



Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional

ESTUDIOS DOCTRINALES

M.^a JOSEFA RIDAURA MARTÍNEZ

La contribución del Tribunal Constitucional español a la deconstrucción de la discriminación por razón de sexo

**ERICK ORTEGA GARCÍA
Y GRETHEL ARIAS GAYOSO**

La sepultura en el marco de los derechos humanos. Un análisis desde su contextualización en el derecho iberoamericano

DANIEL CAPODIFERRO CUBERO

La composición jurisprudencial del deber de lealtad como límite a la libertad de expresión en el contexto de los partidos políticos

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

**SABRINA RAGONE
Y SUSANA RUIZ TARRÍAS**

«Supremacismo judicial» al estilo alemán: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el programa de compras de bonos en mercados secundarios

PABLO NUEVO LÓPEZ

Interpretación constitucional y derecho antidiscriminatorio. A propósito del caso *Bostock* y el futuro del originalismo

ALEJO JOAQUÍN GILES

La deferencia al legislador en materia impositiva: análisis crítico del fallo *García* de la Corte Suprema argentina

MARIA PIA IADICICCO Y GIUSEPPE LANEVE

Los tribunales constitucionales como órganos *fronterizos*: una mirada a la experiencia del juez constitucional italiano en las *fronteras* de la vida humana

24

Número 2
julio/diciembre

2020

ESTUDIOS
DOCTRINALES



ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES



COMENTARIOS
BIBLIOGRÁFICOS

Directores

Javier Díaz Revorio, Universidad de Castilla-La Mancha
Joan Oliver Araujo, Universidad de las Islas Baleares

Secretario

David Delgado Ramos, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

Vocales

Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia
Raúl Canosa Usera, Universidad Complutense, Madrid
José María Castellá, Universidad de Barcelona
Domingo García Belaunde, Pontificia Universidad Católica del Perú
Piedad García-Escudero Márquez, Universidad Complutense, Madrid
Ricardo Haro, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Luis López Guerra, Universidad Carlos III, Madrid
Jorge Miranda, Universidad de Lisboa
Josefa Ridauro, Universidad de Valencia
Diego Valadés Ríos, Universidad Nacional Autónoma de México

Comité Científico Asesor

ALEMANIA

Peter Häberle, Universidad de Bayreuth
Armin von Bogdandy, Instituto Max Planck, Heidelberg

ARGENTINA

Jorge Omar Barcholc, Universidad de Buenos Aires
Walter F. Carnota, Universidad de Buenos Aires
Alberto R. Dalla Via, Universidad de Buenos Aires
Antonio María Hernández, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Juan Carlos Hitters, Universidad Nacional de La Plata
Patricio Maraniello, Universidad de Buenos Aires
Daniel Alberto Sabsay, Universidad de Buenos Aires
Néstor Pedro Saqués, Universidad de Buenos Aires
Jorge Reinaldo Vanossi, Universidad de Buenos Aires
Alberto Zarza Mensaque, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

BOLIVIA

Jorge Asbun Rojas, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra
José Antonio Rivera Santiviáñez, Universidad Mayor de San Simón

BRASIL

José Afonso da Silva, Universidad de São Paulo
Celso Antônio Bandeira de Mello, Pontificia Universidad Católica de São Paulo
José Carlos Barbosa Moreira, Universidad del Estado de Rio de Janeiro
Luis Roberto Barroso, Universidad del Estado de Rio de Janeiro
Paulo Bonavides, Universidade Federal do Ceará
Dalmo A. Dallari, Universidad de São Paulo
Ivo Dantas, Universidad Federal de Pernambuco
Gilmar Ferreira Mendes, Supremo Tribunal Federal
Márcio Gonçalves Ferreira Filho, Universidad de São Paulo
Eros Roberto Grau, Supremo Tribunal Federal
Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Universidad de Curitiba
José M.ª Othon Sidou, Academia Brasileira de Letras
Juri-dicas
Lenio Luiz Streck, Universidad de Vale do Rio dos Sinos

CHILE

José Luis Cea Egaña, Pontificia Universidad Católica de Chile
Humberto Nogueira Alcalá, Universidad Talca
Lautaro Ríos Álvarez, Universidad de Valparaíso
Fernando Saenger Gianoni, Universidad Católica de la Santísima Concepción
Alejandro Silva Basculán, Universidad Central de Chile

COLOMBIA

Manuel José Cepeda Espinosa, Universidad de los Andes
Eduardo Cifuentes Muñoz, Universidad de los Andes
Augusto Hernández Becerra, Universidad Externado de Colombia
Fabio Morón Díaz, Corte Constitucional
Julio César Ortiz, Universidad Externado
Carlos Restrepo Piedrahíta, Universidad Externado
Álvaro Tafur Galvis, Corte Constitucional
Jaime Vidal Pardo, Corte Constitucional

COSTA RICA

Rubén Hernández Valle, Universidad de Costa Rica
Victor Eduardo Orozco Solano, Universidad de Costa Rica

CUBA

Diego F. Cañizares Abedo, Universidad de La Habana
Eduardo Lara Hernández, Unión Nacional de Juristas de Cuba

ECUADOR

Rodrigo Borja, Universidad de Quito
Oswaldo Cevallos Bueno, Tribunal Constitucional
Hernán Salgado Pesantes, Pontificia Universidad Católica del Ecuador

EL SALVADOR

Salvador Enrique Anaya, Universidad del Salvador
Mario Antonio Solano Ramírez, Tribunal Supremo

ESPAÑA

Eliseo Ala, Universidad de Barcelona
Oscar Alzaga Villaamil, Universidad Nacional de Educación a Distancia
Miguel Ángel Aparicio, Universidad de Barcelona
Manuel Aragón Reyes, Universidad Autónoma de Madrid
Roberto L. Blanco Valdés, Universidad de Santiago de Compostela
Ana María Carmona Contreras, Universidad de Sevilla
José Luis Cascao, Universidad de Salamanca
Javier Corcuera Ateiza, Universidad del País Vasco
Pedro Cruz Villalón, Universidad Autónoma de Madrid
Eduardo Espín Templado, Universidad de Castilla-La Mancha
Ángela Figueruelo, Universidad de Salamanca
Teresa Freixes Sanjuán, Universidad Autónoma de Barcelona
Manuel B. García Álvarez, Universidad de León
Mariano García Canales, Universidad de Murcia
Javier García Fernández, Universidad de Alicante
José Luis García Guerrero, Universidad de Castilla-La Mancha
María del Rosario García Mahamut, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana
Javier García Roca, Universidad Complutense, Madrid
Ángel Garroena Morales, Universidad de Murcia
Dolores González Ayala, Universidad Carlos III, Madrid
Esther González Hernández, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid
Pedro González-Treviño, Tribunal Constitucional
Luis Ignacio Gordillo, Universidad de Deusto
Luis Jimena Quesada, Universidad de Valencia
Javier Jiménez Campo, Tribunal Constitucional
Juan Fernando López Aguilar, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Raúl Morodo Leoncio, Universidad Complutense, Madrid
Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Tribunal Supremo
Alberto Pérez Calvo, Universidad Pública de Navarra
Pablo Pérez Tremps, Universidad Carlos III, Madrid
Antonio Porras Nadales, Universidad de Sevilla
Artemi Rallo Lombarte, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana
Miguel Revenga Sánchez, Universidad de Cádiz
Agustín Ruiz Robledo, Universidad de Granada
Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Universidad de Jaén
Remedio Sánchez Ferriz, Universidad de Valencia
Antonio Torres del Moral, Universidad Nacional de Educación a Distancia

FRANCIA

Rosario Tur Ausina, Universidad Miguel Hernández de Elche
José Manuel Vera Santos, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid
Jaume Vernet i Llobet, Universidad Rovira i Virgili
Roberto Viciano, Universidad de Valencia
Camino Vidal Fueyo, Universidad de Burgos

FRANCIA

Guillaume Tusseau, Sciences Po, Paris

GUATEMALA

Jorge Mario García Laguardia, Universidad de San Carlos de Guatemala
Carmen M.ª Gutiérrez de Colmenares, Tribunal Constitucional

HONDURAS

José Rolando Arriaga M., Tribunal Supremo

ITALIA

Roberto Romboli, Universidad de Pisa
Giancarlo Rolla, Universidad de Génova
Lucio Pegoraro, Universidad de Bologna

MÉXICO

César Astudillo Reyes, Universidad Autónoma de México
José Barragán Barragán, Universidad Nacional Autónoma de México
Miguel Carbonell, Universidad Autónoma de México
José Ramón Cossío Díaz, Suprema Corte de Justicia de la Nación
Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Universidad Nacional Autónoma de México
Héctor Fix-Zamudio, Universidad Nacional Autónoma de México
Sergio García Ramírez, Corte Interamericana de Derechos Humanos
Felipe de la Mata Pizaña, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
Mario Melgar Adalid, Universidad Nacional Autónoma de México
J. Jesús Orozco Henríquez, Tribunal Electoral Federal
José Ovalle Favela, Universidad Nacional Autónoma de México
José Luis Soberanes Fernández, Comisión Nacional de Derechos Humanos
Salvador Valencia Carmona, Universidad Nacional Autónoma de México
Arturo Zaldívar Leto de Larrea, Universidad Nacional Autónoma de México

NICARAGUA

Iván Escobar Fornos, Tribunal Supremo

PANAMÁ

Arturo Hoyos, Tribunal Supremo
Francisco Rodríguez Robles, Universidad de Panamá

PARAGUAY

Luis Lezcano Claude, Tribunal Supremo
Jorge Seall-Sasiain, Universidad Nacional de Asunción

PERÚ

Enrique Bernales Ballesteros, Pontificia Universidad Católica del Perú
Alberto Borea Odría, Pontificia Universidad Católica del Perú
Francisco J. Eguiguren Praeli, Pontificia Universidad Católica del Perú
César Landa Arroyo, Pontificia Universidad Católica del Perú
Marcial Rubio Correa, Pontificia Universidad Católica del Perú
Eloy Espinosa-Saldaña, Tribunal Constitucional del Perú

POLONIA

Krzysztof Komlaski, Universidad de Wrocław

PORTUGAL

José J. Gomes Canotilho, Universidad de Coimbra
Vital M. Moreira, Universidad de Coimbra
Afonso d'Oliveira Martins, Universidades Lusitana
María Fernanda Palma, Tribunal Constitucional
Marcelo Rebelo de Sousa, Universidad de Lisboa

URUGUAY

Rubén Correa Freitas, Universidad de la Empresa
Eduardo Esteva Gallicchio, Universidad Católica del Uruguay
Martín Rísso Ferrand, Universidad Católica del Uruguay

VENEZUELA

Asdrúbal Aguiar Aranguren, Universidad Católica Andrés Bello
José Guillermo Andueza, Universidad Central de Venezuela
Carlos M. Ayala Corao, Universidad Católica Andrés Bello
Allan R. Brewer-Carías, Universidad Central de Venezuela
Josefina Calcaño de Temeltas, Academia de Legislación y Jurisprudencia
Ricardo Combellas, Universidad Central de Venezuela

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional

24

Número 2
julio/diciembre
2020

ISSN-L: 1138-4824

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Los contenidos del ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
están disponibles en acceso abierto en las direcciones:

Revistas electrónicas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8>

Repositorio Español de Ciencia y Tecnología
<http://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/index>

Catálogo General de Publicaciones Oficiales
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Dialnet
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=4240>

SUSCRIPCIONES

Para adquirir números sueltos en papel debe dirigirse a:
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 MADRID (España)
Tel. (34) 91 4228 972/91 4228 973
email: suscripciones@cepc.es
<http://www.cepc.gob.es/tienda/c%C3%B3mo-comprar-una-revista>

El Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional cumple con los criterios de calidad
LATINDEX y está indizado en SCOPUS.

ISSN-L: 1138-4824

Depósito legal: M. 491-1997

DOI: 10.18042/cepc/aijc

NIPO pdf: 091-20-042-0

NIPO html: 091-20-043-6

Fotocomposición: BITONO COMUNICACIÓN, S.L. - COLOMBIA, 14 - 28791 Soto del Real



PAPEL RECICLADO
LIBRE DE CLORO

SUMARIO

Núm. 24(2), año 2020

ESTUDIOS DOCTRINALES

M.^a JOSEFA RIDAURA MARTÍNEZ

La contribución del Tribunal Constitucional español a la deconstrucción de la discriminación por razón de sexo. 335-364

ERICK ORTEGA GARCÍA Y GRETHEL ARIAS GAYOSO

La sepultura en el marco de los derechos humanos. Un análisis desde su contextualización en el derecho iberoamericano. 365-391

DANIEL CAPODIFERRO CUBERO

La composición jurisprudencial del deber de lealtad como límite a la libertad de expresión en el contexto de los partidos políticos 393-418

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

SABRINA RAGONE Y SUSANA RUIZ TARRÍAS

«Supremacismo judicial» al estilo alemán: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el programa de compras de bonos en mercados secundarios 421-448

PABLO NUEVO LÓPEZ

Interpretación constitucional y derecho antidiscriminatorio. A propósito del caso *Bostock* y el futuro del originalismo. 449-464

ALEJO JOAQUÍN GILES

La deferencia al legislador en materia impositiva: análisis crítico del fallo *García* de la Corte Suprema argentina 465-492

MARIA PIA IADICICCO Y GIUSEPPE LANEVE

Los tribunales constitucionales como órganos *fronterizos*: una mirada a la experiencia del juez constitucional italiano en las *fronteras* de la vida humana 493-521

CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES IBEROAMERICANAS

SERGIO DÍAZ RICCI

Crónica 2019 de la Corte Suprema de Justicia argentina 525-543

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro em 2019 545-558

PAULA ROBLEDO SILVA Y DANIEL RIVAS-RAMÍREZ

Una breve lectura en clave indígena de la jurisprudencia constitucional colombiana del 2019 sobre tratados de inversión 559-572

ALBERTO OEHLING DE LOS REYES

Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2019 573-592

ALFONSO HERRERA GARCÍA

Casos relevantes de la Suprema Corte de Justicia de México en 2019 593-606

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO: *La mirada de Argos. Pequeño tratado constitucional de política española*, por Luis González del Campo 609-615

TABLE OF CONTENTS

Issue 24(2), Year 2020

STUDIES

M.^a JOSEFA RIDAURA MARTÍNEZ

The contribution of the Spanish Constitutional Court in the deconstruction of discrimination for reason of sex 335-364

ERICK ORTEGA GARCÍA AND GRETHEL ARIAS GAYOSO

Burial within the framework of human rights. An analysis from its contextualization in Ibero-American law. 365-391

DANIEL CAPODIFERRO CUBERO

The case-law composition of the duty of loyalty as a limit for freedom of speech within political parties 393-418

CASE LAW

SABRINA RAGONE AND SUSANA RUIZ TARRÍAS

“Judicial supremacism” German style: the judgment of the constitutional tribunal on the public sector purchase programme. . . 421-448

PABLO NUEVO LÓPEZ

Constitutional interpretation and antidiscriminatory law. About Bostcok Case and the future of originalism 449-464

ALEJO JOAQUÍN GILES

The deference to the legislature in tax law: critical analysis to the sentence *García* from the Supreme Court of Justice of the Argentine Nation 465-492

MARIA PIA IADICICCO AND GIUSEPPE LANEVE Constitutional courts as <i>frontier</i> institutions: a look at Italian constitutional court's experience about the <i>frontiers</i> of human life.	493-521
IBERO-AMERICAN JURISPRUDENTIAL CHRONICLE	
SERGIO DÍAZ RICCI Argentina Supreme Court of Justice. Report 2019.	525-543
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO 2019 Brazilian Supreme Court case law.	545-558
PAULA ROBLEDO SILVA AND DANIEL RIVAS-RAMÍREZ A brief reading from the Colombian constitutional jurisprudence of 2019 about investment treaties from an indigenous peoples' rights perspective	559-572
ALBERTO OEHLING DE LOS REYES Chronicle reports of classes law in the Spanish Constitutional Court 2019	573-592
ALFONSO HERRERA GARCÍA Leading cases from the Supreme Court of Mexico in 2019	593-606
BOOK REVIEWS	
AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO: <i>La mirada de Argos. Pequeño tratado constitucional de política española</i> , by Luis González del Campo	609-615

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL A LA DECONSTRUCCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

The contribution of the Spanish Constitutional Court
in the deconstruction of discrimination
for reason of sex

M.^a JOSEFA RIDAURA MARTÍNEZ
Universidad de Valencia
Sefa.ridaura@uv.es

Cómo citar/Citation

Ridaura Martínez, M.^a J. (2020).
La contribución del Tribunal Constitucional español a la
deconstrucción de la discriminación por razón de sexo.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(2), 335-364.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.10>

Resumen

El presente trabajo ofrece un estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional español relativa a la igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de sexo. Comprende el análisis de la jurisprudencia del Tribunal desde sus primeras sentencias en 1981 —tras su puesta en funcionamiento— hasta finales de 2019, adentrándose en los numerosos pronunciamientos dictados, dada la severa realidad de la discriminación por razón de sexo a la que se ha debido enfrentar, tanto normativa como de facto. Ello nos permitirá constatar su loable aportación, tanto en la incorporación, como en la reafirmación de categorías conceptuales dirigidas a desarticular la discriminación por esta causa, en el marco de un texto constitucional que predica la igualdad de la mujer como una exigencia constitucional.

Palabras clave

Igualdad; prohibición de discriminación; derecho antidiscriminatorio; acciones positivas; discriminación positiva.

Abstract

This paper offers a study of the Spanish Constitutional Court's doctrine on equality and the prohibition of discrimination on the basis of sex. It includes an analysis of the Court's case law from its first judgments in 1981 – after it was set up – until the end of 2019, going into the numerous pronouncements issued, given the severe reality of sex discrimination that it has had to face, both normatively and de facto. This will allow us to confirm its laudable contribution, both in the incorporation and in the reaffirmation of conceptual categories aimed at dismantling discrimination on this ground, within the framework of a constitutional text that preaches the equality of women as a constitutional requirement.

Keywords

Equality; prohibition of discrimination; anti-discrimination law; affirmative action.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD: 1. Las vertientes de la igualdad. 2. Igualdad versus uniformidad y el canon de constitucionalidad de las diferencias de trato. III. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO: 1. ¿Es necesario justificar que el sexo es una categoría sospechosa de la discriminación que requiere tratamientos desiguales para su reparación? 2. ¿Qué consecuencias derivan de que el sexo sea una categoría sospechosa de la discriminación? 3. Alcance del mandato antidiscriminatorio. IV. LA INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIÓN: 1. Discriminación directa: 1.1. *Las cláusulas de celibato*. 1.2. *Diferencias salariales basadas en el sexo*. 1.3. *Los tratos desfavorables basados en el embarazo o en la maternidad, por afectar solo a la mujer, constituyen discriminación por razón de sexo*. 1.4. *Acoso sexual*. 1.5. *La violencia de género: una atroz discriminación directa*. 2. Discriminación indirecta. 3. Discriminación por asociación. 4. La multidiscriminación. 5. Medidas paternalistas falsamente protectoras. V. ERRADICAR LA DISCRIMINACIÓN MEDIANTE UN DERECHO NIVELADOR Y REPARADOR: 1. El derecho antidiscriminatorio como exigencia de la igualdad sustancial: 1.1. *Las acciones positivas*. 1.2. *La discriminación inversa*. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La discriminación sufrida históricamente por la mujer, y que aún sigue sufriendo hoy, por el mero hecho de ser mujer, es una de las más palmarias y dilatadas en el tiempo y en sus manifestaciones, tanto normativas como fácticas. Esta situación repugna el orden constitucional y exige la intervención de los poderes públicos en orden a la eliminación de todo vestigio de discriminación.

En este trabajo me centraré en analizar la aportación del Tribunal Constitucional español en la reparación de la discriminación por razón de sexo. Si bien haré también referencia a modelos comparados, en la medida en que muchas de las categorías dirigidas a desterrar la desigualdad y reparar la discriminación son obra de tribunales, tanto nacionales como internacionales. Y es que, a la luz de la compleja configuración de la igualdad en el constitucionalismo actual, se ha ido tejiendo toda una rica construcción jurisprudencial que, en virtud de las «traslaciones de estructuras conceptuales autónomas» (Solozábal, 1998: 155), han ido fluyendo y calando, después, en muchos ordenamientos; de forma que hoy en día contamos con ciertas categorías que conforman una especie de *ius commune* aplicable a todos aquellos Estados que confieren a la igualdad y a la prohibición de discriminación un

lugar central. Ciertamente, la mayoría de dichas medidas, dirigidas tanto a asegurar la igualdad como las denominadas de derecho antidiscriminatorio, son de construcción pretoriana, pues nacen, en buena medida, gracias a un cierto activismo judicial, constituyendo sus decisiones un vehículo óptimo para implantar en los ordenamientos las distintas medidas antidiscriminatorias, así como para construir una visión más completa y cabal de la igualdad en el marco del constitucionalismo actual.

En primer lugar, cabe decir que la labor del Tribunal Constitucional español en la deconstrucción de las discriminaciones existentes por razón de sexo ha sido ciclópea, ya que inició su andadura partiendo de una realidad cimentada sobre una arraigada postergación de la mujer social y jurídica: la sociedad discriminaba, pero también lo hacía el derecho de manera grave. Discriminación que se producía en todos los ámbitos, en el político (el sufragio femenino no se reconoció hasta 1931); en el civil, hasta la aprobación de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio, no se amplió la capacidad de obrar de la mujer, aunque tampoco se logró una plena equiparación entre los cónyuges; en el penal, que preveía graves diferencias de trato por razón de sexo, siempre en beneficio del varón. Sirva de ejemplo que, como recuerda López Pelegrín (2009: 226), los delitos sexuales eran concebidos como delitos contra la honestidad y el depositario de la honra de la esposa era precisamente su marido. Un ordenamiento y una sociedad en los que la violencia que sufría la mujer, por el hecho de ser mujer, se consideraba más bien una cuestión privada que convenía silenciar. Y la discriminación se evidenciaba, sobre todo, en el orden laboral.

Ante esta situación, el Tribunal Constitucional español se enfrentó a la dificultosa tarea de ajustar el ordenamiento a un texto constitucional (el de 1978) que, por primera vez en la historia constitucional española, proclamaba el reconocimiento de la mujer como sujeto de derechos, en iguales términos que el hombre; desempeñando una labor decisiva, ya que a través de sus pronunciamientos fue desterrando las normas preconstitucionales que contenían auténticas discriminaciones hacia la mujer. De tal forma que el ordenamiento español se fue desprendiendo de un buen número de disposiciones discriminatorias, suponiendo, así, un avance sustancial en la consecución de la igualdad entre hombre y mujer. Que esa igualdad, que ha ido calando en el ordenamiento, lo haya hecho también en la sociedad ya es mucho más cuestionable.

II. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD

1. LAS VERTIENTES DE LA IGUALDAD

La construcción de la doctrina constitucional en esta lucha contra la discriminación por razón de sexo debía arrancar de un escenario constitucional

en el que nuestro texto de 1978, al igual que los textos constitucionales más garantistas del constitucionalismo moderno, forja la igualdad como piedra angular de todo el edificio constitucional; confiriéndole un carácter triédrico, a partir del cual el Tribunal lo ha completado y enriquecido:

a. Por un lado, la igualdad se articula como un **valor superior del ordenamiento**, confiriéndole una eficacia trascendente y determinando que toda situación de desigualdad existente a la entrada en vigor de la Constitución sea incompatible con su orden de valores. La igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico no solo tiene trascendencia dogmática, sino también metodológica, pues concede al criterio interpretativo igualitario un peso más fuerte que a criterios derivados de otros intereses o valores que no estén específicamente primados en el propio texto constitucional (López Guerra, 2000: 22).

b. En segundo lugar, se **configura la igualdad de trato** (igualdad formal o jurídica), esto es, el derecho a no ser tratado jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en la misma situación; por lo que toda diferencia ha de ser razonable, proporcionada y no arbitraria. En suma, demanda la razonabilidad de las diferencias de trato¹.

A su vez, y, particularmente, la igualdad reclama una prohibición de discriminación² por causas concretas y expresamente rechazables, incompatibles con la dignidad humana, consideradas como categorías sospechosas de discriminación, ya que son las que mayor número de discriminaciones han provocado históricamente, ocupando un papel estelar de entre todas ellas el sexo.

c. En tercer lugar, esta interdicción de la discriminación ha de ponerse en necesaria conexión con la regulación constitucional de **la igualdad sustancial o material**, como mandato dirigido a los poderes públicos en orden a la remoción de todos aquellos obstáculos que impidan su cabal realización. De esta dimensión deriva la necesidad de adoptar medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato.

En consecuencia, el mandato constitucional no se agota con la interdicción de las discriminaciones, sino que va más allá: faculta y exige, principalmente, a los poderes públicos para que promuevan las condiciones y remuevan los obstáculos para que la igualdad sea real y efectiva, mediante

¹ Línea mantenida desde la STC 22/191, de 2 de julio, que ha seguido manteniendo y puede encontrarse en diversos pronunciamientos posteriores, la más reciente es la STC 91/2019, de 3 de julio.

² Este mandato múltiple del art. 14 ya fue apuntado por Rodríguez Piñero y Fernández López (1986): 172 y 173 y, como puede observarse, el mismo Tribunal Constitucional se hace eco de esta doble dimensión en diversas Sentencias: 128/1987, de 18 de julio; 229/1992, de 14 de diciembre; 126/1997, de 3 de julio, entre otras.

la adopción de medidas que tengan como objetivo nivelar las situaciones de desequilibrio con el fin de superar dichas desigualdades. El resultado es, pues, su configuración como un elemento nuclear de todo el orden constitucional, partiendo de un contenido proteico que vertebra dicho orden en aras de alcanzar una igualdad real, desterrando las desigualdades estructurales³.

2. IGUALDAD VERSUS UNIFORMIDAD Y EL CANON DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DIFERENCIAS DE TRATO

La igualdad formal es un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, pero ello no impide introducir diferencias de trato. Ciertamente, la igualdad no es uniformidad y, en consecuencia, la Constitución no impide los tratos desiguales, pues el tratamiento diverso de situaciones distintas «puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento» (STC 34/1981, de 10 de noviembre).

Si la igualdad jurídica ha de entenderse en el sentido apuntado por el Tribunal Constitucional de modo que a situaciones de hecho iguales han de corresponder soluciones jurídicas iguales, y a situaciones de hecho desiguales soluciones jurídicas desiguales, debemos plantearnos cómo enjuiciar una diferencia de trato para determinar su licitud o no. Las pautas interpretativas del Tribunal en este orden son apreciables.

En primer lugar, cabe determinar si esa desigualdad resulta artificiosa o injustificada por no venir fundada en criterios objetivos y razonables, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados y proporcionados (STC 200/2001, de 4 de octubre).

En segundo lugar, la vertiente sustancial de la igualdad exige, en muchas ocasiones, las diferencias de trato, traduciéndose en lo que el Tribunal Constitucional ha denominado *el* «derecho desigual igualatorio»; esto es, la desigual situación de partida requiere la adopción de medidas que tiendan a reequilibrar dichas situaciones con el objetivo de igualarlas de modo real y efectivo. De lo contrario se produciría la «discriminación por indiferenciación», es decir, la provocada por el hecho de tratar de modo igual situaciones disímiles⁴.

³ La igualdad es «una idea que sin duda subyace a toda la estructura constitucional y, a través de ella, a todo el ordenamiento», Rubio Llorente (1991: 9).

⁴ SSTC 128/1987, de 16 de julio; 19/1989, de 31 de enero; 229/1992, de 14 de diciembre.

Nos encontramos, pues, con toda una construcción jurisprudencial para enjuiciar las diferencias de trato dirigidas a la remoción de las situaciones de desigualdad en aras de alcanzar la igualdad real, de forma que su licitud pasa por superar el denominado «test de la igualdad», que el Tribunal Constitucional ha concretado en los siguientes términos⁵:

- a) La infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.
- b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.
- c) El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.
- d) Por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos⁶.

III. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO⁷

Que esta cláusula sea la que ha dado lugar a un mayor número de pronunciamientos del Tribunal no sorprende a nadie si atendemos a la severa realidad de la discriminación por razón de sexo, tan evidente y con tantas plasmaciones normativas y fácticas. Adviértase que en el sexo confluyen, en muchas ocasiones, otras de las categorías sospechosas de discriminación; es, pues, un motivo que casi siempre está presente o que se adiciona a las demás causas.

El Tribunal, de forma amplia y cabal, entiende que la prohibición de discriminación por razón de sexo comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación

⁵ SSTC 22/1981, de 2 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 2/1983, de 24 de enero; 23/1984, de 20 de febrero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de noviembre; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 177/1993, de 31 de mayo; 340/1993, de 16 de noviembre; 117/1998, de 2 de junio; y 200/2001, de 4 de octubre.

⁶ STC 76/1990, de 26 de abril.

⁷ Aludimos al término sexo porque es el que utiliza el texto constitucional.

del sexo de la persona perjudicada, sino que también engloba estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por ejemplo, el embarazo⁸). Así lo iremos viendo a lo largo de este trabajo.

1. ¿ES NECESARIO JUSTIFICAR QUE EL SEXO ES UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA DE LA DISCRIMINACIÓN QUE REQUIERE TRATAMIENTOS DESIGUALES PARA SU REPARACIÓN?

Es incuestionable que las mujeres ni se han encontrado ni se encuentran en igual situación de partida que los hombres; las diferencias basadas en el sexo las han colocado en un escenario de postergación y de desventaja, por ello debemos plantearnos cómo cumplir con un mandato constitucional que demanda acabar con dichas situaciones de desigualdad, deviniendo ineludible reequilibrar lo que está en desequilibrio, lo que no es igual. Y ello solo es posible conseguirlo, por un lado, tratando desigualmente lo que es desigual; por otro, proporcionando medidas positivas de reequilibrio, ya que no se reequilibra con medidas neutras, pues, como ha advertido Fernando Rey (2004: 69), «la adopción de un Derecho neutro no es una decisión neutral».

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no siempre asumió la necesidad de tratamientos diferenciados en atención al sexo con el objeto de reequilibrar la diferente situación de hecho. Es más, en su jurisprudencia pueden apreciarse diversas líneas evolutivas que van desde «una valoración formal de la igualdad hacia una tutela antidiscriminatoria» (Balaguer, 1991: 33)⁹. Su afirmación de que el sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual (Sentencia 207/1987, de 22 de diciembre) es claro exponente de esta posición.

Se trata de una primera línea doctrinal neutra en la que el Tribunal, en su pretensión de equiparar al hombre y a la mujer, no aceptó los tratamientos diferenciados cuyo sujeto beneficiario de protección fuera la mujer, pues ello, en tales términos, lo entendía contrario al art. 14 CE (igualdad formal)¹⁰. En

⁸ Véase SSTC 166/1988, de 26 de septiembre; 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio; 20/2001, de 29 de enero; 41/2002.

⁹ En el mismo sentido, Rodríguez-Piñero (1992). Asimismo, afirma Elosegui (1998:, 12), que «en su afán de equiparación, el Tribunal defiende un modelo asimilacionista, que entiende la igualdad como homogenización absoluta entre varón y mujer; una igualdad que no tiene en cuenta apenas las diferencias; una igualdad poco realista y poco atenta a la necesidad de un período de adaptación y transición en la reestructuración social de los nuevos roles sociales y culturales asumidos por el varón y la mujer».

¹⁰ Claros exponentes de esta línea jurisprudencial son las Sentencias 81/1982, de 21 de diciembre; 103/1983, de 22 de noviembre, y 104/1983, de 24 de noviembre.

consecuencia, en los conflictos planteados procuró, en todo momento, una equiparación entre hombres y mujeres¹¹, olvidando las circunstancias históricas subyacentes de desequilibrio. Explica muy bien esta posición la Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, en la que el Tribunal amplió la pensión de viudedad también a los viudos, acogándose a una interpretación exclusivamente formal y muy alejada de la igualdad sustancial, ya que pretendía equiparar situaciones que realmente eran desiguales. En efecto, la razón por la que solo la mujer recibía dicha pensión respondía al hecho de que convertirse en viuda entrañaba la pérdida de su única fuente de financiación, que era la que le procuraba el varón; pues para ella contraer matrimonio implicaba, mayoritariamente, abandonar su trabajo para dedicarse a las labores del hogar; consecuencia que no se anudaba al varón que contraía. Era explicable, pues, que solo quien quedaba en situación de desamparo por el fallecimiento de un cónyuge fuera el beneficiario del subsidio; el hombre que perdía a su mujer seguía trabajando igual. Diferencias fácticas que exigían diferentes soluciones que el Tribunal no advirtió; pero sí el voto particular que formuló Rubio Llorente.

Más tarde, el Tribunal mantuvo una línea en la que, apartándose de la formal igualdad de trato, pasó a aceptar no solo la licitud, sino también la exigencia constitucional de las medidas dirigidas a conseguir la igualdad de oportunidades entre ambos sexos. Dicha posición supuso un abandono del criterio neutro seguido hasta el momento, ya que pasó a admitir los tratamientos favorables en favor de las mujeres para acabar con la histórica situación de desigualdad. Esta etapa se inició con la Sentencia 128/1987, de 16 de julio (Guarderías Infantiles¹²) calificada como *leading-case*, en la que, finalmente, reconoció que la exclusión de la discriminación por razón de 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. Sentencia a la que nos referiremos con más detenimiento al abordar el derecho antidiscriminatorio.

Si bien el Tribunal Constitucional no olvida definitivamente la visión neutra inicial, manteniéndola en algunas sentencias¹³, ello va a ser más

¹¹ STC 81/1982, de 21 de diciembre, en la que se recurría por parte de los varones la mayor retribución de las enfermeras en relación con las horas de trabajo extras que establecía el art. 50 del Estatuto del Personal Sanitario Auxiliar Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social de 26 de abril de 1973. El Tribunal entendió que la medida discriminaba a los varones, y, por tanto, la rechazó.

¹² Se analiza en ella la demanda del actor contra las prestaciones en concepto de guarderías reconocidas a todas las mujeres trabajadoras del Instituto Nacional de Salud que, independientemente de su estado civil, tuvieran hijos menores de seis años, mientras que a los hombres se les exigía para recibir dicha ayuda la condición de viudo.

¹³ Véase Sentencia 253/1988, de 20 de diciembre, relativa a la pensión de viudedad para los viudos —SOVI— y las demás relativas a esta materia: SSTC 144/1989, 18 de

ocasional. La nueva línea del Tribunal implica una interpretación que toma como referencia el sexo como categoría sospechosa de la discriminación, permitiéndole sustentar diferencias de trato reequilibradoras, y conectando, así, igualdad jurídica, mandato antidiscriminatorio e igualdad sustancial.

2. ¿QUÉ CONSECUENCIAS DERIVAN DE QUE EL SEXO SEA UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA DE LA DISCRIMINACIÓN?

La consideración del sexo como una categoría sospechosa de la discriminación le confiere una protección reforzada que aboca a la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad, y operando una inversión de la carga de la prueba¹⁴.

En efecto, que el sexo sea una de las categorías sospechosas de la discriminación tiene, también, su incidencia en el ámbito procesal, al posibilitar la inversión de la carga de la prueba. Así, el Tribunal Constitucional ha sostenido que cuando se prueba indiciariamente que un despido pueda enmascarar una lesión de los derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho a no ser discriminado por razón de sexo. Esto implica, además, que se deriva una mayor exigencia para el juzgador, pues le obliga a que, ante una presunta discriminación por razón de sexo, no se limite a afirmar que no son suficientes las pruebas aportadas por el actor, sino que ha de expresar los motivos por los cuales entiende que no existe la aparente discriminación.

Dicha inversión de la carga de la prueba, no obstante, exige del demandante cierta diligencia probatoria; y, por tanto, el actor ha de probar en primer lugar, la existencia real y efectiva de una diferencia de trato en segundo lugar, la existencia de indicios racionales de los que se pueda deducir que esa desigualdad está vinculada al sexo¹⁵. Ahora bien, lo que no se impone al empresario es la «prueba diabólica» de un hecho negativo —la no discriminación—, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales¹⁶. Exigiéndose del actor aportar una «prueba verosímil» o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos

diciembre; 176/1989, de 30 de octubre; 142/1990, de 20 de septiembre; 158/1990, de 18 de octubre; 58/1991, de 14 de marzo.

¹⁴ SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2). Ya aplicado desde antaño en Norteamérica como *strict scrutiny*.

¹⁵ STC 90/1997, de 6 de mayo.

¹⁶ SSTC 136/1996, de 23 de julio; 41/2002, de 25 de febrero.

de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razón de sexo.

Asimismo, la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) aboca a unas exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) (por todas, 111/2018, de 17 de octubre).

3. ALCANCE DEL MANDATO ANTIDISCRIMINATORIO

La igualdad y la interdicción de la discriminación por razón de sexo se proclaman frente a los poderes públicos; no solo es un límite formal, sino también material, que afecta al contenido de la ley; del mismo modo que en la aplicación de la ley vincula al ejecutivo y al judicial.

Ni Gobierno ni Administración pueden, en el ejercicio de sus funciones, conceder un trato distinto a quienes se encuentren en la misma situación, sujetándose las actuaciones arbitrarias al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y, en último término, del Tribunal Constitucional mediante la interposición de un recurso de amparo constitucional.

En relación con el Poder Judicial, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos cuando se trata de la aplicación de la ley por un mismo órgano judicial, obliga a que las soluciones ofrecidas a los casos individualizados obedezcan a un criterio general de interpretación y aplicación de la legalidad. Pero esta exigencia de igualdad ha de ser compatible con la independencia judicial, de modo que la diferente interpretación de las normas no puede considerarse en sí misma lesiva del derecho a la igualdad, sino que ha de cohonestarse con la posibilidad de que los jueces puedan cambiar su criterio; pues no existe un mandato de igualdad absoluta que obligue en todo caso al tratamiento igual de los supuestos iguales. Dichos cambios podrán operarse siguiendo unas exigencias: no se conculca la igualdad cuando las decisiones que otorgan un trato diferente provengan de órganos distintos (STC 168/1989, de 16 de octubre); aunque cabe que un mismo órgano modifique sus decisiones de forma motivada, pues lo que se prohíbe son las diferencias de tratamiento arbitrarias por no justificadas (STC 63/1984, de 21 de mayo). Además, ha de tenerse en cuenta que «cada órgano solo puede ser comparado consigo mismo» (Rubio Llorente, 1995: 122); de forma que, como expresa el Tribunal Constitucional, «uno de los requisitos para realizar la comparación que toda discriminación en la aplicación de la ley lleva implícita es la identidad del órgano» (168/1989, de 16 de octubre).

En síntesis, en la medida en que el texto constitucional vincula positiva y negativamente a los poderes públicos, no cabe duda de que el respeto a la igualdad se impone a los órganos del poder público; de modo que la prohibición de discriminación opera en forma más intensa cuando se trata de un empleador de carácter público (SSTC 166/1988, de 26 de septiembre, y 114/2002, de

20 de mayo). Pero ello no es suficiente. Hoy los derechos vinculan también a los ciudadanos; quedando superada la concepción inicial de los orígenes del constitucionalismo en la que los derechos eran límites a la actuación de los poderes públicos, de modo que primaba la autonomía de la voluntad frente a la injerencia de los poderes públicos. Ciertamente, los poderes públicos tienen un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución para garantizar los derechos fundamentales. Pero los particulares tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere los derechos. Repárese que el ámbito laboral ha sido, por excelencia, campo abonado de discriminación, de forma que, desde un principio, el Tribunal remarcó que las relaciones entre particulares, aunque matizadas por el principio de la autonomía de la voluntad «no quedan, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato»¹⁷.

Se trata, así, de una autonomía de la voluntad que está limitada solo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional (108/1989, de 8 de junio). En esta dirección, como veremos más adelante, la doctrina del Tribunal ha ido reforzando la vinculación de los terceros a dicha igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo en diferentes ámbitos¹⁸, muy particularmente en el orden laboral.

IV. LA INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIÓN

El Tribunal Constitucional, en sus sentencias, ha ido asumiendo y perfeccionando diversas categorías conceptuales que tienen como objeto asegurar la igualdad, y que han tenido su reflejo en el ordenamiento, ya que muchas de ellas se han incorporado a la legislación tras su reconocimiento jurisprudencial.

1. DISCRIMINACIÓN DIRECTA

Se produce cuando una persona es tratada de modo menos favorable que otra en una situación análoga a causa de su género, sin que existe justificación objetiva y razonable. Pero como ha recordado en diversas ocasiones este Tribunal, este tipo de discriminación también engloba estos mismos tratamientos cuando

¹⁷ STC 177/1988, de 10 de octubre.

¹⁸ Por ello, el juicio aplicado a una diferenciación de un empresario es igual de estricto que el que se aplica a una diferenciación perjudicial para la mujer realizada por los poderes públicos. Giménez Gluk (2004).

se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca¹⁹.

Dentro de lo que constituyen discriminaciones directas podemos encontrarnos con numerosos pronunciamientos que han ido desterrando la discriminación en diversos ámbitos:

1.1. Las cláusulas de celibato

Ha correspondido al Tribunal eliminar del ordenamiento español diversas normas que suponían una clara discriminación directa: es el caso de las denominadas cláusulas de celibato, sobre las que el Tribunal ha venido afirmando, en numerosas ocasiones, que la suspensión del contrato de trabajo «para el personal femenino», por el hecho de contraer matrimonio, constituye una discriminación por razón del sexo, pues no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma empresa que contrajera matrimonio²⁰.

En el mismo sentido, ha considerado que permitir la reanudación del nexo contractual únicamente en los supuestos de incapacidad o fallecimiento del marido, si bien era coherente con el contexto social y normativo de la época, que atribuía originariamente al consorte de sexo masculino la condición de cabeza de familia, pugna claramente con la igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio y en las responsabilidades familiares (59/1993, de 15 de febrero).

1.2. Diferencias salariales basadas en el sexo

La brecha salarial, hoy en día, sigue siendo real²¹; el salario recibido por la mujer es inferior al que recibe el varón, y no solo ello, sino que entre aquellas

¹⁹ Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio; 20/2001, de 29 de enero; 41/2002, de 25 de febrero; 17/2003, de 30 de enero; 98/2003, de 2 de junio; 175/2005, de 4 de julio; 214/2006, de 3 de julio; y 342/2006, de 11 de diciembre).

²⁰ En la Sentencia 7/1983, de 14 de febrero declara que el art. 107.c de la Reglamentación de Trabajo de 1958 de la Compañía Telefónica Nacional de España es discriminatoria por razón de sexo, deviniendo incompatible con la Constitución española de 1978, y, por tanto, derogada por oposición al artículo 14. Dicha Reglamentación establecía la excedencia forzosa por razón de matrimonio para el personal femenino, con reconocimiento de la posibilidad de solicitar el reingreso cuando cada una de las mujeres se constituyera en cabeza de familia.

²¹ Datos del Instituto Nacional de Estadística; en cuya página puede encontrarse un estudio detallado sobre este tema.

personas que reciben un salario inferior al mínimo, la mayoría son mujeres. Y ello pese a que la discriminación salarial por razón de sexo está expresamente vetada en la Constitución como una de las concreciones de la cláusula general de igualdad; no obstante, el salario ha constituido siempre uno de los mayores focos discriminatorios, lo que ha generado numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional²².

Cabe destacar la interpretación que el Alto Órgano inicia en la Sentencia 145/1991, de 1 de julio, en la que estima que solo cabe calibrar la legalidad de la diferencia de trato en **materia salarial en atención a la diferencia de los trabajos efectivamente prestados**. Por tanto, igual trabajo es igual salario, independientemente del sexo. Ahora bien, ello no es suficiente, ya que tampoco puede utilizarse el **sexo como justificación para establecer las distintas categorías profesionales**.

Además, el principio constitucional de no discriminación en materia salarial incluye también la desigual valoración de trabajos no estrictamente iguales, pero equivalentes o de igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de prestación, cuando el elemento determinante para dicha valoración distinta sea el sexo (Lousada Arochena, 2015). Esta es la posición mantenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reafirmando que, a igual trabajo, incluso un trabajo de igual valor, debe ser retribuido de la misma manera, a menos que la diferencia de retribución se justifique por razones objetivas²³. En este sentido, advierte que no es solo la categoría profesional lo que determina que se realiza el mismo trabajo o trabajo de igual valor, sino que habrá que tomar en consideración un conjunto de factores como, por ejemplo, la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales.

No obstante, como ha advertido Fernando Rey (2000: 435), la jurisprudencia del TC en relación con la utilización del sexo como factor de clasificación de tareas dentro de las empresas, con la consiguiente desigualdad retributiva, es una jurisprudencia vacilante. Aunque, finalmente, el avance de la doctrina constitucional, en orden a la interdicción de las discriminaciones salariales, es loable, al extender la discriminación también a una **indemnización por extinción de los contratos de trabajo que se calcula sobre la base de un salario discriminatorio**, porque perpetúa la discriminación salarial sufrida por las trabajadoras (STC 183/2000, de 10 de julio).

