (0-1), no es más que la constatación de que la realidad no puede ser sometida a una clasificación rígida.

14 Por poner como ejemplos, simplemente la renovada discusión sobre el aborto o la eutanasia. Pero también los conflictos más generales entre desarrollo económico y medio ambiente, libertad de expresión y derecho al honor, etc.

15 TORRENTE, D., *Desviación y delito*, Alianza, Madrid, 2001, pág. 147.

16 Ya sea de *rating* o para ganar votos, lo cierto es que finalmente se traducen en intereses económicos.

17 TORRENTE, D., *op. cit.*, pág. 150.

como «cualquier intervención que puede ser percibida como beneficiosa para la reducción de la delincuencia»¹⁸.

Efectivamente, *prevención supone anticipar o evitar algo*. Los desacuerdos provienen precisamente cuando se intenta precisar lo que se pretende evitar y los instrumentos idóneos para tal objetivo¹⁹. Los desacuerdos se presentan cuando se trata de precisar una política criminal para determinados fenómenos criminales, puesto que los diagnósticos pueden ser distintos o los medios para hacerle frente también.

Desde un punto de vista estricto, entonces, la prevención se ha identificado con la política criminal, con la utilización de la pena como *prima ratio*, tal cual la percibimos en el populismo punitivo, la cual, como se puede observar empíricamente no ha dado muchos frutos.

Ahora bien, desde un punto de vista amplio, la prevención implica ineludiblemente a la política social, como lo pregonaba VON LISZT. Esto es, si se trata de prevenir realmente la delincuencia —no simbólicamente como lo hacen las políticas securitarias—, debe pensarse tanto en estrategias penales como en estrategias sociales. Estrategias a corto plazo tienen normalmente alcance corto. En cambio, las estrategias a mediano o largo plazo, que convocan al control social informal, la educación, los medios, los cambios más duraderos, han de tener mayor incidencia en la prevención, especialmente cuando se trata de fenómenos criminales complejos como la criminalidad organizada. Política criminal y política social no son disyuntivas, sino más bien correlacionadas. En un Estado social de Derecho la política social juega un papel importantísimo en la política criminal, en el sentido de la prevención de los fenómenos criminales. En efecto:

[L]a Sociedad genera constantemente la imagen de que las políticas y las instituciones contra la delincuencia y contra la marginación (prisiones, centros de menores, residencias, centros de día) responden a lógicas distintas. Pero los condicionantes económicos, sociales, ideológicos y políticos de ambas son los mismos, y sus clientes suelen coincidir: pobres, emigrantes, marginados, desempleados, enfermos²⁰.

Por tanto, si la mejor política criminal es una buena política social a largo plazo, también la mejor política criminal es aquella integral para cada fenómeno criminal.

5. Hacia una política criminal integral

Si la política criminal es la disciplina que estudia cuáles son los mecanismos más idóneos para hacer frente a una determinada criminalidad²¹, desde un punto de vista preventivo y no sólo represivo, y que para seleccionarlos se rige por una serie de principios que se derivan de las características del Estado social y democrático de Derecho en que se inscribe. De ello se colige que la política criminal no puede pertenecer simplemente al ámbito de la política jurídica o la política penal, sino que tiene que pertenecer al ámbito más amplio de la política social de un Estado determinado.

El art. 9.2 de la Constitución española establece que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». Se entiende que el fenómeno criminal es un problema social, que la prevención debe entenderse en términos amplios, que el principio de proporcionalidad obliga a la utilización de otros mecanismos de control social además de la pena, necesariamente una política criminal integral que tendrá que recalcar en la política social.

18 Citado por DÍAZ CORTÉS, L., «Aspectos fundamentales en torno a la prevención del delito», en *Introducción a la Criminología*, obra colectiva, Tomo VII, director Fernando Pérez Álvarez, Iustel, Madrid, 2018, pág. 267.

19 RICO, J. M., SALAS, L., *Inseguridad ciudadana y policía*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 170 a 171.

20 TORRENTE, D., *op. cit.*, pág. 209, quien recuerda: «Barbara Hudson sostiene que, aparte del propósito de castigo, las políticas penales tienen una doble función *redistributiva* y *rehabilitativa* que les conecta con la política social».