²² Este tema ha sido uno de los que mayor reconocimiento ha tenido en el marco de la Unión Europea, tanto en diversas directivas como en importantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Su estudio más detallado puede encontrarse en Navarro Nieto (2015).

²³ STJUE en el asunto *Brunnhofner*, de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99.

La inversión de la carga de la prueba, a la que nos hemos referido con anterioridad, opera de lleno en esta materia. Así lo manifestó desde bien temprano el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuando en la sentencia *Danfoss*, de 17 de octubre de 1989, al expresar que cuando una empresa aplica «un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política salarial no es discriminatoria, una vez que el trabajador femenino haya demostrado, con respecto a un grupo relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de trabajadores masculinos».

En muchas ocasiones, la discriminación salarial por razón de género está encubierta bajo una categoría que es la denominada discriminación indirecta. En este sentido, resulta de especial interés la reciente STC 91/2019, de 3 de julio, en la que anula el cálculo de la pensión en el trabajo a tiempo parcial por considerarlo discriminatorio para las mujeres. Es verdad que el TC ya se había pronunciado con anterioridad en relación con la exclusión y desprotección de los trabajadores a tiempo parcial; de hecho, el recurso fue planteado por un hombre que consideraba discriminatorio dicho cálculo en el trabajo a tiempo parcial respecto de los contratos a tiempo completo. Pero la relevancia de esta sentencia deriva de que resuelve una autocuestión de inconstitucionalidad que la Sala Segunda decide elevar al Pleno del Tribunal, en clave de género; esto es, lo que se plantea es enjuiciar la compatibilidad con el principio constitucional de igualdad y con la prohibición de discriminación por razón de sexo de que la cuantía de la pensión de la seguridad social a la que tienen derecho esos trabajadores se reduzca en proporción a la parcialidad de la jornada, y de acuerdo con las reglas correctoras que contempla la disposición legal cuestionada.

El hecho de que el trabajo a tiempo parcial afecta muy mayoritariamente a las mujeres (76%) conduce al Tribunal a «examinar con mayor cautela» el impacto de la regla de cálculo para descartar la existencia de esa discriminación indirecta por razón de sexo. Declarando, finalmente, que, no habiéndose demostrado que exista «una justificación objetiva y razonable» para la diferenciación entre las pensiones a tiempo completo y a tiempo parcial, se perjudica a estas últimas frente a las primeras, afectando mayoritariamente a las mujeres.

De hecho, el Tribunal Constitucional se hace eco de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019 (Villar Láiz)²⁴, en la que declaró que la normativa española en materia de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial es contraria al derecho de la Unión Europea si se revela especialmente desventajosa para las trabajadoras.

²⁴ STJUE en el asunto *Violeta Villar Láiz*, de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18.

1.3. Los tratos desfavorables basados en el embarazo o en la maternidad, por afectar solo a la mujer, constituyen discriminación por razón de sexo

Partiendo de que el embarazo es un elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres, el Tribunal ha venido consolidando una línea jurisprudencial²⁵ en la que reafirma que la discriminación por razón de sexo comprende también tratamientos basados en el embarazo, elemento que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres²⁶. A partir de ahí, en diversas ocasiones, ha reafirmado que las decisiones extintivas de las relaciones laborales basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo.

Estamos ante un supuesto que genera las denominadas «discriminaciones ocultas», ya que en diversas ocasiones suele suceder que el despido de la mujer se suele disfrazar en argumentos de rendimiento, cuando, en realidad, se debe a un embarazo.

La maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del art. 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres. Por tanto, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre (SSTC 109/1993 y 75/2011). Por ello, los órganos administrativos tienen la obligación de adoptar medidas flexibles que impidan que la maternidad sea un obstáculo para el acceso al empleo público y, al ser la maternidad un factor protegido, cualquier perjuicio laboral que sufra la mujer trabajadora por el solo hecho de ser madre supone un menoscabo del contenido esencial del derecho a no ser discriminada (STC 198/2019).

Son distintos los supuestos que pueden afectar a la mujer por este motivo:

(a) Despido por embarazo

Cuando se afirme que la causa del despido es el embarazo habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento del mismo por parte de la empresa demandada; en consecuencia, si consta expresamente que la empresa no conocía el embarazo cuando procedió al despido, no se podrá imputar la vulneración a la decisión extintiva empresarial, ya que

²⁵ SSTC 94/1984, de 16 de octubre; 166/ 1988, de 26 de septiembre; 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio.

²⁶ El Tribunal Constitucional, al fijar esta línea interpretativa, se basa en el Ordenamiento comunitario: Directiva 76/207/CEE, de la que se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (Sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto «Hertz»), como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada (Sentencia de la misma fecha recaída en el asunto «Dekker»).

la empresa no ha basado el despido en el conocimiento del embarazo (STC 41/2002).

Así pues, para determinar si las resoluciones judiciales impugnadas vulneran la interdicción de discriminación por razón de sexo el Tribunal ha de analizar, «a la vista de las circunstancias del caso concreto, si la trabajadora recurrente en amparo aportó indicios de discriminación suficientes y si, en tal supuesto, como consecuencia de la inversión de la carga de la prueba, la empleadora cumplió con su obligación de rebatirlos justificando que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» (STC 17/2007).

Pero distingue entre el despido que tiene su origen en el embarazo, con conocimiento del empleador y el despido en los casos en los que el empresario no conociera el estado de gestación, dando lugar a la improcedencia del despido y no su nulidad. (SSTC 92/2008 y 124/2009).

Diferente es la extinción del contrato de trabajo en periodo de prueba, sin que tenga su justificación en el embarazo, que será nula si se produce con vulneración de derechos fundamentales, como sucederá si la decisión empresarial es una reacción al embarazo de la trabajadora (STC 17/2007, de 12 de febrero). Sin embargo, dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato en el periodo de prueba, el desistimiento empresarial durante dicho periodo de prueba, cuando la empresa no conoce el estado de gestación de la trabajadora, no resulta discriminatorio si no se acredita móvil discriminatorio en la decisión extintiva (173/2013, de 10 de octubre).

(b) Impedir el acceso de la recurrente a la plaza obtenida en proceso selectivo por encontrarse en estado de maternidad supone una discriminación directa por razón de sexo (STC 108/2019, de 30 de septiembre).

(c) La diferente duración de los permisos de maternidad no es discriminatoria.

La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social a la mujer trabajadora con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. Siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE)²⁷.

No obstante, el voto particular de Balaguer Callejón advierte que la sentencia ignora que existe un efecto claro de discriminación indirecta de las mujeres, por lo que un Tribunal Constitucional de este siglo debería haber reconocido la necesaria evolución de la realidad social, y profundizado en el análisis de los efectos reales de las medidas de protección que aquí se cuestionan.

²⁷ SSTC 111/2018, de 17 de octubre; 108/2019, de 30 de septiembre; 138/2018, de 17 de diciembre; 2/2019, de 14 de enero.

1.4. Acoso sexual

Con meridiana claridad, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el **acoso sexual** y el acoso por razón de sexo en el trabajo tienen la consideración de discriminación directa por razón de sexo (STC 159/2016, de 22 de septiembre); fijando en la objetividad y la gravedad del comportamiento los presupuestos sobre los que asienta la doctrina constitucional la posible existencia de **acoso sexual** (136/2001, de 18 de junio). Es cierto que reconoce que el derecho a la protección del trabajador contra el conocido también como «acoso sexual» se inscribe en el derecho a la intimidad personal. Pero, asimismo, considera que el acoso sexual en el ámbito profesional puede también tener un engarce constitucional con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo (art. 14 CE); en la medida en que está presente siempre en el trasfondo, afectando notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación (STC 224/1999, de 13 de diciembre).

1.5. La violencia de género: una atroz discriminación directa

La violencia en el marco del género se basa y explica en razones de discriminación, al ser expresión de la desigualdad que ha desembocado en la concepción de dominación por parte del varón y la consustancial postergación de la mujer. Posición radicalmente contraria al orden constitucional.

La virulencia de sus manifestaciones propició la aprobación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (Ley 1/2004, de 29 de diciembre, en adelante LOVG), que descansa sobre el reconocimiento de la relación causal entre género y violencia. La LOVG regula de forma integral este fenómeno violento, conteniendo un amplio abanico de medidas de distinto orden: tutela institucional de la lucha contra la violencia de género mediante la creación de determinados órganos, medidas en el ámbito sanitario, la prohibición de publicidad sexista, medidas en el ámbito educativo, etc., que no pueden considerarse medidas propias del derecho antidiscriminatorio, circunstancia que explicaría la ausencia de conflictividad constitucional de las mismas.

Asimismo, contiene medidas de acción positiva, que se enmarcan en los ámbitos laboral, económico y prestacional. Todas ellas tienen pleno encaje constitucional, al proyectarse en los ámbitos propios de las acciones positivas.

En tercer término, recoge un conjunto de medidas relativas al ámbito penal, que son las que mayor polémica han generado, ya que prevé delitos específicos o formas agravadas de los mismos en los que el autor es el hombre y los sujetos pasivos son la mujer y las personas especialmente vulnerables.

Estas diferencias punitivas han constituido el epicentro sobre el que se han planteado las mayores dudas de constitucionalidad al considerar que a través de ellas se excluye al hombre de la tutela penal reforzada (que se confiere solo a la mujer) y se le sanciona más duramente; por tanto, son medidas que endurecen la respuesta punitiva en atención a la diferenciación sexual de los sujetos del delito. Estas previsiones entrarían en contradicción con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, en la que se afirma que la Constitución española «consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de este en la comisión de los hechos (SSTC 65/1986, 14/1988, STC 150/1991 y 246/1991).

Su cuestionamiento se materializó por parte de los órganos jurisdiccionales mediante el planteamiento de numerosas cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC, fundadas en el difícil encaje constitucional de estas medidas.

Para analizar la respuesta del Tribunal Constitucional deberíamos diferenciar entre la constitucionalidad o no de la propia norma, las diversas medidas que establece y, por último, referirnos a las penales.

(a) La Ley, en su conjunto, y como respuesta integral al problema que pretende resolver, procede a regular de modo desigual situaciones que son diferentes objetivamente. Combate una situación real que descansa sobre unas cifras alarmantes que revelan la diferente posición en la que se encuentran los destinatarios de la norma en las situaciones de violencia. Estamos, pues, ante situaciones de hecho desiguales que exigen constitucionalmente un tratamiento diferenciado. El interés prevalente para su adopción es la salvaguarda de la integridad física y moral, de la vida y de la salud de la mujer; fines constitucionales lo suficientemente trascendentes para exigir las diferencias de trato objetivas y razonables que establece la norma (Sentencia 59/2008, de 15 de mayo).

(b) La palmaria legitimidad constitucional de la finalidad de la LOVG.

En la misma sentencia, y en las posteriores que irá dictando, el Tribunal afirma dicha legitimidad fundándola en las siguientes argumentos: a) la Ley «tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos»; b) el objetivo es combatir el «origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales» (por todas, STC 59/2008, de 14 de mayo; STC 52/2010, de 4 de octubre; STC 41/2010, de 22 de julio).

A mi juicio, la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional es loable, ya que acierta al reconocer que mediante la lacra de la violencia de

género no se atacan los bienes básicos de la mujer, sino también la libertad y dignidad de la víctima, precisamente porque en el sustrato de esta manifestación de violencia se encuentra la consideración de la mujer como instrumento de reafirmación machista, y su negación como persona.

Creo que el soporte legitimador de la LOGV se acomoda plenamente a las exigencias del art. 14 CE (que regula la igualdad formal y la prohibición de discriminación), ya que la gravedad de la violencia de género es de tal magnitud que alcanza el grado de alarma social, requiriendo la intervención responsable de los poderes públicos.

(c) El cuestionamiento de las diferencias de trato penales.

Pero, la discusión deriva de dar una respuesta penal desigual a conductas que son objetivamente idénticas, salvo por un único elemento de diferenciación: el sexo del sujeto activo o pasivo del delito.

Las STC 59/2008, de 14 de mayo, y STC 45/2009, de 19 de febrero, son las que constituyen los principales pronunciamientos en los que se contiene la doctrina constitucional y a los que se remitirá el TC en la resolución de la mayoría de las demás cuestiones planteadas. En ellas, el Tribunal, al igual que se hace en los autos de planteamiento, sitúa el punto de partida para el enjuiciamiento de las diferencias de trato penales en el juicio de razonabilidad de dichas diferencias, sin considerarlas acciones positivas. Planteamiento que compartimos por coincidir con el que mantuvimos en nuestro trabajo inicial en el que sosteníamos que las medidas penales previstas en la ley no pueden calificarse ni como discriminación positiva ni como acciones positivas; por tanto, manteníamos que su cabal enjuiciamiento debía hacerse desde criterio de la diferenciación objetiva, razonable y proporcional (Ridaura, 2018). Si bien compartimos el enfoque del enjuiciamiento que realiza el Tribunal Constitucional, sin embargo, disentimos en cuanto a la decisión final que adopta.

El Tribunal Constitucional toma como punto de partida la exclusividad del legislador para el diseño de la política criminal que le confiere una amplia libertad, y entiende que la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su «voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada»²⁸.

El TC entiende que la finalidad de la diferenciación introducida por el legislador en materia penal es la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres, «que el legislador entiende como insuficientemente protegid[a]s

²⁸ SSTC 59/2008, de 14 de mayo; 41/2010, de 22 de julio; en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero; y 127/2009, de 26 de mayo.

en el ámbito de las relaciones de pareja», y «la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito» (STC 59/2008, FJ 8).

La argumentación del Tribunal para salvar la constitucionalidad de las medidas cuestionadas, desde mi punto de vista, no consigue desterrar el factor del sexo de los sujetos activo y pasivo para justificar el diferente tratamiento penal, ya que es imposible hacerlo, pues el trasunto de la violencia machista es la desigualdad.

En otro orden de consideraciones, conviene resaltar, como también se ha puesto de manifiesto por diversos sectores doctrinales²⁹, que la aplicación de la presunción de un móvil discriminatorio en toda conducta del varón constituye una presunción *iuri et de iure*; resultado que vulneraría la presunción de inocencia, así como la proporcionalidad en la sanción de conductas que no se ha habido posibilidad de probar. Por tanto, la presunción del móvil discriminatorio ha de ser en todo caso *iuris tantum*.

En síntesis, analizados los pronunciamientos del Tribunal, consideramos que:

1. La ley, que tiene como finalidad la erradicación de la violencia de género, abordando el problema de un modo integral, aparece como una exigencia constitucional.

La ley regula una situación particular —la de la violencia de género— que no tiene parangón con la violencia sufrida por el hombre por razón de su sexo. Estamos, pues, ante situaciones de hecho desiguales que exigen constitucionalmente un tratamiento diferenciado. La ley, además, encaja claramente con los instrumentos internacionales en los que se reclama una respuesta global a la violencia ejercida sobre las mujeres; textos que cumplen una función hermenéutica, de acuerdo con el art. 10.2 de nuestra Constitución.

2. Desde nuestro punto de vista, las medidas de distinto orden —señaladamente las acciones positivas— previstas en la ley tienen pleno encaje constitucional.

3. Sin embargo, las medidas penales no son ni acciones positivas, ni medidas de discriminación positiva; su conceptualización no se corresponde con ellas. Por ello, consideramos que su enjuiciamiento debe orientarse hacia la diferenciación objetiva y razonable.

Y, desde este punto de vista, dichas medidas penales no nos merecen un juicio positivo: no cumplen estrictamente ni con el test de la igualdad, ni con la adecuada concepción del derecho penal.

Sin embargo, no creemos que las sentencias analizadas del Tribunal interioricen cabalmente estos argumentos.

²⁹ González Cussac (2009), Queralt Jiménez (2006), Larrauri Pijoan (2009) y Polaino-Orts (2008).

2. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Se trata de una categoría elaborada por el Tribunal norteamericano, y que paulatinamente se extenderá a otros ordenamientos. Es cierto que el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos en la sentencia *Griggs v. Duke Power Company*, de 8 de marzo de 1971, está referido a discriminación racial. Pero, unos años más tarde, en 1977, la sentencia *Dothards vs. Rawlinson*, abordó la discriminación por razón de sexo, al establecerse unos requisitos para la selección de trabajadores que podían cumplir mayoritariamente los hombres, pero solo muy pocas mujeres (Serra, 2004).

Estamos ante un concepto de creación jurisprudencial, que se ha ido asumiendo por los ordenamientos, hasta generalizarse. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo recoge pronto en su Sentencia de 8 de abril de 1976, asunto *Defrenne II*³⁰, refiriéndose a las discriminaciones indirectas y encubiertas. La discriminación indirecta no tardó en llegar al ordenamiento español fue en la Sentencia 145/1991, de 1 julio (caso *Gregorio Marañón*), en la que el Tribunal concluye que la prohibición constitucional de discriminación incluye no solo la noción de discriminación directa (tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde este sea objeto de consideración directa), sino también la noción de **discriminación indirecta**. Por tal entiende el tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio, del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre los trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo; salvo que este tratamiento responda a una finalidad legítima y utilice medios proporcionados, adecuados y necesarios para conseguirla³¹. El concepto de discriminación indirecta es, hoy en día, una categoría que está bien arraigada en la doctrina constitucional.

3. DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN

Se trata de una categoría referida a las discriminaciones que pueden sufrir algunas personas por su relación con otras de especiales características.

³⁰ *Defrenne II* (43/75, sentencia de 8 de abril de 1976), seguido de los casos *Macarthy Ltd. vs. Wendy Smith* en 1980; STJCE de 31 de marzo de 1981, el caso *Jenkins vs. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*; *Bilka-Kaufhaus GmbH vs. Weber Von Hartz*, recogido en la STJCE de 13 de mayo de 1986. Categoría que se incorporó paulatinamente a las sucesivas directivas.

³¹ Doctrina que se reiterará en las SSTC 58/1994, de 28 de febrero; 286/1994, de 28 de noviembre; 147/1995, de 16 de octubre; 250/2000, de 30 de octubre; 253/2004, de 22 de diciembre.

Generalmente, la mayoría de los casos se asocia con el sexo, de ahí que hagamos referencia al mismo, ya que constituye una de las razones que sin tomar como elemento principal el sexo, finalmente acaban repercutiendo, mayoritariamente, en las mujeres. Es un concepto acuñado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 17 de julio de 2008, en el caso *Coleman* en el que ha considerado que la discriminación por discapacidad protege también a aquellas personas que, sin estar ellas mismas discapacitadas, sufran discriminación directa o acoso en el empleo por estar vinculadas a una persona discapacitada. En ese supuesto, el Tribunal de Luxemburgo estimó que había habido discriminación laboral en el caso de un despido de una madre que cuidaba a su hijo discapacitado (Rey, 2017). El fundamento de esta decisión lo encuentra el Tribunal en la directiva que protege frente a la discriminación de las personas asociadas a una persona con discapacidad³².

Es cierto que el Tribunal Constitucional español, a día de hoy, no cuenta aún con sentencias relativas a esta categoría; pero sí que ha sido reconocida en sentencias de tribunales superiores (Cataluña, Andalucía)³³. Se trata, pues, de una categoría en expansión que está siendo reconocida también en diversos ordenamientos, así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁴.

4. LA MULTIDISCRIMINACIÓN

Se trata de supuestos en los que concurren dos o más rasgos sospechosos configurando una discriminación específica. Y es que, como indica Rosario Serra, la discriminación múltiple «parece tener nombre de mujer», ya que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, pues en muchas ocasiones se produce una concurrencia de diversas causas de discriminación, que intensifican su riesgo de exclusión (Serra, 2015: 15).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español tampoco ha recibido aún esta causa pluricausal de discriminación. Por el contrario, España sí que ha sido condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un asunto

³² Directiva inspirada en la *Americans with Disabilities Act* de 1990 de Estados Unidos. Véase Cordero Gordillo (2008).

³³ En efecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de junio de 2011 consideró la discriminación por asociación en el despido de una trabajadora que solicitó una ayuda prevista en el convenio colectivo para su cónyuge discapacitado. Y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de noviembre de 2017 reconoce el despido de una trabajadora con hijo discapacitado.

³⁴ En el caso *Guberina contra Croacia*, de 12 de septiembre de 2016, el Tribunal considera que el supuesto trato discriminatorio del demandante a causa de la discapacidad de su hijo [...] es una forma de discriminación basada en la discapacidad contemplada en el artículo 14 de la Convención.

en el que este reconoce por primera vez esta causa discriminatoria. Se trata de la STEDH en el asunto *B.S. c. España*, de 24 de julio de 2012; mientras que el TC español había inadmitido el amparo por no encontrarle especial trascendencia constitucional (se trataba de una mujer negra, nigeriana, que ejercía la prostitución). Aunque, como advierte Ruth Abril (2013: 316), la sentencia tiene la virtualidad de introducir, por primera vez, el concepto de discriminación múltiple, pero ni desarrolla su contenido, ni su alcance, ni sus consecuencias.

La relevancia de su reconocimiento no es baladí, pues sus consecuencias jurídicas son importantes, ya que puede conducir a que la cuantía de la indemnización por discriminación múltiple sea mayor que la unicausal.

Más recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha pronunciado en la Sentencia de 25 de julio de 2017 (caso *Carvalho Pinto de Sousa*), reconociendo una discriminación por razón de sexo y también por razón de edad (discriminación múltiple), derivada de estereotipos de género y edad, lo que permite la acumulabilidad de distintas causas de discriminación.

Nuevamente, el TEDH no se adentra en el concepto de discriminación múltiple, pero la reconoce, que ya es un paso significativo. Y ello a diferencia del TJUE, «que nunca ha admitido el concepto de discriminación múltiple ni sus eventuales consecuencias jurídicas»³⁵.

5. MEDIDAS PATERNALISTAS FALSAMENTE PROTECTORAS

El Tribunal también ha considerado discriminatorias las **medidas paternalista y protectoras** que, aunque aparentemente ventajosas, se basan en la debilidad de la mujer, y en la práctica perpetúan la propia posición de inferioridad social de la población femenina.

Elimina del ordenamiento normas que, aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo³⁶.

³⁵ Lousada Arochena (2019: 47), «aunque, ciertamente, una discriminación puede basarse en varios de los motivos contemplados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78», no existe, sin embargo, ninguna nueva categoría de discriminación resultante de la combinación de algunos de esos motivos, como la orientación sexual y la edad, que pueda concurrir cuando no se haya constatado una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado.

³⁶ STC 229/1992, de 14 de diciembre (trabajo de la mujer en la mina). El Tribunal, en varias de sus sentencias, declara que estas medidas son discriminatorias; especialmente

V. ERRADICAR LA DISCRIMINACIÓN MEDIANTE UN DERECHO NIVELADOR Y REPARADOR

La igualdad sustancial, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, es un «elemento definidor de la noción de ciudadanía» (STC 59/2008); de ahí que, en el marco de un Estado social y democrático de derecho, esta se erija en uno de los ejes fundamentadores del mismo.

En esta dirección, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado, en diversas ocasiones, que el progreso en la igualdad de sexos es un fin esencial para los Estados miembros del Consejo de Europa, reconociendo en la Sentencia dictada en el caso *Thlimmenos contra Grecia*, de 6 de abril de 2000, que el derecho a la no discriminación es también transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no aplican un trato diferente a personas cuyas situaciones son sensiblemente diferentes³⁷. Igualmente, a la luz del derecho europeo, que ha sido receptor por excelencia en Europa de las medidas de derecho antidiscriminatorio, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo remarca la necesidad de la adopción de acciones positivas en la sentencia de 6 de julio de 2000 (asunto *Abrahamsson, Anderson y Fogelqvist*) al reconocer que:

[...] las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los Gobiernos, de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad.

La consecución de la igualdad real y efectiva demanda la adopción de medidas que nivelen las situaciones de desequilibrio. Este es, pues, el fundamento de las denominadas medidas de derecho antidiscriminatorio. Medidas que no son neutras, sino que se traducen en una reparación de lo desigual para reequilibrar.

1. EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO COMO EXIGENCIA DE LA IGUALDAD SUSTANCIAL

En efecto, la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite y demanda la adopción de medidas reequilibradoras de

significativo es el caso de la Sentencia 216/1991, de 14 de noviembre, sobre la inadmisión de la mujer a las pruebas para el ingreso en la Academia General del Aire.

³⁷ Un estudio más detallado de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo lo hace Carmona Cuenca (2018).

situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, a fin de asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer³⁸. La consecución del mandato igualitario se supedita, pues, a la adopción de medidas que tengan como objetivo nivelar las situaciones de desequilibrio con el fin de superarlas.

Para combatirlas nacen las medidas de derecho antidiscriminatorio³⁹, que se caracterizan por ser grupales, ya que lo que el derecho antidiscriminatorio intenta paliar es la situación de injusticia que sufren quienes pertenecen a un determinado grupo frente a quienes pertenecen a otro (Barrere, 1997). Además, solo se justifican si son temporales, esto es, hasta que la situación de desequilibrio que pretenden corregir se compense.

Estas medidas han ido adoptando diversas modalidades⁴⁰.

1.1. *Las acciones positivas*

Las más características son las acciones positivas, situándose su origen en Estados Unidos tras el final de la Segunda Guerra Mundial. Origen que está profundamente ligado a las reivindicaciones de la población de color y que, posteriormente, en los años sesenta, estas políticas de igualdad se extenderán hacia otros rasgos como el sexo, la religión y el origen nacional y terminarán dando cobertura a la edad, la orientación sexual, la discapacidad, al estatus marital y a la riqueza (Barrere, 2001)⁴¹.

El Tribunal Constitucional español ha aceptado la plena licitud constitucional de las medidas de acción positiva para corregir situaciones desfavorables concediendo determinadas ventajas a los sectores desfavorecidos. Esto es, las acciones positivas son todas aquellas medidas de impulso o de favorecimiento a un colectivo que se encuentra en desventaja desde el punto de partida (plus económico para guardería para las madres que trabajan, STC128/1987). En síntesis, estamos ante medidas que tienen como objetivo igualar las situaciones de desequilibrio real, ofreciendo un trato favorable y justificado a un colectivo que se encuentra desfavorecido desde el punto de partida en la realidad.

La diferente situación de partida de la mujer la reconoce el Tribunal cuando afirma que, puesto que la realidad social (que no puede, a este respecto, ignorarse si no se quiere dejar vacíos de contenido los preceptos constitucionales

³⁸ SSTC 128/1987, de 16 de julio y 19/1989, de 31 de enero.

³⁹ Un estudio pormenorizado puede verse en Esparza-Reyes y Díaz Revorio (2019).

⁴⁰ Véanse Ruiz Miguel (1996); Giménez Gluck (1999).

⁴¹ Estas reciben cobertura legislativa en 1964 en la Ley de Derechos Civiles, y luego la Ley de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de 1972. Gómez Orfanel (2008: 380).

contrarios a la discriminación de la mujer) es claramente muy distante de una situación de igualdad, los poderes públicos tienen la obligación de remediarla. En consecuencia, las acciones positivas no pueden considerarse vulneradoras del principio de igualdad, aun cuando establezcan para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas.

La conexión entre igualdad material y acciones positivas la advierte con claridad el Tribunal al anudarlas. Transcribimos por su especial relieve las palabras del Tribunal cuando afirma que:

[...] no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial (STC 216/1991, de 14 de noviembre).

1.2. La discriminación inversa

Conocida en Europa como discriminación positiva, tiene el mismo objeto que la acción positiva: la eliminación de las desigualdades y la consecución de la igualdad entre hombre y mujeres; pero la discriminación positiva es una modalidad más incisiva, que adopta diversas modalidades: sistema de cuotas (reserva rígida de un número o porcentaje mínimo garantizado de plazas) y tratos preferentes (atribución de puntos o calificaciones especiales a los grupos a los que se quiere favorecer). A diferencia de las acciones positivas, la discriminación inversa sí que causa un beneficio para unos y un perjuicio a aquellos sujetos que quedan excluidos, ya que se da, por ejemplo, en casos de escasez de puestos de trabajo, plazas, listas (Rey, 2017: 144). Ahora bien, esto no determina su inconstitucionalidad, pues con fundamentación razonable y cumpliendo determinadas exigencias gozan de encaje constitucional.

El Tribunal ha venido a reconocer la constitucionalidad de las cuotas en las listas electorales⁴², prevista tanto en la legislación estatal como en la de algunas comunidades autónomas. La STC 40/2011, de 31 de marzo⁴³ condensa la

⁴² La STC 12/2008, de 29 de enero, en relación con el art. 44 bis y concordantes de la Ley Orgánica 5/1985, del régimen electoral general, redactados por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Belda Pérez-Pedrero, 2006).

⁴³ Que resuelve el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por sesenta y un diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso frente al art. 23 de la Ley 1/1986, de 2 de enero, electoral de Andalucía, en la redacción dada por la Ley 5/2005, de 8 de

posición mantenida en los diversos pronunciamientos. En efecto, ante el cuestionamiento de estas medidas, el Tribunal Constitucional, partiendo de que la libertad de los partidos y agrupaciones de electores para confeccionar y presentar candidaturas no es un derecho fundamental, «sino una atribución, implícita en la Constitución (art. 6 CE), conferida por el legislador, que puede ser limitada en atención a otros valores y bienes constitucionales protegidos», estima que no cabe apreciar que puedan suponer una infracción de la igualdad de los ciudadanos, sino que, por el contrario, es justamente esa igualdad la que la propia medida asegura.

Exigir de los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política, mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE (igualdad real y efectiva). Puesto que es legítimo el fin de la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política, resulta razonable el régimen instrumentado que se limita a exigir una composición radicalmente igualitaria ente hombres y mujeres. Además, entiende que este requisito de la paridad de sexos en las candidaturas electorales no perjudica a la unidad del pueblo soberano, ya que, aunque la voluntad del pueblo español se expresa a través del cuerpo electoral, este no se confunde con el titular de la soberanía.

Bibliografía

- Abril Stoffel, R. (2013). El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito de europeo. *Revista de Derecho Comunitario*, 44, 309-326.
- Balaguer Callejón, Mª L. (1991). Igualdad y Discriminación Sexual en la Jurisprudencia del TC. *Revista de Derecho Político*, 33, 99-124. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.33.1991.8504>.
- Barrere Unzueta, M. A. (1997). *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: Civitas.
- (2001). Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades. *Revista Vasca de Administración Pública*, 60, 121-139.

abril, que prevé la obligatoria colación alternativa de hombre-mujer para la presentación de la lista de candidatos para el Parlamento andaluz. Introduce las denominadas *listas cremallera*. Y la Sentencia 13/2009, de 19 de enero, resuelve el recurso de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres.

- Belda Pérez-Pedrero, E. (2006). La paridad electoral como finalidad dissociada de las acciones positivas en favor de un sexo: comentario legislativo de interés autonómico. *Parlamento y Constitución. Anuario*, 10, 181-198.
- Carmona Cuenca, E. (2018). Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género. *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 311-334. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.42.2018.23635>.
- Cordero Gordillo, V. (2008). Discriminación por asociación con una persona con discapacidad. Comentario de la STJCE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06. *Revista de Derecho Social*, 4, 49-161.
- Elosegui, M. (1998). Igualdad y diferencia hombre-mujer según el Tribunal Constitucional español. *Revista Vasca de Administración Pública*, 52, 145-194.
- Esparza-Reyes, E. y Díaz Revorio, F. J. (2019). Los mecanismos jurídicos de lucha contra la discriminación: aportaciones para la configuración del derecho antidiscriminatorio. *Revista de Derecho Político*, 105, 57-79. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.105.2019.25268>.
- Giménez Gluck, D. (1999). *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Orfanel, G. (2008). Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 9, 379-402.
- González Cussac, J. L. (2009). *Aplicación de las figuras penales de violencia de género tras la STC 59/2008*.
- Larrauri Pijoan, E. (2009). Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008. *InDret*, 1.
- López Guerra, L. (2000). Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978. En VVAA, *Mujer y Constitución en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- López Pelegrín, C. (2009). Amenazas, Coacciones y Violencia de género. En E. Núñez Castaño (dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lousada Arochena, J. F. (2015). Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 181, 49-68.
- (2019). Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género según el TJUE. *Femeris*, 4 (2), 39-49. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4764>.
- Navarro Nieto, F. (2015). El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria. *Temas laborales*, 130, 83-134.
- Polaino-Orts, M. (2008). La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo. *InDret*, 3.

- Queralt Jiménez, J. J. (2006). La última respuesta penal a la violencia de género. *La Ley*, 6420.
- Rey Martínez, F. (2004). El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. En AA.VV. *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- (2017). Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018. *Revista de Derecho Político*, 100, 125-171. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20685>.
- (2000). Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo. En *Mujeres y Constitución* (pp. 431-466). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ridaura Martínez, Mª J. (2018). El sentido actual de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. En M. Martín Sánchez (dir.). *Estudio Integral de la Violencia de Género: un análisis teórico-práctico desde el Derecho y las Ciencias Sociales* (pp. 137-164). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Piñero, M. (1992). Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer. *Relaciones Laborales*, 2, 10-17.
- Rodríguez Piñero, M. y Fernández López, Mª F. (1986). *Igualdad y Discriminación*. Madrid: Tecnos.
- Rubio Llorente, F. (1991). La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 31, 9-36.
- (1995). *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Ariel.
- Ruiz Miguel, A. (1996). La discriminación inversa y el caso Kalanke. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, 19, 123-140. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1996.19.07>.
- Serra Cristóbal, R. (2004). La discriminación indirecta por razón de sexo. En M. J. Ridaura Martínez y M. Aznar Gómez (coords.). *Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer* (pp. 365-398). Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2015). La discriminación múltiple, ¿un nuevo enfoque sobre la igualdad? En J. V. Gimeno Sendra y M. T. Regueiro García (eds.). *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales* (pp. 133-146). Madrid: Universitas.
- Solozábal Echevarría, J. J. (1998). Principialismo y orden constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2, 199-225.

**LA SEPULTURA EN EL MARCO DE LOS
DERECHOS HUMANOS. UN ANÁLISIS DESDE
SU CONTEXTUALIZACIÓN EN EL DERECHO
IBEROAMERICANO**

**Burial within the framework of human rights.
An analysis from its contextualization
in Ibero-American law**

ERICK ORTEGA GARCÍA
Departamento Jurídico de la Dirección Provincial
de la Vivienda de La Habana (Cuba)
erick@oc.dpvhab.cu

GRETHEL ARIAS GAYOSO
Universidad de Oriente (Cuba)
garias@uo.edu.cu

Cómo citar/Citation

Ortega García, E. y Arias Gayoso, G. (2020).
La sepultura en el marco de los derechos humanos. Un análisis
desde su contextualización en el derecho iberoamericano.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(2), 365-391.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.11>

Resumen

Las prácticas sociales y costumbres determinan la presencia y relación con la muerte. Emerge, así, la necesidad de asegurarse qué tratamiento ha de efectuarse sobre los restos físicos propios. En este contexto, existe ambivalencia de la legitimidad para disponer sobre su propio cadáver. Las normas del derecho público ponderan su tratamiento solo en defensa de la colectividad por cuestiones de salubridad. Es entonces que se enarbola la prominencia de un derecho inalienable al ser humano: el derecho a la sepultura, o derecho del hombre sobre su cadáver. Aunque carece de reconocimiento en los textos constitucionales estudiados, esta ausencia se intenta suplir con leyes sobre cadáveres, cementerios y sanitarias. Sin embargo, por la falta de una ordenación común, no guardan unicidad.

Palabras claves

Muerte; sepultura; cadáveres; derechos humanos; dignidad humana.

Abstract

The social practices and customs determine the presence and relationship with the death. It emerges this way, the necessity to make sure what treatment it must make on the physical remains. In this context, ambivalence of the genuineness exists to prepare on its own bones. The norms of the public right only ponder their treatment in defense of the collective for health questions. It is then that the prominence is enunciated from an inalienable right to the human being: the right to the sepulcher, or the man's right on their remains. Although it lacks recognition in the studied constitutional texts, this absence is tried to replace with laws it has more than enough cadavers, cemeteries and sanitary. However, for the lack of a common ordination, they don't keep unit.

Keywords

Death; sepulcher; cadavers; human rights; human dignity.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DESARROLLO: 1. Implicaciones sociales y jurídicas de la muerte. Bases para la disquisición del derecho a la sepultura. 2. La concepción teórica de los derechos humanos y su clasificación. El marco propicio de inserción al derecho a la sepultura: 2.1. *La clasificación de los derechos humanos*. 2.2. *La tutela a la dignidad humana y la normatividad del derecho sobre el cadáver*. 2.3. *Naturaleza jurídica de los derechos humanos*. 3. Concepto de derecho a la sepultura a partir de las categorías que lo integran. Su naturaleza jurídica: 3.1. *Naturaleza jurídica del derecho a la sepultura*. 4. Límites y contenido del derecho a la sepultura. Bases para su construcción teórica: 4.1. *El derecho sobre el cadáver en el contexto normativo internacional*. 5. Conclusiones. BIBLIOGRAFÍA. LEGISLACIÓN CONSULTADA. SENTENCIAS CONSULTADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La muerte, como proceso terminal de los seres humanos, concluye con la existencia biológica. Incomprendida del todo en su conjunto, existen discrepancias científicas desde el punto de vista termodinámico y neurológico. En suma, es inexistente la definición científica del comienzo en el proceso en que se pasa de la vida a la muerte. La concepción de la muerte en cualquiera de sus ámbitos, ya sea como fin o tránsito, actúa como condicionante para la actuación de los individuos en un sentido u otro¹.

Se ha discutido el tema de si los restos mortales pueden constituir cosas en el sentido jurídico, o si trascienden como residuo de la personalidad. Se pondera que los restos mortales no pueden constituir cosas, por su inexistente valor económico o patrimonial. No obstante, determinadas partes del cadáver² pueden ser utilizadas para la salvación o cura de enfermedades de otras personas. En estos casos, las partes del cuerpo adquieren un valor relevante para la salud y para la existencia del hombre, convirtiéndose en bienes³.

¹ En ambientes médicos resulta difícil precisar el momento en que ocurre la muerte, así como las manifestaciones o ausencias que permiten aseverar que una persona está biológicamente muerta. Algunas posturas sostienen el criterio de determinación en la sensibilidad o racionalidad del paciente por medio de las diversas definiciones de «muerte cortical» y «muerte neocortical», Meléndez (2005: 60-68), García (1999: 40), Serani (1999: 37).

² El término «cadáver» proviene de tres raíces latinas: *cara*, *data* y *vernus*, que significan en conjunto «carne entregada a los gusanos», Díez-Díaz (1983: 42).

³ Al respecto se abordan criterios doctrinales que tratan de enmarcar al cadáver dentro del caudal hereditario del fallecido, en razón de que quien se beneficie de los bienes,

De igual forma, se advierte ambivalencia en el reconocimiento pleno de la legitimidad de las personas para disponer sobre su propio cadáver. Se corre el riesgo de que, ante la poca trascendencia que para el derecho privado poseen los restos mortales y su protección, queden en terreno de nadie. Las normas del derecho público ponderan su tratamiento solo en razón de la defensa de la colectividad por cuestiones de salubridad.

Es entonces el testamento el documento idóneo para que los sujetos manifiesten públicamente la finalidad o destino que pretendan sobre sus restos mortales. En ratificación o ausencia de este, se enarbola en la doctrina⁴ la prominencia de un derecho inalienable al ser humano, tan importante como el derecho a la vida misma, y es el derecho a la sepultura (*ius sepulchri*). El derecho a la sepultura, o derecho del hombre sobre su cadáver, carece de un reconocimiento expreso en los textos constitucionales estudiados. Esta ausencia es suplida con la implementación de leyes sobre cadáveres, cementerios y sanitarias que enmarquen su aplicabilidad.

La significación de la inhumación ha tenido un reflejo evidente en el tratamiento jurídico otorgado a cementerios y sepulturas. El formal reconocimiento de la sepultura como derecho constituye un elemento indispensable para una efectiva y real declaración del derecho fundamental de libertad religiosa, una de cuyas manifestaciones es el derecho a recibir sepultura digna⁵.

se haga responsable de los restos mortales. Se trata de justificar la posibilidad, real en la práctica, de que los herederos tomen decisiones sobre el destino del cadáver (De las Heras, 1987: 32). Messineo sostiene que se considera cosa al cadáver, puesto que con la muerte se ha dejado de ser persona y el sujeto se transforma en objeto (Bertoldi De Fourcade, 1983: 177).

⁴ Se reconocen derechos al cadáver en razón de las costumbres sociales, al respecto se plantea: «Asimismo, estamos viviendo actualmente en nuestro país todo un trabajo de la medicina forense y sus equipos de antropología, para responder al reclamo por la identidad de los cadáveres. Este derecho es reclamado también cuando se exige que cada cadáver sea enterrado o guardado en una urna con su nombre. No se puede realizar un acto, como extracción de los órganos de un cadáver, desconociendo que este mantiene aún muerto los derechos como persona» (Pfeiffer, 2006: 21).

⁵ Al respecto, Miguel Rodríguez señala: «Se trata de un derecho intrínseco a la dignidad propia del ser humano, aunque paradójicamente no suele estar como tal expresamente reconocido en las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos. Quizá, porque aquello que es tan evidente, tan indiscutible, hay ocasiones que basta con presuponerlo, sin que sea preciso formalizarlo de manera específica en un texto legal» (2015: 10). Otros notables investigadores del tema dan por sentada la prominencia de este derecho a la sepultura digna sin reparar en su definición (Fernández de Velasco, 1935: 207-237). De todo ello se entiende que la sepultura en sí misma, como dere-

Desde estos criterios básicos, el presente artículo se orienta hacia una sistematización de los presupuestos históricos, teóricos y comparados de la sepultura en el ámbito de los derechos, a partir de un estudio teórico que permita conceptualizarla acorde con los principios y límites que la fundamentan.

II. DESARROLLO

1. IMPLICACIONES SOCIALES Y JURÍDICAS DE LA MUERTE. BASES PARA LA DISQUISICIÓN DEL DERECHO A LA SEPULTURA

La muerte es un fenómeno inevitable. Después de ocurrida, solo quedarán restos mortales que serán la muestra física de haber vivido sobre la tierra. Es, por tanto, parte de la vida humana como el hecho de nacer. Este temido suceso ha sido objeto de varias interpretaciones, criterios y creencias religiosas. La sociedad experimenta las repercusiones de su acontecimiento en sus diferentes esferas.

Momento controversial resulta la hora de confirmar cuándo se produce la muerte. En algunos casos se ha atendido a la putrefacción, al cese de la respiración, a la paralización cardiorrespiratoria y, en la actualidad, a la cesación de las funciones del encéfalo. Debe tenerse presente que la muerte, más que un instante, es un proceso evolutivo en que los principales actos vitales se van extinguiendo. Determinar el momento exacto de su ocurrencia no resulta fácil, debido a las condiciones en que puede suscitarse⁶.

Una de sus consecuencias inmediatas es, sin duda el proceso de duelo. Esta fase resulta más compleja cuando los familiares no tienen la oportunidad de tomar contacto con el cuerpo del ser amado. Del mismo modo, cuando la familia no ha podido enterrarlo, suele resultar más difícil la aceptación de la muerte como una realidad. Como resultado, el duelo por la pérdida puede convertirse en patológico o crónico⁷.

cho, enmarca la necesaria dignidad en su realización, por lo que resulta redundante sumarle tal categoría, que comprende a todos los derechos del hombre.

⁶ De la intrínseca complejidad del tema deriva lo difícil de la elaboración bioética del problema de la definición y determinación de la muerte y, por tanto, la necesidad de fundamentar una concepción determinada con la mayor integralidad posible. Es evidente que su marco sobrepasa los límites de cualquier disciplina particular y requiere la aportación de la filosofía, la teología, la antropología y la bioética, junto con las ciencias biomédicas (García, 1999a: 126-138) (García, 1998: 348-366) (García, 1999b: 1048-1053).

⁷ Proceso que se produce después de la pérdida de un ser querido. Existen en psicología teorías que describen cada una de sus etapas: shock, rabia, desesperación, y la cuarta,

En este contexto, la muerte en su calidad de irreversible, se convierte en motor de los comportamientos humanos develados ante ella. Aspectos populares masivos y elementos claves de la vida sociocultural: flores, crucifijos, llanto, comidas, licores e inciensos, se conjugan en un solo momento. El velorio resulta la etapa liminal, en donde el muerto es objeto de tanatopraxis⁸, para, de este modo, convertirse en el eje protagónico del rito mortuario⁹.

En algunas sociedades las emociones son expresadas con mayor facilidad; culturas como la francesa, española, italiana e inglesa son ejemplos de ello. Otras se caracterizan por tener una tendencia marcada hacia el autocontrol de las emociones y hacia un tipo de sufrimiento en silencio. Las culturas también poseen formas particulares de efectuar enterramientos, rituales funerarios y brindar diferentes tratamientos al cadáver.

Otro factor determinante en la concepción de la muerte es la religión. Esta es una variable con innegable influencia en todas las creencias o conceptos asumidos por la sociedad. El cese de la vida del hombre en la tierra es uno de los temas más tratados en las diferentes religiones. Los significados sostenidos por la institución eclesiástica acerca de la muerte, marcan las pautas de vida de sus feligreses¹⁰. Las tradiciones religiosas, por lo general, evitan mitigar o anular la muerte con promesas de supervivencia. Las religiones no ahorran a los hombres enfrentarse con la muerte. Afrontarla en toda su irremediable verdad es el comienzo de la sabiduría¹¹.

2. LA CONCEPCIÓN TEÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU CLASIFICACIÓN. EL MARCO PROPICIO DE INSERCIÓN AL DERECHO A LA SEPULTURA

Mientras que el término «derecho» alude a alguna prerrogativa o posibilidad de obrar de acuerdo con la voluntad, concedida por un ordenamiento positivo; «humano» refiere cierta cualidad o propiedad perteneciente al hombre genérico. De ahí que la existencia del derecho inherente a las personas

de reorganización de la conducta (Worden, 1997; Fonegra de Jaramillo, 2001: 13-14; Bolwby, 1980; Yoffe, 1998: 23-42).

⁸ Por tanatopraxis se entiende al conjunto de procedimientos sanitarios y ambientales requeridos para el adecuado tratamiento estético y de conservación temporal de un cadáver o restos humanos (Lipcovich, 2002).

⁹ Finol y Montilla (2004: 3-12). En Arabia Saudí, la versión *wahabita* del Islam prohíbe construir mausoleos. En el caso de la etnia de *toraja* de Indonesia, los funerales duran cinco días. De su realización depende alcanzar la condición de difunto (Armanian, 2013).

¹⁰ Muriá (2000).

¹¹ Veizaga (2005: 6-22).

por su calidad humana, sea independiente a su reconocimiento por un orden jurídico establecido, por lo que tiene sentido moral¹².

Comenta Luis García San Miguel que los derechos humanos son exigencias, ideales frente a los órdenes establecidos. No en el sentido de utópicas, sino en el de fundadas en la moral. Cuando son formulados, se pretende que el orden jurídico positivo se ajuste a su contenido. No obstante, la definición de los derechos humanos no puede solo circunscribirse a ideales que guían el quehacer jurídico de un Estado o de la comunidad internacional¹³.

Para Nikken¹⁴ estos son los atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer. Ellacuría¹⁵ resalta el objetivo de los derechos humanos al plantear: «[...] su objetivo no es otro que la liberación del hombre de todas sus enajenaciones, tanto materiales como espirituales [...]». Antonio Pérez Luño¹⁶ ofrece una definición acabada al enmarcarlo en el conjunto de facultades que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas. Deben ser reconocidas los ordenamientos a nivel nacional e internacional.

Según Luigi Ferrajoli¹⁷, el contenido de los derechos humanos está compuesto por todas las prerrogativas que sirven de basamento al desarrollo de una existencia digna. La vida, la libertad y la subsistencia forman parte de esas necesidades sustanciales. En la actualidad, aparecen los derechos económicos, sociales y culturales, que garantizan la existencia de condiciones de vida. Dadas las crecientes necesidades esenciales del hombre, su contenido se amplía a los derechos relacionados con la solidaridad, la protección del medio ambiente y el derecho a acceder al patrimonio común de la humanidad¹⁸.

En la actualidad, el caudal de prerrogativas va en aumento, por lo que el contenido de los derechos humanos es tendente a enriquecerse. En detrimento, cada derecho encuentra el máximo de su alcance, cuando interactúa con el legítimo ejercicio de otro. De este modo, su finalidad se encamina a garantizar la existencia digna del hombre. A partir de esta base, impone al Estado su positivación y respeto por el individuo social, a través de la puesta en práctica de mecanismos que aseguren el pleno ejercicio de estos derechos¹⁹.

¹² Martínez (1995: 152).

¹³ García (1991: 86).

¹⁴ Mahtar M^o Bow (1982: 151).

¹⁵ Fernández (1988: 63).

¹⁶ Pérez Luño (2003: 38).

¹⁷ Ferrajoli (2004: 83).

¹⁸ Manili (1999: 25).

¹⁹ Tambussi (2005: 21-60).

2.1. *La clasificación de los derechos humanos*

Los derechos humanos, como producto histórico, han tenido un reconocimiento gradual. Con un desarrollo aparejado al del propio ser humano, alcanzan cada vez mayor diversidad y número. Al desglose de los derechos, ha dado en llamársele clasificación o tipología. En algunos casos esta distinción tiene como finalidad establecer cuáles derechos son más importantes. En otros, se trata solo de establecer cuáles derechos surgieron primero. La relevancia de esta distinción de derechos estriba en lograr la participación de los individuos en la defensa de sus derechos, así como saber y poder utilizarlos²⁰.

La clasificación que se maneja generalmente es la pronunciada por Karel Vasak y que distingue los derechos humanos de primera generación en civiles y políticos, que sirven para proteger al individuo de los excesos del Estado. Los derechos humanos de segunda generación están relacionados con la igualdad y comenzaron a ser reconocidos por los gobiernos después de la Primera Guerra Mundial. En su naturaleza son sociales, económicos y culturales, y aseguran la igualdad ciudadana de condiciones y trato. La tercera generación de derechos, surgida en la doctrina de los años ochenta, se vincula con la solidaridad. Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan de una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario²¹.

A partir de su historicidad, los derechos surgen como un concepto político que engloba una serie de libertades frente al Estado, pasando por una concepción de derechos cívico-políticos que se ejercen en el seno del Estado, para arribar a los derechos económicos-sociales y culturales, como categoría de derechos humanos distinta a las anteriores, en la que el Estado actúa como promotor y garante del bienestar económico y social, correspondiente al Estado social de derecho²².

Otros autores, y con menor grado de aceptación, han desarrollado otras categorías de derechos. Entre ellas destacan las enunciadas por Maurice Duverger²³,

²⁰ Volio (1978: 64).

²¹ Vasak (1984: 23-33).

²² Fernández (1981: 95).

²³ El autor se refiere a los derechos humanos como libertades públicas de los gobernados, y los clasifica en libertades-límites, aquellas que encierran a la actividad gubernamental, y las libertades-oposición, como aquellas que procuran medios de oposición al gobierno (Duverger, 1970: 63-71).

Sánchez Agesta²⁴ y Loewenstein²⁵. Resulta significativa la desarrollada por Jean Marquiset, que fuere apoyada por Fernando Volio. Utilizando como base el derecho natural, refiere la existencia de derechos del hombre sobre su cuerpo, los que se reconocen a la persona humana en el ejercicio de su actividad fisiológica²⁶. Desde esta óptica los clasifica en las siguientes categorías:

Derecho a la existencia: la intangibilidad del cuerpo humano, protección a la vida intrauterina, el recién nacido, los menores de 15 años, el derecho de corrección, legítima defensa, el suicidio, la eutanasia y el duelo.

Derecho a la integridad personal: la reparación de las lesiones corporales, la libertad de movimientos, el derecho a la no mutilación, la vocación del peligro, el gusto del riesgo, el aspecto físico y la cirugía estética, el tatuaje, la defensa de la propia imagen, la donación de leche materna, sangre y semen.

Derecho a la salud: el derecho a la alimentación, al descanso, al autocuidado, la protección a la salud pública, la vigilancia de la salud individual.

Derecho a la vida sexual: la unión libre, la orientación sexual y el casamiento.

Derechos de la justicia sobre el cuerpo humano: la mano de la justicia, los derechos de la policía, la identificación del malhechor, la búsqueda de alcohol en sangre, los derechos del juez de instrucción, los informes médico legales, las penas corporales y la justicia civil.

Derechos del médico sobre el cuerpo humano: la intervención del médico, el contrato médico y su responsabilidad.

Derechos del hombre sobre su cadáver: libertad de funerales, respeto al cadáver, embalsamamiento, integridad del cadáver, donación de órganos vitales y los trasplantes anatómicos.

Sobre este último, Marquiset considera que todo hombre tiene derecho, aun después de su deceso, al respeto y a mantener la forma íntegra de su cuerpo. Lo que implica interpretar que la protección y tratamiento de los restos del hombre, también forma parte de la dignidad de los humanos. Pilares estos sobre los que se asienta además el contenido del derecho a la sepultura, y que abarca a su vez los elementos étnicos y culturales que hacen de la muerte y despedida del difunto, un elemento consustancial a la naturaleza humana.

²⁴ Para este autor se clasifican en cuatro grupos: los derechos civiles, los derechos públicos, los derechos políticos y los derechos sociales (Sánchez, 1985: 32).

²⁵ Refiere su clasificación en tres categorías básicas: derechos civiles, los derechos de autodeterminación económica y las libertades políticas fundamentales (Núñez, 2006: 103-108).

²⁶ Volio (1978: 66).

2.2. La tutela a la dignidad humana y la normatividad del derecho sobre el cadáver

La dignidad humana se constituye en valor básico que cimienta los derechos humanos. Resulta una garantía de tipo negativo, por la cual protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo. También afirma el pleno desarrollo de cada ser humano, a través de los derechos. El hombre conserva su dignidad desde el nacimiento hasta su muerte. Es el Estado, el encargado de reconocer, garantizar y promover la dignidad y los derechos humanos. Para ello, se vale de diversos mecanismos adecuados, prácticos y disponibles para prevenir sus violaciones y reaccionar contra ellas, unido a la necesaria condicionalidad material para su pleno disfrute²⁷.

Varios autores tratan los mecanismos estatales para garantizar la plena satisfacción de la dignidad, y con ella, los derechos humanos. Estudiados como sistema de garantías, para Eduardo A. Russo²⁸, estos se constituyen en mecanismos normativos como la declaración de inconstitucionalidad, la acción de amparo, el *habeas data* y el *habeas corpus*, además de los mecanismos informales, en donde señala la denuncia pública de la injusticia, la no cooperación y la desobediencia civil.

De otro modo, Fix-Zamudio²⁹ considera una clasificación de instrumentos procesales para la protección de los derechos humanos divididos en indirectos, que pudieran encausarse a través de los procedimientos ordinarios instrumentados de acuerdo a su materia (civil, penal, laboral, etcétera). Los complementarios, utilizados para sancionar la violación consumada a través del juicio político o de responsabilidad de altos funcionarios, y la responsabilidad económica del Estado cuando su actividad ha quebrantado a los derechos humanos. Por último, los medios procesales específicos que ofrecen una rápida protección general y directa con efectos reparadores, requiriendo la restitución al afectado de los daños infringidos, la que coincide con la expresada por Mauro Capelleti. De acuerdo a su pragmática formulación, se acoge el criterio de Cutié Mustelie³⁰, quien ofrece una detallada clasificación de estos mecanismos.

²⁷ Al abordarse el tema de los derechos humanos, estos se constituyen como una expresión genérica donde pueden englobarse todos los tipos de derechos tanto los civiles y políticos como los económicos sociales y culturales, e incluso los de la tercera generación (Cutié Mustelie, 1999: 29).

²⁸ Russo (2001: 127-141).

²⁹ Fix-Zamudio (1974: 169-274).

³⁰ Vale señalar que lo más importante no es crear todo un abanico de medios garantistas, sino que, en la práctica, estos sean eficaces y funcionen como un sistema de garantías,

En resumen, más allá de sus categorías en jurisdiccionales, ordinarios o específicos, las no jurisdiccionales y las normativas, establece las premisas de todo sistema de garantías. Este sistema deberá estar dotado, a su criterio, de los tres subsistemas referenciados, instrumentados adecuadamente. La dignidad de la persona emana entonces de su naturaleza moral, libre y racional. La persona es el valor jurídico supremo y su dignidad es independiente a su edad, sexo, ciudadanía, capacidad intelectual o estado de conciencia. El derecho a la vida digna le asiste al ser humano solo por gozar de tal condición. El respeto de esta cualidad es la base del Estado de derecho³¹.

La importancia de la dignidad humana es decisiva para el derecho y en más de una de sus ramas se encuentran razones que la justifican. El derecho internacional impulsó la reflexión a partir de los horrores totalitarios que desembocaron en la Segunda Guerra Mundial. El Holocausto provocado por nazis y fascistas, y las matanzas colectivas propiciadas por el estalinismo, hicieron que todos los pueblos de la tierra iniciaran una nueva etapa de convivencia pacífica. La preservación de la dignidad de la persona fue el fundamento utilizado para alcanzar este objetivo.

En muchos instrumentos internacionales aparece la dignidad como colofón³², de acuerdo a su calidad imprescindible, inalienable e irrenunciable del sujeto, erigida en la base y fundamento de los derechos humanos. De este modo, se interpreta que todo lo considerado como indispensable para la realización de una vida digna constituye, por naturaleza, contenido de los derechos humanos.

De lo anterior se entiende que la vigencia y aplicabilidad de los derechos humanos no se agotan con la vida del sujeto. Estos pueden extenderse hasta después de la muerte, con el objetivo de garantizar tratamiento y lugar de reposo al cadáver. Todo hombre merece que sus restos sean bien tratados, vivir confiado en que después de su deceso su cuerpo descansará en paz en las instituciones creadas al efecto.

de manera que en la concurrencia de todas las vías se logre la protección de los derechos humanos (Cutié Mustelier, 1999: 36-45).

³¹ Maihofer (2008: 45).

³² Desde la Declaración Universal de 1948, se recoge en el preámbulo y en el artículo primero su vinculación con la libertad y la igualdad. Asimismo, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, se señala en su preámbulo que los derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana. Asimismo, una referencia aparece en el preámbulo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma fecha y en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su preámbulo, determina que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (contenido previsto en la Convención Universal de Derechos Humanos).

2.3. *Naturaleza jurídica de los derechos humanos*

Sobre la naturaleza de los derechos humanos existen dos perspectivas principales. La primera sostiene que los derechos humanos son aquellos que el Estado otorga en su orden jurídico. En esta perspectiva se encuentran diversas concepciones o matices positivistas. La segunda manifiesta que el Estado solo los reconoce y los garantiza en alguna medida. Desde esta visión se pondera al derecho natural y las diversas escuelas que lo tratan³³.

La definición de la naturaleza jurídica de los derechos humanos permite trazar los fundamentos, objetivos y principios definitorios. Todo ello conlleva que su reglamentación y la exigencia de su respeto posean bases sobre las cuales erigirse. De este modo, la esencia de los derechos humanos se enmarca en las características propias que los distinguen³⁴.

Entre ellos destaca la **universalidad** en sus postulados, que convierten a todos los hombres en titulares de derechos humanos, con independencia de su raza, color, sexo, orientación sexual, religión, ideología, nacionalidad o condición social. Prerrogativas estas que en modo alguno pueden ser anuladas, arrebatadas o negociadas a las personas, de ahí su carácter **inalienable**.

Asimismo, se consideran atribuidos al ser humano por el solo hecho de serlo, formando parte de su esencia, por lo que son **inherentes** al sujeto. Dando lugar la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona, a su condición de **irreversibilidad**. Alejados de constituirse en una unidad cerrada y perfecta, los derechos humanos resultan perfectibles en su regulación y fundamentación. Experimentan una constante evolución, un desarrollo **progresivo**.

Los derechos humanos, junto con los valores y los principios, forman parte del contenido de justicia de una sociedad democrática moderna. Tienen como objetivo último ayudar a que todas las personas puedan alcanzar el nivel de humanización máximo posible, en cada momento histórico. Son medios para que la organización social y política permita el desarrollo máximo de las dimensiones que configuran la dignidad humana.

3. CONCEPTO DE DERECHO A LA SEPULTURA, A PARTIR DE LAS CATEGORÍAS QUE LO INTEGRAN. SU NATURALEZA JURÍDICA

Roma, el más grande de los imperios de la antigüedad, alcanzó un gran desarrollo en la mayoría de las ciencias. Las ciencias jurídicas sentaron bases

³³ Las concepciones del derecho natural, a las que se acoge la presente investigación, afirman que la base de los derechos humanos se asienta en la dignidad humana (Maritain, 1942: 14-15; Nogueira, 2003: 10-12).

³⁴ Mahtar M' Bow (1982); Nava (2012).

teóricas cuyos conceptos, valoraciones e instituciones se mantienen vigentes en la contemporaneidad. El derecho romano se convirtió en la base sobre la cual se implementó el sistema de derecho romano francés, acogido por un número considerable de Estados. Para los romanos, la muerte era un fenómeno decisivo para la vida en la eternidad, por lo que debían prepararse para ella mientras aún vivían. Es en esta época donde se escucha por primera vez del derecho sepulcral, constituido por tres factores fundamentales³⁵.

El ius mortuum inferre

El primero de ellos se refiere al derecho sepulcral, cuya significación responde al derecho de ser sepultado. Este derecho se evidencia en tres modos diversos. El primero, en razón de ser heredero *suis*, a partir de la norma religiosa, elimina toda posible cesión voluntaria. El segundo, de acuerdo a un llamamiento testamentario, regido por normas civiles, abre la posibilidad de cesión, según el alcance y contenido del derecho heredado. El tercero nace de un llamado fundacional, y, a partir de la libre disposición, genera una acción personal y volitiva sucesoria, salvo expresión contraria. Aunque diferentes en sus orígenes, sus contenidos resultan idénticos, pues ninguno de ellos es enajenable.

El ius sepulcri

Basa su contenido neto en lo espiritual y religioso. El *ius sepulcri* soporta el embalsamamiento del cadáver y preparación para la «otra vida». Abarca los ritos funerales, el culto y todo lo que sea su consecuencia. Se extiende a su vez al derecho de tutela, cuidado y atención del sepulcro, mediante deberes piadosos y ceremoniales periódicos. No obstante, tienen un contenido real: impedir el enterramiento de quien no tuviera derecho al sepulcro cuya custodia le correspondía. Implicaba, además, la imposición de servidumbres al pasar por otras tumbas.

El sepulchrum

Este factor describe el lugar mismo de la sepultura. Constituye el espacio donde se deposita el cadáver íntegro (inhumación), o uno de sus miembros (cremación). Integrado por el *aditus* o acceso, y el espacio en torno o *ambitus*, con frecuencia cerrado, alcanza la totalidad del monumento. El resto del

³⁵ La concepción de los factores integrantes del derecho a la sepultura o derecho sepulcral romano abordados en este epígrafe, son aportados por el jurista español Recaredo Fernández de Velasco, quien esboza este criterio a fin de esclarecer un tanto el enramado de la declaraciones legales que lo componían (Fernández de Velasco, 1935: 34-39).

terreno en que se emplaza la sepultura sufre las consecuencias del aplazamiento, sin perder su condición jurídica.

El sepulcro trasciende como *res* religiosa o *res divini iuris*. Sometida bajo la disciplina del *fa*, se sustrae del comercio, deviniendo en *res extra commercium*. De este modo se excluye del patrimonio real, para integrarse a un patrimonio espiritual o religioso. Se enlaza así la muerte y la religión; la sepultura se penetra en el culto, una vez que el culto mismo se ha exteriorizado en la sepultura.

No bastaba el hecho material del enterramiento para que se constituyera la sepultura. Se requería, además, una inhumación real hecha a perpetuidad (conforme a derecho), en terreno dedicado a la sepultura. Nueve días después de la inhumación se vertía por tres veces la tierra sobre el sepulcro y este quedaba consagrado. La tumba, fuera de la esfera jurídico privada, se desliga de todo valor patrimonial y es objeto de una relación pública inmaterial. Era el Estado el encargado de prestar tales servicios al individuo romano.

Todos estos actos constituyen facultades personales e intransferibles. No obstante, tienen como contenido real impedir el enterramiento de quien careciera de derecho al sepulcro. Al respecto, el imperio romano atravesó un período oscuro, donde se aplicó una práctica desnaturalizada e inhumana. En los casos en que el causante era deudor de una relación jurídica, sus acreedores temerosos de no cobrar sus créditos se apoderaban del cadáver del deudor reteniéndolo mientras la familia no reconocía la deuda. En caso de incumplimiento del pago por los herederos, los acreedores mutilaban y despedazaban el cadáver.

De estos tres elementos constitutivos del derecho a la sepultura, y a partir de las consideraciones que enmarcan su contenido, no queda sino plantear una definición teórica de tal derecho. Pues si bien algunos autores refieren la existencia del derecho a la sepultura digna, y otros enmarcan con certeza las categorías que lo integran³⁶, lo cierto es que hasta hoy la doctrina no ha ofrecido una conceptualización que lo contenga.

Por lo que, de acuerdo a los criterios ya asentados, el derecho a la sepultura deviene en el conjunto de facultades protectoras a la libertad de funerales y al respeto, embalsamamiento e integridad del cadáver, de acuerdo a los valores étnicos y culturales propios que no contradigan la moral generalmente aceptada, destinadas a garantizar el lugar de reposo definitivo, cuya plena realización solo es posible con el reconocimiento legal de sus contenidos y la creación de mecanismos estatales para su protección.

3.1. *Naturaleza jurídica del derecho a la sepultura*

Sin lugar a dudas, la sepultura, más allá de la concepción física del lugar en donde se depositan los restos humanos, se erige en un derecho que

³⁶ Fernández de Velasco (1935: 207-237); Rodríguez (2015: 10); Volio (1978: 66).

traspasa los umbrales de la muerte. Ello nos permite afirmar que toda persona independientemente a su condición social o física, tiene derecho a decidir el tratamiento que prefiere para sus restos mortales, siempre que no contravenga los órdenes de la moral y la salubridad, por lo que deviene en un derecho intrínseco a la dignidad propia del ser humano³⁷.

Sin embargo, su reconocimiento no aparece en las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos. Tal vez se deba a que, al resultar tan evidente, basta con presuponerlo, sin que sea preciso formalizarlo de manera específica en un texto legal. Alguna referencia al respecto se advierte en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario. Particularmente, el art. 130 del IV Convenio reconoce el derecho de las personas fallecidas a recibir sepultura, al regular que las personas fallecidas en cautiverio sean enterradas dignamente, si es posible con arreglo a los ritos de la religión a que pertenezcan, y de que sus sepulturas sean respetadas, convenientemente conservadas y marcadas de modo que se las pueda localizar en cualquier momento.

El derecho a la sepultura, además de formar parte de la dignidad inalienable de toda persona, tiene además un nexo indisoluble con el derecho de libertad religiosa. Tanto así que la significación religiosa de la muerte y la inhumación hace del enterramiento un acto estrechamente vinculado a las creencias y sentimientos religiosos. No puede hablarse de libertad religiosa, si aparejadamente, no se respetan las prácticas funerarias, de acuerdo con las creencias del occiso o sus familiares sobrevivientes.

En correspondencia, a la sepultura como derecho humano, resultan aplicables a este los rasgos distintivos de la naturaleza de los derechos humanos, que permiten enmarcarlo en esta categoría. Actúa entonces como elemento esclarecedor y determinante, a la hora de afirmar que el derecho a la sepultura, por su naturaleza y contenido, forma parte de los reconocidos derechos humanos de segunda generación.

Todo ello permite afirmar su universalidad y aplicabilidad a toda la humanidad sin distinción de raza, sexo, creencia o nacionalidad. Este derecho tiene en su contenido la libertad de funerales, permitiendo al hombre desarrollar actos solemnes, propios de su cultura en cualquier lugar que se encuentre, aun en condición de emigrante. Su prerrogativa inalienable impide que pueda ser invalidada a ningún hombre. Dado a este carácter, es necesario que el Estado garantice la existencia de instituciones que materialicen el derecho y la creación de leyes contenedoras de presupuestos que lo garanticen. Solo así será posible su ejercicio y contrarrestar las transgresiones en su práctica.

Como derecho inherente al ser humano, resulta una expresión de la esencia espiritual y consciente del hombre. Con el objetivo de darle trata-

³⁷ Rodríguez (2015: 12).

miento y reconocimiento a un fenómeno impregnado a la vida humana, cuyo acontecimiento es inevitable, surge el derecho a la sepultura. De igual forma, los servicios funerarios devienen en prestaciones brindadas por el Estado o un particular, que satisfacen necesidades básicas. Destaca además su carácter irreversible, por su inherencia a la persona misma, desde el momento del nacimiento. Impregnado a las tradiciones de la humanidad, cobra inestimable valor por su relación con el honor del causante, y en consecuencia, por cuestiones ineludibles de salubridad y prevención de enfermedades³⁸.

Como resultado, las tendencias internacionales en materia de derechos humanos se inclinan a la posible configuración de nuevos derechos y a la redefinición de los contenidos de los ya existentes. Siendo así, es posible extender el ámbito de la protección a derechos anteriormente desestimados. Las sucesivas generaciones de derechos humanos y la multiplicidad de los medios para su protección son ejemplos fehacientes de ello.

Dentro del contenido de los derechos humanos de segunda generación, se aborda el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure al hombre y a su familia los servicios sociales necesarios. Los servicios funerarios, a partir de su íntima relación con el derecho a la sepultura, resultan imprescindibles para satisfacer necesidades básicas de la población. Se puede afirmar que los derechos involucrados a estos servicios y las instituciones que los brindan tendrán siempre vigencia y aplicabilidad.

4. LÍMITES Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA SEPULTURA. BASES PARA SU CONSTRUCCIÓN TEÓRICA

Como se ha visto, la sepultura encontró en las costumbres de los pueblos sus primeros cimientos. Ha sido el derecho administrativo quien estableció las pautas regulatorias en torno a las limitaciones en su ejercicio, al imponer, en razón de la salubridad pública (en el caso de la inhumación), y el interés social (en las cuestiones referentes a las donaciones de órganos de cadáveres), sus pautas generales.

La consecuente instrumentación de sus límites ha quedado a la deriva, al insertarse dentro de otros derechos. Cuestiones como el derecho a disponer en testamentos de determinadas prácticas mortuorias, en razón de voluntades propias o religiosas que atenten contra la colectividad o el derecho subjetivo ajeno, no alcanzan una regulación normativa que logre enmarcarlos. La discordia entre parientes sobre la ubicación definitiva del difunto, ritos fúnebres y donación de órganos quedan en terreno de nadie. Tampoco se logra definir dentro de qué campo del derecho deberá desarrollarse, al involucrar

³⁸ Fenoglio (2012: 17-26).

cuestiones de diversas naturalezas que impiden su contextualización en uno u otro.

Ha sido la actividad jurisdiccional la que se ha visto precisada a determinar los preceptos teóricos en los que pudiera enmarcarse a la sepultura como derecho. Ante legislaciones que no proporcionan respuestas claras sobre esta materia, se advierte la presencia de una auténtica laguna legal, que deberá ser salvada acudiendo a medios de integración como la analogía, la aplicación de principios generales del derecho, como el de buena fe, y el recurso a la costumbre o a los usos sociales como fuente normativa supletoria.

Ante estas prerrogativas, los jueces han de ajustar todas las piezas dentro del sistema para que este sea un todo armónico. Para ello han de incorporar, en su caso, las categorías que sean necesarias para determinar la prevalencia entre cada uno de los derechos confrontados y sus consecuentes amparos en una u otra norma; además de los problemas que suscita la aplicación de las técnicas de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, y otros muchos que podrían citarse³⁹.

Tomando como punto obligado de referencia a la Constitución, que es en definitiva la base sustentadora que da unidad al sistema⁴⁰, cabe referir, en este sentido, pronunciamientos de tribunales nacionales que asientan bases en la construcción teórica que se persigue. La Sentencia T-741/14 de 8 de octubre de 2014, de la Corte Constitucional de Colombia⁴¹, asienta criterios en cuanto al culto, en las distintas religiones del mundo, como un elemento inescindible de la creencia, razón por la cual en la Constitución se protege su libre manifestación.

Por ello, esta Corte fijó algunas reglas jurisprudenciales en torno a su salvaguarda, al reconocer que los familiares cercanos son los únicos que tienen el derecho a la disposición del cadáver de un ser querido. Esa disposición se debe ejercer con respeto por el cuerpo inerte y, en ningún caso, tal titularidad se asemeja a la propiedad o la posesión. Además, todo acto que impida injustificadamente el ejercicio de un culto religioso vulnera los derechos fundamentales a la libertad de cultos y de conciencia. La incapacidad económica de los familiares para asumir los costos del traslado, exhumación y/o inhumación de cadáveres no puede ser un obstáculo para el ejercicio de los ritos fúnebres⁴².

³⁹ Las cuestiones litigiosas que puede suscitar el destino de los restos humanos surgen, normalmente, en el marco de un conflicto familiar previo, siendo situaciones de gran coste personal para los implicados y de difícil arreglo pacífico (Mariño, 2015).

⁴⁰ Bocanegra (1982: 12).

⁴¹ Sentencia T-0741-14 - Derechos a la libertad de cultos y a la libertad de conciencia. Traslado, exhumación e inhumación de cadáveres.

⁴² Tales rubros deben ser cubiertos por los entes municipales, en virtud del Decreto 1333 de 1986 de la República de Colombia, por el cual se expide el Código de Régimen Municipal.

En conclusión, para esta Corte⁴³ es claro que permitir la manifestación de las ceremonias o ritos de muerte, a través del derecho de los familiares a trasladar, exhumar o inhumar el cadáver de un ser querido, resulta parte esencial del respeto y protección del derecho a la libertad de culto. El sustento teórico de esta sentencia, en ausencia de normas específicas, se basa en la jurisprudencia establecida por sentencias anteriores.

Entre ellas cabe destacar la sentencia T-162 de 1994⁴⁴, en la que la propia Corte precisó que tienen prioridad en la disposición del cadáver el o la cónyuge o compañero(a) permanente, los hijos, los padres, los hermanos, los abuelos o los nietos del fallecido. Sin embargo, aclaró que esa potestad que tienen los familiares debe estar regida por el respeto al cuerpo inerte y, en ningún caso, tal titularidad se asemeja a la propiedad o la posesión. Así mismo, estableció que solo frente a estas personas se configura el derecho a la libertad de cultos y de conciencia en relación con la sepultura del cuerpo.

En ese fallo se efectuó una reflexión sobre el valor simbólico del cadáver y la significación del entierro católico. Frente a esto se explicó que al vincularse la muerte con profundas elaboraciones simbólicas y religiosas, el culto o rito mortuario adquiere total trascendencia para que las personas puedan efectuar con mayor facilidad el duelo y reelaborar sus relaciones psíquicas con el difunto. De otro modo, la Sentencia T-462 de 1998⁴⁵ precisó que la pretensión de una persona de venerar la tumba de un ser querido se encuentra protegida en la Constitución por el art. 19 Superior⁴⁶. De manera que el sepulcro, concebido

⁴³ El numeral 4º del art. 6º del Decreto 2591 de 1991 precisa que la acción de tutela resulta improcedente cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho. Esta Corte estableció que la razón de ser de dicho numeral es la efectividad del amparo constitucional (comentarios de la Sentencia T-0741/14 de 8 de octubre de 2014).

⁴⁴ En esta sentencia se revisó un caso en el que una familia que había enterrado a su padre se vio sorprendida por la decisión de un hijo extramatrimonial de trasladar los restos del difunto a otro cementerio. Ante esos hechos, la Corte resolvió dos interrogantes «el primero, ¿quién tiene derecho a exhumar un cadáver?, y, el segundo, ¿quién tiene derecho a inhumarlo?» (comentarios de la Sentencia T-741/14 de 8 de octubre de 2014).

⁴⁵ En esta sentencia se conoció de una señora que solicitaba el traslado del cadáver de su esposo a un cementerio católico, pues este había sido enterrado como NN, después de haber desaparecido. Las autoridades de salud pública impedían la exhumación y el traslado correspondiente porque el difunto no llevaba más de 4 años inhumado, tal y como lo exigía la norma sanitaria (comentarios de la Sentencia T-741/14 de 8 de octubre de 2014).

⁴⁶ La Constitución Política de Colombia de 1991, reformada en 1997, expone en su art. 19 Superior que se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profe-

como una práctica simbólica de valores religiosos, adquiere una connotación jurídica.

Por tanto, después de reiterar su jurisprudencia, esta corporación declaró vulnerado el derecho fundamental al culto, ya que se le había impedido a la actora realizar la ceremonia de muerte de su compañero y otorgarle un lugar digno donde pudiera rendirle honor y efectuar su duelo. Por último, hace referencia a la Sentencia T-165 de 2013⁴⁷ el derecho a la libertad de cultos, en este aspecto específico relacionado con la sepultura de cadáveres, conforme a los ritos de los familiares o del difunto, para gemelos nonatos.

Otro tanto aporta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que desarrolla un papel relevante en la lucha por los derechos humanos. A su arbitrio se someten posibles violaciones, ocurridas en los Estados americanos sometidos a su jurisdicción. En los casos referentes al derecho a la vida, siempre han sido analizados en relación con violaciones de otros derechos. Esto se debe a la concepción asumida por la Corte de que la vida es la base ontológica de todos los otros derechos y que su violación es irreversible porque implica la desaparición de su titular⁴⁸.

sar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva (Constitución Política de Colombia, actualizada con los Actos Legislativos a 2015. Edición Especial preparada por la Corte Constitucional).

⁴⁷ Una mujer reclamaba el traslado a su municipio de origen de dos fetos sin vida que le extrajeron de su vientre en un hospital de Bucaramanga. Para ella se hacía indispensable realizar el entierro conforme a los ritos cristianos. Para esta Corte, tal petición fue un ejercicio válido de la libertad de cultos y de conciencia, por lo que ordenó el traslado de los cuerpos de los no nacidos a su lugar de origen (comentarios de la propia Sentencia T-741/14, de 8 de octubre de 2014, de la Corte Constitucional de Colombia).

⁴⁸ El primer caso con estas características fue el de Bámaca Velásquez, de 25 de noviembre de 2000. Según la denuncia, Efraín Bámaca Velásquez desapareció el 12 de marzo de 1992, después de un enfrentamiento entre el ejército y la guerrilla que se produjo en la aldea de Montúfar, en la región oeste de Guatemala. Las fuerzas armadas encarcelaron al señor Bámaca Velásquez secretamente en varias dependencias militares donde le torturaron y le ejecutaron (caso *Bámaca Velásquez*: Serie C No. 70. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. La condena del Estado por la falta de respeto a los restos mortales de las víctimas. Voto Concurrente del juez A. A. Cançado Trindade. *Sentencia de 14 de marzo de 2001*). Este fue el primer caso sobre desaparición forzada de personas en el cual fue considerada la cuestión de la falta de respeto a los restos mortales de la víctima y el sufrimiento que esto causa a sus familiares. En el caso de Neira Alegría de 1995 no se logró identificar los restos mortales de las víctimas, y sentenciaron «la negligencia y la falta de respeto con los restos mortales de las víctimas».

A partir del año 2000, la Corte Interamericana introduce la importancia del respeto a los restos mortales en sus sentencias. Considerando la protección de los restos mortales como una extensión del derecho a la vida, se plantea la necesidad del hombre no solo a vivir una vida digna, sino también mantener la dignidad hasta después de la muerte. En las anteriores resoluciones, los jueces integrantes de la Corte reflejan sus consideraciones con respecto a la protección de los restos mortales⁴⁹. De forma creadora incluyen el tratamiento formal y respetuoso al cadáver como parte o contenido de los derechos humanos. Tanto la vida como la muerte deben ser vistas y realizadas de forma digna.

4.1. *El derecho sobre el cadáver en el contexto normativo internacional*

En la actualidad los ordenamientos jurídicos configuran un número cada vez más creciente de derechos, con el objetivo de proteger y salvaguardar las prerrogativas atribuidas al hombre. Las sociedades, con el paso del tiempo, han experimentado transformaciones importantes como el surgimiento de nuevas instituciones, la redefinición de antiguos conceptos, los nuevos derechos erigidos sobre la base de la necesidad humana de justicia, entre otras.

La historia de la humanidad, en cada una de sus etapas, ha tenido sus características propias, en correspondencia con las condiciones materiales del período. De la misma forma, las exigencias del mundo contemporáneo van en aumento, sobre todo las de perspectivas legales. En cuanto a la regulación de los derechos sobre el cadáver, varios son los países que han normalizado actos relacionados con el deceso. En una selección previa, se ha decidido utilizar como referentes, en el contexto latinoamericano, la legislación de México y Chile, a partir de sus arraigadas concepciones en el tratamiento de este derecho en América Latina, que ilustran las perspectivas normativas asentadas.

En tanto, se selecciona a Puerto Rico al encabezar la vanguardia en las regulaciones de última generación en torno al derecho a la sepultura, proyectando el alcance y dimensionamiento de este derecho bajo el resguardo de la Administración pública. El análisis se enfoca a partir de tres parámetros fundamentales: en cuanto a la libertad de actos fúnebres y velatorios, la obligación estatal en la prestación de los servicios de inhumación y enterramiento y, por último en cuanto al carácter público de su realización.

La regulación chilena carece de una normación específica para el tratamiento de cadáveres, cuyas cuestiones son poco abordadas en la Ley 357 «Reglamento General de Cementerios» de 15 de mayo de 1970 en concordancia

(caso *Neira Alegría y Otros*: Serie C No. 20. Sentencia de 19 de enero de 1995. La condena del Estado por la desproporción en el uso de la fuerza policial).

⁴⁹ Cenedeci (2005: 74-112).

con lo informado por el Servicio Nacional de Salud mediante oficio 8.531, de 8 de mayo de 1970, y lo dispuesto en el Libro VIII del Código Sanitario del propio país. Esta reconoce en su art. 27 la obligación de los cementerios públicos en la prestación de servicios de sepultaciones, exhumaciones, incineraciones, capillas o velatorios, entre otros, que estarán a cargo del personal del cementerio.

Relevante resulta lo estipulado en el art. 46, acápite 12, en el que instituye, dentro del recinto cementerial, la existencia del archivo de documentos otorgados ante notario sobre manifestaciones de última voluntad, acerca de disposiciones de cadáveres y restos humanos. Vale significar la prevalencia de la intervención administrativa del art. 49, por razones de salubridad pública, en la obligación de prestar servicios de inhumación y enterramiento por los cementerios públicos, salvo que exista una justa causa calificada por la autoridad sanitaria.

Otra cuestión notable que asienta la formulación de este derecho es que según la Ley 19.451, de 3 de marzo de 1986, sobre trasplante y donación de órganos, toda persona mayor de 18 años es considerada donante de sus órganos una vez fallecida. Se exceptúa cuando haya manifestado en vida su negativa a ser donante, en alguna de las formas que establece la ley. El médico que dude sobre la voluntad de un fallecido de ser donante deberá consultar al cónyuge o a su conviviente. Si este no está presente al momento de tomar la decisión, deberá consultarse a los parientes u otras personas en el orden que establece la ley.

En caso de que los testimonios sean contradictorios o no sea posible ubicarlos en un plazo razonable, la persona será considerada donante. Este tratamiento evidencia la significación social que alcanza el cadáver como *res publica*, lo que lo deja al dominio del Estado con respecto a sus órganos. De acuerdo a este criterio cada chileno resulta un donante en potencia, a menos que exista declaración clara y precisa en contrario.

Por último, y de acuerdo al carácter público en la prestación de estos servicios, en el art. 53 de la referida Ley 357 expresa la obligación de dar sepultura a un cadáver al cónyuge sobreviviente o pariente más próximo que esté en condiciones de sufragar los gastos. Para el caso de los indigentes, serán sepultados en el cementerio de la localidad en que haya ocurrido el deceso gratuitamente a petición de la autoridad. Se limita así la obligación administrativa hacia aquellas personas que, por razones de precariedad, no pueden asistirse estos servicios. Criterio que se sustenta en los referidos presupuestos de salubridad y sanidad pública.

Con respecto a la legislación mexicana, un paso significativo en la libertad de actos fúnebres y velatorios fue la Ley de secularización de los cementerios de 1859. Con ella se transmiten al dominio público los lugares de enterramientos, y con ellos, los servicios y tratamiento a cadáveres. El Reglamento de Cementerios del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 20 de diciembre de 1984 reconoce el establecimiento, funcionamiento,

conservación y operación de cementerios en el Distrito Federal, como servicio público que comprende la inhumación, exhumación, reinhumación y cremación de cadáveres, restos humanos y restos humanos áridos o cremados.

Con mayor acierto que la legislación chilena, establece reglas generales para el tratamiento de cadáveres a través del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, del 20 de febrero de 1985. Esta norma provee en la esfera administrativa, el cumplimiento de la Ley General de Salud, en lo que se refiere al tratamiento de cadáveres con fines terapéuticos, de investigación y de docencia. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

En contraposición a lo establecido en la legislación chilena, en ningún caso se podrá disponer de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres, en contra de la voluntad del disponente originario. En este aspecto se entiende que solo podrá trasplantarse aquellas personas fallecidas que con antelación hubiesen informado su consentimiento. En caso contrario, se atenderá al criterio de sus familiares allegados de acuerdo a un orden prelatorio, sin cuya autorización no podrá efectuarse tal práctica sobre el resto humano.

La obligación estatal en la prestación de los servicios de inhumación y enterramiento dispone en el mencionado Reglamento de Cementerios que tales prestaciones estarán sujetas a las tarifas aprobadas. En correlación a la legislación chilena, el servicio funerario gratuito será proporcionado a las personas indigentes por el Departamento del Distrito Federal por conducto de la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos o de las oficinas de Panteones Delegacionales. Este servicio comprende la entrega del ataúd, el traslado del cadáver en vehículo apropiado, fosa gratuita bajo el régimen de temporalidad mínima y exención de los derechos que con motivo del servicio hubieren de cubrirse a la Tesorería del Distrito Federal.

Notorio resulta el tratamiento que a la configuración de un legítimo derecho a la sepultura estipula el ordenamiento jurídico de Puerto Rico. De las legislaciones foráneas estudiadas, esta muestra un paso de significativo avance, al lograr reunir en un mismo cuerpo normativo todas las cuestiones relativas al tratamiento del cadáver, velatorios y la obligación estatal en la prestación de los servicios de inhumación y enterramiento. Mediante la Ley 258 de 15 de septiembre de 2012, «Ley de Servicios Funerarios de Puerto Rico», ofrece un tratamiento normativo para el cadáver desde la propia muerte, el traslado de cadáveres, las honras funerarias, el embalsamamiento y el velatorio hasta la inhumación y exhumación de cadáveres.

Inicia su articulado con un reconocimiento expreso, como política pública del Pueblo de Puerto Rico, al reconocer que la dignidad del ser humano es inviolable, y que ese fundamental principio trasciende la vida natural y se proyecta hacia la posteridad. Por lo que el trato dado a toda persona fallecida, y en consideración a sus deudos, debe estar revestido del

mayor grado de dignidad, consideración y respeto, en un plano de justicia esencial sostenido por los valores de la cultura occidental de la cual se considera parte. Este pronunciamiento marca la vanguardia en la plena significación de un derecho pleno a la sepultura.

Del estudio de su contenido se advierte que, para resultar una ley tan abarcadora, ha dejado fuera de su ámbito de aplicabilidad cuestiones imprescindibles en su tratamiento. Tal es el caso de la libertad de funerales, cuestión sobre la que no esboza pronunciamientos específicos. En este sentido, destaca su regulación en torno a los requerimientos de embalsamamiento, al apuntar que, cuando por motivos de creencias religiosas no se realice el embalsamamiento del cadáver, se podrá realizar el traslado, siempre que se haga en un ataúd sellado de metal.

En estos casos se deberá obtener un permiso especial emitido por el Departamento de Salud. Así mismo, plantea que la exposición del fallecido, para los efectos de esta ley, no estará sujeta a formas y maneras específicas o particulares, y no tendrán limitaciones, salvo cuando se afecte la salud, la moral o el orden público. De este modo muestra una frugal protección a la determinación propia de difuntos y familiares al respecto, al circunscribirse a establecer los límites en la realización de este derecho.

Otro aspecto significativo resulta su falta de referente al respeto a la integridad física del cadáver y evita abordar cuestiones relativas a los trasplantes de órganos. Aunque estipulado como servicio público, especifica que toda empresa o establecimiento dedicado a la prestación de bienes y servicios funerarios proveerá a todo cliente una lista o relación de los costos o precios de cada uno de los bienes y servicios que ofrece. De este modo, desprotege a las personas en estado de indigencia que quedan fuera del abrigo de esta ley.

Como en la totalidad de las normas estudiadas, no se pronuncia en cuanto a la solución de los conflictos que en el ejercicio del derecho a la sepultura pudieran suscitarse. Partiendo de su estricto marco administrativo, esta ley, al igual que las regulaciones estudiadas, se aleja de la confrontación de intereses que pudiera generarse por disposiciones testamentarias o voluntad de parientes que trasciendan a lo regulado. De acuerdo a la práctica jurídica seguida por estos países, ha sido el marco civil el escogido para la solución de estos conflictos, campo que tampoco ofrece vías específicas para su tratamiento. De este modo, jueces y abogados se arman de principios generales del derecho y costumbres funerarias asentadas para dirimir estos conflictos. En estas cuestiones queda un campo abierto por aportar en materia de límites y garantías a este derecho.