21 *Vid.* más ampliamente ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política Criminal*, Cóllex, Madrid, 2001, *passim*.

Es propio del Estado social el que asuma la función de Estado protector, esto es, un modelo de Estado en el que la protección y la obtención de seguridad por parte de todos los ciudadanos es una de las tareas más importantes que, incluso, legitima su ejercicio. A partir de esta premisa, la prevención de la delincuencia como función social encomendada al Estado, adquiere particular relevancia. El Estado no sólo está obligado a luchar contra la criminalidad de manera represiva (*post delictum*), sino de manera preventiva (*ante delictum*).

Esta tarea va a adquirir una enorme complejidad. No sólo significará que es misión del Estado utilizar los instrumentos jurídicos de prevención de la delincuencia, sino que también será su función diseñar todos los mecanismos de prevención y protección sociales para contrarrestar las situaciones que pueden desencadenar la criminalidad. Por tanto, una política criminal preventiva necesariamente tendrá que preguntarse por las causas de la delincuencia e intentar removerlas, para ello tendrá que hacer acopio del conocimiento de la criminología, estudiar el porqué de los fenómenos criminales, los perfiles de delincuentes, perfiles de víctimas, contextos culturales, estadísticas etc. En este ámbito el papel de los estudiosos sociales de la desviación y el crimen, el funcionamiento real de los aparatos del Estado, el papel de los medios de comunicación, etc., esto es, los conocimientos del «ser» del crimen, son imprescindibles.

Pero seguidamente, se producirá el paso siguiente, la selección de los instrumentos para hacer frente a ese fenómeno criminal. La selección de los medios para atender a las amenazas depende del diagnóstico sobre la entidad y calidad de las amenazas; esto es una cuestión de política criminal. Como toda decisión política, se trata de establecer estrategias para determinados fines. En un Estado social y democrático de Derecho ni los fines ni los instrumentos pueden ser ilegítimos, esto es, deben respetar la legalidad sustancial, que no es otra que el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, especialmente la dignidad humana y la proporcionalidad. Mención especial merece el *principio de proporcionalidad*.

Siguiendo a AGUADO, puede sostenerse que los principios de justicia y libertad son pilares básicos del principio de proporcionalidad. Justicia significa moderación, medida justa, equilibrio. Y libertad denota la vigencia del principio *favor libertatis*, esto es, que en caso de duda tiene que prevalecer la efectividad de los derechos fundamentales. Además, el artículo 9.3 CE, al consagrar el principio de subordinación del Estado al derecho, prohíbe la arbitrariedad en la actuación política; arbitrariedad que debe entenderse como la falta de proporción entre los fines perseguidos y los medios empleados²². Se trata de un principio que tiene poder no solo en el ámbito de la jurisprudencia, es decir de aplicación de la ley penal, sino incluso en el ámbito de producción legislativa, pues toda autoridad debe someterse al principio de proporcionalidad, justificando la limitación de un derecho fundamental en aras de un bien social mayor. Es el *justo medio* que propugnaba ARISTÓTELES.

La ponderación permite el diálogo entre conocimientos empíricos y conocimientos normativos, porque lo primero que habrá que preguntarse es quién pondera para establecer la adecuación de qué características posee la criminalidad que se trata, qué causas la alimentan, cuáles son los perfiles de los autores y víctimas, esto es *conocimientos criminológicos*, para luego evaluar la necesidad de la intervención (política criminal), con el fin de plantear una propuesta penal (proporcionalidad estricta).

La ponderación permite encontrar la pena justa, necesaria. Acercar la realidad a la práctica, conciliar el ser y el deber ser, plantear propuestas posibilistas que intenten conciliar garantías y eficacia.

Una vez realizada la selección de los instrumentos para hacer frente al fenómeno criminal, es posible ubicar la pena legítima en un Estado social de Derecho: el derecho penal como límite con su edificio teórico y garantías. El derecho penal se configura como el instrumento jurídico para la prevención general de comportamientos. Su carácter comunicativo, como instrumento reconocido de control social último, tiene una función de prevención aún importantísimo, ante la carencia de referentes religiosos e ideológicos de las sociedades modernas, sobre las conductas tolerables e intolerables, lo que está bien y lo que está mal.