El cadáver, cuerpo sin vida del ser humano, históricamente no ha sido protegido por documentos jurídicos. La costumbre, fuente no formal del derecho, suplió la ausencia de normatividad relacionada con el seguimiento y tratamiento que se le debía brindar a los restos mortales. Los textos legales estudiados con aspectos relacionados al tema, tratan la necesidad de los enterramientos por razones de salubridad en las ciudades, en el ámbito

administrativo. Cuestiones estas que los sitúan en iguales desventajas que las normas cubanas promulgadas al respecto.

En las nuevas condiciones generadas en el mundo actual, no solo existe preocupación por la sanidad, sino por garantizar respeto e integridad al cadáver. Brindar todos los mecanismos y garantías necesarias es la responsabilidad del Estado, para alcanzar la dignidad plena del hombre, incluyendo el cuidado y ceremonia formal al cuerpo físico sin vida del hombre.

5. CONCLUSIONES

El derecho a la sepultura tiene sus cimientos en la concepción misma de la muerte, como hecho natural a escala social, cultural y religiosa. Desde la antigüedad, el tratamiento al cuerpo humano sin vida ha encerrado un conjunto de manifestaciones ideológicas que fundan las costumbres mortuorias mantenidas hoy en día. Su contenido incluye la libertad de funerales, respeto al cadáver, embalsamamiento, integridad del cadáver, donaciones de órganos y descanso definitivo a partir de sus tres elementos distintivos: el cadáver, la sepultura y el cementerio.

Así mismo, la regulación jurídica no ha seguido la evolución histórica y social del cadáver. Los textos legales promulgados con aspectos relacionados al tema tratan la necesidad de los enterramientos, tratamientos de cadáveres y servicios funerarios, por razones de salubridad pública, estableciéndose sus limitaciones fundamentales en el contexto administrativo. Nada norma los límites en el ejercicio de derechos análogos o coincidentes en la sepultura, siendo la práctica jurisdiccional quien ha establecido, a partir de los medios de integración, las dimensiones formales a este derecho. Para ello asientan criterios sobre la responsabilidad de los familiares sobre el cadáver y el deber de enterramiento, a través de un orden prelatorio. En esta misma medida reconocen la manifestación de las ceremonias o ritos de muerte como parte esencial del respeto y protección del derecho a la libertad de culto. Advierten, a su vez, que esa potestad de los familiares debe estar regida por el respeto al cuerpo inerte y, en ningún caso, tal titularidad se asemeja a la propiedad o la posesión.

De este modo, puede enfatizarse que, en la actualidad, la preocupación por la sanidad pública ha cedido interés en pos de potenciar un legítimo derecho entorno al cadáver, sepultura y cementerio, que garantice el tratamiento digno de los restos humanos. En esta cuestión, la figura del Estado protector se alza como elemento insigne.

Bibliografía

- Agesta Sánchez, L. (1985). *Lecciones de Derecho Político*. Madrid: Civitas.
Albaladejo, M. (2002). *Derecho Civil I*. Barcelona: Bosch.

- Armanian, N. (2013). Morir y ritos mortuorios en Oriente Próximo. *Público.es*. Disponible en: <https://blogs.publico.es/puntoyseguido/1110/1110/>.
- Barandarián, J. L. (2002). *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bertoldi de Fourcade, M. V. (1983). *Trasplante con órganos de cadáveres*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bocanegra, R. (1982). *El valor de las sentencias del tribunal constitucional*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Bolwby, J. (1980). *La pérdida afectiva: tristeza y depresión*. Buenos Aires: Paidós.
- Borda, G. A. (1994). *Tratado de Derecho civil – sucesiones*. Madrid: Abeledo-Perrot.
- Cenedeci, R. (2005). El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Iberoamericana de derechos humanos. *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, 9, 74-112.
- Cutié Mutelier, D. (1999). *El sistema de garantías de los derechos humanos en Cuba* [tesis doctoral]. Universidad de Oriente, Cuba.
- De las Heras, G. (1987). *La consideración del cadáver en el Derecho Romano (su posible repercusión en la actualidad)*. Albacete: Bomarzo.
- Díez-Díaz, J. (1983). *Los derechos físicos de la personalidad*. Madrid: Santillana.
- Duverger, M. (1970). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Fenoglio, N. C. (2012). *Documentos de cementerios, identificación y valor*. Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.
- Fernández de Velasco, R. (1935). Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos. *Revista de Derecho Privado*.
- Fernández, E. (1981). El problema de los fundamentos de los Derechos Humanos. *Revista Anuario de Derechos Humanos*, 1, 95.
- Fernández, J. (1988). *Seminario sobre derechos humanos*. La Habana: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Ferrajoli, L. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales. *Revista Primera Vista*, 18, 26-42.
- (2004). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Finol, J. E. y Montilla, A. M. (2004). Rito y Símbolo: Antropo-Semiótica del velorio en Maracaibo. *Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 45, 3-25.
- Fix-Zamudio, H. (1974). Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos. En VV.AA., *Veinte años de evolución de los Derechos Humanos* (pp. 160-274). México, D.F. Instituto de Relaciones Jurídicas.
- Fonegra de Jaramillo, I. (2001). *De cara a la muerte. Cómo afrontar las penas, el dolor y la muerte para vivir plenamente*. Santiago de Chile: Andrés Bello.
- García, L. (1991). ¿Qué son los derechos humanos? *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2, 84-98.
- García, O. (1998). La unidad de la persona humana y su fundamentación neurológica: el sustento de una nueva racionalidad para la comprensión de la muerte y de otros problemas bioéticos. *Cuadernos de Bioética*, 34, 348-366.
- (1999). La definición y determinación de la muerte: una opinión diferente. *Cuadernos de Bioética*, 40, 38-63.
- Lipovich, P. (2002). Secretos de la tanatopraxia. *Periódico Digital de Argentina*.

- Mahtar M' Bow, A. (1982). *Las Ratces del Futuro*. Paris: Imprimerie de la Manutention.
- Maihofer, W. (2008). *Estado de Derecho y Dignidad Humana*. Madrid: Editorial B de F.
- Manili, P. (1999). La difícil tarea de elaborar un concepto de los Derechos Humanos. *Revista Jurídica de la UCES*, 1, 23-46.
- Mariño, F. (2015). El destino de los restos mortales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2015 y otras resoluciones judiciales. *Juris Prudete* [blog de derecho privado].
- Maritain, J. (1942). *Les Droits de l'Homme et la Loi Naturelle*. New York: Maison Francaise.
- Martínez, A. (1995). *Diccionario Jurídico Básico*. Buenos Aires: Heliasta.
- Meléndez M. (2005). Implicaciones éticas de la muerte cerebral y los trasplantes de órganos. *Revista Cubana de Investigaciones Biomédicas*, 24 (1), 60-83.
- Muriá, I. (2000). La concepción religiosa de la muerte. Un estudio evolutivo. *Revista Digital*, 1 (1). Disponible en: <http://www.revista.unam.mx/vol.1/art2/>.
- Nava, G. J. (2012). *Doctrina y Filosofía de los Derechos Humanos: Definición, Principios, Características y Clasificaciones. Razón y Palabra*. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=199524700001>.
- Nogueira, H. (2003). *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. México, D.F. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Núñez, S. (2006). Clasificación de los Derechos Humanos. *Revista Digital Doctrina de la Universidad Autónoma Metropolitana*, 1, 98-134.
- Pérez Luño, A. (2003). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Pfeiffer, M. L. (2006). El trasplante de órganos: valores y derechos humanos. *Revista Persona y bioética*, 10 (27), 18-46.
- Rodríguez Blanco, M. (2015). *Régimen Jurídico de cementerios y sepulturas*. Granada: Comares.
- Russo, E. (2001). *Derechos y garantías. El Derecho al mañana*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Serani, A. (1999). La muerte encefálica y la determinación práctica de la muerte: Otra opinión disidente. *Cuadernos de Bioética*, 42, 36-62.
- Tambussi, C. (2005). Perspectiva Histórica: Los Derechos Humanos y la lucha por los Derechos. En A. Gordillo, A. (ed.). *Derechos Humanos* (pp. 21-60). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Vasak, K. (1984). *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Barcelona: Serbal.
- Veizaga, K. (2005). Representación social de la muerte en distintas religiones. *Revista Ajayu*, 2, 6-32.
- Volio, F. (1978). *Algunas tipologías de Derechos Humanos*. Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Worden, W. (1997). *Tratamiento del duelo: asesoramiento psicológico y terapia*. Buenos Aires: Paidós.
- Yoffe, L. (1998). *El duelo por la muerte de un ser querido: creencias culturales y espirituales*. Buenos Aires: Plus Ultra.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Convención Universal de Derechos Humanos.
 Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.
 Constitución Política de Colombia, actualizada con los Actos Legislativos a 2015.
 Edición especial preparada por la Corte Constitucional, recuperada de: <https://bit.ly/2Hy7vhq> (consultado: 23/5/2016).
 Corán, recuperado de <http://www.nurelislam.com/coran/index.htm> (consultado: 4/3/2016).
 Decreto 1333 de 1986 de la República de Colombia, por el cual se expide el Código de Régimen Municipal.
 Decreto 056/2013 de 13 de diciembre de 2013, «Ordenanza de Cementerios», modificado por los Decretos 026/2014 y 001/2015 de Uruguay.
 Gaceta Oficial 40.358, del 19 de febrero de 2014, Ley para la Regulación y Control de la Prestación del Servicio Funerario y Cementerios, de Venezuela.
 Ley 133 de 23 de mayo de 1994 de Colombia.
 Ley 258 de 15 de septiembre de 2012, «Ley de Servicios Funerarios de Puerto Rico».
 Ley 357, «Reglamento General de Cementerios» de 15 de mayo de 1970 de Chile.
 Reglamento de Cementerios del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 20 de diciembre de 1984.
 Santa Biblia (1998). Versión Reina Valera Revisada en 1960, Estados Unidos de América: Sociedades Bíblicas Unidas, p. 171.

SENTENCIAS CONSULTADAS

- Caso *Neira Alegría y Otros*: Serie C No. 20. Sentencia de 19 de enero de 1995. La condena del Estado por la desproporción en el uso de la fuerza policial.
 Comentarios de la propia Sentencia T-741/14 de 8 de octubre de 2014, de la Corte Constitucional de Colombia.
 Comentarios de Sentencia T-0741/14 de 8 de octubre de 2014.
 Comentarios de Sentencia T-741/14 de 8 de octubre de 2014.
 Comentarios de Sentencia T-741/14 de 8 de octubre de 2014.
 Caso *Bámaca Velásquez*: Serie C No. 70. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. La condena del Estado por la falta de respeto a los restos mortales de las víctimas.
 Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade. Sentencia de 14 de marzo de 2001.
 Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 17 de enero de 2000,
 Sentencia T-0741-14 - Derechos a la libertad de cultos y a la libertad de conciencia.
 Traslado, exhumación e inhumación de cadáveres.

LA COMPOSICIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DEBER DE LEALTAD COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL CONTEXTO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

The case-law composition of the duty of loyalty as a limit for freedom of speech within political parties

DANIEL CAPODIFERRO CUBERO
Universidad Nacional de Educación a Distancia
dcapodiferro@der.uned.es

Cómo citar/Citation

Capodiferro Cubero, D. (2020).
La composición jurisprudencial del deber de lealtad como límite a la libertad de expresión en el contexto de los partidos políticos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(2), 393-418.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.12>

Resumen

La libertad de expresión es un elemento esencial en el sistema democrático, en especial dentro del debate político, donde apenas caben restricciones. Al menos para el común de los ciudadanos, ya que la jurisprudencia constitucional española impone a los afiliados a un partido político una limitación especial basada en el deber de lealtad a la organización, legitimando la imposición de sanciones disciplinarias para los que critiquen públicamente las decisiones de sus órganos directivos. Esta solución supone reforzar la posición de las élites partidistas frente a la del afiliado, especialmente si este es parte de una minoría discrepante, por lo que cabe plantear una interpretación alternativa de dicho deber, considerando las exigencias del principio de democracia interna, que permita a la libertad de expresión cumplir su función al servicio de la opinión pública al tiempo que sirve de contrapeso dentro de los partidos políticos.

Palabras clave

Libertad de expresión; partidos políticos; democracia interna; derechos del afiliado.

Abstract

Freedom of speech is a core element of democratic system, particularly within political debate, where restrictions are hardly admitted. At least when it is exercised by ordinary citizens, because Spanish constitutional case law imposes on members of political parties a particular limitation based on the duty of loyalty to the organization, which legitimizes the imposition of disciplinary sanctions for those who publicly criticize the decisions of its governing boards. This solution involves a reinforcement of the position of partisan elites against individuals, particularly if these are members of a dissenting minority. Consequently, the need of an alternative interpretation of that duty arises, taking into account the requirements of the principle of internal democracy and allowing individual freedom of expression to fulfil its role at the service of public opinion as well as it works as a counterweight within political parties.

Keywords

Freedom of speech; political parties; internal democracy; rights of the members of political parties.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA FUNCIÓN PRIVILEGIADA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO. III. EL PARTIDO POLÍTICO COMO CONTEXTO PARTICULAR PARA EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 1. La realidad de la democracia interna de los partidos. 2. En busca de un concepto de «lealtad» como rasgo definitorio del régimen jurídico del afiliado. IV. EL DEBER DE PRESERVAR LA IMAGEN DEL PARTIDO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL AFILIADO DERIVADO DEL DEBER DE LEALTAD. V. VALORACIONES FINALES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

La especial posición que ocupan los partidos políticos como nexo de unión entre el electorado y el poder es un rasgo definitorio esencial de la democracia constitucional moderna, siendo los responsables de organizar y activar la voluntad política de la masa electoral (Loewenstein, 1976: 94) en un contexto y circunstancias donde las instituciones de democracia directa no permitirían por sí mismas asegurar ni la limitación del poder ni las libertades de los ciudadanos (Aragón Reyes, 2016: 24). Esto permite describir el modelo político con el ya recurrente término «Estado de partidos», que ilustra la particular interacción que se produce en su seno entre el sistema de partidos y el estatal, dotando a este último de funcionalidad y legitimidad democráticas (García-Pelayo, 1986: 86) gracias al papel mediador que estos entes colectivos realizan entre la sociedad y las instituciones, lo que los coloca en una posición de preeminencia funcional, incluso por encima de los órganos constitucionales del poder, que altera el modelo mismo de representación (Torres del Moral, 1982: 14).

Así, dado que su proyección trasciende la dimensión propia del ámbito asociativo privado para repercutir de manera directa en el del aparato estatal, resulta imposible desligar lo que sucede, y cómo sucede, dentro de los partidos y su actuación en la esfera pública. Por ello, a imagen y semejanza del Estado, la exigencia constitucional de ajustar su estructura y funcionamiento al principio democrático resulta inexcusable (Flores Giménez, 1998: 23-24). También en lo relativo a la manera de articular los derechos de sus miembros, ya que los partidos representan el primer espacio del proceso de participación política (Vírgala Foruria, 2015: 228), en el que la libertad de expresión no solo es un derecho fundamental necesitado de protección, sino también un instrumento

esencial para articular la comunicación libre necesaria en cualquier estructura democrática, particularmente cuando es ejercida por las minorías.

Sin embargo, en estas organizaciones el ejercicio de la libertad de expresión es una cuestión sensible, pues los cuadros tienden a reforzar su posición en ellas mediante fórmulas con las que arrinconan a las corrientes discrepantes eliminando o minimizando los debates internos, reduciendo la eficacia de los mecanismos de control sobre su actividad (Gómez Yáñez, 2016: 54-55). Si ya a principios del siglo xx Michels (1969: 200-201) advertía sobre la tendencia de las élites partidistas a reivindicar la importancia de la obediencia y la subordinación como valores necesarios para la supervivencia del partido como excusa para fiscalizar y censurar, a través de la disciplina interna, la libertad de expresión de todos aquellos que pudieran suponer una amenaza para su posición, esto se ha agravado en la actualidad. Porque las exigencias constitucionales contrastan con la realidad de unos partidos no solo fuertemente oligárquicos en su estructura (Tajadura Tejada, 2015: 79), sino también cuyos procesos decisorios responden cada vez más a un modelo aclamativo que poco tiene que ver con la democracia. En ellos las bases, lejos de participar verdaderamente en la adopción de acuerdos, limitan su papel a secundar las decisiones adoptadas por los órganos directivos, sin espacio real para una discrepancia frente a la que estos no dudarán en utilizar los mecanismos disciplinarios de la organización.

Así, el conflicto entre el ejercicio de la potestad sancionadora que deriva de la facultad de autoorganización reconocida a los partidos y la libertad de expresión de los afiliados presenta no solo una evidente trascendencia constitucional (Salvador Martínez, 2019: 393-394), sino también una considerable complejidad. Porque más allá de su dimensión subjetiva, la exigencia constitucional de democracia interna debería tener en el ecosistema partidista implicaciones diferenciadoras en relación a otros entes asociativos, en especial en cuanto a la garantía de aquellos derechos de los afiliados necesarios para su participación política. Y, por otra parte, ya que se trata de manifestaciones públicas, también hay que considerar en el momento de valorar su admisibilidad que un exceso de permisividad en la crítica hacia los partidos, en principio positiva para la opinión pública, podría derivar en un descrédito excesivo de las instituciones estatales al ser estos quienes las ocupan (Burguera Ameave, 2015: 674-675).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional parece enfocar la cuestión como un problema esencialmente privado, enmarcado sin más en el derecho de asociación. En su Sentencia 226/2016, de 22 de diciembre, recurre al deber de lealtad a la organización como único fundamento para privar de protección a las manifestaciones de una afiliada a pesar de reconocer expresamente su

relevancia e interés público¹. Simultáneamente, reivindica la plena vigencia de los derechos fundamentales dentro de los partidos, lo que genera en conjunto un discurso no solo incompleto, sino ciertamente contradictorio.

II. LA FUNCIÓN PRIVILEGIADA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO

Desde un punto de vista subjetivo, la amplia jurisprudencia constitucional que ha abordado la libertad de expresión coincide sustancialmente en caracterizarla como el derecho a manifestar los propios pensamientos, ideas u opiniones, incluyendo tanto creencias como juicios de valor². Al igual que la libertad de información, este derecho tiene una dimensión esencialmente pública, de manera que ambos amparan no solo la emisión del mensaje informativo o valorativo, sino la posibilidad de dotarlo de una difusión amplia para que pueda llegar a un público indeterminado de inicio (Torres del Moral, 2002: 541), protegiendo así no solo el objeto del proceso comunicativo, sino también la propia forma en la que este se produce. En su doble faceta como prerrogativas individuales y garantías de la comunicación pública libre, las libertades comunicativas constituyen conjuntamente un elemento básico para las relaciones sociales dentro de cualquier estructura organizativa humana (Navas Castillo, 2009: 89), con independencia de su tamaño o naturaleza, siempre y cuando su funcionamiento se base en la interacción libre entre sujetos.

Sin embargo, el tipo de mensaje que sea objeto de la comunicación derivará en «matices peculiares que modulan su respectivo tratamiento jurídico» a partir de uno u otro derecho³. Así, mientras que la protección de la libertad de información se construye alrededor de la noción de veracidad

¹ El FJ 10.a) de la STC 226/2016, de 22 de diciembre, reconoce no solo que «las ideas expresadas por la afiliada versaban, sin lugar a dudas, sobre un tema no solo de interés general y de relevancia pública, sino perteneciente al ámbito sobre el que se proyecta específicamente el mandato constitucional de funcionamiento democrático de los partidos políticos», sino que con ellas se trasladaban «a la opinión pública dos debates de interés general: el relativo a los procedimientos internos de selección de candidatos a las elecciones, y el referido a la libertad de expresión en el seno del partido político». Ante esto, resulta extraña la simplicidad con la que el Tribunal acaba por denegar el amparo a la recurrente.

² STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5º.

³ STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10º.

del mensaje y del interés de su contenido como noticia⁴, dando una cobertura particular a los profesionales del periodismo, el ejercicio de la libertad de expresión en sentido estricto supone actuar sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos⁵. Ante la dificultad práctica para distinguir una de otra, la jurisprudencia ha determinado que la concreción del derecho en juego deberá hacerse atendiendo al elemento predominante en el mensaje o a la intención del emisor al componerlo⁶, como resultado de una valoración cualitativa donde se considerará tanto la literalidad de aquel como su contexto (Moretón Toquero, 2015: 29). Por tanto, mientras que la libertad de información protege todas las actividades necesarias para la preparación y difusión del mensaje noticioso, la libertad de expresión ampara la comunicación sin trabas del propio pensamiento por parte de cualquiera (Solozábal Echavarría, 1991: 81), aunque no por ello de manera incondicionada.

Porque no cualquier juicio de valor manifestado públicamente puede ser considerado un ejemplo de libertad de expresión. Si bien este derecho ampara en principio la realización de cualquier crítica, por áspera, incómoda, molesta u ofensiva que pueda resultar para su destinatario, incluso tratándose del propio Estado o algún sector de la población⁷, no por ello se puede dejar de exigir un cierto grado de coherencia y relación discursiva entre el núcleo del mensaje y los términos concretos empleados para darle forma. Con ello se impone un límite, que podríamos considerar de carácter interno, al derecho basado en la forma de la exposición pública. Así, no solo los insultos o cualquier expresión «formalmente injuriosa» o vejatoria resultan automáticamente excluidas del ámbito de protección del derecho, sino también aquellas innecesarias para la crítica por no guardar relación con las ideas u opiniones que motivan y fundamentan la exposición en cada caso⁸, por mucho que se trate de afirmaciones no susceptibles de prueba. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aceptado que la intensidad de la protección dispensada pueda hacerse depender de la existencia de una conexión circunstancial entre el juicio de valor y una base fáctica demostrable (de Miguel Bárcena, 2015: 85); es decir, de que exista cierta correspondencia de la opinión manifestada con

⁴ Veracidad relativa, como exigencia de la debida diligencia en la comprobación de la información (STC 1/2005, de 17 de enero, FJ 3º). El Tribunal Constitucional también ha señalado que el derecho a comunicar y recibir información solo se proyecta sobre aquellos hechos «que pueden considerarse noticiables» (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5º).

⁵ STC 139/2007, de 4 de junio, FJ 6º.

⁶ STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2º.

⁷ STEDH, *Handyside c. Reino Unido*, nº 5493/72, 7 de diciembre de 1976, par. 49.

⁸ STC 226/2016, *cit.*, FJ 5º, donde se sintetiza la doctrina constitucional sobre la cuestión.

hechos⁹, hasta el punto de desaparecer cuando esta no se pueda apreciar en modo alguno¹⁰.

Pero además de garantía subjetiva, la libertad de expresión se ha calificado como el instrumento esencial para el correcto funcionamiento del sistema democrático. Al asegurar la libre circulación de ideas y juicios de valor que permite a los ciudadanos formar sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos de la colectividad, sirve para dar forma a la opinión pública libre¹¹. Por ello disfruta de una «posición preferente» que se traduce en una especial protección cuando entre en conflicto con otros bienes jurídicos o intereses, ya sean los derechos de la personalidad expresamente referidos en el art. 20.4 CE o aquellos propios de situaciones concretas amparados en razones de índole laboral, profesional o, incluso, política que han sido admitidos doctrinal y jurisprudencialmente como posibles límites (Torres del Moral, 2002: 544).

En estos términos, el propio Tribunal de Estrasburgo ha determinado que solo serán legítimas aquellas medidas nacionales restrictivas de la libertad de expresión que, además de estar previstas por ley y justificadas por alguno de los fines previstos en el art. 10.2 CEDH, resulten necesarias dentro de una sociedad democrática, lo que supone que deben estar basadas en algo más que razones de oportunidad o pertinencia y ser proporcionales, un criterio con el que el Tribunal se ha mostrado bastante estricto (Serrano Maíllo, 2011: 583-584). Pero no hasta el punto de entender que este derecho goza de una prevalencia incondicional, pues tal cosa supondría plantear una inexistente superioridad jerárquica de la libertad de expresión en relación al resto de derechos (García Canales, 2002: 494). Esta idea significa que las excepciones que se planteen frente a ella deben ser interpretadas de manera restrictiva¹², estableciendo una presunción inicial a su favor que, eso sí, operará únicamente cuando se compruebe que su ejercicio resulta útil para el interés general y la formación de la opinión pública. En tal caso, la legitimidad de cualquier limitación a la libertad de expresión se hace depender de la concurrencia de una «necesidad social apremiante» que pueda desplazar al interés general como principal valor a proteger¹³.

⁹ STEDH, *E.S. c. Austria*, nº 38450/12, de 25 de octubre de 2018, par. 48.

¹⁰ STEDH, *Atamanchuk c. Rusia*, nº 4493/11, de 11 de febrero de 2020, par. 61.

¹¹ STC 6/2020, de 27 de enero, FJ 3º, por citar una de las más recientes dentro de la innumerable lista de resoluciones que se expresan en este sentido.

¹² STC 226/2016, *cit.*, FJ 5º en relación a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹³ Véase SSTEDH, *Stoll c. Suiza*, nº 69698/01, 10 de diciembre de 2007, par. 101; o, especialmente, *Bédat c. Suiza*, nº 56925/08, 29 de marzo de 2016, par. 48.

Adicionalmente, los Estados también están obligados a adoptar medidas que aseguren la eficacia de este derecho en las relaciones entre particulares¹⁴, equilibrando el interés general con los individuales concurrentes¹⁵, por lo que no parece que puedan inhibirse sin más en relación a las vicisitudes que acontecen en ámbitos que de algún modo puedan considerarse privados. Esto tiene una proyección obvia en las relaciones contractuales, pero quizá más importante aún en los partidos políticos, al ser los protagonistas institucionales del sistema democrático y constituir el espacio donde se empieza a construir esa opinión pública a cuyo servicio se coloca la libertad de expresión como garantía de la existencia de opciones plurales.

La jurisprudencia ha articulado el concepto de opinión pública esencialmente alrededor de cuestiones políticas (de Miguel Bárcena, 2015: 99), por lo que aquellas manifestaciones que respondan a la consideración de «discurso político» son las que deberán resultar más protegidas frente a posibles limitaciones¹⁶. Así, se ha establecido que quienes se dedican a actividades políticas están más expuestos a la crítica que los ciudadanos anónimos, asumiendo que consienten de algún modo soportar una mayor intromisión en sus derechos personalísimos (García Canales, 2002: 499). Esto se puede predicar de cualquier foro donde esta composición de la opinión pública se produzca y deba ser asegurada, en la medida en que su formación es un proceso progresivo donde todas las fases influyen en la calidad democrática general. Por esta razón, la doctrina de la posición preferente también debería resultar aplicable a las manifestaciones realizadas por afiliados de un partido sobre sus decisiones organizativas, con el consiguiente efecto sobre la esfera personal de los responsables de las mismas cuando se trata de críticas de cierta entidad (Salvador Martínez, 2019: 405). Eso sí, siempre que objetivamente contribuyan al proceso de formación de la voluntad política al que parece asimilarse la opinión pública. La cuestión es, entonces, cómo se conciba ese proceso.

En este sentido, Habermas (2005) apunta que, en relación a la toma de decisiones en el Estado, la opinión pública puede construirse bien mediante un mecanismo de simple asentimiento de los ciudadanos en relación a discursos predefinidos por quienes están o quieren lograr una posición de poder, bien mediante procesos públicos deliberativos de naturaleza dialógica donde, partiendo de un consenso de fondo, se busca el acuerdo sobre la ordenación de las relaciones sociales. Bajo la primera concepción, la opinión pública como

¹⁴ STEDH, *Appleby y otros c. Reino Unido*, nº 44306/98, 6 de mayo de 2003, par. 39; más recientemente, *Kaboğlu y Oran c. Turquía*, nº 1759/08, 50766/10 y 50782/10, 30 de octubre de 2018, par. 71.

¹⁵ STEDH, *Palomo Sánchez y otros c. España*, nº 28955/06, 28957/06, 28959/06 y 28964/06, 12 de septiembre de 2011, par. 54.

¹⁶ STEDH, *Bédat c. Suiza, cit.*, par. 49.

interés constitucional sería un simple agregado de pareceres o puntos de vista cerrados y completos sobre cuestiones de interés general que están a disposición de los ciudadanos en el mercado de las ideas para que estos expresen libremente a cuáles se adhieren. Así se concibe el pluralismo de un modo rígido, donde cabrían pocas restricciones sobre las manifestaciones externas pero sí serían necesarias limitaciones más fuertes dentro de los entes colectivos que generan los discursos para que estos puedan ser proyectados de modo homogéneo.

Sin embargo, si se entiende el pluralismo, siguiendo al Tribunal Constitucional alemán, como la plasmación en el espacio público de argumentaciones y contraargumentaciones en relación a ideas presentadas libremente (Vidal, 2014: 254)¹⁷, la opinión pública libre solo resulta garantizada si las ideas o juicios de valor contribuyen a la participación política responsable mediante el diálogo, el debate y la construcción de discursos razonados que hagan evolucionar los distintos planteamientos. Se añade así un componente dinámico al pluralismo que hace depender la legitimación democrática del sistema de la presencia de unas determinadas condiciones en la comunicación más allá de requisitos formales, lo que implicaría en última instancia una diversa manera de valorar la admisibilidad de las modulaciones que puedan plantearse a la libertad de expresión. Así, sin perjuicio del límite general al proceso democrático que supone la necesaria garantía de los derechos fundamentales, todo ejercicio de esta libertad que presente un componente proactivo debería ser menos susceptible de ser modulado en cualquier ámbito. Y, en particular, en aquellos entornos donde se exige respeto por el principio democrático, como son los partidos políticos a pesar de su naturaleza privada.

III. EL PARTIDO POLÍTICO COMO CONTEXTO PARTICULAR PARA EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. LA REALIDAD DE LA DEMOCRACIA INTERNA DE LOS PARTIDOS

Desde un momento muy temprano el Tribunal Constitucional estableció que los partidos políticos no dejan de ser en última instancia formas particulares de asociación. Y como entes privados fundamentan su existencia en el art. 22 CE, que «se proyecta sobre la totalidad del fenómeno asociativo en sus muchas manifestaciones este derecho y modalidades»¹⁸. No obstante, se trata de «organizaciones sociales con relevancia constitucional» que ejercen una función pública muy concreta¹⁹: la de ser el principal instrumento para

¹⁷ Véase BverfGE 12, 113, caso *Schmid c. Revista Spiegel*, 25 de enero de 1961.

¹⁸ SSTC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 1º, y 5/1996, de 16 de enero, FJ 6º.

¹⁹ STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5º.

la participación política del ciudadano y la primera forma de expresión del pluralismo y de la formación y manifestación de la voluntad popular en el Estado democrático²⁰, que responde esencialmente a un modelo representativo²¹.

Por esta razón no se puede dudar del carácter prescriptivo y vinculante de la exigencia de adecuar su estructura y funcionamiento interno a reglas democráticas que se contiene en el art. 6 CE (Pérez-Moneo, 2012: 106), una restricción especial por el tipo de asociación cuya finalidad es tutelar ciertos bienes o derechos distintos a aquellos de los que es titular el partido como persona jurídica (Gómez Montoro, 2002: 94). Y si bien este principio se impone igualmente a otras organizaciones estables que actúan de algún modo en la vida política representando intereses concretos y por ello deben participar del principio democrático general que define el Estado (Gallardo Moya, 1996: 240), caso de los sindicatos y asociaciones empresariales, colegios profesionales y organizaciones profesionales, los partidos políticos presentan rasgos específicos que hacen pensar que, para ellos, su contenido debe ser claramente diferencial. En primer lugar, porque su vínculo lo es con el conjunto de la población y los intereses generales, y no con colectivos concretos. Pero sobre todo como consecuencia de sus funciones, orientadas en última instancia a conectar la sociedad con las instituciones políticas gracias a su posición como entes híbridos entre ambas esferas (Gómez Yáñez, 2016: 46), lo que sugiere la conveniencia de cierta equiparación entre ellas en cuanto a sus reglas esenciales con el fin de que esa composición se canalice de un modo verdaderamente libre (Fernández Segado, 2004: 112). La propia jurisprudencia constitucional reconoce que «difícilmente pueden los partidos ser cauces de manifestación de la voluntad popular e instrumentos de una participación en la gestión y control del Estado que no se agota en los procesos electorales, si sus estructuras y su funcionamiento son autocráticos»²².

En consecuencia, parece razonable pensar que el sentido de la democracia interna en el caso de los partidos deberá aproximarse en todo lo posible al que se predica del conjunto del sistema, tal y como es concebido actualmente. Esto es, como sinónimo de pluralismo político y organizativo (García Pelayo, 1977: 51). Eso sí, dentro del acuerdo ideológico en el que teóricamente se basa la vinculación a un partido como expresión de una «voluntad política coincidente» que agrupa a los individuos alrededor del mismo (Kelsen, 1934: 37). Esto supone que si bien su facultad de autoorganización no puede resultar suprimida, sí se verá limitada de un modo importante (Flores Giménez, 1998: 66), ya que, en todo caso, en el interior de los partidos deberían asegurarse

²⁰ STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 6º.

²¹ STC 31/2015, de 25 de febrero, FJ 3º.

²² STC 56/1995, de 6 de marzo, FJ 3º.

ciertos extremos: la participación libre de todos los miembros del colectivo en la toma de decisiones, la existencia de garantías de que las decisiones responden a la voluntad mayoritaria o al consenso mediante mecanismos de control de las élites y, no menos importante, el respeto por las minorías y sus libertades políticas. Algo solo posible reconociendo la conexión necesaria entre el principio de democracia interna y la plena garantía de los derechos constitucionales de los afiliados (Vírgala Foruria, 2015: 229).

Sin embargo, la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos (LOPP) ha confiado en exclusiva a la autorregulación el respeto a la democracia interna. Asumiendo de un modo excesivamente optimista que los aparatos y los líderes partidistas se autolimitarán y aceptarán voluntariamente la existencia de frenos y contrapesos (Garrido López, 2017: 329), su redacción original presentaba considerables carencias en cuanto al control democrático de los dirigentes partidistas (Tajadura Tejada, 2015: 89-90), que no se solucionaron con la reforma operada por la LO 3/2015. Al contrario, el actual art. 6 LOPP ha reforzado formalmente la autonomía organizativa del partido afirmándola al mismo nivel que la exigencia de democracia interna, de modo que esta parece concebirse como una injerencia externa que, a la vista del parecer expresado en la STC 226/2016, debe ser limitada para asegurar un espacio de autocomposición para el partido (FJ 6º). En el mismo apartado del fallo parece darse por bueno que en el art. 7 LOPP el principio de democracia interna no tenga más plasmación que un deber de prever «fórmulas de participación directa de los afiliados [...] especialmente en los procesos de elección de órgano superior de gobierno del partido», cuya concreción queda completamente en manos de la normativa interna de la organización²³.

En lo que respecta a los derechos de los miembros de un partido, si bien el Tribunal Constitucional ha reconocido su importancia exigiendo su incorporación a los Estatutos, lo cierto es que atribuye simultáneamente un margen de configuración excesivamente amplio al legislador a este respecto, poniendo en duda la verdadera garantía de derechos importantes para la participación política (Salvador Martínez, 2019: 402-403). Todo como consecuencia de integrar estos últimos en el derecho de asociación, cuando no son estrictamente una consecuencia de este, en lugar de ligarlos a la exigencia de democracia interna como sería más lógico (Gallardo Moya, 1996: 247). Se trata de una interpretación forzada que se planteó en la Sentencia 56/1995 y que la 226/2016 hereda sin ambages a pesar de proclamar, luego sin ningún efecto práctico, que el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los afiliados a un partido «adquiere una significación constitucional añadida» por las funciones de esta clase de asociaciones que implica igualmente que la exigencia de reconocimiento en la normativa interna «no transforma los

²³ Hasta el punto de que parece dar a entender que tan pobre aspiración constituye una adecuada «respuesta a las exigencias sociales» que piden mayor democracia interna.

derechos fundamentales de los afiliados en meros derechos de configuración estatutaria», por ser irrenunciables (FJ 6º).

Si a esto se suma que la LOPP no menciona el pluralismo como un principio organizativo o funcional interno de los partidos políticos aun a pesar de constituir un requisito inherente al propio principio democrático y cuando, paradójicamente, el régimen general sí lo contempla en el art. 2.5 de la LO 1/2002, del Derecho de Asociación (LODA) como una premisa vinculante para todo ente asociativo, el resultado es un concepto tremendamente limitado de democracia interna. No solo reducido a una proclama formal, sino desligado del concepto de opinión pública libre. Esto repercute negativamente en las posibilidades de proteger jurídicamente la libertad de expresión de sus miembros, cuya alcance acaba por ser modulable a partir de la cláusula genérica del art. 20.4 CE²⁴. O lo que es lo mismo, por la disciplina interna, lo que lleva a reforzar la naturaleza privada asociativa de los partidos políticos, incluso en contra de sus propios miembros.

2. EN BUSCA DE UN CONCEPTO DE «LEALTAD» COMO RASGO DEFINITORIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL AFILIADO

La LOPP emplea el término «afiliado» para designar genéricamente a cualquier sujeto ligado libre y voluntariamente a un partido que puede participar de algún modo en sus procesos internos y, con ese fin, se somete a la normativa propia del mismo, permitiendo que sea cada partido, en ejercicio de su autonomía organizativa, el que determine en sus Estatutos si existen o no modalidades distintas de membresía que se traduzcan en un régimen de derechos diferenciado²⁵. Pero no así en cuanto a las obligaciones, cuyo núcleo básico la Ley considera de aplicación indistinta a cualquier afiliado a excepción de las de naturaleza económica.

Así, el art. 8.5 LOPP, en coincidencia con el régimen general del art. 22 LODA, establece que la unión a un partido político conlleva en todo caso el acatamiento de tres deberes generales: de colaboración con la consecución de las finalidades de la organización, de respeto por lo dispuesto en los estatutos y las leyes, y de cumplimiento de los acuerdos válidamente adoptados por los órganos directivos. El desarrollo de esta previsión corresponde a la normativa de cada partido político, cosa que por lo general se realiza con un marcado

²⁴ STC 226, 2016, *cit.*, FJ 7º.

²⁵ Al igual que la LOPP, los estatutos de los partidos políticos no contienen una definición del término «afiliado». Lo que sí hacen es establecer distintas categorías de participación en función de la voluntad y, normalmente, la contribución económica del sujeto, diferenciando entre «militantes» y «simpatizantes».

nivel de ambigüedad que otorga un margen de apreciación considerable a los órganos disciplinarios.

Paralelamente, el Tribunal Constitucional entiende que el ingreso en un partido tiene como consecuencia automática para el sujeto la necesidad de adecuar su comportamiento para dar cumplimiento a lo que denomina de forma indistinta «mínima exigencia de lealtad», «exigencia de colaboración leal» o, simplemente, «deber de lealtad», que se desglosa a su vez en dos dimensiones aparentemente diferenciadas²⁶. Por un lado, existiría una obligación de «colaboración positiva» para favorecer el adecuado funcionamiento de la organización que, si bien no se define, parece hacer referencia a un imperativo de actuación en beneficio de ella. Y por otro, un deber de «preservar la imagen pública» del partido de contenido esencialmente negativo, como abstención de realizar cualquier manifestación que le resulte perjudicial. Poniendo esto en relación con la dicción de la ley, que no admite modulación en la aplicación de los deberes derivada del grado de vinculación del sujeto al partido, se puede entender que ambas exigencias afectan por igual a cualquier afiliado²⁷, erigiéndose como el principal factor que condiciona su esfera jurídica.

La integración en una asociación requiere como regla general aceptar la sumisión a unos estatutos y, con ello, a los componentes jurídicos y morales que la definen sobre la base de la confianza mutua (Pérez-Moneo, 2012: 64-65). Por ello, la propia organización puede legítimamente negar la incorporación a quienes de modo abierto e inequívoco hayan demostrado no compartir sus planteamientos como forma de mantener la integridad de sus principios definitorios y la eficacia de su actuación (Oliver y Calafell, 2007: 18), mientras no se vulneren el principio de igualdad y la dignidad (Tajadura Tejada, 2015: 90), algo particularmente importante en el caso de las organizaciones que deben expresar el pluralismo ideológico de la sociedad y, por tanto, requieren diferenciarse las unas de las otras en sus planteamientos. Pero no por ello se puede reducir la posición del afiliado a un haz de obligaciones que, bajo ese genérico deber de lealtad, le priven de cualquier capacidad para oponerse o expresar su disconformidad con la actuación del partido. De entenderlo así, sus derechos de participación política pueden resultar fácilmente condicionados por factores que no responden estrictamente a la autonomía de su voluntad ni a la función de la organización.

Porque en el ámbito político el ejercicio del derecho individual de asociación no se basa (o no debería basarse) en la sumisión acrítica a unos determinados dirigentes o estructuras de poder partidista. Se fundamenta en

²⁶ STC 226/2016, *cit.*, FJ 7º.

²⁷ Desarrollando esto, los estatutos de los principales partidos políticos españoles coinciden, salvo matices, en imponer a todo afiliado el deber de respetar la imagen de la organización o de sus miembros.

la presunción de una afinidad ideológica entre los planteamientos del sujeto y aquellos que la organización presenta o asume como propios que le llevan a unirse a ella para poder ejercer sus derechos de participación política en la esfera pública. Esto hace que la actuación del individuo, además de voluntaria, se pueda considerar coherente, sin perjuicio de que puedan existir otras motivaciones no fiscalizables en la decisión de unirse a un partido concreto. El elemento sobre el que se proyecta la autonomía de la voluntad individual es el sustrato ideológico común, que solo cuando es definido mediante un sistema participativo y libre podrá delimitar el alcance del pluralismo de quienes decidan integrarse o seguir siendo parte de la organización. Por esta razón las limitaciones a los derechos de los afiliados derivadas de decisiones de órganos del partido que no han sido objeto de debate son por definición bastante problemáticas (Flores Giménez, 1998: 209).

Porque si bien la dimensión colectiva del derecho de asociación se asegura a través de la aceptación de los deberes y el correlativo régimen disciplinario que permite garantizar el cumplimiento de las normas internas del partido (Pérez-Moneo, 2012: 78), no se debe olvidar que un partido es en buena medida un medio casi necesario para poder ejercer los derechos individuales de participación política (Gómez Montoro, 2002: 97). Por esa razón sus facultades disciplinarias son instrumentos no solo al servicio del ente colectivo como persona jurídica; también responden a las necesidades de los individuos que la integran con el objetivo de asegurar que estos puedan participar en la conformación y funcionamiento de los órganos asociativos (Solozábal Echavarría, 2001: 100), además de optar al desarrollo de su derecho a los cargos públicos. En el caso de los partidos, mediante mecanismos democráticos que permitan dar forma en cada momento a su discurso y su voluntad materializada en su acción pública. Ciertamente, este carácter evolutivo de los planteamientos partidistas, necesario en términos de subsistencia, implica la posibilidad de desacuerdos sobrevenidos con las opciones mayoritarias, que siempre se pueden solucionar con la salida voluntaria de la asociación. O incluso con la expulsión, pero solo en casos en los que la conducta del afiliado ponga en peligro la existencia o funcionamiento del partido como consecuencia de un ataque a sus principios fundamentales (Hernández Valle, 2002: 479).

Esto debe tenerse en cuenta al definir esos «intereses sociales» respecto de los que se articula el deber de lealtad al partido y cuya protección resulta justificada mediante las sanciones más graves²⁸, planteándolos en relación

²⁸ En la STC 218/88, de 22 de noviembre, FJ 1º, se aceptó que aquellas conductas lesivas a los «intereses sociales» definidos por la propia organización pueden motivar la expulsión de un socio en la medida en que «la asociación crea no solo un vínculo jurídico entre los socios, sino también una solidaridad moral basada en la confianza recíproca y en la adhesión a los fines asociativos» que deben mantenerse.

al sustrato común representado por la expresión de la libertad ideológica mayoritaria de sus integrantes que la minoría acata voluntariamente. Esto sin perjuicio de que pueda existir discrepancia manifiesta y esta deba ser respetada y encontrar cauces adecuados de expresión, pues tal cosa es una exigencia del principio democrático. La cuestión que la LOPP no resuelve es cuándo esta disensión, en forma de crítica, deja de ser tolerable para el partido y, consecuentemente, resulta merecedora de sanción grave bajo la forma de expulsión.

En principio, el deber de adecuar el funcionamiento interno a reglas democráticas, también desde un punto de vista material, exigiría limitar esta solución a la concurrencia de causas muy graves previstas en la normativa interna apreciadas en un proceso con todas las garantías. Además, este debería ser siempre revisable judicialmente (Oliver y Calafell, 2007: 19), pues se trata de una medida que tiene una repercusión negativa directa en el derecho de participación política del sujeto, que se ve privado de la vía más cualificada para su ejercicio (Navarro Méndez, 2000: 274). Además, si la sanción es consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión constituye una limitación en sede privada de un derecho fundamental particularmente protegido en el ámbito de lo político y esencial para calificar una organización como democrática, lo cual sugiere ser particularmente cautelosos.

Por todo ello, la idea de lealtad como límite a la manifestación de ciertos pareceres debería ser concebida como un mínimo y no como una sumisión total a las directrices de los órganos directivos de la organización, que es precisamente a lo que conduce la falta de garantías de la LOPP. Como reverso de esto, la noción de actuación desleal grave hacia el partido debería también ser interpretada de un modo muy estricto. Nunca asimilada a un pretendido interés privado del partido desligado de los requisitos que imponen las funciones públicas atribuidas y el principio de democracia interna; y, desde luego, mucho menos como interés particular de los dirigentes de una estructura de tendencia naturalmente oligárquica. Al hacerlo así se genera una esfera de inmunidad ante la crítica que no se relaciona con la protección y promoción de los derechos del conjunto de individuos que integran la organización y, por tanto, tiene poco sentido, transformando el deber de lealtad en un simple mecanismo de control de la disidencia y refuerzo de la posición de las élites partidistas de cada momento.

Por el contrario, partiendo de la idea de que el deber de lealtad al partido voluntariamente asumido resulta justificado en la medida en que este responde al principio democrático en su actuación interna, las sanciones más graves deberían asociarse a un quebranto importante de dicho principio. Si bien es cierto que la propia organización deberá definir en cada momento a través de sus procesos internos los elementos vertebradores de cohesión que conforman el patrimonio compartido por sus miembros, estos solo se podrán identificar con las decisiones de los órganos directivos, programáticas o de gestión, si estas se corresponden con la confluencia de los intereses de los afiliados y respetan los derechos y las posiciones de las minorías. En ese caso será legítimo

limitar en su beneficio la libertad de acción individual, considerando toda conducta que se oponga a ellas como desleal y, en consecuencia, merecedora de una respuesta proporcionada. Del mismo modo, también deberían perseguirse en el seno de los partidos aquellas conductas que impidan o dificulten injustificadamente los derechos de participación política de otros afiliados.

No obstante, la viabilidad de tal planteamiento requeriría aumentar la posibilidad de control del poder público sobre las decisiones sancionadoras de los partidos políticos reinterpretando las capacidades de los órganos judiciales al respecto. Es algo que se antoja necesario si se tiene en cuenta que los excesos en esta potestad afectan en última instancia a la calidad democrática del Estado (Salvador Martínez, 2019: 417) y que resulta muy complicado asegurar la imparcialidad de los órganos disciplinarios de los partidos (Vérgala Foruria, 2015: 269). El Tribunal Constitucional parece aceptar esto último en la Sentencia 226/2016 cuando, superando la idea de un control limitado al cumplimiento de los requisitos formales en la imposición de la sanción²⁹, apunta su extensión «al análisis material de las causas de expulsión, en particular cuando esas causas pueden entenderse como límites al ejercicio de un derecho fundamental del afiliado en el seno del partido político» (FJ 8º). Esta declaración, sin embargo, contrasta con la concepción tan amplia del deber de lealtad que se defiende simultáneamente en el fallo, reduciendo las posibilidades de actuación del afiliado a la aceptación acrítica de cualquier actuación de los órganos partidistas con el fin de proteger la imagen pública de la institución, erigida en centro de toda la argumentación.

IV. EL DEBER DE PRESERVAR LA IMAGEN DEL PARTIDO COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL AFILIADO DERIVADO DEL DEBER DE LEALTAD

La citada sentencia deduce directamente del deber de lealtad del afiliado una obligación de abstenerse de realizar manifestaciones que induzcan a la sociedad a tener una percepción negativa de su partido, en particular aquellas que puedan llevar «a la opinión pública a considerar que la propia organización no respeta el mandato constitucional de responder a una organización y funcionamiento democrático»³⁰. Aunque esto no se presenta como una negación total de la libertad de expresión del sujeto fuera del entorno partidista,

²⁹ Antes, la STC 56/1995, *cit.*, FJ 4º, limitó las posibilidades del control jurisdiccional a la verificación de la tipificación de la sanción y la observancia del procedimiento, debiendo este ceñirse a comprobar si la misma era razonable «a la luz de las disposiciones legales y estatutarias aplicables».

³⁰ STC 226/2010, *cit.*, FJ 10º.

cosa que difícilmente encajaría con el principio democrático (Flores Giménez, 1998: 209), sí se trata de un límite específico que, como primera característica y haciendo una interpretación literal de la doctrina constitucional, solo debería operar cuando aquella se ejerza en medios o foros públicos. En los internos no hay razón legítima para imponer a las libertades comunicativas de los afiliados otros límites distintos o más intensos de los que rigen con carácter general, esencialmente los derivados del art. 18 CE.

La imagen que el partido proyecta externamente es el resultado de unos procesos de debate y decisión internos que deberían conformarse libremente sin más condicionante que el juego de mayorías. Y para ello, el carácter vinculante y diferenciador de la exigencia de democracia interna del art. 6 CE, a imagen y semejanza de lo que sucede en la sociedad, requiere garantizar el libre intercambio de ideas y planteamientos que, sobre el presupuesto de cierto grado de confluencia ideológica de sus miembros, facilite un debate en el seno del partido que le permita no solo evolucionar y adaptarse, sino también valorar sus aciertos y errores pensando en el interés general al que sirve desde su posición constitucional. Cualquier solución en un sentido distinto llevaría a falsear este principio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional deja abierta esta posibilidad al afirmar que el reconocimiento de una potestad disciplinaria al partido puede derivar en una restricción de la libertad de expresión «en cuanto a la expresión interna o pública de opiniones y juicios de valor que pueden reputarse perjudiciales para los intereses del partido»³¹, asimilando ambos ámbitos sin mayores razones.

Pero aun restringiendo su aplicabilidad solo a las críticas que un afiliado pueda realizar públicamente hacia su partido, se trata de un límite problemático. En buena medida por su carácter impreciso, que impide concretar los términos de la ponderación y no permite apreciar con claridad por qué no se aplica en este caso la doctrina de la posición preferente. Pero también porque parece plantearse como una restricción incondicional y abstracta de la libertad de expresión que operará sin tener en cuenta la realidad de funcionamiento de la organización, algo que no debería obviarse si se pretende que el sistema democrático funcione en los términos debidos.

La referencia al perjuicio grave sobre «la facultad de autoorganización del partido, su imagen asociativa o los fines que le son propios» dificulta la tarea de determinar dónde está realmente la línea que hace que la crítica a las «decisiones de los órganos de dirección del partido que se consideren desacertadas» pierda la cobertura dispensada por la libertad de expresión³². Se podría entender que con esto se busca evitar manifestaciones con ánimo lesivo que produzcan un daño malicioso a los principios esenciales del partido (Garrido

³¹ *Ibidem*, FJ 7º.

³² *Ibidem*, FJ 7º.

López, 2017: 341), pero entonces el problema se traslada a la definición de esos principios. Y en el momento en el que se asume que esta corresponde a los órganos de dirección de la organización, pero se renuncia a analizar si su actuación realmente responde formal y materialmente a las exigencias de un proceso democrático, cuyo cumplimiento parece darse por supuesto por el mero hecho de haber seguido las formalidades previstas en la normativa estatutaria, se corre el riesgo de reducir los principios comunes del partido, y por tanto el objeto de la lealtad debida del afiliado, a la simple voluntad de los cuadros.

Tampoco ayuda que el Tribunal Constitucional recurra de manera caótica para definir el alcance de la libertad de expresión del afiliado a una miríada de bienes y principios variados y muy complicados de precisar, cuyo único punto común es estar vinculados, aunque sea de un modo vago e impreciso, al carácter asociativo del partido (Salvador Martínez, 2019: 411). No obstante, la realidad es que en la práctica todos ellos confluyen en uno solo³³, que bien podría denominarse «imagen institucional» del partido ante la sociedad: una suerte de reputación pública que le permite generar una percepción social de unidad de discurso y acción a partir de la que plantear su actuación externa en un entorno electoral competitivo. Aunque eso suponga negar la expresión pública del pluralismo interno, o no permitir distinguir la voluntad generada por un proceso asociativo realmente democrático de aquellos intereses puramente individuales de quienes, con mayor o menor respaldo, ocupen ciertos puestos de poder.

Esta imagen institucional se presenta como un valor implícito a la posición y las funciones de los partidos, traduciéndose en una especial inmunidad frente a la crítica desde dentro que pueda afectar a su buena reputación, concebida aparentemente como una presunción inatacable. Ciertamente, la consideración pública de la que disfruten estas organizaciones, bajo la forma de credibilidad, es un factor íntimamente relacionado con sus objetivos y funciones (Burguera Ameave, 2015: 672), ya que estas se realizan presentándose ante el electorado y confiando en ser percibido como idóneo y digno de confianza suficiente como para asumir el ejercicio del poder o la función de

³³ Lo cierto es que la sentencia emplea un término distinto prácticamente en cada una de las ocasiones en que se refiere al bien jurídico en el que se concreta el deber de lealtad que limita la libertad de expresión, recurriendo a los «intereses del propio partido», su «imagen pública», los «fines sociales» o «los fines que le son propios», la necesidad de «favorecer su adecuado funcionamiento», el deber de «colaboración leal», o, incluso, los «lazos de cohesión interna» de la organización, todos ellos presentados como valores que el partido está legitimado para proteger como consecuencia de su «extensa facultad de autoorganización», que parece más dirigida a construir una imagen electoral fuerte que a resolver los problemas internos o perseguir posibles conductas antidemocráticas.

contrapeso al mismo. No obstante, bien entendido, este valor puede encontrar mejor acomodo en el art. 18 CE antes que en el 22, teniendo en cuenta que los partidos políticos, como producto del ejercicio de derechos fundamentales, son titulares del derecho al honor al igual que cualquier persona jurídica (Gómez Montoro, 2002: 105).

El Tribunal Constitucional ya había reconocido esto unos años antes en su Sentencia 79/2014, de 28 de mayo. Allí determinó que no cabía «excluir a los partidos políticos de la protección que dimana del derecho al honor frente a aquellas afirmaciones y expresiones que los difamen o los hagan desmerecer en la consideración ajena», si bien sugirió que su función como «instrumento esencial para la participación política y, consecuentemente, para la formación y existencia de una opinión pública libre» les obliga a soportar un mayor grado de crítica³⁴. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo ha señalado que los límites de la libertad de expresión se amplían cuando el destinatario de la crítica es cualquier sujeto que participa de manera relevante en el proceso político, sea un partido o un individuo indistintamente, en la medida en que de forma inevitable y consciente se expone a un escrutinio más estricto de todas sus palabras y actos por parte tanto de los periodistas como del público en general³⁵, si bien también se exige que tales afirmaciones se encuadren en un discurso o debate político o versen sobre asuntos de interés general³⁶. En tales circunstancias parece que habría poco espacio para entender que una restricción a la libertad de expresión es necesaria en el contexto de una sociedad democrática, sobre todo si a través de la crítica se evidencia un mal funcionamiento del partido político o una decisión arbitraria de sus órganos que afectan a su idoneidad funcional. Incluso se podría pensar que revelar tales cosas generaría un efecto beneficioso para el conjunto del sistema, ya que permitiría al electorado ver quiénes realmente no cumplen con las exigencias básicas del mismo.

Es cierto que el supuesto resuelto por la Sentencia 79/2014 y el de la 226/2016 difieren en cuanto a la condición de quien realiza la crítica. En el primero es un profesional de la información, sujeto activo privilegiado de las libertades comunicativas que además no está ligado en absoluto al partido, y en el segundo una afiliada a la que, como tal, se le exige un cierto grado de lealtad. Esto puede modular los términos de la ponderación, incorporando la autonomía de la voluntad del individuo a la misma, pero en absoluto explica por qué el mismo bien jurídico, la imagen institucional del partido, se

³⁴ STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 3º.

³⁵ SSTDH, *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia* [G.S.], nº 21279/02 y 36448/02, 22 de octubre 2007, par. 46; y *Magyar JetiZrt c. Hungría*, nº 11257/16, 4 de diciembre de 2018, par. 81.

³⁶ STEDH, *Chitic c. Rumanía*, nº 6512/13, 14 de enero de 2020, par. 51.

fundamenta en un caso en el derecho al honor, en línea con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en el otro en el derecho de asociación. Y esto es importante porque es el artificio en el que se basa el Tribunal Constitucional para no aplicar los criterios de valoración establecidos para el supuesto de la libertad de expresión política. En lugar de ponderar si la restricción es necesaria en una sociedad democrática, lo hace únicamente a partir del interés privado del partido en ser percibido positivamente para obtener de ello un rédito electoral, lo que constituye una aplicación selectiva y a conveniencia de la doctrina de Estrasburgo que no se ajusta al significado del art. 10.2 CE. Y tampoco obliga a quienes reciben la crítica a demostrar el carácter injurioso o innecesario de esta, rompiendo la regla de la inversión en la carga de la prueba que él mismo había establecido respecto de las personas públicas cuando son objeto de crítica³⁷.

Parece claro que, expulsando el derecho al honor de la ecuación, se buscaba soslayar la particular debilidad de la protección que dispensa ante la crítica política como resultado de la doctrina de la posición preferente. Paralelamente, se potencia el derecho a la autoorganización del partido como ente colectivo frente a la posición de los afiliados, reforzando el valor de la normativa interna como instrumento para limitar sus derechos fundamentales por el hecho de estar sometidos a un deber genérico de lealtad que recuerda en su contenido al que se deduce de las relaciones privadas de naturaleza laboral a partir de la buena fe contractual, aunque lo supera en intensidad³⁸.

Sin embargo, presentar tal cosa como una consecuencia del reconocimiento de los partidos como titulares del derecho de asociación resulta excesivo, ya que de este no se desprende que los intereses de un ente colectivo, siquiera privado, deban prevalecer incondicionalmente sobre los de sus miembros (Pérez-Moneo, 2012: 83-84). Pero también, y quizá más importante, se olvida que la unidad y la cohesión interna deben ponerse en relación con el pluralismo y, en el caso de los partidos, supeditarse necesariamente al principio democrático (Salvador Martínez, 2019: 412), lo cual parece difícilmente compatible con una doctrina que diluye la individualidad de la persona en su condición de afiliado

³⁷ STC 49/2001, de 26 de febrero, FJ 7º.

³⁸ Si bien la buena fe en las relaciones laborales limita para el trabajador la posibilidad de expresarse sobre «aspectos generales o singulares del funcionamiento y actuación de la Empresa en la que presta servicios» (STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2º), un resultado bastante similar a lo que se plantea en la relación de afiliación política, de ella no se deriva un «deber genérico de lealtad con un significado omnicompreensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial» que permita limitar sus derechos fundamentales para protegerlo (STC 56/2008, de 14 de abril, FJ 6º, y las allí citadas), como sí parece existir en el caso de los partidos políticos, donde la sumisión del sujeto a la voluntad de la organización resulta ser más intensa.

para restringir su capacidad de intervenir libremente en el debate público. Porque más allá de limitaciones que pudieran ser razonables, como promocionar o pedir el voto para otra opción política, se impide al afiliado plantear cualquier discrepancia o diferencia sobre aspecto alguno que tenga que ver con la formación a la que pertenece³⁹, limitando sus opciones individuales a replicar el discurso del partido o al silencio. Y esto último incluso sería discutible si se llega a entender el deber de «colaboración positiva» como una obligación proactiva de defensa pública del programa del partido.

Esto constituye una restricción considerable de los derechos políticos de la persona consecuencia, paradójicamente, de su decisión de integrarse en un ente colectivo con el objetivo de poder ejercerlos de manera más completa. Pero, además, la solución del Tribunal Constitucional provoca un efecto negativo sobre el proceso de formación de la opinión pública. Parece aceptarse, y casi protegerse, la opacidad de los procesos internos de los partidos, subestimando la importancia que pueda tener su conocimiento para el conjunto de la sociedad e ignorando el valor que el debate público puede aportar a la conformación de la voluntad de la organización.

Con todo ello se llega a una situación absurda: entender que un partido político, una asociación privada privilegiada pero asociación privada a fin de cuentas según la propia jurisprudencia constitucional, resulta más protegido que las instituciones del Estado o quienes las ocupan frente a críticas a su funcionamiento o ataques a su imagen⁴⁰, aunque sea únicamente en relación a sus miembros.

³⁹ El Tribunal Constitucional acaba identificando el deber de lealtad del afiliado con una «obligación de contención en las manifestaciones públicas» sobre la línea política, el funcionamiento interno del partido o «aspectos de la política general en lo que puedan implicar a intereses del propio partido» (STC 226/2016, *cit.*, FJ 7º), lo que en la práctica supone cualquier cuestión que guarde relación con este.

⁴⁰ La jurisprudencia constitucional ha entendido que la libertad de expresión ampara «los juicios de valor de ámbito político o los que se refieren directamente al funcionamiento de las instituciones públicas», que están obligadas a soportarla «en el contexto de una sociedad democrática» (SSTC 23/2010, de 27 de abril, FJ 3º, y 6/2020, de 27 de enero, FJ 3º y 4º). Y aunque inicialmente consideró que el límite a la crítica hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público se encontraba en aquellas manifestaciones cuya intención fuera exclusivamente ultrajante o vejatoria (STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 3º.c), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que incluso manifestaciones particularmente provocadoras o radicales en sus formas contra una institución (la Jefatura del Estado en el caso) resultan admisibles mientras se puedan entender como expresiones de insatisfacción y protesta dirigidas hacia aquella o el orden político en sí mismos, y no como ataques personales

Frente al carácter incondicional que se ha otorgado a la defensa de la imagen del partido, sería más razonable entender que el afiliado debería gozar de capacidad de disenso público frente al mismo por más que su condición suponga algún factor diferencial en relación al ciudadano corriente. Sobre todo si internamente esta posibilidad está en la práctica restringida o impedida, cosa que también habría que tener en cuenta. Por otro lado, el funcionamiento de un partido no es en absoluto irrelevante para el devenir del sistema político, por lo que también habrá que considerar el interés público constituido por la necesidad de que los electores puedan comprobar de modo efectivo si quienes aspiran a detentar el poder, los cuadros de la organización, están verdaderamente comprometidos con el principio democrático.

Así, como regla general debería entenderse protegida (y por tanto inmune a la potestad sancionadora del partido) toda discrepancia formulada de manera razonable y razonada sobre cuestiones concretas referentes al funcionamiento o la posición del partido, no así sobre el conjunto del programa o la política general, en momentos en los que el perjuicio electoral a la organización sea mínimo (Oliver y Calafell, 2007: 19). En caso de manifestaciones que verdaderamente resulten excesivas o se realicen en momentos clave, la doctrina de la posición preferente obliga a vigilar la estricta proporcionalidad de las sanciones en función de la gravedad del perjuicio para el partido como tal, no para sus dirigentes en términos individuales, por mucho que en ocasiones sea complicado separar ambos planos (Flores Giménez, 1998: 214).

Sin embargo, aquellas críticas públicas que evidencien una disfunción grave en el funcionamiento del partido o una vulneración del principio democrático o de los derechos de los afiliados deberían resultar amparadas en todo caso con independencia del momento en el que se produzcan o su contenido, ya que aquí la libertad de expresión individual del afiliado actuaría como verdadero contrapoder frente a abusos que se benefician de la permisividad del actual marco normativo. Con ello se colocaría a la opinión pública como vigilante directa de los procesos internos partidistas, dando cumplimiento a su función como mecanismo de garantía del correcto funcionamiento del Estado constitucional, erigido en el interés superior en esta cuestión. Y esto aun a costa de frustrar las aspiraciones electorales o comprometer la supervivencia misma de aquellos partidos cuyos líderes no actuaran de manera diligente, porque no existe ninguna razón para proteger frente a sus propios actos a organizaciones que vulneran las previsiones constitucionales, especialmente si se tiene en cuenta que la sustitución de unos partidos por otros encaja en la evolución natural de un sistema político. Lo que quizá sí se necesitaría entonces para evitar el debilitamiento institucional serían medidas

(STEDH, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, nº 51168/15 y 51186/15, 13 de marzo de 2018, pars. 38 y 39).

que aseguren el compromiso de las nuevas fuerzas políticas con las máximas constitucionales para evitar caer en los mismos vicios demasiado pronto.

V. VALORACIONES FINALES

Teniendo en cuenta el carácter progresivo de la conformación de la opinión pública y la exigencia democrática que recae sobre los partidos, primer espacio donde se empiezan a conformar los términos del debate político y se configura la agenda de actuación de las instituciones estatales, no parece que se puedan imponer sobre sus afiliados restricciones al ejercicio de su libertad de expresión diferentes de las que rigen para el común de los ciudadanos cuando realizan manifestaciones que se puedan considerar de interés para el debate político en los espacios internos de la organización. Sin embargo, en cuanto al ejercicio de este derecho en el ámbito público, el Tribunal Constitucional ha resuelto que la vinculación a un partido impone al sujeto obligaciones añadidas que le impiden cuestionar sus actuaciones o decisiones, pudiendo ser legítimamente sancionado por la organización al hacerlo.

La afiliación política es concebida así como un factor modificativo del estatus de ciudadanía del individuo que, como consecuencia de su condición, asumida teóricamente para poder ejercer mejor sus derechos de participación, ve restringido uno tan relevante como la libertad de expresión. Y cabría valorar qué efecto modulador podría tener sobre el resto de derechos, porque se abre una vía peligrosa en este sentido. Todo como consecuencia de deducir de la autonomía de la voluntad cuando se materializa en la integración en una asociación política un deber particularmente intenso de lealtad hacia los intereses corporativos de esta. Pero en lugar de identificar estos intereses con los fundamentos ideológicos del partido o el resultado de procesos internos desarrollados con las debidas garantías, el Tribunal Constitucional los asimila sin más a las decisiones de los órganos directivos, sin que parezca importar si se alinean más o menos con las voluntades o el consenso de sus miembros, encubren intereses particulares de los cuadros de la organización o vulneran los derechos de las minorías discrepantes.

El carácter democrático de tales actuaciones aparece en la argumentación del Tribunal como una presunción absoluta, una postura poco realista que solo sirve para reforzar la posición de unas élites partidistas que se ven con vía libre para emplear la disciplina interna a voluntad frente a cualquier disidencia, lo que implica en última instancia negar que esta sea posible. De manera acorde con fallos anteriores y la propia legislación, la exigencia democrática se reduce a unas reglas formales que matizan la libertad asociativa, pero no la condicionan del modo determinante que sería deseable teniendo en cuenta cuánto suponen los partidos en la democracia constitucional. Y lo que puede implicar para el funcionamiento y la supervivencia misma de esta la renuncia a asegurar

dentro de estas organizaciones un espacio amplio para los derechos de participación.

Al contrario, la protección de la consideración social de los partidos políticos, construida de modo completamente independiente al respeto demostrable por el principio democrático, se erige como interés dominante. Probablemente por temor a que la revelación de ciertas interioridades acabe por desembocar en un cuestionamiento del sistema constitucional mismo. Sin embargo, esta intención de proteger el *statu quo* parece presentar más peligros que ventajas, y no solo desde la consideración individual de la libertad de expresión del afiliado, cuyo alcance se ve reducido de tal manera que hace difícil la supervivencia dentro de la organización para aquellos que no estén dispuestos a seguir ciegamente al aparato. En un momento en el que las formas y la legitimidad del modelo democrático liberal parecen generar más recelos que confianza, reforzar la opacidad de los partidos y privar a la sociedad de conocimiento y, por tanto, de capacidad de control sobre la realidad de su funcionamiento no parece la mejor opción. Esto no solo repercute negativamente en la opinión pública, y con ello en la calidad democrática del sistema, sino también en los propios partidos. Dificulta que el debate público pueda influir en sus decisiones y sus modos de actuación, reforzando en última instancia su aislamiento. También debilita su estructura interna, ya que ante la falta de garantías frente a los abusos de las élites será más probable que los afiliados opten por abandonar la organización cuando cambien los equilibrios de poder o se sientan incómodos, lo que facilita la conversión de los partidos de masas en simples estructuras electorales de apoyo a unos cuadros que devienen inamovibles. Y con ello, la involución de la democracia hacia un mero mecanismo plebiscitario de apoyo o rechazo a propuestas cerradas definidas desde el poder donde no hay lugar para la argumentación y la búsqueda del interés común mediante el debate.

Bibliografía

- Aragón Reyes, M. (2016). Planteamiento general: partidos políticos y democracia directa. En P. Biglino Campos (coord.). *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa* (pp. 19-35). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Burguera Ameave, L. (2015). El derecho a la reputación o buen nombre de los partidos políticos. Notas a la STC 79/2014, de 28 de mayo. *Teoría y Realidad Constitucional*, 35, 663-675. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.35.2015.14934>.
- Fernández Segado, F. (2004). Algunas reflexiones sobre la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, al hilo de su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, 125, 109-155.

- Flores Giménez, F. (1998). *La democracia interna de los partidos políticos*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Gallardo Moya, R. (1996). Derecho de asociación y exigencia de democracia interna de los partidos políticos (Comentario a la STC 56/1995, de 6 de marzo). *Derecho Privado y Constitución*, 8, 237-250.
- García Canales, M. (2002). El derecho al honor de quienes ejercen actividad con relevancia política. En *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente* (pp. 487-508). Madrid: Congreso de los Diputados.
- García Pelayo M. (1977). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.
- (1986). *El Estado de Partidos*. Madrid: Alianza.
- Garrido López, C. (2017). El dilema de la democracia en el interior de los partidos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, 317-347. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.40.2017.20915>.
- Gómez Montoro, A. J. (2002). La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, 49-105.
- Gómez Yáñez, J. A. (2016). La democracia en los partidos y su necesaria regulación legal. En C. Garrido López y E. Sáez Royo (coords.). *La reforma del Estado de partidos* (pp. 39-67). Madrid: Marcial Pons.
- Habermas, J. (2005). Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa. *Polis*, 10, 1-9.
- Hernández Valle, R. (2002). La democracia interna de los partidos políticos. *Revista de Derecho Político*, 53, 473-492. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.53.2002.9249>.
- Kelsen, H. (1934). *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Labor.
- Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- Michels, R. (1969). *Los partidos políticos*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Miguel Bárcena, J. de (2015). Libertades comunicativas y derechos de la personalidad: límites y colisiones. En J. C. Gavara de Cara, J. de Miguel Bárcena, y D. Capodiferro Cubero (eds.). *El control judicial de los medios de comunicación* (pp. 65-100). Barcelona: J. M. Bosch. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctvrzgzjh.5>.
- Moretón Toquero, A. (2015). Novedades en torno a las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En J. C. Gavara de Cara, J. de Miguel Bárcena y D. Capodiferro Cubero (eds.). *El control judicial de los medios de comunicación* (pp. 25-64). Barcelona: J. M. Bosch. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctvrzgzjh.5>.
- Navarro Méndez, J. I. (2000). ¿Pueden los partidos políticos expulsar «libremente» a sus afiliados? *Revista de Estudios Políticos*, 107, 269-295.
- Navas Castillo, F. (2009). Libertad de expresión y derecho a la información. En A. Torres del Moral (dir.). *Libertades Informativas* (pp. 89-109). Madrid: Colex.

- Oliver Araujo, J. y Calafell Ferrá, V. J. (2007). Los estatutos de los partidos políticos: notas sobre su singularidad jurídico-constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, 137, 11-36.
- Pérez-Moneo, M. (2012). *La selección de candidatos electorales en los partidos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Salvador Martínez, M. (2019). La libertad de expresión de los afiliados a un partido político y sus límites (a propósito de la STC 226/2016). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 391-422. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.13>.
- Serrano Maíllo, I. (2011). El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 579-596. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.28.2011.6973>.
- Solozábal Echavarría, J. J. (1991). La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32, 73-113.
- (2001). Los derechos colectivos desde la perspectiva constitucional. *Cuadernos de Derecho Público*, 12, 79-115.
- Tajadura Tejada, J. (2015). La democracia interna en los partidos políticos: marco constitucional, desarrollo legislativo y realidad política. En M. Contreras Casado y C. Garrido López (eds.). *Interiores del Príncipe Moderno* (pp. 57-110). Zaragoza: Comuniter.
- Torres del Moral, A. (1982). Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos. *Revista de Derecho Político*, 14, 7-30. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.14.1982.8163>.
- (2002). Ampliaciones y minoraciones de la libertad de comunicación pública. En *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente* (pp. 539-571). Madrid: Congreso de los Diputados.
- Vidal, C. (2014). La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán. En P. J. Tenorio Sánchez (dir.). *La libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural* (pp. 245-266). Madrid: Wolters-Kluwer.
- Vírgala Foruria, E. (2015). La regulación jurídica de la democracia interna en los partidos políticos y sus problemas en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, 35, 225-280. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.35.2015.14919>.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

«SUPREMACISMO JUDICIAL» AL ESTILO ALEMÁN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL PROGRAMA DE COMPRAS DE BONOS EN MERCADOS SECUNDARIOS¹

“Judicial supremacism” German style: the judgment of the constitutional tribunal on the public sector purchase programme

SABRINA RAGONE
Universidad de Bolonia
sabrina.ragone2@unibo.it

SUSANA RUIZ TARRÍAS
Universidad de Granada
starrias@ugr.es

Cómo citar/Citation

Ragone, S. y Ruiz Tarrías, S. (2020).

«Supremacismo judicial» al estilo alemán: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el programa de compras de bonos en mercados secundarios. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(2), 421-448.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.13>

Resumen

Este artículo ofrece un análisis crítico, contextual y comparativo de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA) de 5 de mayo de 2020, en la que este último se opone frontalmente a la autoridad del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) y valora las actuaciones del Banco Central Europeo (BCE). Para comprender

¹ El trabajo es el resultado de la reflexión conjunta de las autoras. Específicamente, los párrafos I y III fueron redactados por Sabrina Ragone; el II por Susana Ruiz Tarrías y el párrafo IV conjuntamente.

la decisión, las autoras reconstruyen la evolución del papel del BCE en la gobernanza económica dentro de la eurozona, con particular referencia a las medidas de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios estrenadas a raíz de la crisis financiera. Se centran en la jurisprudencia correspondiente del TJUE, cuestionada por el TCFA, y finalmente reflexionan sobre los conflictos entre ordenamientos nacionales y tribunales supra e internacionales a la luz del panorama comparado y global.

Palabras clave

Tribunal Constitucional Federal alemán; Tribunal de Justicia de la UE; Banco Central Europeo; compras de bonos en mercados secundarios; proporcionalidad.

Abstract

This article provides a critical, contextual and comparative analysis of the judgment rendered by the German Federal Constitutional Tribunal on the 5th of May 2020, in which it challenged the authority of the Court of Justice of the EU (CJEU) and questioned the actions of the European Central Bank (ECB). To understand the decision, the authors examine the evolution of the role of the ECB within the economic governance of the Eurozone, with particular reference to the measures employed to purchase state bonds on secondary markets started as a result of the financial crisis. They focus on the corresponding jurisprudence of the CJEU, contested by the German Tribunal, and finally reflect on the conflicts between national law and supra – and international courts in light of the comparative and global panorama.

Keywords

German Federal Constitutional Tribunal; Court of Justice of the EU; European Central Bank; Purchase of State Bonds on Secondary Markets; Proportionality.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LA PARTICIPACIÓN DEL BANCO CENTRAL EUROPEO EN LA GOBERNANZA ECONÓMICA DE LA CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERA DE LA EUROZONA: 1. Nuevos escenarios de participación y desarrollo de nuevas competencias. 2. La compra de bonos soberanos en los mercados secundarios en la jurisprudencia del tribunal de justicia. III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN DE 5 DE MAYO DE 2020: DE LAS PALABRAS A LOS HECHOS: 1. Los argumentos del TCFA sobre falta de motivación y proporcionalidad. 2. ¿Un cortocircuito nacional? Ciudadanos y TCFA vs. instituciones democráticas. 3. Reacciones institucionales y críticas doctrinales. IV. IMPACTO SOBRE LA RESPUESTA A LA PANDEMIA POR COVID-19 Y RELEVANCIA PARA LOS CONFLICTOS ENTRE ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES MÁS ALLÁ DE EUROPA. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA) de 5 de mayo de 2020 no representa un sorpresivo cambio de actitud del Alto Tribunal, ya que sus disonancias con respecto al derecho comunitario vienen de lejos, afectando tanto a su construcción conceptual como a sus contenidos. Así, este reciente pronunciamiento trae causa de la doctrina anterior relativa a la integración europea (§ III.1), al tiempo que constituye una consecuencia de la aplicación de la dogmática alemana.

Aun así, la misma ha sido más contundente de lo que cabía esperar conforme a la jurisprudencia más reciente, en la que el propio TCFA había abogado por una actuación *europarechtsfreundlich*, es decir, «amigable» hacia el derecho de la Unión Europea (UE), restringiendo su margen de intervención a los casos de violaciones de la competencia, por parte de la institución europea interesada, que tuvieran naturaleza manifiesta y estructural, y, más recientemente,

reafirmando su deber de cooperación leal con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)^{2,3}.

Sin embargo, en este caso concreto, a pesar de reconocer la existencia de un debate doctrinal sobre los efectos económicos de las medidas enjuiciadas, y sobre los aspectos jurídicos más controvertidos (para. 113), el TCFA ha tomado una decisión perentoria en contra del TJUE y del Banco Central Europeo (BCE), que justamente se caracteriza por su inusitada «dureza» (Roca, 2020: 2847). El tono de la sentencia es muy poco «amigable», conteniendo una serie de acusaciones lapidarias que no buscan entrar en un diálogo con el TJUE, sino criticar tajantemente su actuación. Los jueces de Karlsruhe definen los razonamientos de este último como metodológicamente insuficientes (para. 153) y las motivaciones proporcionadas como objetivamente arbitrarias (para. 112) e insostenibles (para. 117), hasta vaciar de contenido y utilidad el principio de proporcionalidad (paras. 127 y 138).

Para llegar a comprender los precedentes, los contenidos y los efectos de esta sentencia, es indispensable partir del examen de cómo ha evolucionado, especialmente a raíz de la crisis económica de 2008, la participación del BCE en la gobernanza económica de la eurozona, hasta llegar a la consolidación de nuevas competencias, funciones innovadoras y medidas atípicas. En especial, la compra de bonos soberanos en los mercados secundarios se ha transformado en un mecanismo esencial de la política monetaria perseguida por el BCE y ha sido avalada por la jurisprudencia del TJUE en distintas ocasiones (§ II). No obstante, la postura del TJUE no ha satisfecho los requerimientos y estándares del TCFA, que en la sentencia que aquí se comenta lamenta una carencia de motivación y proporcionalidad en las medidas de BCE y en el posterior análisis judicial realizado por el TJUE. Las reacciones de la doctrina y de los actores políticos han sido rápidas, numerosas y fuertemente críticas. Además, esta situación ha generado un cortocircuito nacional, en el que las decisiones tomadas por los actores políticos han sido cuestionadas por el TCFA y por ciudadanos particulares, más o menos conocidos, que han recurrido al mismo (§ III).

La sentencia del TCFA abre nuevos escenarios en el debate europeo sobre las medidas adoptadas y a adoptar en respuesta a la pandemia por COVID-19, a la vez que se inserta en un contexto global de cuestionamientos a la autoridad de organizaciones internacionales, tanto en el viejo continente como en el nuevo mundo (§ IV).

² Véanse la decisión del Segundo Senado de 7 de junio de 2000 (2 BvL 1/97), disponible en: <https://bit.ly/378TvUg>; y la decisión del Segundo Senado del 6 de julio de 2010 (2 BvR 2661/06), disponible en: <https://bit.ly/2HqVV7Z>.

³ Sobre este concepto, Ziller (2010: 157).

II. LA PARTICIPACIÓN DEL BANCO CENTRAL EUROPEO EN LA GOBERNANZA ECONÓMICA DE LA CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERA DE LA EUROZONA

El riesgo para la estabilidad del euro a raíz de la crisis económico-financiera de 2008, también tuvo como consecuencia un reforzamiento de la interacción no institucionalizada entre el BCE y los Estados miembros de la eurozona desconocida hasta entonces. De hecho, se afirma que la crisis económico-financiera de la eurozona «impulsó al Banco Central Europeo a otra dimensión» (Fromage *et al.*, 2019: 4).

En efecto, el BCE ha desarrollado un papel relevante en la gestión de la crisis económico-financiera de la eurozona a través del cumplimiento de los objetivos que le encomienda el art. 282.2 del TFUE. El primero de ellos, calificado como «principal», consiste en mantener la estabilidad de precios; pero, inmediatamente a continuación se reconoce que, sin perjuicio del anterior, también prestará apoyo a las políticas económicas generales de la UE para contribuir a la consecución de los objetivos de esta.

Todo ello, desde la premisa del respeto por parte de las instituciones, órganos y organismos de la Unión y por los Gobiernos de los Estados miembros, a la independencia en el ejercicio de las funciones que el BCE tiene asignadas según el art. 282.3 TFUE.

Sin embargo, su presencia en nuevos foros, la asunción de nuevas prerrogativas y la utilización de instrumentos heterodoxos en el terreno de la estricta política monetaria, con claras repercusiones e interacciones con la política económica resulta criticada en la era postcrisis, no solo desde el punto de vista de la independencia del BCE⁴, sino también desde la perspectiva de su responsabilidad (Fromage *et al.*, 2019, entre otros)⁵, o de su déficit democrático (Hinarejos, 2015; Högenauer y Howarth, 2019).

⁴ La independencia del BCE no ha sido nunca un tema pacífico en la doctrina, véanse, entre otros, Amtenbrink (2019), Hahn (1991), De Haan *et al.* (2004), Duisenberg (2005), Hinarejos (2015), Smits (1991 y 2008).

⁵ Una responsabilidad que en el *Report on Economic and Monetary Union in the European Community* (conocido como Informe Delors), en 1989, aparecía como uno de los dos rasgos del BCE junto a su independencia. En dicho informe la responsabilidad se concretaba en la presentación por el BCE de un Informe anual al Parlamento Europeo y al Consejo, además de que su presidente pudiera ser invitado por estas instituciones para ser informadas. Se requería, también, una supervisión de la administración del sistema monetario llevada a cabo con independencia de los órganos comunitarios, por ejemplo, por un Consejo de supervisión (*Committee for the Study of Economic and Monetary Union*, 1989: 22).

Un cuestionamiento que tiene como trasfondo la propia estructura que ha venido sustentando a la Unión Económica y Monetaria Europea desde el Tratado de Maastricht, pues la integración económica sin una integración política solo es posible si la política y la economía se mantienen lo más alejadas posible, de modo que la despolitización del proceso de decisión en la UE es «el precio que tenemos que pagar» para preservar intacta la soberanía nacional (Majone, 1998: 7)⁶.

Sin embargo, las previsiones sobre política monetaria de los Tratados UE (arts. 127.1 y 282.2 TFUE; 13 TUE), y el art. 2 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales, se refieren a los «objetivos» y no tanto a los «instrumentos» de dicha política (Jędrzejowska-Schiffauer y Schiffauer, 2016: 200).

De hecho, los tratados no definen la expresión «política monetaria»⁷, y en virtud del tenor del art. 127.1 TFUE puede entenderse que el BCE está legitimado para apoyar las políticas económicas generales dentro de la Unión Europea y no solo de la Unión Europea, en la medida en que no se comprometa el objetivo de la estabilidad de los precios (Simon, 2015: 1029).

De ahí que la intervención del BCE en relación con los Estados miembros de la eurozona también pueda ser interpretada en el sentido de propiciar una

No obstante, los términos del actual art. 284.3 TFUE resultan significativamente más amplios, en tanto que el Informe anual se presenta sobre las actividades del SEBC y sobre la política monetaria del año precedente y del año en curso al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión y al Consejo Europeo, y el Consejo y el Parlamento Europeo podrán llevar a cabo un debate sobre el mismo. Además, el presidente y los miembros del Comité Ejecutivo del BCE, por iniciativa propia o a requerimiento del Parlamento Europeo, podrán ser oídos por las comisiones competentes. Unas previsiones que se completan en el art. 15 del Protocolo núm. 4 Sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo.

⁶ Por su parte, Moravcsik (2002) entiende que el carácter tecnocrático de las políticas de la Unión constituye uno de los beneficios de la despolitización. En respuesta a ambos, Follesdal y Hix (2006).

En relación con esta polémica, cabe recordar que el Informe Delors (*Committee for the Study of Economic and Monetary Union*, 1989: 23), contemplaba previsiones en el ámbito económico que, a día de hoy, siguen sin ser implementadas en el derecho originario. En concreto, estimaba: «The new Treaty would therefore not have to determine the mandate, estatus and structure of a new institution but have to provide for additional or changed roles for the existing bodies in the light of the policy functions they would have to fulfil in an economic and monetary union. It would have to specifically define these changes and determine the areas in which decision-making authority would have to be transferred from the national to the Community level».

⁷ Véase la sentencia TJUE de 27 de noviembre de 2012, asunto C-370/12, *Pringle*, para. 53.

«interacción» o un «diálogo» entre los bancos centrales y las instituciones políticas, con el objetivo de promover la coordinación de las decisiones sobre la política económica de los Estados miembros con la política monetaria del BCE (Beukers, 2013: 1581-1582)⁸.

1. NUEVOS ESCENARIOS DE PARTICIPACIÓN Y DESARROLLO DE NUEVAS COMPETENCIAS

En efecto, al margen de las previsiones expresas contempladas en los tratados⁹, la crisis de la eurozona ha reforzado las relaciones del BCE con los actores políticos, por ejemplo, a través de su participación en distintos foros de discusión sobre aspectos de política económica.

Como el Diálogo Macroeconómico creado en 1999, donde el BCE, junto al Consejo, la Comisión y los interlocutores sociales, llevan a cabo una reunión informal dos veces al año con el fin de fortalecer la comprensión mutua entre los encargados de adoptar decisiones en diferentes esferas de la política económica (ECB, 2010: 81).

Del mismo modo, el BCE interviene ahora en la Cumbre del Euro, reunión institucionalizada por los jefes de Estado y de Gobierno de la eurozona en 2011, y elevada a rango internacional en el año siguiente por el art. 12.1 del TCEG (al tiempo que participa en las minicumbres, totalmente informales, previas a su celebración). Además, el presidente del BCE puede participar como observador en el Consejo de Gobernadores del MEDE (art. 5.3 del Tratado MEDE), y es miembro, desde 2010, junto a los representantes de los Estados miembros y el presidente del Consejo, del Grupo de Trabajo (*Task Force*) sobre la Gobernanza Económica (Conclusiones CE, 2010: 6).

⁸ Analizando los efectos de la adopción de la Unión Económica y Monetaria en los procesos de cooperación entre órganos con competencias en materia de política monetaria y presupuestaria, Bini Smaghi y Casini (2000) sugerían que en el tránsito a la moneda única, se había quedado en el camino la mejora del diálogo y la cooperación entre las autoridades monetarias y presupuestarias.

⁹ El art. 284.3 TFUE prevé un diálogo entre el BCE y el Parlamento Europeo a partir de la presentación por el primero del Informe Anual; el art. 284.1 TFUE contempla la posibilidad de que el Presidente del Consejo y un miembro de la Comisión, participen en las reuniones del Consejo de Gobierno del BCE sin derecho de voto pero con la capacidad para presentar iniciativas para su deliberación; el art. 284.2 TFUE regula la presencia del Presidente del BCE en las reuniones del Consejo cuyo objeto tenga relación con el SEBC; y el Protocolo núm. 14 del Tratado de Lisboa dispone que en las reuniones del Eurogrupo para examinar cuestiones relacionadas con la moneda única, se invitará al BCE a participar.

Otra de las vías de interacción entre el BCE y las instituciones políticas, proviene de la utilización de sus competencias consultivas a través de opiniones y dictámenes en distintos procedimientos, como los previstos en los arts. 127.4 y 282.5 TFUE, sobre propuestas de la Unión que entren en su ámbito de competencias. Una función que, como consecuencia de la crisis económico-financiera, ejerce también en el ámbito del marco normativo de la UE para reforzar la gobernanza de la eurozona, entre otros instrumentos, a través del *Two-Pack* y el *Six Pack*¹⁰.

Asimismo, el BCE forma parte de la conocida como troika (BCE, Comisión Europea, FMI), en cuyo contexto desarrolla nuevas funciones relacionadas con la política económica de los Estados de la eurozona.