22 AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, Edersa, Madrid, 1999, págs. 135 a 136.

Estos tres pasos seguidos: estudio de fenómeno criminal (criminología), selección de los instrumentos para hacerle frente (política criminal) y legitimidad del uso de la pena (derecho penal), era el ideal de VON LISZT: la Ciencia total del Derecho penal (*Gesamte Strafrechtswissenschaft*).

La complejidad del fenómeno criminal, más aún en sociedades pluralistas, cada vez más complejas, en las que el uso de las nuevas tecnologías favorece las interrelaciones, implican necesariamente la interdisciplinariedad, la utilización de equipos de trabajo transdisciplinares e interprofesionales. Esto solo se puede realizar desde una visión holística del crimen y de la condición humana²³.

6. A modo de conclusión: sólo una política criminal integral será

Si se busca realmente una propuesta de prevención de los fenómenos criminales y no las demagógicas y simbólicas propuestas de los gobernantes que son sólo políticas criminales con minúsculas, es necesario pensar en un diálogo entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza, entre el ser y el deber ser, entre teoría y práctica, que es la única fórmula para conciliar principios y eficacia. Una propuesta de un programa de política criminal integral para cada fenómeno criminal, la *Gesamte Strafrechtswissenschaft* de VON LISZT, la conciliación entre la criminología, la política criminal y el derecho penal se presentan como imprescindibles para hacer frente a los fenómenos criminales complejos y globales que se nos presentan en este siglo XXI.

Entonces, o se realiza una política criminal integral para cada fenómeno criminal, o no será realmente una política criminal democrática, eficiente, garantista.

¡Ay, si VON LISZT levantara la cabeza!

Bibliografía

AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad*, Edersa, Madrid, 1999.

ANTÓN-MELLÓN, J., ANTÓN CARBONELL, E., «Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016)», en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 12, 2017, págs. 133-150.

DÍAZ CORTÉS, L., «Aspectos fundamentales en torno a la prevención del delito», en *Introducción a la Criminología*, obra colectiva, Tomo VII, director Fernando Pérez Álvarez, Iustel, Madrid, 2018, págs. 267-282.

GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Madrid, 2001.

HUSAK, D., *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

MORIN, E., *La cabeza bien puesta: repensar la reforma, reformar el pensamiento*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1999.

PITCH, T., *La società della prevenzione*, Carocci, Roma, 2008.

«El tema de la seguridad», en *Soft Power*, vol 3, núm. 1, 2016, págs. 74-97.

RICO, J. M., SALAS, L., *Inseguridad ciudadana y policía*, Tecnos, Madrid, 1988.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., «La redefinición del crimen como presupuesto de una Criminología global», en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, núm. 18, 2017, págs. 97-114.

RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R., «El papel de la seguridad en la ciencia penal: de la categoría científica a la condición de guía de la Política Criminal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 124, 2018, págs. 109-144.

23 Sobre la complejidad de los problemas globales y la necesidad de un diálogo entre los conocimientos científicos de las ciencias de la naturaleza y las ciencias sociales Cf. MORIN, E., *La cabeza bien puesta: repensar la reforma, reformar el pensamiento*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1999, pág. 14: «el desafío de la globalidad es, por lo tanto, al mismo tiempo el desafío de la complejidad. En efecto, existe complejidad cuando no se pueden separar los componentes diferentes que constituyen un todo (como lo económico, lo político, lo sociológico, lo psicológico, lo afectivo, lo mitológico) y cuando existe tejido interdependiente, interactivo e interretroactivo entre las partes y el todo, el todo y las partes».

SILVA SÁNCHEZ, J., «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2002, págs. 83-101.

TORRENTE, D., *Desviación y delito*, Alianza, Madrid, 2001.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política Criminal*, Cóllex, Madrid, 2001.