Concretamente, en el ámbito del Tratado MEDE, la Comisión, en coordinación con el BCE y conjuntamente con el FMI, negocia con el Estado miembro el Memorándum de Entendimiento en el que se define la condicionalidad asociada a la asistencia financiera (art. 13.3), y también en coordinación con el BCE conjuntamente con el FMI, vela por su cumplimiento (art. 13.7)¹¹.

Junto a estas intervenciones en el ámbito de la política económica de la eurozona, el BCE ha asumido una función de vigilancia en la supervisión reforzada y en las misiones de control en el marco jurídico de la gobernanza económica de la UE que, combinada con su participación en la Troika, le confiere una importante capacidad de influencia sobre las reformas de las políticas económicas de los Estados miembros.

En este contexto, el BCE podrá ser invitado por la Comisión a participar en las misiones de supervisión llevadas a cabo en un Estado miembro de la eurozona o del MTCII (Mecanismo de Tipos de Cambio II)¹²; también

¹⁰ El Dictamen del BCE de 7 de marzo de 2012 sobre el reforzamiento de la gobernanza económica de la eurozona, en el marco del *Two Pack* (CON/2012/18), reconoce expresamente su fundamento en los arts. 127(4) y 282(5) del TFUE (DOUE C 141/7, de 17.5.2012).

¹¹ La intervención de la troika para la negociación del Memorándum de Entendimiento que fijaba las condiciones de la asistencia financiera al Estado miembro, estaba prevista en el art. 2.1(a) del Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEFF).

¹² Art. 11.2 y 3 del Reglamento (UE) 1175/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre el refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas. El Mecanismo de Tipos de Cambio fue establecido mediante Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam (97C 236/03), de 16 de junio de 1997 (DOUE C 236/5, de 2.8.1997), con la finalidad de crear un sistema entre los Estados pertenecientes a la eurozona y también Estados no integrados en la misma, que permitiera garantizar la

intervendrá, en coordinación con la Comisión, en las misiones de supervisión reforzada de los Estados de la eurozona o Estados miembros del MTC II a los que se abra un procedimiento de déficit excesivo, y en misiones de evaluación de riesgos para la situación económica en un Estado miembro de la eurozona o del MTC II¹³. Del mismo modo, el BCE podrá ser invitado, en su caso, por la Comisión, a formar parte de las misiones de supervisión reforzada en Estados que hayan sido destinatarios de recomendaciones por desviaciones significativas en la trayectoria de ajuste presupuestario¹⁴.

Por su parte, la Comisión, en coordinación con el BCE y, en su caso, con el FMI, llevará a cabo misiones periódicas de evaluación en el Estado miembro sometido a supervisión reforzada; en los mismos términos, el BCE participará en el seguimiento de los progresos de un Estado miembro en la aplicación del programa de ajuste macroeconómico, y en las misiones periódicas de evaluación posteriores a la aplicación del programa¹⁵.

Junto a estas actuaciones, el BCE también ha implementado otras operaciones no convencionales, como las medidas de apoyo al crédito con el fin de proporcionar liquidez a los Bancos Centrales nacionales en casos de emergencia (provisión de liquidez de urgencia, *emergency lending assistance*, también conocidas como operaciones de acarreo, *carry-trade*)¹⁶, proporcionando las condiciones para que el Estado miembro en cuestión adopte las reformas exigidas por la condicionalidad gracias a la compra de bonos

estabilidad de los tipos de cambio entre las diferentes monedas al inicio de la Unión Económica y Monetaria en 1999. Posteriormente, el BCE firmó un Acuerdo (2006/C 73/08), de 16 de marzo de 2006, con los bancos centrales nacionales de los Estados miembros que no forman parte de la zona del euro por el que se establecen los procedimientos de funcionamiento del mecanismo de tipos de cambio de la tercera fase de la unión económica y monetaria (DOUE C73/21, de 25.3.2006), que pasan, en consecuencia, a integrarse como participantes el MTC II.

¹³ Arts. 9.3 y 13.2-3, del Reglamento (UE) 1176/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos.

¹⁴ Art 11.3 del Reglamento (UE) n. 1177/2011, del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.

¹⁵ Arts. 3.5, 7.4 y 14.3 del Reglamento (UE) 472/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades.

¹⁶ Estas funciones estarían comprendidas en las competencias residuales que mantienen los bancos centrales nacionales según las previsiones del art. 14.4 del Protocolo (núm. 4) sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, anejo al Tratado de Lisboa.

soberanos por los propios bancos nacionales que, previamente, han obtenido liquidez a bajo precio del BCE¹⁷.

El conjunto de actuaciones descritas pone de manifiesto la «poderosa posición» adquirida por el BCE mediante la combinación del ejercicio de sus funciones, con su papel como «conegociador» y «observador» junto a la Comisión Europea (Beukers, 2013: 1594).

2. LA COMPRA DE BONOS SOBERANOS EN LOS MERCADOS SECUNDARIOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

En todo caso, las intervenciones más polémicas de todas las desplegadas por el BCE a raíz de la crisis económico-financiera de 2008 son, con mucho, los programas de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios (o indirectos).

El fundamento de dicha actuación cabe encontrarlo en el primer guion del art. 127.2 TFUE y en el art. 18.1 de los Estatutos del SEBC y del BCE, que le habilitan para operar en los mercados financieros comprando y vendiendo directamente, entre otros activos, instrumentos financieros (como es el caso de los bonos)¹⁸.

Al ser negociados en mercados secundarios, la compra de estos bonos constituye una operación financiera que no contraviene, en principio, la prohibición de que el BCE o los bancos centrales nacionales adquieran directamente instrumentos de deuda de los Gobiernos centrales, de autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, de organismos de derecho

¹⁷ La provisión de liquidez de urgencia fue utilizada como modalidad de asistencia financiera prestada el 25 de junio de 2012 a Chipre. Al respecto, véase la Decisión del Consejo de Gobierno del BCE relativa a la provisión de liquidez de urgencia a solicitud del Banco Central de Chipre; declaraciones del Eurogrupo de 25 de marzo, de 12 de abril, de 13 de mayo y de 13 de septiembre sobre Chipre; la Decisión del Consejo (2013/236/UE), de 25 de abril de 2013, dirigida a Chipre y relativa a las medidas específicas destinadas a restablecer la estabilidad financiera y un crecimiento sostenible (D.O.U.E. L141/32, de 28.5.2013); y el Memorándum de Entendimiento de 26 de abril de 2013 sobre Condiciones Específicas de Política Económica, celebrado entre Chipre y el Mecanismo Europeo de Estabilidad.

El 17 de mayo de 2017, el BCE aprobó el Acuerdo de asistencia de liquidez de emergencia, que incorpora su definición y condiciones. Disponible en: <https://bit.ly/2TwTJhj>.

¹⁸ No obstante, su carácter de instrumentos financieros resulta discutida por la doctrina. Así, Ruffert (2011: 1788) considera que no todos los bonos adquiridos por el BCE tienen la misma naturaleza, y muchos no son «instrumentos financieros». Por el contrario, los estiman, sin distinción, «instrumentos financieros» De Grauwe (2012) y Smits (2012).

público o empresas públicas de los Estados miembros (art. 123.1 TFUE), aunque algunos miembros del propio Consejo de Gobierno del BCE y, en particular, el TCFA ha planteado, como se verá a continuación, ciertas dudas acerca de si la compra de bonos soberanos en los mercados secundarios constituye una forma encubierta de eludir esta prohibición.

El primero de los programas de compra de bonos soberanos en los mercados primarios y secundarios puesto en marcha, con carácter extraordinario y temporal, por el BCE, tuvo lugar en 2009, bajo la modalidad de «bonos garantizados», de conformidad con la Decisión de 2 de julio de 2009, que tenía su fundamento jurídico en el art. 105, 2 primer guion TFUE y los arts. 12.1, en relación con el primer guion del art. 3.1, y el 18.1 de los Estatutos del SEBC, aplicándose a Grecia, Irlanda y Portugal hasta su expiración el 30 de junio de 2010¹⁹.

Esta práctica del BCE fue cuestionada, junto a otras actuaciones de la Unión Europea para afrontar la crisis económico-financiera, en el recurso planteado ante el TCFA respecto a la asistencia financiera a Grecia (Sentencia de 7 de septiembre de 2011)²⁰, desde la perspectiva de la necesidad de garantizar la intervención del Bundestag en los instrumentos intergubernamentales creados por los Estados de la eurozona para hacer frente a la crisis económico-financiera. En su pronunciamiento, el TCFA consideró, de modo muy genérico, que la prohibición de la compra directa de instrumentos de deuda de las instituciones públicas por el BCE también contribuye a salvaguardar los requisitos constitucionales de la democracia en la Unión (para. 129).

Ese mismo año, el BCE adoptó el programa de bonos en el mercado de valores (*Securities Markets Programme*, SMP por sus siglas en inglés), en cuyo marco fue aprobado, el 3 de noviembre de 2011, el segundo programa de adquisiciones de «bonos garantizados», aplicado a Italia y España²¹, junto a una informal (y reservada), pero contundente, presión del BCE sobre los referidos Estados miembros para adoptar, en contrapartida, reformas estructurales en su política económica.

¹⁹ Decisión del Banco Central Europeo, de 2 de julio de 2009 (2009/522/CE), sobre la ejecución del programa de adquisiciones de instrumentos de renta fija tipo *Pfandbrief* (bonos garantizados) (DOUE L 175/18, de 4.7.2009).

²⁰ Resolución de 7 de septiembre de 2011. BVerfG, decisión del Segundo Senado (2 BvR 987/10), disponible en inglés en: <https://bit.ly/37GslpF>.

²¹ Decisión del Banco Central Europeo, de 14 de mayo de 2010 (BCE/281/UE), por la que se crea el programa para mercados de valores (DOUE L 124/8, de 20.5.2010) y Decisión del Banco Central Europeo, de 3 de noviembre de 2011 (2011/744/UE), sobre la ejecución del segundo programa de adquisiciones de bonos garantizados (DOUE L 297/70, de 16.11.2011).

Un apremio, ejercido para vincular la compra de bonos soberanos al cumplimiento de una condicionalidad económico-financiera que se puso en evidencia, en el caso italiano, como consecuencia de la publicación por un conocido medio de la prensa escrita de la carta remitida al primer ministro italiano por M. Draghi y J.-C. Trichet, instando al Gobierno italiano a adoptar, lo antes posible, «mediante decretos-leyes», detalladas reformas económicas y reformas estructurales y legales²². Una carta similar, que no fue hecha pública, fue enviada al presidente del Gobierno español, según consta en la Decisión del Defensor del Pueblo Europeo por la que se archiva la investigación sobre la reclamación 2016/2011/AN contra el Banco Central Europeo²³.

El 6 de septiembre de 2012 el Consejo de Gobierno del BCE adoptó el programa denominado «Características técnicas de las operaciones monetarias de compraventa de títulos en el sistema euro» (*Outright Monetary Transactions*, OMT, por sus siglas en inglés)²⁴, por el que se daba por concluido el programa SMP y se implantaba un nuevo programa de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios.

En el contexto de un recurso presentado ante el TCFA contra la reforma del art. 136 TFUE, cuestionando también la legislación alemana que ratifica el Tratado MEDE y la que autoriza su participación en el mismo, junto a la ratificación del TCEG, en la Sentencia de 12 de septiembre de 2012²⁵, el Alto Tribunal alemán declaró que estaría prohibida la adquisición de bonos soberanos en el mercado secundario por el BCE si esta se realizara con la «intención» de financiar las economías de los Estados miembros al margen de los mercados de capitales (para. 174).

Aun cuando hasta entonces el TCFA se había venido pronunciando *obiter dicta* respecto de la compra de bonos soberanos en los mercados secundarios por el BCE, el programa de compra OMT adoptado en 2012 fue objeto de un recurso específico ante el Alto Tribunal alemán con los argumentos del riesgo que entrañaba para los contribuyentes alemanes²⁶ y el menoscabo que suponía del poder presupuestario del Bundestag.

²² Originariamente, la carta fue publicada por el diario *Corriere della Sera* y, a partir de esa publicación, en toda la prensa europea. En España, el texto íntegro en español fue publicado por *El País*. Disponible en: <https://bit.ly/33xLdo3>.

²³ Disponible en: <https://bit.ly/39f2N3F>.

²⁴ Disponible en: <https://bit.ly/37J055S>.

²⁵ Resolución de 12 de septiembre de 2012. BVerfG, decisión del Segundo Senado (2 BvR 1390/12), disponible en inglés en: <https://bit.ly/2HyAiSI>.

²⁶ Desde el punto de vista fiscal, Wolff (2013: 30) estima que el programa OMT no tiene unas implicaciones fiscales distintas a las consecuencias de cualquier otra política monetaria.

En este caso, el TCFA decidió plantear al TJUE dos cuestiones prejudiciales que ponían en cuestión la legalidad del programa de compra de bonos soberanos OMT: la primera de ellas por la posible conculcación del art. 123 TFUE, y, la segunda, por exceder el mandato del BCE al incidir en el ámbito de la política económica (*ultra vires*)²⁷.

Abordando como objeto de su pronunciamiento, ahora sí, el análisis de un concreto programa de compra de bonos soberanos en mercados secundarios como el OMT, que vincula la condicionalidad del Estado miembro a la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF) y, posteriormente, al MEDE, el TCFA debía manifestar su criterio, mediante la estricta aplicación del derecho de la Unión y los tratados intergubernamentales adoptados por los Estados miembros de la eurozona para prestar asistencia financiera a otros Estados de la zona euro que la soliciten.

Ciertamente, como señalan Jędrzejowska-Schiffauer y Schiffauer (2016: 201), tanto la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF) como el MEDE, constituyen instrumentos de política económica, pero, en su opinión, el hecho de que el BCE establezca la condicionalidad de la compra de bonos soberanos a través de la aplicación de dichos programas de asistencia financiera «no significa» que el BCE rebase por ello, automáticamente, el ámbito de su política monetaria.

En esta línea interpretativa cabe situar la resolución de dichas cuestiones prejudiciales por el Tribunal de Justicia de la UE a través de la Sentencia de 16 de junio de 2015, asunto C-62/14, *Gauweiler*, estimando, en primer lugar, que el TFUE y los Estatutos del SEBC, deben interpretarse en el sentido de que «autorizan» al BCE a adoptar un programa de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios como el OMT (para. 127), siendo procedente reconocerle una «amplia facultad de apreciación» dado el carácter técnico y complejo de sus decisiones (para. 68)²⁸.

También estima que dicho programa no «viola el principio de proporcionalidad» (para. 99), y, en última instancia, que, al incorporar como condición para los Estados miembros beneficiarios el compromiso de aplicar un programa

De hecho, con carácter general, Simon (2015: 2019) afirma que «prácticamente todas» las actuaciones monetarias del BCE tienen efectos económicos y consecuencias en la política económica de los Estados miembros.

²⁷ Resolución de 14 de enero de 2014. BVerfG, decisión del Segundo Senado (2BvR2728/13), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2014/01/rs20140114_2bvr272813en.html. Véase al respecto Caponi (2014: 469-478).

²⁸ A juicio de Jędrzejowska-Schiffauer y Schiffauer (2016: 201), la «justificación última» de esta discrecionalidad se encuentra en la «imposibilidad metodológica» de trazar una línea divisoria entre la política económica y la monetaria.

de ajuste estructural, la emisión del programa OMT no está prohibida por el art. 123.1 TFUE (para. 121).

De este modo, el asunto *Gauweiler* no solo aborda importantes cuestiones que afectan a las relaciones entre el ordenamiento de la Unión y los ordenamientos nacionales, sino que, específicamente, tiene «implicaciones cruciales para la arquitectura de la gobernanza económica europea» (Fabbrini, 2016: 6).

No obstante, la polémica relativa a los programas de compra de bonos soberanos en mercados secundarios tardó poco tiempo en reabrirse, pues unos meses antes del pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto *Gauweiler*, el 4 de marzo de 2015, con base en el art. 127.2, primer guion TFUE y el art. 12.1, párrafo segundo, art. 3.1, primer guion, y art. 18.1 de los Estatutos del SEBC, el BCE adoptó el programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (*Public Sector Purchase Programme*, conocido como PSPP)²⁹, puesto en marcha el 9 de marzo de 2015.

De nuevo, el TCFA planteó al TJUE cinco cuestiones prejudiciales cuestionando la conformidad del programa PSPP de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios por el BCE con el ordenamiento UE³⁰; en concreto, dos de los argumentos principales habían sido planteados en el asunto *Gauweiler*: la posible vulneración del art. 123 TFUE, la hipotética extralimitación del mandato del BCE al incidir en la política económica (*ultra vires*), de modo que el Alto Tribunal alemán solicita ahora la concreción de ciertos aspectos que dicha sentencia no había aclarado completamente con anterioridad.

Resolviendo las cuestiones prejudiciales del TCFA mediante la Sentencia de 11 de diciembre de 2018, asunto C-493/17, *Weiss*, el TJUE se pronuncia sobre una serie de cuestiones concretas relativas a los programas de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios que no habían sido precisadas en el asunto *Gauweiler*: la motivación de los actos de la Unión; el concepto de política monetaria en el ordenamiento de la Unión; la proporcionalidad con los objetivos de política monetaria del programa de compra de bonos soberanos, y, en última instancia, su compatibilidad *de facto* con el art. 123.1 TFUE.

En primer término, el TJUE estima que la motivación de los actos de la Unión no exige que se especifiquen todas las razones «de hecho o de Derecho» pertinentes, y, en particular, que no puede exigirse una motivación específica

²⁹ Decisión (UE) 2015/774 del Banco Central Europeo, de 4 de marzo de 2015, sobre un programa de compras de valores públicos en mercados secundarios (DOUE L 121/20, de 14.5.2015), modificada por la Decisión (UE) 2017/100 del Banco Central Europeo, de 11 de enero de 2017 (DOUE L 16/51, de 20.1.2017).

³⁰ Resolución de 18 de julio de 2017, decisión del Segundo Senado (2 BvR 859/15), disponible en inglés en: <https://bit.ly/3mpdQdT>.

«para cada una de las decisiones técnicas» adoptadas en el cumplimiento de los objetivos de la Unión. Además, la valoración de la suficiencia de la motivación debe tomar en consideración no solo «el tenor del acto», sino también «su contexto» y «el conjunto de normas jurídicas» reguladoras de la materia (paras. 31-33), concluyendo que la documentación aportada por el BCE sobre el programa PSPP incluye justificaciones suficientes, incluidas informaciones publicadas en prensa (paras. 35 a 37), lo que permite concluir que, en consecuencia, la Decisión del BCE no es inválida (para. 44).

En segundo término, considera que corresponde al BCE el cumplimiento de los objetivos de la política monetaria —cuyo concepto, según afirma, no está definido en los tratados, que plantean, simplemente, el cumplimiento de objetivos (para. 50)—, sin vulnerar las limitaciones impuestas en los tratados mismos, en especial, el principio de atribución, cuyo cumplimiento es controlado por el TJUE (paras. 48-49).

De este modo, teniendo en cuenta el objetivo perseguido por el programa de compra de bonos PSPP y los medios previstos para alcanzarlo, el TJUE entiende que este se sitúa en el ámbito de la política monetaria (para. 70), sin que sea óbice para alcanzar esta consideración los efectos indirectos desplegados por dicha medida, para lo que se remite a lo declarado en las sentencias *Pringle* y *Gauweiler* (para. 63).

En tercer lugar, el TJUE reconoce que la proporcionalidad del programa PSPP se define a partir del concepto general de proporcionalidad de los actos de las instituciones de la Unión establecido en su propia jurisprudencia, es decir, atendiendo a la idoneidad de los instrumentos adoptados para alcanzar los fines y al respeto de los límites de lo que sea necesario para alcanzarlos (para. 72).

Esta valoración del respeto del principio de proporcionalidad analiza también la toma en consideración por el BCE de los riesgos que el programa PSPP entrañaba para los bancos centrales de los Estados miembros (duración predeterminada del programa, restricciones establecidas al volumen de compra, y control de los riesgos de posibles pérdidas), concluyendo que el programa de compra de bonos soberanos PSPP no vulnera el principio de proporcionalidad (para. 100).

En última instancia, el Tribunal de Justicia retoma el argumento ya planteado en la sentencia *Gauweiler* sobre la conformidad de las operaciones de compra de bonos soberanos en los mercados secundarios con las prescripciones contempladas en el art. 123.1 TFUE. A este respecto, considera que el programa PSPP contiene garantías suficientes para prevenir la previsibilidad de la compra en los mercados, y, de este modo, garantizar que solo constituye un incentivo para que los Estados miembros mantengan un presupuesto sólido (para. 135-136), en tanto que la principal fuente de financiación de los mismos sigue siendo el mercado (para. 141). A resultas de estas apreciaciones, el TJUE estima que el programa PSPP respeta tanto las previsiones del art. 123 TFUE como del art. 18.1 de los Estatutos del SEBC (para. 157).

En definitiva, a grandes rasgos, la sentencia *Weiss* no aporta grandes novedades respecto de lo ya afirmado en el asunto *Gauweiler* sobre los programas del BCE de compra de bonos soberanos en mercados secundarios. Sin embargo, partiendo de esta última, el TJUE lleva a cabo precisiones importantes respecto de la imbricación entre la política monetaria y la política económica y, en sentido contrario, los criterios susceptibles de mantener la diferenciación entre ellas.

Así, de acuerdo con los tratados, el objetivo perseguido se convierte en el elemento definidor del carácter monetario o económico de la medida o intervención adoptada (Mooij, 2019: 463), sin que los efectos indirectos puedan tener la capacidad de alterar esta naturaleza, de tal modo que las funciones del BCE no parecen haber cambiado de modo significativo. Sin embargo, vistas en perspectiva, la sucesión de pronunciamientos del Tribunal de Justicia en los asuntos *Pringle*, *Gauweiler* y *Weiss* ofrece el retrato de una construcción pretoriana de la Unión Económica y Monetaria Europea, o, cuando menos, la constatación de las deficiencias con las que esta fue alumbrada.

En efecto, frente a la utópica consideración estanca de la Unión Económica y la Unión Monetaria, la realidad se ha impuesto evidenciando que una unión monetaria «afecta profundamente» al acervo jurídico-político de los Estados miembros involucrados (Hahn, 1991: 784).

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN DE 5 DE MAYO DE 2020: DE LAS PALABRAS A LOS HECHOS

El 5 de mayo de 2020 el Tribunal Constitucional Federal alemán ha transformado las amenazas y avisos que llevaba años enviando al TJUE en una sentencia en la que persigue actuar como el guardián de la integración europea, vigilando sobre las conductas *ultra vires* de sus instituciones³¹ y, de alguna manera, defender la esencia de la Constitución alemana. En dicha sentencia, el TCFA básicamente suspendía la vinculatoriedad para Alemania de la citada decisión del mismo tribunal europeo de diciembre de 2018 (para. 163), a no ser que se integrase la justificación del programa PSPP y se motivase la proporcionalidad de las medidas en un plazo de tres meses.

Desde hace décadas, el TCFA ha sembrado las semillas de los argumentos que se encuentran en esta sentencia reciente, afirmando que se abstendría de ejercer jurisdicción sobre las actuaciones de las instituciones europeas, y de hecho sobre las normas de derecho comunitario a condición de que (*solange*)

³¹ BVerfG, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, decisión del Segundo Senado del 5 de mayo de 2020, disponible en: <https://bit.ly/368TyAh>.

las mismas garantizaran un nivel de protección de los derechos compatible con la Constitución alemana³² y no hubiese extralimitaciones (Grimm, 2020: 944; Wendel, 2020: 979).

En las decisiones relativas a los Tratados de Maastricht y de Lisboa, ya se aclararon temas esenciales para comprender la evolución de la jurisprudencia del TCFA³³. En particular, se examinaba el alcance inviolable del principio democrático (según la perspectiva alemana) y se afirmaba la misión del mismo tribunal de verificar que las actuaciones de las instituciones europeas se desarrollaran dentro de las competencias asignadas. Así, el mismo TCFA «erigió una muralla a la progresión de la integración que alertaba de lo que iba a hacer: su oportunidad en mayo de 2020» (Mangas Martín, 2020: 4), precedida por las dudas que planteó en las cuestiones prejudiciales con respecto a las medidas adoptadas por el BCE a raíz de la crisis económica. Por todo ello, los contenidos de la sentencia que aquí se comenta estaban anticipadas en las decisiones anteriores, también con respecto al OMT³⁴.

Desde una perspectiva sustancial, lo que el TCFA hace es averiguar la validez de las normas europeas en su relación con las normas constitucionales nacionales. Sin embargo, basa desde siempre su razonamiento en el control del respeto, por parte de los órganos políticos alemanes, de sus obligaciones constitucionales internas: el hecho de que se involucren en el juicio normas europeas sería, así, un mero accidente.

Es interesante que Italia hubiese solicitado en 2017 que la cuestión prejudicial fuese inadmitida de plano, alegando que el TCFA intentaba así entrar a juzgar la validez de un acto de la UE desvirtuando la naturaleza de la cuestión prejudicial; sostenía, además, que el mismo tribunal no reconocía valor vinculante a la futura decisión del TJUE, erigiéndose juez último de la interpretación y validez de las normas europeas conforme a los estándares alemanes. El TJUE desestimó esta solicitud recordando, por un lado, que sus decisiones son vinculantes para el juez nacional que las solicita y admitiendo, por otro lado, que cabe la posibilidad de una cuestión prejudicial planteada en un caso en el que de manera incidental se pone en duda la validez de un acto de la UE.

³² Se trata de las dos sentencias conocidas como *Solange I*, 2 BvL 52/71, de 29 de mayo de 1974 (BVerfGE 37, 271) y *Solange II*, 2 BvR 197/83, de 22 de octubre de 1986 (BVerfGE 73, 339).

³³ Para el análisis de la evolución hasta 2010 de la jurisprudencia con referencia a la protección de derechos, véase González Pascual (2010: 124-146).

³⁴ Para una reconstrucción completa, véase también Sáinz de Vicuña y Barroso (2016: 1067).

1. LOS ARGUMENTOS DEL TCFA SOBRE FALTA DE MOTIVACIÓN Y PROPORCIONALIDAD

En primer lugar, como se acaba de ver, el TCFA lamentaba que las medidas relacionadas con el PSPP carecían de una motivación específica con respecto a necesidad, entidad y duración en su relación con la política monetaria y los efectos para la política económica. Considera ahora que la respuesta del TJUE es insuficiente a su vez, ya que no proporciona un análisis detallado de la motivación misma, ni argumenta correctamente al respecto³⁵.

En segundo lugar, creía que el BCE no tenía una competencia específica para adoptar aquellas medidas y que no había justificado por qué no estaba actuando con instrumentos coherentes con su mandato monetario (principal), de mantenimiento de la estabilidad de los precios, en lugar de emplear instrumentos que invadían la competencia económica y fiscal de los Estados miembros, situándose así *ultra vires*³⁶. La decisión del TJUE, en opinión del TCFA, no proporciona argumentos convincentes y, además, los jueces europeos habrían renunciado a desempeñar su rol de guardianes de los tratados, consintiendo una expansión ilegítima de los poderes del BCE (paras. 162 y 163). Con referencia al principio de proporcionalidad conforme al art. 5 TUE, el TCFA critica la ausencia en la sentencia del TJUE de un análisis de los efectos económicos y le reprocha su autolimitación al examen de los excesos *manifestos* por parte del BCE y de posibles efectos adversos también *manifestamente* desproporcionados con respecto al objetivo perseguido.

La ponderación equivocada realizada por el BCE se quedaría así exenta de control jurisdiccional, y ello para el TCFA resulta inaceptable. Finalmente, además de contestar la actuación del BCE, como resulta evidente en los argumentos que se han brevemente resumido, el TCFA critica duramente al TJUE, acusándole también de conductas *ultra vires*, pues define partes de la sentencia de 2018 como incomprensibles, arbitrarias y básicamente extrañas a su mandato judicial.

2. ¿UN CORTOCIRCUITO NACIONAL? CIUDADANOS Y TCFA VS. INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS

Un elemento de interés de este caso está representado por el cortocircuito democrático que supone a nivel interno, dentro de la misma Alemania,

³⁵ Críticos sobre esta parte de la sentencia del TJUE, Mangas Martín (2020: 8) y Galetta y Ziller (2020: 179).

³⁶ Una reconstrucción crítica al respecto puede encontrarse en Pace (2020: 299); Schneider (2020: 968) intenta individualizar los aspectos positivos de dicha doctrina.

en el que se ha creado una suerte de conflicto entre dos bandos, es decir, entre ciudadanos apoyados por el TCFA y ejecutivo y legislativo federales.

En efecto, lo que ha desencadenado los hechos fueron los recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerde*), planteados en Karlsruhe por Heinrich Weiss y otros, entre ellos, Bernd Lucke (uno de los fundadores del partido *Alternative für Deutschland*), y el miembro de la CSU (*Christlich-Soziale Union*) bávara Peter Gauweiler, con el apoyo del profesor Markus Kerber. El objetivo fundamental era evitar que se llegase a compartir los riesgos dentro del sistema UE, afectándose así los equilibrios entre ganancias y pérdidas de los bancos centrales y en consecuencia vulnerando la identidad constitucional alemana conforme al art. 79.3 de la Constitución (que protege el núcleo duro de la misma). Según ellos, si los efectos económicos de recapitalización de los bancos centrales hubiesen sido de tal envergadura, habría sido necesaria la involucración del Bundestag; órgano, este, que no se había opuesto a la compra de bonos hasta el momento (ni lo había hecho el Gobierno federal).

Si bien el TCFA no sancionaba en mayo la inercia de los órganos políticos nacionales, pues no llegó a declarar su responsabilidad por omisión, los consideraba empero obligados a oponerse al PSPP en su forma actual. Les ordenaba que, junto con el Banco Central alemán (Bundesbank), consiguieran por parte del BCE una decisión que justificase, de forma comprensible y comprobada, que los fines de política monetaria que el PSPP pretendía alcanzar no iban a tener efectos desproporcionados por lo que atañe a las políticas económica y fiscal. En caso contrario, el mismo Bundesbank no estaría facultado para tomar parte en la aplicación del sistema, no pudiendo ya adquirir bonos y estando obligado a vender aquellos que ya posea. En otras palabras, puesto que a ninguna autoridad alemana se le puede exigir implementar o ejecutar actos europeos *ultra vires*, transcurrido el plazo de tres meses que el TCFA estimaba suficiente para una coordinación del Eurosistema, las obligaciones de participación en el PSPP habrían caducado. Un verdadero ultimátum establecido por el TCFA para las instituciones europeas (Tesauro y De Pasquale, 2020: 14).

3. REACCIONES INSTITUCIONALES Y CRÍTICAS DOCTRINALES

En términos teóricos y absolutamente generales, es de apreciar que el TCFA en los casos analizados haya planteado cuestiones prejudiciales, sin proceder a interpretar de manera unilateral las normas de derecho de la UE (Sáinz de Vicuña y Barroso 2016: 1095), lo cual demuestra una parcial superación de la actitud totalmente reacia al diálogo que en el pasado había mantenido (Ragone, 2011). Y, para individualizar una vertiente positiva del asunto, quizá su intervención pueda servir para reabrir el debate político sobre una capacidad fiscal de la UE que refuerce y legitime las actuaciones del BCE de los últimos años (Cafaro, 2020), aunque no parece muy probable.

Sin embargo, la sentencia del TCFA presenta una serie de problemas metodológicos, desde una perspectiva jurídica, y otros de oportunidad, desde una perspectiva política.

Por un lado, y por muy obvio que pueda parecer, si bien la decisión del TJUE de diciembre de 2018 tenía una motivación deficiente, ninguna norma permite no acatarla por estar mal escrita. Además, como señaló el abogado general en sus conclusiones sobre el caso *Gauweiler*, si se reconociese a cualquier tribunal constitucional nacional la posibilidad de seleccionar las sentencias europeas vinculantes, se rompería el pacto constitucional que subyace a la construcción europea, que tiene entre sus fundamentos la cesión al TJUE de la «competencia sobre las competencias» (*Kompetenz-Kompetenz*). Así, la sentencia quebraría «la primacía del derecho de la UE, la unidad del ordenamiento común y la seguridad jurídica», al cuestionar la autoridad del órgano jurisdiccional a cargo de la interpretación y aplicación de los tratados (Mangas Martín, 2020: 11). Al mismo tiempo representaría un peligroso precedente para tribunales y gobiernos críticos con la integración europea y proclives a argumentos «nacionalistas», como es el caso de Polonia y Hungría (Caravita *et al.*, 2020: 12).

Si se tiene en cuenta el parámetro empleado en el juicio, al declarar la «inconstitucionalidad» (en parte) del programa PSPP, el TCFA estaría vulnerando el derecho de la UE y la seguridad jurídica (Mangas Martín, 2020: 7-8) y más en general el principio básico del derecho internacional, *pacta sunt servanda* (Tesauro y De Pasquale, 2020: 18).

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que la valoración del TCFA se basa en una «entelequia», es decir, la distinción entre política monetaria y política económica (Lozano Cutanda, 2020: 3; en un sentido parecido, Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, 2020), y cae en una contradicción lógica; ello porque considera ilegítimo el programa PSPP por falta de ponderación y proporcionalidad en las evaluaciones del BCE. Sin embargo, el TCFA no puede *a priori* asegurar que esta ponderación no haya tenido lugar; solo puede constatar que no es posible averiguarlo. Según la doctrina, este razonamiento esconde la verdadera finalidad de la sentencia (Pace, 2020: 307).

Las mismas indicaciones que el TCFA da al BCE parecen ser una extralimitación del primero (Ciancio, 2020: 35) al configurarse como una «instrucción» que viola la independencia del segundo conforme al art. 130 TFUE³⁷. El

³⁷ Textualmente: «[...] en el ejercicio de las facultades y en el desempeño de las funciones y obligaciones que les asignan los Tratados y los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, ni el Banco Central Europeo, ni los bancos centrales nacionales, ni ninguno de los miembros de sus órganos rectores podrán solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, ni de los Gobiernos de los Estados miembros, ni de ningún otro órgano. Las instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como los Gobiernos de los

TCFA manifiesta una actitud opuesta a la del TJUE, que en la sentencia *Weiss* había reconocido un margen amplio de apreciación para el Sistema Europeo de Bancos Centrales y se había centrado en averiguar si las decisiones del BCE estaban motivadas y no presentaban errores manifiestos de apreciación. El TJUE confiaba así en la diligencia y precisión del BCE a la hora de elegir e implementar los medios técnicos necesarios.

Políticamente, la sentencia del TCFA ha sido atacada, como mínimo, por su «inoportunidad» en una fase tan delicada y decisiva de la integración europea y de los equilibrios entre los Estados (Caravita *et al.*, 2020: iv; menos críticos Rovetta y Smiatacz, 2020: 435). Con argumentos similares, se ha criticado que el TCFA, tras reprocharle al BCE haber actuado sin tener en cuenta los efectos sobre la política económica, adoptase una sentencia que, aun cuando se pudiese considerar parte de sus competencias (lo cual es cuestionable), «no ha medido adecuadamente sus efectos colaterales económicos, jurídicos y políticos en un momento especialmente crítico» (Lozano Cutanda, 2020: 6). En términos generales, la decisión del TCFA se superpone y opone al resultado de meses de negociaciones y actuaciones diplomáticas y en el seno de las instituciones europeas, transfiriendo a nivel de la UE una visión puramente alemana de la proporcionalidad, sin realizar una ponderación adecuada de los intereses en juego ni de los efectos positivos (Poiars Maduro, 2020).

Por todo ello, las reacciones de las instituciones europeas no se han hecho esperar.

El mismo día, el BCE difundió un comunicado de prensa en el que, de manera sintética pero concluyente, revalidaba su compromiso para hacer todo lo necesario, dentro de su mandato, para asegurar que la inflación siguiera situándose en un nivel coherente con sus fines a medio plazo, y recordaba que el TJUE ya había confirmado que estaba actuando dentro de su competencia relativa a la estabilidad de precios en la sentencia de 2018. La presidenta Lagarde añadía que los referentes principales serían, en todo caso, el Parlamento Europeo y el TJUE.

Tres días más tarde, el TJUE a su vez hizo público un comunicado de prensa bastante insólito³⁸, en el que, tras reiterar que nunca hace comentarios acerca de las decisiones adoptadas a nivel estatal, recordaba (al TCFA) que sus sentencias dictadas con carácter prejudicial son vinculantes, para el órgano judicial nacional, en la resolución del litigio principal; que el derecho de la UE tiene primacía sobre los derechos nacionales y que solo el mismo TJUE puede

Estados miembros, se comprometen a respetar este principio y a no tratar de influir en los miembros de los órganos rectores del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales en el ejercicio de sus funciones».

³⁸ Tribunal de Justicia de la UE, comunicado de prensa n. 58/20, Luxemburgo, 8 de mayo de 2020, disponible en: <https://bit.ly/3jw5tLQ>.

juzgar la validez de los actos europeos. Justificaba su intervención por haber recibido numerosas solicitudes de aclaraciones después de la sentencia alemana y anticipaba que no difundiría comunicaciones posteriores al respecto.

El mismo TJUE habría sido competente si la Comisión hubiese decidido abrir un procedimiento de infracción, conforme al art. 258 TFUE, en contra de Alemania (opción que la misma presidenta afirmó no descartar por completo el 10 de mayo³⁹). En efecto, es posible que el incumplimiento por parte de un Estado sea el resultado de la actuación de un órgano jurisdiccional, además de la consecuencia de la conducta de instituciones políticas nacionales. Existe en este sentido un reciente precedente en el que el órgano interesado era el Consejo de Estado francés⁴⁰. De momento, al cabo de tres meses, la Comisión no ha terminado su análisis de la sentencia de mayo que podría emplearse para abrir el expediente de infracción.

¿Bien está lo que (por ahora) bien acaba? Desde mayo, se han sucedido actuaciones de distintas instituciones para desactivar los efectos de la sentencia que podrían poner en entredicho las medidas ya en pie y las futuras medidas del BCE para responder también a la crisis económica generada por la pandemia por COVID-19. A los pocos días, la canciller Angela Merkel había promovido nuevas negociaciones dirigidas a alcanzar una decisión sobre medidas parecidas y el ministro de Finanzas había declarado que, según su criterio, el Bundesbank podría seguir participando en las compras del BCE.

El presidente del Bundesbank solicitó al BCE la autorización para transmitir al ejecutivo y al legislativo alemanes algunos documentos confidenciales que probarían la ponderación por parte del BCE mismo de su intervención en los mercados, sin incurrir en aquellas extralimitaciones evocadas por el TCFA. Esta actuación, entre otras, ha favorecido que el Bundestag pudiera aprobar, el 2 de julio, una resolución que daba por cumplida la petición del 5 de mayo, afirmando que está comprobado que el BCE había sopesado todas las consecuencias del programa PSPP llegando a valorar que el impacto positivo en la política monetaria justificaría su realización. El mismo presidente del Bundesbank, en nombre del consejo directivo, aclaró que se pueden considerar satisfechas las exigencias establecidas por el TCFA, sumándose a las opiniones del Bundestag y del Gobierno federal.

Empero, la historia no se ha acabado aquí. Los recurrentes han solicitado que el TCFA averigüe el cumplimiento fehaciente de la sentencia de 2020 y ello podría llevar a una nueva revisión de los datos y documentos facilitados

³⁹ Declaración de la Presidenta de la Comisión Europea, de 10 de mayo de 2020, disponible en: <https://bit.ly/2Tn0tyu>.

⁴⁰ Sentencia del 4 de octubre de 2018, asunto C-416/17, *Comisión c. Francia*.

por el BCE (y en consecuencia a una nueva afirmación de la obligación del Bundesbank de salir del programa)⁴¹.

IV. IMPACTO SOBRE LA RESPUESTA A LA PANDEMIA POR COVID-19 Y RELEVANCIA PARA LOS CONFLICTOS ENTRE ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES MÁS ALLÁ DE EUROPA

A la hora de dictar la sentencia del 5 de mayo y de darla a conocer, el propio TCFA en su comunicado de prensa afirmó que la misma no afectaba a «ninguna de las medidas de asistencia financiera adoptadas por la Unión Europea o el Banco Central Europeo en el contexto de la crisis del coronavirus».

Sin embargo, aunque aclarase que el razonamiento se circunscribía al programa PSPP y no al programa excepcional para hacer frente a la pandemia por COVID-19, el TCFA estaba dando unas cuantas pautas al BCE sobre lo que considera equilibrado, estableciendo una serie de condiciones necesarias para que no se estime vulnerada la prohibición de financiación monetaria de los Estados miembros. Entre otras: el volumen limitado de compras desde el inicio del programa; la publicación de información agregada sobre las características de las compras; el límite, para los bancos centrales del Eurosystema, del 33% de una determinada emisión de bonos de una administración de un Estado miembro o del 33% de los valores en circulación de uno de los Estados; la proporción de los volúmenes de compras en comparación con la proporción de capital; las limitaciones a la compra de valores de entidades públicas solo si el cedente está en posesión de una certificación de calidad crediticia mínima que permita acceso al mercado; el carácter siempre limitado y discontinuo de las compras que deben terminar cuando ya no sean necesarias para alcanzar el objetivo de estabilizar la inflación al 2%.

En consecuencia, como efecto colateral, voluntariamente deseado o no, el hecho es que la sentencia del TCFA puede suponer una hipoteca para los programas que se implementen con el fin de afrontar las consecuencias económicas derivadas de la pandemia por COVID-19 (Fragana, 2020: 309). No parece muy relevante que se trate de una «respuesta a un problema coyuntural, pasajero» (Roca, 2020: 2849), como es el caso del programa de compras de emergencia (Pandemic Emergency Purchase Programm, PEPP) recientemente activado por el BCE, en unas circunstancias en las que, como ha reconocido

⁴¹ El debate sigue abierto en los foros políticos y mediáticos, como lo ejemplifica el editorial de *El País* del 8 de agosto: *Defensa del BCE. Bruselas debe actuar ya contra el Tribunal Constitucional alemán*, <https://elpais.com/opinion/2020-08-07/defensa-del-bce.html>.

Kristalina Georgieva (directora gerente del Fondo Monetario Internacional, FMI), «los costes humanos de la pandemia del Coronavirus ya son inconmensurables y todos los países necesitan trabajar juntos para proteger a las personas y limitar el daño económico. Este es un momento de solidaridad [...]»⁴².

Adicionalmente, el impacto de la sentencia de Karlsruhe, a diferencia de *Solange*, va dirigido directamente contra el derecho originario, donde se afirma que el TJUE «garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados» (art. 19.1 TUE). Ello implica, como resulta conocido, que no es su único intérprete en tanto que comparte dicha función con los órganos jurisdiccionales nacionales, pero sí su intérprete supremo, al que quedan vinculados aquellos. De hecho, a través de la cuestión prejudicial prevista en el actual art. 267 TFUE —exportada por el Protocolo de Tegucigalpa de 13 de diciembre de 1991, a la Corte Centroamericana de Justicia, y por el Protocolo de Cochabamba de 1996, a la Corte de Justicia de la Comunidad Andina—, el TJUE está llamado a pronunciarse sobre la «interpretación de los Tratados», y sobre la «validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión», conformando un auténtico modelo de diálogo entre tribunales (De Vergotini, 2010). Un diálogo en ocasiones conflictual, pero que nunca hasta hoy había supuesto la suplantación, por la vía de los hechos, de las funciones que competen al TJUE en relación con el derecho de la UE por un tribunal constitucional nacional.

En última instancia, la sentencia del TCFA de 5 de mayo representa un ulterior ejemplo de la tendencia a desafiar la autoridad de órganos jurisdiccionales supra e internacionales que se ha dado tanto en Europa como en América Latina, devolviendo el impulso al antiguo debate sobre la supervivencia de la soberanía nacional en los sistemas de integración supranacional. Un ejemplo de conflicto puede estar representado por lo que sucedió el 11 de abril de 2019, cuando los gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay presentaron al Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) una Declaración conjunta sobre el estado actual del sistema interamericano en la que, según afirmaban, «se debe respetar el legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados»⁴³. La puesta en entredicho de la autoridad de las organizaciones internacionales, y no solo de los tribunales internacionales, ha sido un *fil rouge* también de la actuación de la actual administración estadounidense, que desde hace meses está dificultando o paralizando la acción de la Organización Mundial del Comercio, y en julio llegó a notificar a las Naciones Unidas su salida de la Organización Mundial de la Salud por su rol en la pandemia.

⁴² Disponible en: <https://www.imf.org/es/Topics/imf-and-covid19>.

⁴³ Disponible en: <https://bit.ly/34yUkWt>.