LA EDITORIAL JURÍDICA DE REFERENCIA PARA
LOS PROFESIONALES DEL DERECHO **DESDE 1981**



Paso a paso

Códigos
comentados

Vademecum



Formularios



Flashes
formativos



Colecciones
científicas

DESCUBRA NUESTRAS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL Tel.: 910 600 164 info@colex.es

EL DERECHO DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD

Estudios en homenaje a la profesora Ángela Figueruelo Burrieza

Esta obra constituye un compendio de saberes y disciplinas movilizadas al servicio de la construcción de una sociedad más libre, justa e igualitaria. Así, desde el Derecho Constitucional, Procesal, Administrativo, Financiero y Tributario, Civil, Laboral, Penal, Comparado, así como la Historia, Sociología, Educación o Filosofía, la Academia y el Foro, se rinde con sus contribuciones homenaje a la profesora Ángela Figueruelo Burrieza. Una trayectoria académica en la enseñanza y la investigación del Derecho Constitucional que ha supuesto un compromiso real para con la consecución de la igualdad y la efectividad de los derechos y libertades como elementos basilares de la ciudadanía democrática. La profesora Figueruelo no solo ha dejado una huella indeleble en el campo del saber constitucionalista, sino que también ha sido un faro de compromiso ético y sensibilidad humana en pro de la justicia, evidenciada por su pasión académica y personal por la igualdad real y efectiva de mujeres y hombre y su defensa ferviente de las libertades y la democracia, que nos inspiran a todos quienes creemos en un mundo más justo, igualitario y digno. A través de una selección de estudios elaborados por especialistas a un lado y otro del Atlántico, reflejando la vocación latinoamericanista de la profesora Figueruelo, se analiza con profundidad distintos retos jurídicos y sociales en el marco de una sociedad democrática, a modo de tributo a su vida y obra. En definitiva, este homenaje recoge su legado, su invitación permanente a pensar y actuar desde la responsabilidad y el compromiso hacia los derechos de todas las personas.

AUTORES

Juan Manuel Corchado Rodríguez, Marta del Pozo Pérez, Sergio Martín Guardado, Emilio Ferrero García, Pablo Ramos Hernández, Ana Aba Catoira, Miguel Agudo Zamora, Judith Aguirre Moreno, Silvia Bagni, Francisco Balaguer Callejón, Cruces Blázquez Cerrato, Federico Bueno de Mata, Lorenzo M. Bujosa Vadell, Enrique Cabero Morán, María Dolores Calvo Sánchez, Raúl Canosa Usera, Ivette Cardona Amaya, Lorena Chano Regaña, Manuel Delgado-Iribarren G.^a-Campero, Agustín S. de Vega García, José Luis Domínguez Álvarez, Gastón J. Enríquez Fuentes, Leire Escajedo San-Epifanio, Rafael Estrada Michel, Dionisio Fernández de Gatta Sánchez, José Julio Fernández Rodríguez, Marcos Matías Fernando Pablo, Eduardo Fraile González, Valentina Maya Frades, Almudena Gallardo Rodríguez, Nilda Garay Montañez, Joaquín García Murcia, Yolanda Gómez Sánchez, Ángeles González Bustos, María Ángeles Guervós Maillo, M.^a Luisa Ibáñez Martínez, Mercedes Iglesias Báez, José María Lago Montero, M.^a Teresa López de la Vieja de la Torre, Rogelio López Sánchez, Alan Javier Castillo Morales, Ana Marrades Puig, José Luis Mateos Crespo, Noelia Morales Romo, Beatriz Morales Romo, Matteo Nicolini, María Nieves Saldaña, Michael G. Núñez Torres, Laura Nuño Gómez, Inés Olaizola Nogales, Fernando Oliván, Manuel Carlos Palomeque López, Andrés Palomo del Arco, Lucio Pegoraro, Teresa Peramato Martín, Elena Peribáñez Blasco, Regina María Polo Martín, Miguel Ángel Presno Linera, Nuria Reche Tello, Fernando Rey Martínez, Agustín Ruiz Robledo, Octavio Salazar Benítez, Luis Gerardo Samaniego Santamaría, Inmaculada Sánchez Barrios, M. Lourdes Santos Pérez, Nelcy Yoly Valencia Olivero, Esther Seijas Villadangos, Julia Sevilla Merino, Jairdilson P. Silva, Margarita Soler Sánchez, Clara Souto Galván, Javier Tajadura Tejada, Sergio Víctor Tamer, César Tolosa Tribiño, Pedro R. Torres Estrada, Asunción Ventura Franch, Carlos Vidal Prado, Ana Belén Zaera García, Ricardo Zuluaga Gil, Laura Zúñiga Rodríguez.

ISBN: 979-13-7011-501-2



9 791370 115012