Pero tampoco en la UE corren buenos tiempos para la integración supranacional y, en este contexto, la sentencia del TCFA que se ha venido analizando constituye también un peligroso ejemplo para otros tribunales, cuyas decisiones futuras a imitación del Alto Tribunal alemán pueden suponer un riesgo para la propia subsistencia de la UE en un momento histórico en el que se enfrenta a fuertes movimientos centrípetos provenientes de distintos Estados miembros como Polonia y Hungría (respecto de los cuales, junto a la República Checa), el TJUE acaba de declarar el incumplimiento de las obligaciones derivadas de las Decisiones relativas a la reubicación de solicitantes de protección internacional⁴⁴). ¿Qué pasaría si considerasen que la sentencia no está bien argumentada y la declararan inaplicable, siguiendo el ejemplo de la decisión alemana?

En todo caso, más allá de las repercusiones de la sentencia del TCFA en el ordenamiento jurídico y en la organización institucional de la UE, como subraya M. Aragón Reyes (2019: 37-38), en la actual situación de globalización, universalización y supraestatalización en materia de derechos humanos, el futuro de la justicia constitucional «se juega» en el terreno de su imbricación en el «sistema de justicia constitucional supraestatal» a través del mantenimiento de un continuo diálogo entre jurisdicciones.

Bibliografía

- Antenbrink, F. (2019). The European Central Bank's intricate independence versus accountability conundrum in the post-crisis governance framework. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 26(1), 165-179. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1023263X18822789>.
- Aragón Reyes, M. (2019). El futuro de la justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(1), 11-41. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.01>.
- Beukers, T. (2013). The New ECB and its Relationship with the Eurozone Member States: Between Central Bank Independence and Central Bank Intervention. *Common Market Law Review*, 50, 1579-1620.
- Bini Smaghi, L. y Casini, C. (2000). Monetary and Fiscal Policy Co-operation: Institutions and Procedures in EMU. *Journal of Common Market Studies*, 38(3), 375-391. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1468-5965.00226>.
- Cafaro, S. (2020). Quale Quantitative Easing e quale Unione europea dopo la sentenza del 5 maggio? *Sidiblog.org*, 8 de mayo. Disponible en: <https://bit.ly/3mnWXAq>.

⁴⁴ Sentencia de 2 de abril de 2020, *Comisión c. Polonia, Hungría y República Checa*, asuntos acumulados C-715/17, C-718/17 y C-719/17.

- Caponi, R. (2014). La Corte costituzionale tedesca e la crisi dell'eurozona. Salvaguardare l'euro con ogni mezzo? Il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale tedesca. *Giornale di Diritto amministrativo*, 5, 469-478.
- Caravita, B., Condinanzi, M., Morrone, A., y Poggi, A. M. (2020). Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione. *Federalismi.it*, 4-14.
- Ciancio, A. (2020). The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's public sector purchase program: an attempt to «break the toy» or a new starting point for the Eurozone? *Federalismi.it*, 35-47.
- Committee for the Study of Economic and Monetary Union. Jacques Delors Chairman (1989). *Report on Economic and Monetary Union in the European Community*, 1-40.
- Conclusiones Consejo Europeo (2010). EUCO 7/10, 25-26 marzo, 1-11.
- De Grauwe, P. (2012). The European Central Bank: Lender of Last Resort in the Government Bond Markets. En F. Allen *et al.* (eds.). *Governance for the Eurozone. Integration or Disintegration?* Philadelphia: FIC Press.
- De Haan, J., Amtenbrink, F. y Waller, S. (2004). The transparency and Credibility of the European Central Bank. *Journal of Common Market Studies*, 42(4), 775-794. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.0021-9886.2004.00529.x>.
- De Vergottini, G. (2010). *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Madrid: Cuadernos Civitas. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.28.2011.6962>.
- Duisenberg, W. F. (2005). Introduction. En Banco Central Europeo. *The Eurosystem, the Union and Beyond. The Single Currency and Implications for Governance*. Disponible en: <https://bit.ly/31I3IKF>.
- ECB (2010). The ECB's relations with European Union institutions and bodies – trends and prospects. *Monthly Bulletin January*, 73-84.
- Fabbrini, F. (2016). Guest Editor's Introduction. The European Court of Justice, the European Central Bank, and the Supremacy of EU Law. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(1), 3-16. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1023263X1602300101>.
- Faraguna, P. (2020). Il *Bundesverfassungsgericht* dichiara *ultra vires* il *Quantitative easing* (con uno sguardo al *Pandemic Emergency Purchase Programme*?). *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 306-315.
- Follesdal, A. y Hix, S. (2006). Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik. *Journal of Common Market Studies*, 44(3), 533-562. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1468-5965.2006.00650.x>.
- Fromage, D., Dermine, P., Nicolaidis, P. y Tuori, K. (2019). ECB independence and accountability today: Towards a (necessary) redefinition? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 26(1), 3-16. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1023263X19827819>.
- Galetta, D. U. y Ziller, J. (2020). «¿Karlsruhe über alles?» la insoportable pesadez del juez constitucional alemán (sobre la sentencia del «Zweiter Senat» del Tribunal Constitucional Federal alemán del 5 de mayo de 2020 relativa al programa PSPP del Banco Central Europeo). *Revista Española de Derecho Europeo*, 73-74, 179-212. Disponible en: https://doi.org/10.37417/REDE/num73-74_2020_390.

- González Pascual, M. (2010). *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Grimm, D. (2020). A Long Time Coming. *German Law Journal*, 21(5), 944-949. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/glj.2020.55>.
- Hahn, H. J. (1991). The European Central Bank: Key to European Monetary Union or Target? *Common Market Law Review*, 28(4), 783-820.
- Hinarejos, A. (2015). *Gauweiler* and the Outright Monetary Transactions Programme: The Mandate of the European Central Bank and the Changing Nature of Economic and Monetary Union. European Court of Justice, Judgement of 16 June 2015, Case C-62/14 Gauweiler and others v. Deutscher Bundestag. *European Constitutional Law Review*, 11, 563-576. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019615000346>.
- Högenauer, A-L. y Howarth, D. (2019). The democratic deficit and European Central Bank crisis monetary policies. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 26(1), 81-93. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1023263X18824776>.
- Jędrzejowska-Schiffauer, I. y Schiffauer, P. (2016). European Central Bank's OMT decision: still within the framework of the monetary policy? *Journal of International Studies*, 9(2), 195-206. Disponible en: <https://doi.org/10.14254/2071-8330.2016/9-2/15>.
- Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, A. (2020). La compra de deuda pública por el Banco Central Europeo: notas sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 5 de mayo de 2020. *Revista de Administración Pública*, 212, 147-179. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.05>.
- Lozano Cutanda, B. (2020). La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: ¿y ahora qué? *Análisis GA_P*, mayo, 1-6.
- Majone, G. (1998). Europe's 'Democratic deficit': The Question of Standards. *European Law Journal*, 4(1), 5-28. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1468-0386.00040>.
- Mangas Martín, A. (2020). El Tribunal Constitucional Alemán y su «fuego amigo» sobre el Tribunal de Justicia de la UE y el BCE. *ARI Real Instituto Elcano* 72/2020, 1-15. Disponible en: <https://bit.ly/31KVegq>.
- Mooij, A. (2019). The *Weiss* judgement: The Court's further clarification of the ECB's legal framework. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 26(3), 449-465. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1023263X19837208>.
- Moravcsik, A. (2002). In defense of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union. *Journal of Common Market Studies*, 40(4), 5-28. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1468-5965.00390>.
- Pace, L. F. (2020). Il BVerGe la sentenza sul programma PSPP: «c'è della logica in questa follia»? Il prevedibile «rientro» della «crisi istituzionale» annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020. *Federalismi.it*, 299-309.
- Poiars Maduro, M. (2020). Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court. *Verfassungsblog: On Matters Constitutional* [blog], 6-5-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3jBz1b2>.
- Ragone, S. (2011). Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos

- Humanos: una propuesta de clasificación. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 16, 53-90.
- Roca, M. J. (2020). La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Programa de Compra de Bonos por el Banco Central Europeo: el control ultra vires y la primacía del Derecho Europeo. *DPCE online*, 2, 2845-2856.
- Rovetta, D. y Smiatacz, A. (2020). The German Federal Constitutional Court's Judgment on the PSPP: What happened to the EU law Supremacy? Implications of the Judgment for the Trade and Customs Policy of the European Union. *Global Trade and Customs Journal*, 15(9), 435-444.
- Sáinz de Vicuña y Barroso, A. (2016). La política monetaria del BCE ante el Tribunal Constitucional Federal alemán: la sentencia de 21 de junio de 2016 en el caso «OMT». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 1067-1099. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.55.08>.
- Schneider, K. (2020). Gauging «Ultra-Vires»: The Good Parts. *German Law Journal*, 21(5), 968-978. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/glj.2020.61>.
- Simon, S. (2015). Direct Cooperation Has Begun: Some Remarks on the Judgement of the ECJ on the OMT Decision of the ECB in Response to the German Federal Constitutional Court's First Request for a Preliminary Ruling. *German Law Journal*, 16(4), 1025-1048. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S2071832200019982>.
- Smits, R. (1991). The European Central Bank: Institutional Aspects. *International and Comparative Law Quarterly*, 45, 319-342. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0020589300059017>.
- (2008). The European Central Bank's Independence and Its Relations with Economic Policy Makers. *Fordham International Law Journal*, 31, 1614-1636.
- (2012). Correspondence. *Common Market Law Review*, 49(2), 827-831.
- Tesaro, G. y De Pasquale, P. (2020). La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco. *Il Diritto dell'Unione Europea - Osservatorio Europeo*, 11 de mayo. Disponible en: <https://bit.ly/3omH1Ad>.
- Wendel, M. (2020). Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception. *German Law Journal*, 21(5), 979-994. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/glj.2020.62>.
- Wolff, G. B. (2013). The ECB's OMT Programme and German Constitutional Concerns. En I. Atiyas *et al.*, *The G-20 and Central Banks in the New World of Unconventional Monetary Policy* (pp. 26-31). Disponible en: <https://brook.gs/35FZLCi>.
- Ziller, J. (2010). Zur Europarechtsfreundlichkeit des deutschen Bundesverfassungsgerichtes. Eine ausländische Bewertung des Urteils des Bundesverfassungsgerichtes zur Ratifikation des Vertrages von Lissabon. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 65, 157-176. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s00708-010-0046-2>.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO. A PROPÓSITO DEL CASO BOSTOCK Y EL FUTURO DEL ORIGINALISMO

Constitutional interpretation and antidiscriminatory law. About Bostcok Case and the future of originalism

PABLO NUEVO LÓPEZ¹
Universitat Abat Oliba CEU, CEU Universities
pnuevo@uao.es

Cómo citar/Citation

Nuevo López, P. (2020).

Interpretación constitucional y derecho antidiscriminatorio.

A propósito del caso *Bostock* y el futuro del originalismo.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(2), 449-464.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.14>

Resumen

En el presente trabajo se analiza el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Bostock v. Clayton County*, en el que consideró que la prohibición de discriminación por razón de sexo de la Ley de derechos civiles de 1964 protege también frente a la discriminación por razón de orientación sexual o de identidad de género. Dado que el ponente que refleja la opinión mayoritaria de la Corte es el juez Neil Gorsuch —nombrado por el presidente Trump para el

¹ Pablo Nuevo López es doctor en Derecho por la Universidad San Pablo CEU. Actualmente es profesor de Derecho Constitucional en la Universitat Abat Oliba CEU de Barcelona. Este trabajo es resultado del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-104414GB-C32 «Instrumentos contramayoritarios en el Estado constitucional» y se inserta en las actividades del Grupo de estudios sobre Democracia y Constitucionalismo (GEDECO. Grupo consolidado por la Generalitat en 2017, SGR 1595).

cargo, y defensor del originalismo y el textualismo como métodos de interpretación jurídica—, se presta especial atención al modo en que dicha teoría influye en el razonamiento de la opinión de la mayoría, lo mismo que en los votos particulares de los jueces Alito y Kavanaugh.

Palabras clave

Derecho antidiscriminatorio; originalismo; interpretación constitucional; separación de poderes.

Abstract

This paper discusses the recent ruling of the U.S. Supreme Court in *Bostock v. Clayton County*, in which the Court considered that the sex discrimination ban of the Civil Rights Act of 1964 also protects against discrimination based on sexual orientation or gender identity. Given that who reflects the Court's majority opinion is Judge Neil Gorsuch – appointed by President Trump to office, and advocate of originalism and textualism as a method of legal interpretation, particular attention is paid to how that theory influences the reasoning of the majority's opinion, as well as the dissenting opinions of Judges Alito and Kavanaugh.

Keywords

Antidiscriminatory law; originalism; constitutional interpretation; separation of powers.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CASO BOSTOCK Y LA APROXIMACIÓN ORIGINALISTA DEL JUEZ GORSUCH. III. NO TOMARÁS EL NOMBRE DE SCALIA EN VANO: LOS VOTOS PARTICULARES DE ALITO Y KAVANAUGH: 1. Originalismo y discriminación por orientación sexual. 2. Separación de poderes y *rule of law*. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 15 de junio de 2020 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América dictó una sentencia que, más allá del caso concreto, marcará la evolución del propio tribunal en los próximos años, al decidir que un empleador que despide a una persona simplemente por ser gay o transgénero viola el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964, aplicando a la orientación sexual la protección del derecho antidiscriminatorio.

Hasta este momento, la expansión de derechos en casos sobre cuestiones morales controvertidas había venido de la mano del activismo judicial de jueces progresistas (*liberals*), que por considerar que la Constitución es un texto vivo corresponde a los tribunales adaptar las previsiones constitucionales a los sentimientos de justicia y libertad presentes en la sociedad de cada momento.

Este activismo judicial es patente en casos como *Griswold v. Connecticut* (1965), en el que el Tribunal señaló que de la penumbra de los derechos reconocidos en la Constitución emana un derecho a la privacidad que incluye el derecho de acceder a los anticonceptivos, o en la saga de decisiones sobre el aborto; así, por ejemplo, en *Roe v. Wade* (1973) incluyó en el derecho a la privacidad descubierto en *Griswold* el aborto como derecho constitucional de las mujeres, y en *Casey v. Planned Parenthood* (1992) afirmó que en el corazón de la libertad está el derecho a definir el propio concepto de existencia, de significado, del universo y del misterio de la vida humana.

Idéntico modo de razonar —a partir de premisas abstractas de libertad, justicia e igualdad que iluminarían el sentido de la Constitución viviente— ha marcado la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano en cuestiones sobre orientación sexual. En este sentido, en *Lawrence v. Texas* (2003) consideró contraria a la Constitución una norma que penalizaba la homosexualidad por vulnerar el derecho a la privacidad y la autonomía personal, y en *Obergefell v. Hodges* (2015) que dicho derecho debía incluir el de contraer

matrimonio con alguien del mismo sexo, pues lo contrario —y aun cuando la unión homosexual fuera legal y dispusiera de algún tipo de reconocimiento jurídico— tiene como efecto mostrar que los gays y lesbianas son desiguales en importantes aspectos, precisamente porque el Estado hace del matrimonio algo singularmente valioso por el significado que le otorga².

Sin embargo, en *Bostock v. Clayton County*, y con Neil Gorsuch como ponente, el Tribunal Supremo no solo consideró discriminatorio el despido de personas gay o transgénero por el mero hecho de serlo, sino que lo hizo a partir de una interpretación de la norma basada en el originalismo y el textualismo, esto es, considerando que «únicamente la palabra escrita es la ley», y por tanto excluyendo de su razonamiento consideraciones abstractas de justicia, libertad o igualdad. De ahí que sea la argumentación del caso lo que le convierte en especialmente relevante.

II. EL CASO BOSTOCK Y LA APROXIMACIÓN ORIGINALISTA DEL JUEZ GORSUCH

En el caso *Bostock* los litigantes son tres empleados que, después de llevar años desempeñando de manera satisfactoria su trabajo, fueron despedidos cuando revelaron a sus respectivos empleadores su orientación sexual o su comportamiento transgénero. Gerald Bostock llevaba más de una década trabajando para el condado de Clayton, en Georgia, en la oficina de defensa del menor cuando, a raíz de su participación en una liga deportiva para homosexuales, fue despedido por comportamiento impropio. Donald Zarda, instructor de paracaidismo, llevaba varias temporadas trabajando para la compañía Altitude Express en Nueva York hasta que, tras mencionar que era homosexual, fue despedido. Aimee Stephens trabajaba para una funeraria en Michigan, y cuando llevaba seis años en dicho empleo fue diagnosticado de «disforia de género», tras lo cual escribió a su empleador que, a la vuelta de un periodo vacacional, pretendía vivir y trabajar a tiempo completo como una mujer, sin embargo, y tras alegar que «la cosa no va a funcionar», su empleador le comunicó el despido antes de comenzar las vacaciones.

En los procesos judiciales iniciados en sus Estados de origen los resultados fueron contradictorios. En el caso del señor Bostock la Corte del Undécimo Circuito concluyó que la Ley de derechos civiles de 1964 no prohíbe a un empleador despedir a un trabajador por ser homosexual. En el caso del señor Zarda, la Corte del Segundo Circuito señaló que la discriminación por orientación sexual vulnera el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964,

² A este respecto, véase el comentario de David Delgado Ramos a la citada sentencia (Delgado Ramos, 2017).

conclusión a la que también llegó —para el caso de personas con comportamiento transgénero— la Corte del Sexto Circuito.

Aunque en el curso de los respectivos procesos los señores Zarda y Stephens fallecieron, sus herederos continuaron litigando e impulsando las causas pendientes. De este modo, la Corte Suprema se encontró con una cuestión netamente constitucional, sobre el alcance de la protección del derecho antidiscriminatorio en las relaciones de trabajo, con pronunciamientos opuestos en varios tribunales federales, de manera que decidió asumir los casos para decidir cómo debe interpretarse en este aspecto el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964.

En la opinión mayoritaria del juez Neil Gorsuch, el Tribunal dictaminó que la discriminación por parte de los empleadores contra cualquier empleado debido a la identidad de género u orientación sexual de ese empleado es inherentemente la misma discriminación «por sexo» prohibida por el título VII.

Para llegar a esta conclusión, el juez Gorsuch comienza haciendo una profesión de fe originalista. Así, el razonamiento comienza señalando lo siguiente:

Este Tribunal normalmente interpreta una ley de acuerdo con el sentido público ordinario de sus términos en el momento de su promulgación. Después de todo, solo las palabras escritas en la misma constituyen la norma adoptada por el Congreso y aprobada por el Presidente. Si los jueces pudieran agregar, remodelar, actualizar o restar valor de antiguos términos legales inspirados únicamente en fuentes extratextuales y nuestra propia imaginación, correríamos el riesgo de enmendar las normas desde fuera del proceso legislativo reservado a los representantes del pueblo. Y negaríamos a la gente el derecho a seguir confiando en el significado original de la ley con el que han contado para conocer sus derechos y obligaciones.

A partir de esta toma de postura sobre el método interpretativo adecuado para dilucidar el alcance del derecho antidiscriminatorio, considera el juez Gorsuch que lo que debe hacer la Corte Suprema es determinar el significado del mandato presente en el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 conforme al cual es ilegal para un empleador tratar menos favorablemente en el ámbito laboral a un individuo por razón de raza, color de piel, religión, sexo u origen nacional, extendiéndose esta prohibición de discriminación al acceso al trabajo, a las condiciones del mismo (salario, beneficios empresariales, etc.) o a la permanencia en el puesto (protección frente al despido).

De los diferentes motivos de discriminación prohibidos por el Título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 el juez Gorsuch considera que únicamente es relevante, en el caso objeto de examen, la discriminación por razón de sexo, añadiendo además que el Tribunal asume que sexo significa lo

que los empleadores originalmente demandados consideran que significa: la distinción biológica entre varón y mujer.

Sin embargo, eso no es más que el comienzo del análisis jurídico de casos como el presente en *Bostock v. Clayton County*, pues lo relevante no es el significado que tenía el término «sexo» en 1964, sino qué dice al respecto la ley aplicable. Así, el enunciado normativo presente en el título VII prohíbe a los empleadores realizar determinadas acciones «por razón de» sexo; de este modo, continúa la línea argumental del juez Gorsuch, la norma incluye una relación de causalidad próxima (*but-for causation*), que se considera probada siempre que un resultado en particular no hubiera ocurrido «de no ser por» la supuesta causa. Por otro lado, aunque en ocasiones determinados acontecimientos puedan presentar múltiples relaciones de causalidad de esta naturaleza, ello no implica que puedan considerarse anuladas o compensadas.

De lo anterior se deriva, en opinión de Gorsuch asumida por la Corte, que un demandado por vulnerar la prohibición de discriminación del título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 no puede eludir su responsabilidad simplemente mostrando otro factor como motivo de su decisión sobre cuestiones laborales; en la medida en que el sexo del trabajador fue causa de la decisión empresarial es suficiente para considerar que se ha vulnerado la ley.

Antes de analizar si en los casos enjuiciados el sexo constituyó un factor de discriminación, prosigue el juez Gorsuch el análisis de la norma aplicable, para lo que se plantea qué significado ordinario tenía el término «discriminar» en 1964, concluyendo que más o menos lo mismo que en nuestros días, a saber, practicar con alguien una diferencia de trato, por lo que trato discriminatorio contra una persona se da cuando se trata a ese individuo peor que a otros que están en una posición similar³.

Asimismo, y tras analizar la norma y la jurisprudencia de la propia Corte Suprema considera Gorsuch que las normas antidiscriminatorias están dirigidas a proteger a personas individualmente consideradas, y no a grupos de personas, de manera que una conducta de un empleador que implique un tratamiento desigual y desfavorable para un individuo por razón de su sexo debe reputarse discriminatoria y prohibida por el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964, aun cuando dicho empleador trate, de manera equivalente, a hombres y mujeres en tanto que grupos de personas. A modo de ejemplo: sería discriminatorio un despido a una mujer por rechazar prestar favores sexuales a su empleador, aunque ese empleador tratara al resto de las

³ Debe tenerse en cuenta que, así como en nuestro lenguaje jurídico distinguimos entre desigualdad (meramente, trato diferenciado) y discriminación (trato desigual no justificado, por lo que nunca puede haber una discriminación jurídicamente correcta), en el lenguaje jurídico norteamericano se emplea siempre el término discriminar («discriminate»), por lo que es necesario saber si se trata de una discriminación ajustada a derecho o una discriminación de carácter antijurídico.

mujeres de su empresa de manera equivalente a los hombres que trabajan en ella.

Esta interpretación del significado del texto de las cláusulas antidiscriminatorias en el momento de aprobación de la ley permite a la Corte formular una regla clara y precisa: un empleador vulnera el título VII cuando intencionalmente despide a un individuo basándose, aunque sea en parte, en su sexo, y sin que alteren esta conclusión que concurrieran otros factores, aparte del sexo del trabajador despedido, en la motivación del empleador para dicho despido. Y tampoco afecta a la responsabilidad por conducta antijurídica que el empleador trate a las mujeres como grupo del mismo modo que a los varones como grupo, porque lo que la ley prohíbe es el trato discriminatorio a individuos singularizados.

Una vez sentado el significado que tiene, para la mayoría de la Corte, el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 que prohíbe la discriminación por razón de sexo, el juez Gorsuch procede a contrastarla con los casos de los señores Bostcok, Zarda y Stephens, y llegando a la conclusión que en los tres supuestos ha habido conducta discriminatoria por parte de los respectivos empleadores.

En primer término, considera que «es imposible discriminar a una persona por ser homosexual o transgénero sin discriminar a ese individuo por razón de su sexo».

Gorsuch llega a esta conclusión porque, en su opinión, los empleadores que participan en este tipo de discriminación aceptan una determinada conducta en empleados de un sexo, pero no en empleados del otro. A su entender, en aquellos supuestos en que un empleador aprueba la atracción de los empleados hacia las mujeres, pero solo si dichos empleados son hombres, no puede razonablemente decirse que cumple con los mandatos contra la discriminación sexual del título VII. Esto es cierto porque lo que está en juego no es el acto de sentir atracción por las mujeres; esto no representa una preocupación inherente para dicho empleador; en cambio, es el sexo del individuo (hombre o mujer) que realiza la acción (tener una atracción hacia las mujeres) el que impulsa el trato diferenciado de cada empleado.

Esta conclusión no cambia si el empleador toma la decisión por varios motivos, siempre que uno de ellos sea por razón de sexo. En este sentido, expresamente señala:

Cuando un empleador despide a un empleado porque es homosexual o transgénero, pueden estar en juego dos factores causales: el sexo del individuo y algo más (el sexo por el que el individuo se siente atraído o con el que se identifica). Pero eso al Título VII no le importa.

De ahí que, continúa Gorsuch, aunque el motivo del empleador sea tratar de manera diferente a homosexuales o transgénero (algo no directamente

prohibido por la Ley de derechos civiles de 1964), para hacerlo no puede dejar de lado el sexo del empleado a quien quiere dar un tratamiento desfavorable por su orientación sexual, pues «la homosexualidad y la condición transgénero están íntimamente ligadas al sexo».

La interpretación «textualista» de la cláusula antidiscriminatoria de la Ley de 1964 se ve reforzada, para la mayoría de los magistrados, en los precedentes de la Corte, de los cuales se desprende, en su opinión, que para apreciar discriminación por razón de sexo es indiferente cómo contemple o revista su práctica discriminatoria el empleador⁴, si el sexo del empleado no es el único factor que motiva el trato desfavorable por parte del empleador⁵ o si este puede demostrar que, pese a haber tratado desfavorablemente por razón de sexo a un individuo concreto, trata de forma semejante a varones y mujeres en tanto que grupos⁶.

Después de anunciar el resultado, procede el juez Gorsuch a responder a las objeciones planteadas por los demandados.

En primer lugar, aun concediendo que la Ley de derechos civiles de 1964 no incluyó la orientación sexual entre las causas de discriminación expresamente prohibidas, en opinión de Gorsuch es imposible discriminar por a homosexuales o transgénero sin tener en cuenta el sexo de las personas afectadas.

En segundo lugar, tampoco puede acoger el argumento de los empleadores inicialmente demandados conforme al cual teniendo en cuenta las convicciones de la sociedad americana de 1964 es evidente que quienes aprobaron la Ley de derechos civiles no tenían en mente su aplicación a casos

⁴ *Phillips v. Martin Marietta Corp.* (1971), que consideró discriminatoria la práctica de una empresa que consistía en vetar la contratación de mujeres con hijos pequeños, aunque el motivo de esta política empresarial no fuera el sexo de la potencial empleada (en el proceso quedó probado que la empresa contrataba con normalidad mujeres sin hijos), sino evitar los problemas derivados de las necesidades de conciliación de las mujeres con niños pequeños.

⁵ *Los Angeles Dept. of Water and Power v. Manhart* (1978), que apreció discriminación por razón de sexo en la decisión de un empleador de exigir a las mujeres una contribución mayor al fondo de pensiones de la compañía, aunque el motivo de la empresa para tratar de justificar el trato desigual fuera la mayor esperanza de vida de las mujeres.

⁶ *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.* (1998), que consideró discriminatorio un trato desfavorable para un empleado que había denunciado acoso sexual por parte de otros trabajadores varones, señalando la Corte que no alteraba el resultado que la empresa tratara a varones y mujeres por igual, o que no estuviera en la mente del legislador la posibilidad de acoso sexual contra varones, pues el sistema constitucional garantiza un gobierno por las leyes y no por las preocupaciones de los legisladores.

de discriminación contra homosexuales o personas con disforia de género, pues lo relevante es el texto aprobado y no las motivaciones de los legisladores.

En este sentido, señala que:

Un empleador que despide a un individuo por ser homosexual o transgénero lo hace por rasgos o acciones que no habría cuestionado en miembros de un sexo diferente. El sexo juega un papel necesario e indiscutible en la decisión, exactamente lo que el Título VII prohíbe. Aquellos que adoptaron la Ley de Derechos Civiles podrían no haber anticipado que su trabajo conduciría a este resultado particular. Pero los límites de la imaginación de los redactores no proporcionan ninguna razón para ignorar las exigencias de la ley. Solo la palabra escrita es ley, y todas las personas tienen derecho a beneficiarse de ella.

Es jurisprudencia constante del Tribunal Supremo que cuando el texto de la norma es clara procede aplicarla según se desprende del mismo, sin que corresponda a los tribunales alterar el significado de los enunciados normativos por consideraciones de carácter extratextual, como puede ser el entender que el sentido del texto conduce a aplicarlo a casos no inicialmente previstos por el legislador, o que quizá el legislador habría regulado de manera diferente de saber que la norma adoptada les sería de aplicación, pues en última instancia «estamos gobernados por leyes» y no por lo que pueda considerarse que fuera la intención (principal, o única) del legislador.

De manera especialmente significativa, en este punto Gorsuch procede a citar al difunto juez Scalia, uno de los principales exponentes del originalismo y textualismo como métodos de interpretación jurídica, especialmente en cuestiones constitucionales⁷.

Gorsuch continúa poniendo de manifiesto que una interpretación textualista de la norma debe estar abierta a la posibilidad de que las palabras usadas en la norma signifiquen en el momento de la aplicación algo diferente a lo que significaban en el momento de aprobación de la misma, o que aplicadas en un contexto determinado varíen su significado respecto del que tienen normalmente. Pero eso, en opinión de Gorsuch, no sucede en los casos analizados.

Y es que, señala, en lugar de sugerir que el texto de la norma tiene algún otro significado, los empleadores y los jueces que emiten un voto particular discrepante, simplemente sugieren que, debido a que pocos esperaban el resultado de hoy en 1964, la Corte debería abstenerse de apreciar que concurre una causa de discriminación prohibida por la ley.

Sin embargo, para el juez Gorsuch debe rechazarse esa conclusión, y para ello utiliza unos términos que se corresponden con los que, en las últimas décadas, han empleado los defensores del originalismo y de la teoría

⁷ Scalia y Garner (2012).

de la autorrestricción de los tribunales en contra del activismo judicial que ha llevado a la expansión progresista (*liberal*, en el contexto norteamericano) de los derechos que emanan de la Constitución.

A este respecto, resalta Gorsuch:

Cuando se trata de la interpretación de una ley, nuestro papel se limita a aplicar las exigencias de la ley con la mayor fidelidad posible en los casos que se nos presentan. Como jueces, no poseemos una especial competencia o autoridad para declarar por nosotros mismos qué autogobierno la gente debería considerar justo o sabio. Y la misma humildad judicial que nos obliga a abstenernos de añadir contenido a las normas requiere que nos abstengamos de disminuir el significado de los mandatos normativos.

La nuestra es una sociedad de leyes escritas. Los jueces no son libres de pasar por alto mandatos normativos basándose nada más que en suposiciones sobre intenciones o conjeturas sobre expectativas. En el Título VII [de la Ley de derechos civiles de 1964], el Congreso adoptó un lenguaje amplio que hace que sea ilegal que un empleador tome en cuenta el sexo de un empleado al decidir despedirlo. No dudamos en reconocer hoy una consecuencia necesaria de esa decisión legislativa: un empleador que despide a una persona simplemente por ser gay o transgénero vulnera la ley.

Por último, y ante temores expresados en el curso del proceso, la Corte pone de manifiesto en la parte final del cuerpo de la sentencia que lo decidido en el caso *Bostock* no prejuzga posibles respuestas a supuestos distintos, en que las cláusulas antidiscriminatorias de la Ley de derechos civiles de 1964 puedan afectar a instituciones amparadas por el derecho de libertad religiosa.

III. NO TOMARÁS EL NOMBRE DE SCALIA EN VANO: LOS VOTOS PARTICULARES DE ALITO Y KAVANAUGH

La sentencia *Bostock* cuenta con dos votos particulares: uno del juez Alito, al que se adhiere el juez Clarence Thomas, y otro de Brett Kavanaugh, que si bien son semejantes en la argumentación muestran matices en su sensibilidad.

De entrada, tanto Alito como Kavanaugh reprochan a la mayoría de la Corte que en lugar de aplicar la Ley de derechos civiles de 1964 han añadido provisiones normativas a la misma, no contempladas en el texto aprobado por el Congreso de los Estados Unidos. Así, en su voto particular Alito empieza resumiendo lo que, a su juicio, ha hecho la Corte Suprema: legislar. También Kavanaugh comienza señalando en su voto que lo primero que tiene que decidir el Tribunal, cuando se encuentra con casos como los que dieron origen a la sentencia *Bostock v. Clayton County*, es responder a una cuestión simple:

a quién le corresponde decidir qué diferencias de trato deben reputarse antijurídicas y cuáles no.

A partir de esta toma de postura, Alito y Kavanaugh responden al razonamiento de Gorsuch al expresar el parecer de la mayoría de la Corte, pudiéndose agrupar las objeciones de los magistrados discrepantes en dos tipos de consideraciones: el originalismo como método de interpretación jurídica y el papel de los tribunales en un sistema de separación de poderes.

1. ORIGINALISMO Y DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

Para abordar la primera de las cuestiones, Alito y Kavanaugh recuerdan que en el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 no se prohíbe la discriminación por razón de orientación sexual, y mucho menos la discriminación por identidad de género, algo que está fuera de discusión en el proceso, en la medida en que al reflejar la opinión de la mayoría también lo puso de manifiesto el juez Gorsuch.

En este sentido, el juez Alito no puede dejar de resaltar cómo, en los últimos cuarenta y cinco años, ha habido intentos de modificar la ley de 1964 para incluir estas causas de discriminación como motivos especialmente prohibidos; además, y frente al argumento de Gorsuch de que estos intentos fallidos de reforma de la ley no son concluyentes (pues lo mismo pueden deberse a que el legislador no ha querido prohibir estos tipos de discriminación que al hecho de que este considere que ya están incluidos en la norma vigente), Alito recoge varias normas recientes en las que el legislador sí ha prohibido la discriminación por orientación sexual o —en algún caso— por identidad de género, para poner de manifiesto que si hubiera querido prohibir estos tipos de discriminación en el trabajo habría aprovechado para cambiar la ley de 1964. Pero no solo no ha sido así, sino que hasta muy recientemente tanto el gobierno federal como sus agencias, al igual que muchas instancias estatales, precisamente adoptaron políticas y prácticas administrativas dirigidas a dar un tratamiento desigual —y menos favorable— a los homosexuales (exclusión de homosexuales de las Fuerzas Armadas, consideración de la práctica de la homosexualidad como anomalía del carácter que debía ser objeto de investigación en los candidatos a empleos federales, etc.).

Semejante es el razonamiento de Kavanaugh, quien, además, señala expresamente cómo, en diferentes casos semejantes a los que originaron el caso *Bostock*, salvo que tuvieron lugar antes de que cambiara la valoración de la sociedad norteamericana del fenómeno de la homosexualidad, treinta jueces de tribunales federales consideraron que el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 no prohibía la discriminación por orientación sexual, sin que después de esos pronunciamientos judiciales el Congreso aprovechara la modificación o aprobación de otras normas de derecho

antidiscriminatorio para incluir en la ley de 1964 la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual.

A partir de estas premisas tanto Alito como Kavanaugh se van a esforzar en mostrar que no solo son tipos diferentes de discriminación, sino que una aproximación textualista a la norma no puede llevar a considerar que, al prohibir la discriminación por razón de sexo, la Ley de derechos civiles de 1964 prohíbe la discriminación por orientación sexual como una especificación de la primera.

Para ello, Alito comienza subrayando que el deber de la Corte consiste en «interpretar los términos de la norma según el significado que razonablemente tenían para la gente corriente en el momento en que fueron incorporados a la norma»⁸.

De ahí que, para Alito, la opinión mayoritaria de la Corte es como «un barco pirata», que, a su parecer:

Navega bajo bandera textualista, pero lo que en realidad hace es adoptar una teoría de la interpretación jurídica que el juez Scalia rechazaba: la teoría de que los tribunales deberían «actualizar» las normas antiguas para que reflejen los valores de la sociedad en cada momento⁹.

No puede haber interpretación textualista apartándose del significado de las palabras, y por ello Alito resalta que no hay ningún diccionario que incluya orientación sexual o identidad de género en la definición de sexo¹⁰.

Para tratar de manera desigual a un homosexual o una persona que quiere vivir adoptando un género distinto de su sexo biológico, ¿necesita un empleador tener en cuenta el sexo del empleado? No para el juez Alito, quien proporciona ejemplos en los que este trato desigual tiene lugar no solo sin tener en cuenta el sexo del empleado, sino incluso sin saberlo (por ejemplo: si el empleador hiciera rellenar a los empleados un formulario en que debían señalar si son homosexuales, y a partir de ahí despidiera a quienes marcaran dicha casilla, sin saber si son gays —hombres homosexuales— o lesbianas —mujeres homosexuales—).

Por el contrario, según Kavanaugh, lo que caracteriza al textualismo como criterio de interpretación es atribuir a la norma el sentido ordinario que se desprende del texto, y no un mero literalismo que tome el sentido

⁸ Significativamente, esta afirmación de Alito incorpora una cita de la obra de Scalia citada en el cuerpo de la sentencia por el juez Gorsuch (Scalia y Garner, 2012).

⁹ De nuevo con cita de Scalia (Scalia, 1997).

¹⁰ En el Apéndice A de su voto particular, el juez Alito incorpora diez páginas de distintos diccionarios de la lengua inglesa, con ediciones que van de 1933 a 2011, como prueba de esta afirmación.

de las palabras de manera aislada a como se entienden en una determinada comunidad de lenguaje, pues, como afirmaba Scalia, «un buen textualista no es un literalista» (1997: 24)¹¹.

Para Kavanaugh los jueces deben tener en cuenta el sentido ordinario de las palabras de la norma, y no el sentido literal de las mismas, pues las normas —como cualquier acto lingüístico— únicamente son inteligibles en una comunidad de interpretación. De manera que en caso de que haya discrepancias entre una interpretación exclusivamente literal y una que tome en cuenta el sentido ordinario de las palabras, debe tenerse en cuenta esta última. Así, por ejemplo, una «bandera americana» es cualquier bandera fabricada en América, pero el sentido ordinario de esa expresión lleva a entender que «bandera americana» es la de las barras y estrellas; «lavadora», tomada literalmente, es cualquier máquina que sirva para lavar, pero el sentido ordinario de la palabra significa máquina para lavar ropa, etc. Lo mismo sucede con las normas jurídicas: una ordenanza que prohibiera la circulación de vehículos en un parque, tomada literalmente, estaría prohibiendo los cochecitos de bebé en el parque, cuando es evidente que el sentido ordinario de la ordenanza no es ese.

Y este método de interpretación, considera Kavanaugh, refuerza el hecho de considerar diferentes la discriminación por razón de sexo y la discriminación por orientación sexual, pues es evidente (para el legislador, los ciudadanos en general, o las agencias federales hasta hace bien poco tiempo) que al prohibir la discriminación por razón de sexo lo que estaba haciendo el Congreso en 1964 era proscribir las diferencias de trato en el empleo que estuvieran motivadas en el sexo biológico de los empleados; en este sentido, señala, un empleador con animosidad contra los homosexuales despediría por esa razón tanto a gays como a lesbianas, mientras que un empleador con animosidad contra las mujeres únicamente despediría a estas, y ello con independencia de su orientación sexual.

A esta conclusión se llega interpretando el título VII de la Ley de derechos civiles de 1964 según el sentido ordinario de la expresión «discriminación por razón de sexo», sin que —a pesar del cambio en la percepción de la homosexualidad por el público en general— altere lo que la sociedad norteamericana entiende por tratar desfavorablemente a alguien en el contexto laboral «por razón de sexo»¹². Así, Kavanaugh expresamente afirma que:

¹¹ También Kavanaugh cita la obra de Scalia empleada por Gorsuch como soporte teórico a su interpretación de la Ley de derechos civiles de 1964.

¹² El propio Kavanaugh se hace eco de este cambio en la valoración social de la homosexualidad, incluyendo en su voto particular varias referencias a que la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual es conveniente como medida de política pública y opción legislativa, y que si fuera parlamentario y no juez de la Corte Suprema votaría a favor de modificar en este sentido la Ley de derechos civiles de

El sentido ordinario que cuenta es el sentido ordinario en el momento de aprobación y promulgación de la norma, aunque en este caso ese principio de temporalidad no importa gran cosa, pues el sentido ordinario de «discriminación por razón de sexo» era el mismo en 1964 que ahora.

2. SEPARACIÓN DE PODERES Y RULE OF LAW

El método interpretativo propuesto por Alito y Kavanaugh no responde a preferencias arbitrarias, vinculándolo ambos magistrados de la Corte Suprema a cuestiones esenciales del Estado constitucional.

En opinión de Kavanaugh:

Los jueces se adhieren al sentido ordinario [de la norma] principalmente por dos razones: imperio del Derecho y rendición de cuentas democrática. Una sociedad gobernada por el imperio del Derecho debe tener normas que puedan ser conocidas y entendidas por la ciudadanía. Y la vinculación judicial al sentido ordinario [de la norma] facilita la rendición de cuentas democrática de los representantes electos por las normas que aprueban.

Apartarse de este principio interpretativo conduce a usurpar el papel del Congreso, haciendo decir a la norma lo que la misma no dice, y nadie pensó jamás —en el momento de su aprobación— que pudiera llegar a decir. De manera que Kavanaugh concluye que el Tribunal ha «reescrito judicialmente el Título VII», alcanzando una solución que no por ser justa llega a «un gran coste al autogobierno representativo».

Más duro con la decisión es Alito, quien a las consideraciones antes comentadas añade el reproche a la mayoría de la Corte de no haber tenido en cuenta las consecuencias de la sentencia, que puede extenderse más allá de las normas federales de derecho antidiscriminatorio, siendo susceptible de afectar al deporte femenino, a la libertad de expresión, a las normas sobre empleo por parte de organizaciones religiosas, etc.

Y es que, precisamente por considerar que lo que ha hecho la mayoría de la Corte en *Bosstock v. Clayton County* tiene carácter legislativo, debería haber sido el órgano dotado de poder legislativo quien debería haber solucionado la cuestión del trato desfavorable a los homosexuales en el ámbito laboral.

A este respecto considera Alito que debe tenerse en cuenta que así como en un proceso judicial hay ganadores y perdedores (esa es precisamente la estructura del proceso, en el que el Tribunal decide cuál de las dos partes tiene

1964, pero que, sin embargo, por justo que sea querer incorporar esa prohibición al derecho antidiscriminatorio en materia laboral en estos momentos, la misma no se deriva del texto normativo vigente.

razón, y gana), deferir la cuestión al Congreso permite que el legislador tome en cuenta la totalidad de los factores implicados, ajustando las distintas pretensiones y pudiendo encontrar acomodo las distintas posiciones en conflicto (por ejemplo, estableciendo excepciones a la prohibición de discriminar a los grupos religiosos o empresas de tendencia, o excluyendo determinados ámbitos de la aplicación de la regla antidiscriminatoria, como por ejemplo los vestuarios o lavabos abiertos a público, etc.).

IV. CONCLUSIONES

Como señalaba al comienzo de este trabajo, la sentencia *Bosstock v. Clayton County* es más importante por el razonamiento y la discusión sobre el alcance del originalismo y el textualismo que por el contenido de la decisión. A fin de cuentas, de las tendencias sociales y culturales de nuestros días se desprende que de no haberlo hecho la Corte Suprema el legislador habría prohibido la discriminación por razón de orientación sexual o por razón de identidad de género más pronto que tarde.

Por lo que se refiere al debate sobre el originalismo, o la diferencia entre textualismo y literalismo, puede concluirse que es un método de interpretación que ni es unívoco ni lleva, necesariamente, a resultados políticamente conservadores. Es verdad que desde los años ochenta del pasado siglo el originalismo se ha mostrado en oposición al activismo judicial de carácter progresista, y que al deferir al Congreso —o a los Parlamentos estatales— la aprobación de normas de signo transformador en materia de moralidad pública, tenía como efecto frenar dichos cambios, por ser la norteamericana una sociedad conservadora. Pero como prueba esta sentencia, no puede sostenerse que sea un método de interpretación que permita predeterminedar el resultado (Scalia, 2017) o que lleve siempre y en todo caso a quienes se adhieren a él a las mismas conclusiones (Coney Barrett, 2020).

Esto cobra especial relevancia después de que el Senado haya confirmado a Amy Coney Barrett para ocupar el puesto en la Corte Suprema de la icónica Ruth Bader Ginsburg, pues Coney Barrett es una de las principales discípulas de Scalia, el gran campeón en el ámbito académico y judicial del originalismo. Como muestra la sentencia *Bosstock v. Clayton County* Gorsuch, Alito y Kavanaugh tratan de presentar su interpretación de la norma como la más consistente con la filosofía jurídica de Scalia, por lo que con el acceso a la Corte de la jueza Coney Barrett podría hablarse de una «Corte Scalia», en la que el originalismo sería la teoría jurídica dominante.

Finalmente, y por la enorme influencia que tiene la Corte Suprema de Estados Unidos, de confirmarse un claro giro hacia el originalismo y el textualismo de la misma, podría repercutir en la discusión contemporánea sobre

el rol de los Tribunales Constitucionales y el modo de interpretar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

Bibliografía

- Coney Barrett, A. (2020). Assorted Canards of Contemporary Legal Analysis: Redux. *Case Western Reserve Law Review*, 70 (4), 855-869.
- Delgado Ramos, D. (2017). Obergefell contra Hodges: la Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. *Revista de Derecho Político*, 99, 325-356. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.99.2017.19314>.
- Scalia, A. (1997). *A matter of interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press.
- (2017). *Interpreting the Constitution. Scalia Speaks. Reflections on Law, Faith and Life Well Lived*. New York: Crown Forum.
- Scalia, A. y Garner, B. (2012). *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. Saint Paul: Thomson/West.

LA DEFERENCIA AL LEGISLADOR EN MATERIA IMPOSITIVA: ANÁLISIS CRÍTICO DEL FALLO GARCÍA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA¹

The deference to the legislature in tax law: critical analysis to the sentence *García* from the Supreme Court of Justice of the Argentine Nation

ALEJO JOAQUÍN GILES²
Universidad Nacional de La Plata
alejojgiles@gmail.com

Cómo citar/Citation

Giles, A. J. (2020).

La deferencia al legislador en materia impositiva: análisis crítico del fallo *García* de la Corte Suprema argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(2), 465-492. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.15>

Resumen

En este trabajo me propongo analizar la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso *García* de mayo de 2019. La cuestión resuelta y las posturas asumidas por los votos que la componen la vuelven conceptualmente rica. La mayoría del tribunal declaró la inconstitucionalidad de la legislación

¹ Agradezco a Isabel Lifante Vidal (U. de Alicante) sus comentarios, que orientaron y enriquecieron el presente trabajo. El trabajo se ha beneficiado también de las sugerencias de dos evaluaciones anónimas remitidas por el consejo de redacción del *Anuario*.

² Abogado graduado en la Universidad Nacional de La Plata. Doctorando en Filosofía del Derecho (U. de Génova). Máster en Argumentación Jurídica (U. de Alicante) y en Razonamiento Probatorio (U. de Girona y U. de Génova). Contacto: alejojgiles@gmail.com, unlp.academia.edu/ajgiles.

impositiva impugnada a través de la cuestionable aplicación al caso del principio de igualdad, que —como argumentaré— falla en la demostración de su razonabilidad y en su anclaje con las circunstancias del caso bajo estudio. El voto disidente adoptó una postura deferente al legislador que parece la más aceptable pero apoyándose en razones que, generalizadas, podrían resultar problemáticas para el control de constitucionalidad y, en todo caso, requerirían de un ejercicio más acabado de argumentación. A continuación presentaré una sistematización y un análisis crítico de los argumentos presentados en ambos votos.

Palabras clave

Igualdad; razonabilidad; deferencia al legislador; legislación impositiva; formalismo.

Abstract

In this paper I aim to analyze the sentence ruled by the Supreme Court of Justice of the Argentine Nation in «García» on May, 2019. The matter ruled and the points of view adopted by the votes make it conceptually rich. The majority declared the unconstitutionality of the impugned tax legislation through the questionable application to the case of the principle of equality, that – as I will argue – fails to demonstrate its reasonability and its anchorage with the circumstances of the case under study. The dissenting vote took a deferential position to the legislator that seems the most acceptable but based on reasons that, generalized, could be problematic for the control of constitutionality and, in any case, would require a more finished exercise of argumentation. At once I will present a systematization and a critical analysis of the arguments presented in both votes.

Keywords

Equality; reasonability; deference to the legislature; tax law; formalism.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CUESTIÓN JURÍDICA A RESOLVER Y ALGUNOS DATOS DE CONTEXTO. III. LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA: DOS VOTOS ENFRENTADOS: 1. El voto de la mayoría: la inconstitucionalidad. 2. El voto disidente: la constitucionalidad. IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA: 1. El voto mayoritario, la razonabilidad y la aplicación de generalizaciones. 2. El voto disidente y las razones para ser deferentes con el legislador. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo analizaré la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el auto *García, M. I. c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad* el 26 de mayo de 2019 (Fallos: 342:411)³. En el caso la Corte resolvió una acción declarativa de inconstitucionalidad presentada por una persona jubilada contra la Administración Federal de Ingresos Públicos, el órgano estatal encargado de recaudar los tributos nacionales⁴.

La riqueza de la sentencia viene dada por las posiciones asumidas en ella por los magistrados del máximo tribunal argentino. En votos divididos, la mayoría acogió la demanda, declarando la inconstitucionalidad del pago del impuesto en el caso analizado, mientras que la disidencia resolvió el rechazo del planteo. La mayoría sostuvo que el precepto impugnado es irrazonable en tanto aplica a todos los jubilados el mismo criterio (el pago del impuesto para quienes superen cierta línea de base), sin distinguir entre categorías de

³ La sentencia puede consultarse en el portal web de la Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN (sj.csjn.gov.ar/sj) seleccionando la opción «Búsqueda por cita de 'Fallos'» e introduciendo para «Tomo» y «Página» los números 342 y 411, respectivamente.

⁴ En el marco de las acciones declarativas del ordenamiento procesal nacional argentino, corresponde a los jueces «hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica» (art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Cuando esa incertidumbre es generada por la validez constitucional de una ley, los jueces pueden declarar su inconstitucionalidad e inaplicarla para un caso concreto.

jubilados (donde unos son más vulnerables que otros). La disidencia, en cambio, propuso el rechazo de la demanda, adoptando una postura deferente al Poder Legislativo.

En los argumentos interpretativos de ambos votos se encuentran aristas interesantes que propongo analizar. A nivel global me interesa echar luz sobre las posiciones que ambos votos adoptan sobre la interpretación jurídica y la función del Poder Judicial en esta clase de casos y sobre su proyección sobre otras materias. Se trata de una decisión relevante para la jurisprudencia del país, ya que delimita las atribuciones jurisdiccionales sobre las facultades del Congreso de imponer tributos. A la vez, la problemática que aborda resulta común para los Estados constitucionales y sigue suscitando debates en la academia y en los tribunales. Las posturas que se sostienen en esta sentencia del máximo tribunal argentino y las críticas a las que cada una de ellas está expuesta pueden servir en el ámbito iberoamericano para seguir reflexionando sobre las competencias y los límites de la justicia constitucional.

La metodología será la siguiente. Comenzaré con una descripción de la cuestión jurídica a resolver (II) y con una reconstrucción de los principales argumentos que presentan ambos votos pretendiendo reflejarlos con fidelidad (III). Luego presentaré un análisis crítico de ambos (IV). En esa última instancia se buscará mostrar las debilidades del voto mayoritario al momento de demostrar la irrazonabilidad de la norma cuestionada y su aplicación al caso objeto de decisión y los problemas que tiene la postura adoptada por la disidencia en tanto podría vaciar de contenido el control de razonabilidad de las leyes y, de ser generalizada a las otras materias distintas a la impositiva, convertirse en un alegato a favor del formalismo en la interpretación jurídica

II. LA CUESTIÓN JURÍDICA A RESOLVER Y ALGUNOS DATOS DE CONTEXTO

La cuestión a resolver en el caso era la siguiente: ¿resulta constitucionalmente válido gravar con el Impuesto a las Ganancias a las rentas provenientes de la jubilación de la actora?

Dado el carácter difuso e *inter partes* del sistema de control de constitucionalidad argentino, los efectos de la sentencia se extienden exclusivamente sobre la situación de las partes de cada proceso. El sistema de control de constitucionalidad argentino es difuso en el sentido de que todos los jueces, federales o locales y cualquiera sea su jerarquía, pueden inaplicar una disposición normativa por ser contraria a la Constitución Nacional. Esa decisión es siempre *inter partes*, dado que rige únicamente para el caso concreto que se está resolviendo. Si bien no existe en Argentina un sistema de precedentes, la

Corte tiene dicho que sus decisiones deben ser consideradas y seguidas por los tribunales inferiores cuando estos resuelvan casos sustancialmente análogos⁵.

La Ley de Impuesto a las Ganancias (n.º 20.628) incluye expresamente la clase de ingresos que nos ocupan como hechos impositivos del gravamen. Para la norma, todas las «ganancias» obtenidas por las personas humanas y jurídicas son objeto de tributo (art. 1), incluyendo en general «los rendimientos, rentas o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación» (art. 2, inciso 1). Dentro de esas rentas, el art. 79, inciso «c», de la ley incluye a las jubilaciones en los siguientes términos:

Constituyen ganancias de cuarta categoría las provenientes: [...] c) De las jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal y en la medida que hayan estado sujeto al pago del impuesto, y de los consejeros de las sociedades cooperativas.

La parte accionante cuestionó la validez constitucional de esas disposiciones y los tribunales que intervinieron en su caso le dieron la razón⁶. La Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, que fue el último tribunal en resolver antes del dictado de la sentencia bajo comentario, se apoyó en tres motivos: que la jubilación no puede ser considerada una «ganancia», que la imposición tributaria sobre la misma viola su «integralidad» e implica una doble imposición. Esa resolución fue recurrida por el órgano demandado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, alegando la validez constitucional de la norma federal impugnada. La Corte es, dentro de la organización de justicia argentina, el último intérprete de la Constitución Nacional y de las leyes federales, es decir, las dictadas por el Congreso de la Nación ejerciendo alguna de las competencias que las provincias le delegaron en el art. 75 del texto constitucional.

Entre la sentencia de la Cámara y la definitiva de la Corte Suprema se sancionó, a fines del año 2016, la ley n.º 27.346, que modificó parte del contexto jurídico del caso. Entre otras reformas sobre el gravamen que nos ocupa, incorporó un supuesto de deducción especial a favor de los sujetos

⁵ Véase la sentencia dictada en *Viñas, Pablo c/ EN - M Justicia y DDHH*, Fallos: 341:570, del 22 de mayo de 2018.

⁶ Al ser normas federales y dirigirse la demanda contra un órgano de la Administración Pública Nacional intervino la justicia federal con competencia contencioso administrativa, integrada por jueces de primera instancia con asiento en distintos puntos del territorio y una serie de cámaras de apelaciones colocadas en las principales ciudades del país. Las resoluciones adoptadas por esas cámaras pueden ser recurridas únicamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

alcanzados por las rentas gravadas en el art. 73 inciso «c» (jubilados, pensionados, retirados o subsidiados): podrán deducir el equivalente a seis veces la suma de los «haberes mínimos garantizados»⁷. La reforma implica que, dentro del universo de jubilados y pensionados del Sistema Integrado Previsional Argentino, solo deberían tributar en las actuales circunstancias socio-económicas un 10% de los agentes, el decil que más altas prestaciones recibe.

El Impuesto a las Ganancias tiene un peso relevante en la recaudación tributaria nacional y en el gasto en Seguridad Social. En el año 2018 las arcas del Estado nacional se conformaron en un 67,7% por ingresos impositivos, en un 34,8% por aportes a la Seguridad Social y en un 7,4% por recursos aduaneros. Dentro de los impuestos, los que más recursos proporcionaron son el Impuesto al Valor Agregado (con el 48,1%) y el Impuesto a las Ganancias (con el 32,3%). Sobre el total de ingresos tributarios nacionales, Ganancias aportó casi un 22%⁸. De esos recursos se nutre en parte la Seguridad Social. En el año 2017 la Administración Nacional de la Seguridad Social recibió un 60,7% de sus ingresos de los aportes y contribuciones de empleadores y trabajadores y un 27,8% de recursos tributarios. Un 40,2% de recursos tributarios provinieron del Impuesto a las Ganancias (lo que significa un 11,2% del total de los ingresos del órgano que paga jubilaciones y pensiones)⁹.

La sentencia que se analizará se enmarca en el contexto de otras decisiones de la Corte Suprema con impacto en el sistema previsional. El 18 de diciembre de 2018 el tribunal dictó sentencia en la causa «Blanco, L. O. c/ ANSeS s/ reajustes varios» (Fallos: 341:1924), donde se discutía qué índice correspondía aplicar al cálculo del haber previsional. La Administración pública pretendía aplicar el RIPTE, que refleja la remuneración imponible promedio de los trabajadores estables. La Corte, en cambio, dispuso que se aplique el ISBIC hasta que el Congreso legisle sobre el asunto, es decir, el índice de salarios básico de la industria y la construcción. Este último arroja, se estima, un haber entre un 30% y un 60% más elevado. Si bien los alcances de la sentencia son *inter partes*, es probable que el criterio sea

⁷ El art. 23 de la Ley de Impuesto a las Ganancias prevé en general tres supuestos de deducción: (a) ganancias no imponibles hasta 51.967 pesos argentinos; (b) cargas de familia (por cónyuge e hijos a cargo); y (c) por rentas de tercera categoría hasta 51.967 pesos argentinos. Para los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados la Ley 27.346 incorporó, en reemplazo, la deducción especial mencionada: seis veces los «haberes mínimos garantizados», cuyo valor desde marzo de 2019 es de 10.410 pesos argentinos (res. 74/2019 de la ANSES). La deducción especial, entonces, se aplica actualmente a ingresos de hasta 62.460 pesos argentinos. Pagan Ganancias quienes perciben más de eso.

⁸ Datos obtenidos de afip.gob.ar/institucional/estudios/ (último acceso: noviembre de 2019).

⁹ Datos obtenidos de anses.gob.ar/informacion/datos-abiertos-financiero (último acceso: noviembre de 2019).

replicado por el propio tribunal y por los tribunales inferiores en los miles de casos similares que se encuentran en trámite¹⁰.

III. LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA: DOS VOTOS ENFRENTADOS

En ese contexto, la Corte tenía para resolver, entre cientos de impugnaciones similares, un recurso extraordinario presentado por la Administración Federal de Ingresos Públicos contra la sentencia que declaró a favor de la parte actora la inconstitucionalidad de la deducción del Impuesto a las Ganancias sobre las rentas provenientes de su jubilación. La decisión del máximo tribunal federal se bifurcó en dos votos enfrentados cuyos principales argumentos reconstruiré a continuación.

1. EL VOTO DE LA MAYORÍA: LA INCONSTITUCIONALIDAD

A la cuestión central a resolver la mayoría responde que no: según ella no es constitucionalmente válido gravar con el Impuesto a las Ganancias a los ingresos provenientes de la jubilación de la accionante.

La línea argumentativa más importante de la decisión, en la que pondré el foco, consiste en lo que podríamos llamar una extensión (o precisión) de los alcances del principio de igualdad y no discriminación sobre el terreno tributario. Sintetizadas, sus premisas son las siguientes: al tratar igual a los desiguales se viola el principio de igualdad; al realizar categorizaciones el legislador debe dar un trato especial a los sujetos en condición de vulnerabilidad. En el caso, el legislador, si bien distinguió a los efectos del pago del tributo entre trabajadores activos y personas jubiladas, no recabó que en esta última categoría existen personas más vulnerables que otras, por lo que ha incurrido en una «subcategorización».

Como primer paso se señala que la Ley de Impuesto a las Ganancias, con la reforma de 2016, distingue para lo que nos ocupa entre dos categorías: los trabajadores activos y los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, otorgándoles a estos últimos una escala de deducciones más beneficiosa. Asume la norma que es un «colectivo uniforme», que todos sus integrantes están en las mismas circunstancias. Sin embargo, afirma el voto, existen condiciones especiales que permitirían hacer distinciones: producto de la avanzada edad o de otras situaciones particulares como la discapacidad, dentro de esa categoría algunos tienen una mayor vulnerabilidad que otros.

¹⁰ Según surge del sistema de consultas de la Corte, el fallo *Blanco* fue citado en 273 fallos por el propio tribunal, muchos de los cuales resuelven —con esa referencia— más de un recurso a la vez.

De ese modo entra en escena el principio de igualdad.

Sostiene la mayoría que en materia impositiva el principio de igualdad no solo exige la creación de categorías tributarias razonables, «sino que también prohíbe la posibilidad de unificar las consecuencias tributarias para situaciones que en realidad son distintas» (cdo. 10). Para ese criterio, «es tan injusto gravar en distinta forma a quienes tienen iguales medios como imponer la misma contribución a quienes están en desigual situación» (cdo. 10). Si bien el Poder Legislativo detenta una amplia libertad para ordenar, agrupar, distinguir y clasificar los objetos de la legislación:

[...] el establecimiento de categorías para la percepción de los impuestos debe ser estrictamente compatible con el principio de igualdad, no solo a condición de que todos los que sean colocados en una clase o categoría reciban el mismo trato [citas omitidas], sino también —y es lo esencial— que la clasificación misma tenga razón de ser, esto es que corresponda razonablemente a distinciones reales (cdo. 10).

A eso se agrega, entre los cdos. 11 y 15, que, cuando se trata de sectores vulnerables como el de los jubilados, el legislador debe dar respuestas especiales y diferenciadas que aseguren el goce pleno y efectivo de sus derechos. Tal imperativo es transversal a todo el ordenamiento jurídico y aplica también a la materia fiscal: el sistema tributario no es un comportamiento estanco y autosuficiente; debe respetar la Constitución.

Trazado ese panorama se agrega una premisa clave para el razonamiento, según la cual el envejecimiento y la discapacidad, fenómenos por los cuales se accede al estatus de jubilado, son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, «circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales» (cdo. 13).

Y luego se da un segundo paso, sosteniendo que la falta de consideración de la vulnerabilidad vital del colectivo concernido como pauta de diferenciación «pone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal general en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga» (cdo. 17).

Es insuficiente, se afirma, tomar como parámetro para el establecimiento de tributos a jubilados, pensionados, retirados o subsidiados su sola capacidad contributiva, por el «hecho evidente de que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro, insumiendo más gastos en el primero que en el segundo» (cdo. 18). Allí es donde aparece el concepto de «subcategorización»: el criterio estrictamente patrimonial utilizado por el legislador —la fijación de un mínimo no imponible— termina por subcategorizar «a un universo de contribuyentes que, de acuerdo a una realidad que la Constitución obliga a considerar, se presenta heterogéneo» (cdo. 18).

Poniendo el foco en las circunstancias de la demandante, el voto mayoritario da cuenta de tres factores que considera probados en la causa: que al deducir la demanda la actora tenía 79 años, que padecía «problemas de salud» y que el fisco nacional le venía descontando alrededor del 30% de sus ingresos como jubilada. Tales circunstancias, afirma, «convierten a la tipología originaria del legislador, carente de matices, en una manifestación estatal incoherente e irrazonable, violatoria de la Constitución Nacional» (cdo. 19). Hace falta, sugiere el voto, una «percepción fina» que incorpore a la capacidad económica elementos que den cuenta de la vulnerabilidad del sujeto.

En virtud de lo señalado se concluye que en el caso la percepción del tributo sobre la jubilación de la actora es inconstitucional. Como reparación, se ordena devolver a la actora los montos que en ese concepto se hubieran percibido y la abstención de continuar reteniéndole el impuesto hasta que el Congreso Nacional legisle al respecto, es decir, cese en su «omisión de disponer un tratamiento diferenciado para aquellos beneficiarios en situación de mayor vulnerabilidad que se encuentran afectados por el tributo (en especial los más ancianos, enfermos y discapacitados)» (cdo. 23).

El criterio adoptado en este caso fue replicado recientemente, con remisión al mismo, en otros casos. Entre mayo y septiembre de 2019 la Corte dictó 12 fallos en donde resolvió conjuntamente un total de 112 recursos extraordinarios a los que aplicó el precedente *García*, entendiendo que este respondía a las cuestiones planteadas en esas vías recursivas. La mayoría de esos expedientes provenían de la Cámara Federal de Paraná, que venía adoptando el criterio que replicó en el caso que aquí se comenta¹¹.

Luego del fallo *García* se presentaron en el Congreso varios proyectos de reforma a la Ley de Impuesto a las Ganancias. Unos proponen una exención a las «personas mayores de 80 años o que sean menores de esa edad pero estén gravemente enfermas» (expediente 1195-D-2019), mientras que otros bregan por una exención general a las ganancias originadas por jubilaciones y pensiones (expedientes 1205-D-2019, 1213-D-2019, 1228-D-2019, 1234-D-2019, 837-S-19, 842-S-19, 929-S-19, 1019-S-19, 1073-S-19). En el diálogo institucional, hasta ahora los legisladores han procesado de ese modo el mensaje.

2. EL VOTO DISIDENTE: LA CONSTITUCIONALIDAD

En su voto disidente el juez Rosenkrantz entendió que resulta perfectamente válido a nivel constitucional gravar con el impuesto las rentas provenientes de la jubilación de la actora.

¹¹ Esta información puede consultarse en el portal web de la Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN (sj.csjn.gov.ar/sj), buscando la sentencia objeto de comentario y consultando, en el anexo documental, la sección «Citan este fallo».

El mayor peso argumentativo del voto está puesto en remarcar el interés general de la imposición del tributo y la función excluyente del Congreso en la distribución de la riqueza nacional, de acuerdo con criterios de justicia social y articulando los derechos y objetivos sociales reconocidos en el ordenamiento jurídico. Eso hace, en la mirada de Rosenkrantz, que los jueces deban adoptar una posición deferente a las preferencias expresadas por los representantes del pueblo en materias como las que nos ocupan.

El punto de partida de esa línea argumentativa es la siguiente premisa: «el Congreso de la Nación es el órgano donde encuentran su representación natural las diversas opiniones, valores, convicciones y preferencias sostenidas por el pueblo de la Nación» (cdo. 5). Por eso tiene la función de «articular los muchos derechos y objetivos sociales que deben ser honrados en la regulación del sistema de seguridad social del país» (cdo. 5). Al Poder Judicial, en cambio, le compete evaluar si esa atribución ha sido ejercida razonablemente, sin desnaturalizar los derechos reconocidos en el texto constitucional. Esa función del Congreso, agrega, «es interdependiente de otros cometidos igualmente exigidos por la norma constitucional que también requieren la imposición de cargas y la asignación de recursos a distintos individuos o sectores de la sociedad» (cdo. 6). Al no poder satisfacerse en aislamiento de otros objetivos, el deber de garantizar la seguridad social debe llevarse adelante «guiado por una concepción de la justicia distributiva o justicia social» (cdo. 6).

Por eso mismo, se afirma seguidamente, la evaluación de la constitucionalidad de las medidas legislativas que aspiran a realizar dicho mandato de justicia distributiva en el sistema jubilatorio, «no puede llevarse a cabo sino teniendo en cuenta el modo en que los órganos representativos de la voluntad popular han decidido que aquel sistema se financie» (cdo. 7). En la distribución de competencias impuesta por la Constitución, al Congreso le toca un rol preponderante: por representar la voluntad popular, es allí donde se deben adoptar las normas que estructuran la concepción de la justicia distributiva que dicho texto ordena realizar. Ante ello, el Poder Judicial debe ser «especialmente prudente al analizar la concreción de las mandas constitucionales por parte del órgano deliberativo diseñado para consensuar el modo en que los diversos componentes de una solución distributivamente justa se articulan» (cdo. 7).

Gravar las jubilaciones más elevadas, como lo hace el sistema impositivo argentino desde la reforma de 2016, no responde a una política socialmente regresiva. Por otro lado, dado que el régimen impositivo depende de múltiples valoraciones, hechos, estrategias y criterios de oportunidad cuya articulación corresponde primariamente al Congreso de la Nación, el hecho de que los jueces consideren que el Estado no ha hecho lo que ellos desearían no puede convertirse en un argumento para declararlo inconstitucional; «las razones que nos convencen a cada uno de nosotros no se convierten, por ello, en derecho vigente» (cdo. 19, último párrafo).

En nuestra democracia constitucional, afirma el voto, es el Congreso el órgano que debe, dentro de los amplios límites que la Constitución le fija, «tomar las medidas necesarias para, en última instancia, concretar los mandatos de promover el bienestar general y realizar la justicia distributiva» (cdo. 20). Eso se traduce, en materia tributaria, en la libertad de establecer las clasificaciones que considere pertinentes. Si bien el Poder Judicial está facultado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas tributarias, «no son los jueces quienes están llamados a concretar sus concepciones de la justicia distributiva o social, por valiosas o defendibles que ellas fuesen, a través del desarrollo interpretativo de principios o valores generales contenidos en las normas bajo análisis» (cdo. 20). El Poder Judicial no se encuentra facultado para establecer categorías tributarias o distinciones no previstas en las leyes, solo le corresponde declarar si las mismas repugnan o no los principios contenidos en la Constitución.

El juez aclara, por otra parte, que los tratados internacionales a los que la reforma de 1994 dio jerarquía constitucional «no constituyen fuente de un derecho constitucional a que las jubilaciones estén exentas del impuesto a las ganancias». Si bien mencionan el derecho a la Seguridad Social, no disponen expresamente que las jubilaciones no puedan ser gravadas. Tal como se encuentra consagrado en los tratados:

[...] el derecho a la seguridad social [...] no permite fundar una prohibición constitucional absoluta de gravar las jubilaciones y pensiones. No cabe inferir de las normas redactadas en el nivel de generalidad recién reseñado una restricción a la facultad constitucional expresa del Congreso de gravar ciertas manifestaciones de riqueza (cdo. 17).

El art. 73, inciso 23, de la Constitución, agrega, tampoco apoya la declaración de inconstitucionalidad buscada. Si bien coloca en cabeza del Congreso la función de adoptar medidas que garanticen la igualdad de oportunidades y el goce pleno de los derechos en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, «no exime a dichas personas, por esa sola circunstancia, de la obligación de pagar los tributos que el congreso establezca para afrontar los gastos del Estado» (cdo. 18, párr. 3). La actora podría ser considerada una persona «anciana», y justificar así ser beneficiada por medidas de acción positiva por parte del Estado, pero eso no le da derecho a no tributar.

En lo que hace a la situación de la accionante, la disidencia agrega información del expediente que no surge con claridad del voto mayoritario. Según relata, la causa fue declarada de puro derecho sin mayor actividad probatoria. La documentación acompañada solo acreditó la edad de la actora (79 años), el monto de sus haberes jubilatorios (que la colocan en el decil más acaudalado entre los jubilados), el aporte de alrededor de un

30% de esos haberes en concepto de Impuesto a las Ganancias y una serie de gastos que representan el 0,68% de sus ingresos. A eso se suman las manifestaciones de la propia actora (no acompañadas por evidencias) sobre que padecería problemas de salud (los «obvios y normales para la edad», según alegó). Según ese cuadro, la actora es de los jubilados que más cobran en el país, no indicó ni probó qué problemas de salud la aquejan ni cuáles serían los gastos a ellos asociados y tampoco produjo otra prueba relevante.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA

En lo que sigue analizaré desde una perspectiva crítica los argumentos interpretativos de los votos bajo estudio.

1. EL VOTO MAYORITARIO, LA RAZONABILIDAD Y LA APLICACIÓN DE GENERALIZACIONES

El argumento principal utilizado por la mayoría de la Corte puede ser leído como una derrota al carácter general de las reglas en manos de la igualdad de trato: es contraria a ese principio la norma que, generalizando, prescribe las mismas consecuencias para sujetos que se encuentran en distintas circunstancias relevantes. Analicemos con más profundidad sus implicancias.

En el derecho moderno las reglas se caracterizan por ser generales y abstractas. Generales en tanto van dirigidas hacia un conjunto indeterminado de personas (a todos los miembros de una categoría) y abstractas puesto que en su enunciación se refieren a clases o tipos de conductas («matar», «causar un daño»). Al aplicarlas les corresponde a los jueces analizar si los hechos probados en un proceso pueden ser calificados como casos de esas conductas abstractas.

Ellas sirven a diversos fines o propósitos en virtud de los cuales han sido instauradas. Desde esa perspectiva, puede suceder que su aplicación a un caso concreto resulte desajustada en relación con esas u otras razones. Ese desajuste puede darse por la presencia de ciertas propiedades en el caso que hagan que las razones que las justifican no se apliquen al mismo, o bien porque ciertas propiedades hagan concurrir otras razones relevantes que compitan con aquellas que las fundamentan y justifiquen su no aplicación¹².

¹² Recurramos a un conocido ejemplo: si en general se justifica prohibir el ingreso de animales al transporte público porque con eso se evita causar molestias a los pasajeros, la aplicación de esa regla al supuesto de ingreso de un animal pequeño, silente e inofensivo es formalmente correcta pero injustificada desde el plano de las razones que le subyacen, se trata de un caso de no aplicación de las razones que justifican la norma.

Ese género de problemas, el desacople entre la aplicación de una regla con sus propósitos, es denominado por algunos iusfilósofos como «laguna axiológica». En el nivel de las reglas, además de las lagunas entendidas como vacío legal (ausencia de reglamentación de la cuestión en debate), tendríamos otras de tipo valorativo que se dan cuando las reglas de un sistema jurídico solucionan un caso, pero sin considerar cierta propiedad que debería ser tenida en cuenta de acuerdo con la hipótesis de relevancia que se deriva de los principios (Atienza y Ruiz Manero, 2006: 62).

Para Frederick Schauer (2004) la toma de decisiones basadas en reglas es un procedimiento subóptimo que alcanza sus beneficios solo resignando las aspiraciones a un modelo ideal. ¿A qué se refiere con eso? Pues a que las reglas se apoyan en regularidades empíricas que tienen en cuenta, al prescribir, lo que normalmente ocurre (generalmente los animales en el transporte público causan molestias). Pero lo que regularmente ocurre puede, en algunas ocasiones, no ocurrir. Sin embargo, es preferible, afirma, aceptar esas posibles discordancias, resignar las aspiraciones a obtener un modelo de decisiones que siempre encuentre la mejor decisión para cada caso y optar por la «segunda mejor opción».

Los predicados fácticos de las reglas —a los que les asignan ciertas consecuencias jurídicas— consisten en generalizaciones probabilísticas percibidas como causalmente relevantes respecto de sus «razones subyacentes», es decir, de las metas que con ellas se persiguen o los males que con ellas se buscan evitar (motivos habitualmente implícitos) (Schauer, 2004: 86)¹³. De las infinitas propiedades que los individuos detentamos y que nos diferencian (edad, ingresos, estudios, etcétera), las reglas captan solo algunas en virtud de ciertos juicios de relevancia. Se dirigen a determinados sujetos (identificados por algunas propiedades consideradas relevantes) y conductas entendiendo que, en general, la consecuencia jurídica que se dispone será valiosa para el cumplimiento de las metas que le dan lugar y la justifican. Pero, advierte el autor, que un enunciado sea una generalización implica que no es necesariamente verdadero para todos los casos. Es posible que las generalizaciones resulten inadecuadas bajo la óptica de las razones subyacentes a las reglas (a esto le llama «experiencias recalitrantes»). Inadecuadas de dos maneras: por incluir casos que no debieran incluirse, lo que

Pero también puede pasar que el animal en cuestión sí moleste, pero sea el lazarillo de uno de los comensales. Estaremos ante un caso de conflicto entre las razones que justifican la prohibición y otras que, para evitar la segregación de quienes poseen discapacidad visual, justifican una excepción.

¹³ Se trata de una causalidad probabilística o frecuencial en el sentido de que se supone que la incidencia de la consecuencia será mayor en una población que posee la propiedad en cuestión que en una población idéntica en todos los demás aspectos en la cual esa propiedad está ausente (Schauer, 2004: 88).

denomina «sobreinclusión», o por excluir casos que debieran incluirse, lo que denomina «subinclusión».

Ahora bien, ¿cómo deberían resolverse los casos de desacople entre las reglas y sus razones subyacentes? Se trata, como sugiere Atienza (2018: 300), de un problema iusfilosófico bien conocido. El mismo se dirime entre dos grandes posturas: la de los «formalistas» que afirman que las reglas deberían aplicarse sin más y la de quienes sostienen que en su aplicación deberían intervenir también criterios de equidad que permitan resolver los posibles desacoples¹⁴. Schauer denomina al primero como modelo «atrincherado», y al segundo, como «particularista».

Eso da pie para hacer una primera caracterización iusfilosófica del voto de la mayoría. Detrás de la decisión de inaplicar la regla general que prescribe el pago de impuestos por parte de ciertos jubilados parece haber, de un modo implícito, un posicionamiento sobre los criterios de interpretación jurídica y, más ampliamente, cierta concepción del derecho.

La Corte ha entendido tradicionalmente a la igualdad como la no discriminación, esto es, como la interdicción del trato arbitrario¹⁵. La Constitución prescribe un trato igual para quienes se encuentran en iguales circunstancias. El modo de determinar el cumplimiento de esa manda es analizar si la distinción en cuestión se apoya en una justificación objetiva y razonable. Si no la tuviera, sería discriminatoria y, por lo tanto, violatoria del pacto constitucional. El juicio de razonabilidad se vuelve determinante para la interpretación en los casos de discriminación¹⁶.

Ahora bien, analizar la razonabilidad de una regla es una operación que lleva al terreno de la argumentación moral. Exige lograr un equilibrio entre los valores o principios que, siendo relevantes para un caso, tienen exigencias contrapuestas; requiere seleccionar uno de varios equilibrios

¹⁴ Como explica Jesús Vega (2014: 132), esta última se trata de una tesis que ya estaba en Aristóteles, quien concebía a la equidad como algo interno al derecho que permite incorporar en su aplicación los valores sustantivos que les preexisten y les dan sentido. La misma no niega las reglas, pero sí su entendimiento puramente formalista, viene a corregir la generalidad de la regla en un caso que, de haberlo conocido, el propio legislador lo hubiera hecho (Vega, 2014: 135-136).

¹⁵ Sobre la concepción tradicional en materia de igualdad adoptada por la Corte Suprema argentina véase Saba (2016). También puede consultarse Dieder (2011: caps. III y IV).

¹⁶ Por un análisis de las vinculaciones entre los principios de igualdad y de razonabilidad, véase Didier (2011: cap. I.5). La autora sostiene que ambos están estrechamente vinculados, aunque se diferenciarían en que el primero necesita ser aplicado comparativamente y el segundo, en tanto criterio de control de las reglamentaciones a derechos fundamentales, no lo requiere.

posibles y justificar esa elección (Atienza, 1987). Se trata de un modelo de toma de decisiones tendencialmente «particularista» en tanto admite la posibilidad de derrotar el carácter general de las reglas cuando el equilibrio de las razones relevantes involucradas así lo justificase.

Según el enfoque dado por la mayoría del tribunal, se presentó en el caso un desacople entre la regla impositiva y otras razones de índole constitucional que justifican realizar una excepción a la misma. La actora, además de ser una jubilada con una (relativamente) elevada capacidad adquisitiva, detenta una propiedad (la vulnerabilidad vital) que vuelve irrazonable su inclusión dentro de la categoría de jubilados que tributan el Impuesto a las Ganancias.

Dicho eso, me interesa ahora poner el foco en las razones que invoca para sostener que la persona accionante reviste esa propiedad que justifica un trato distinto. En ese punto argumentación del voto mayoritario presenta severas debilidades.

Al disponer que solo el 10% de los jubilados (aquellos que más dinero perciben) paguen el Impuesto a las Ganancias, el legislador supone que en general ese conjunto de personas estará en condiciones de afrontar el impuesto sin detrimento de sus otros compromisos vitales. También hace un juicio de valor sobre quiénes y en qué medida es justo que aporten a las arcas públicas.

Para llegar a la conclusión de que esa generalización legislativa es inadecuada o irrazonable para el caso de la actora, la Corte se apoya en otra generalización, también de tipo empírica, según la cual entre los jubilados hay algunos que, por sus condiciones de salud, discapacidad, etcétera, son más vulnerables que otros. Sobre la base de ese enunciado y de aquellos que describen la situación de la actora, el tribunal halla en el caso un trato discriminatorio: se estaría tratando igual a quienes considera desiguales en virtud de ciertas propiedades relevantes.

Los problemas que quiero marcar se encuentran fundamentalmente en la solidez de esa inferencia empírica y en la ponderación que realiza. Para subsumir el caso en la teoría de la igualdad asumida por la Corte, el voto debía justificar que la parte actora, además de ser jubilada y percibir altos ingresos, poseía otra propiedad relevante a los efectos del pago del impuesto que el legislador no contempló. Con fines analíticos podemos dividir ese argumento justificativo en dos premisas. Por un lado, la que afirma (a) la existencia, dentro del universo de jubilados con altos ingresos, de un subgrupo de sujetos poseedores de una propiedad relevante que no está siendo considerada por el legislador pero que, sin embargo, amerita serlo. Por otro lado, aquella que sostiene que (b) la accionante forma parte de ese subgrupo¹⁷. Las analizaré en ese orden.

¹⁷ En el contexto de descubrimiento de esta clase de casos los jueces identifican a partir de sus características cierta propiedad que, pese a ser relevante, ha sido omitida por el legislador. Luego extraen de modo inductivo una regla general según la cual esa

(a) *Sobre la premisa mayor: generalización empírica y ponderación.* Como vimos, en el voto se sostiene que el envejecimiento y la discapacidad normalmente obliga a las personas a contar con mayores recursos para no ver comprometido el ejercicio de sus derechos fundamentales y que equiparar a todos los jubilados sin distinguir de acuerdo a su vulnerabilidad omite que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro. Eso supone «subcategorizar» «a un universo de contribuyentes que, de acuerdo a una realidad que la Constitución obliga a considerar, se presenta heterogéneo» (cdo. 18).

En otras palabras, se afirma que entre los jubilados es esperable encontrar una *proporción más alta* de incidencia de los problemas de salud en el presupuesto, es decir, una mayor proporción de gastos en cuestiones de salud en comparación con la categoría más amplia de todos los contribuyentes. Esa premisa, que conecta la vejez y la discapacidad con la mayor necesidad de recursos, constituye una «máxima de la experiencia»¹⁸: quienes conocen las vicisitudes del envejecimiento saben que con el paso del tiempo muchas personas comienzan a dedicar cada vez más recursos a los problemas asociados a la salud, lo que se agrava si la persona en cuestión padece de alguna discapacidad. En tanto máxima de la experiencia, su fundamento cognoscitivo depende de la validez y admisibilidad de la generalización que expresa (Taruffo, 2009: 441). En este caso se trata de una máxima que se respalda en la experiencia privada de los jueces, de su conocimiento acerca de la vejez y sus consecuencias. Es una premisa que parece aceptable. Si bien por su importancia para el razonamiento sería deseable acompañarla de respaldos más precisos como la información estadística, consiste en una aserción generalmente aceptada en el ámbito de nuestra cultura social compartida.

Pero lo que es problemático es la conexión de ese argumento con la teoría de la igualdad que adopta el voto: dice que al haber entre los jubilados algunas personas que son más vulnerables que otras, su tratamiento unificado a los fines impositivos es un trato desigual no justificado. Sin embargo, no aporta razones suficientes para sostenerlo.

propiedad es relevante para casos como el analizado. En el contexto de justificación el tribunal debe aplicar esa regla general o «norma adscripta» (Alexy, 1993: 70), extraída a partir de la actividad interpretativa, como premisa mayor de un razonamiento subsuntivo y estar dispuesto, en el futuro, a aplicar el mismo criterio a personas que posean las mismas propiedades relevantes.

¹⁸ Una máxima de la experiencia es un juicio hipotético de contenido general que se desprende a partir de la experiencia respecto de sucesos de cierto tipo. Se conforma a través de inducciones ampliativas, es decir, partiendo de hechos individuales para llegar a una regla general que permita explicar y predecir esa clase de hechos (Taruffo, 2009: ap. 27).

Por un lado, el argumento parece, en cierto aspecto, estar incurriendo en el mismo error que denuncia. Si bien la propiedad que identifica como relevante (y omitida por el legislador) es la de jubilado-vulnerable, el eje sobre el que se monta la observación del tribunal es la «vulnerabilidad vital» de la persona, que es el factor que debería considerar el legislador al momento de confeccionar categorías tributarias. Bajo esa óptica, la propiedad jubilado-vulnerable parece ser ella misma «subincluyente» respecto de las razones que justifican su consideración por el tribunal: se trata de un juicio relativo transversal a la propiedad de jubilado. Si bien puede sostenerse que entre las personas jubiladas es esperable encontrar una mayor proporción de sujetos vulnerables que entre las personas que no tienen ese estatus, eso no niega que en ese último grupo haya también sujetos vulnerables (por otras características distintas a la vejez o la discapacidad, o quienes teniéndolas no hubieran accedido a una jubilación). La conclusión a la que llega el voto en este plano general padece del mismo defecto que se le marca al legislador: subcategoriza (o subincluye) a otros sujetos que pese a no estar jubilados tienen la misma propiedad que según la mayoría del tribunal justifica hacer una distinción, la de ser vulnerables.

Eso plantea un problema con una de las reglas fundamentales del discurso práctico general (es decir, uno de sus criterios de corrección material): la regla de la universalidad, según la cual todo hablante que aplique cierto predicado sobre determinado objeto debe estar dispuesto a aplicarlo también a todo otro objeto igual en todos los aspectos relevantes (Alexy, 2007: 266).

Por otra parte, es posible inferir que la universalización de un criterio como el adoptado podría generar importantes consecuencias sobre el sistema tributario. Sin embargo, no se cuenta en el voto con reflexiones sobre esas aristas, es decir, sobre qué implica en términos de financiamiento y de justicia distributiva que los jubilados-vulnerables deban ser especialmente considerados, aun aquellos que están entre quienes más ingresos perciben y cuya condición de vulnerabilidad podría ser hipotéticamente compartida por otros grupos a los que no alcanzaría la regla.

Como propone MacCormick (2018: cap. VI), en los casos difíciles, una vez delimitada la decisión por los principios de universalidad, consistencia y coherencia, la decisión final se debe volcar por aquella opción que resulte mejor en virtud de las consecuencias que traería aparejado el criterio universalmente aplicado a la luz de ciertos fines o valores.

El voto tampoco reflexiona sobre el hecho de que los jubilados que pagan el impuesto sea el 10% de mayores ingresos. Si bien ese factor no quita que algunos de ellos sean vulnerables en el sentido en que se refiere a ese término el tribunal, se puede suponer *a priori* que el caudal de sus ingresos les permitiría afrontar sus gastos vitales con mucha mayor solvencia que los jubilados que no pagan el impuesto y que muchas de las personas no jubiladas. El hecho de que, como sostiene la mayoría, el pago del impuesto incida de modo distinto en aquellos jubilados que tienen más gastos vitales no implica necesariamente,

ni cabe presumir sin ningún otro elemento de convicción, que esas personas no puedan hacer frente a ambos tipos de erogaciones, las impositivas y las correspondientes a sus gastos vitales.

Por último, quedan fuera de análisis importantes consideraciones relativas al ámbito de las políticas sobre el que está decidiendo. Como sugiere Rosenkrantz en su disidencia, la mayoría ha omitido considerar como factores relevantes las demás políticas estatales destinadas precisamente a amortiguar las diferencias detectadas, es decir, a cubrir las contingencias de salud, los medicamentos, etcétera, de las personas jubiladas que así lo requieran. Aceptar la premisa fáctica general en la que se apoya el voto no lleva linealmente a sostener que existe entre los jubilados un desnivel frente a las obligaciones tributarias. Para sostenerlo es necesario incorporar información que permita evaluar el impacto que sobre esa situación pueden tener otras políticas estatales a favor de las personas vulnerables. Tampoco se aportan razones para justificar por qué, aun cuando el desnivel existiera, la solución debería ser adoptada por el legislador en el nivel de las exenciones impositivas (como parece sugerirlo) y no, por ejemplo, con modificaciones al mínimo no imponible, con una baja de la alícuota o, de modo más general, a través de otras políticas sociales que capten la vulnerabilidad vital de las personas desde otro plano.

(b) *Sobre la premisa menor: la situación personal de la actora.* Ahora bien, aun dejando de lado las críticas recién expuestas, la línea argumentativa del voto mayoritario tiene otro problema de carácter fáctico: ¿se puede sostener que la actora es una jubilada-vulnerable?

Si consideramos que las personas jubiladas con vulnerabilidad vital necesitan afectar mayores recursos a atender cuestiones relacionadas con su salud, y suponemos que el Estado no tiene política alguna para atender esa situación, aún debemos preguntarnos si la accionante detenta esos atributos y, por ende, se justifica excluirla del ámbito de aplicación de la regla. Debemos separar lo que consiste en una proposición referida a una regularidad empírica (entre los jubilados hay una proporción relativamente elevada de personas vulnerables) de una proposición referida a un hecho individual como lo es el estado de salud y económico de la actora.

De una regularidad empírica como la sostenida por el tribunal, según la cual los jubilados normalmente necesitan más recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida, no se puede inferir con carácter necesario que la actora, por ser jubilada, forma parte del grupo de jubilados-vulnerables que detentan efectivamente esas necesidades. Una regularidad empírica no dice nada, en un principio, sobre un hecho individual como es la situación de la actora. Para alcanzar esa conclusión es preciso incorporar mayor información al razonamiento, mayor incluso a la que se disponía al momento de tomar la decisión. Recordemos que el conjunto de evidencias reunidas era realmente escaso: se conocía la edad de

la actora, el monto retenido por impuestos y algunos gastos insignificantes en teléfono.

No se disponía, entonces, de ninguna prueba directa de que la actora revestía aquella propiedad relevante que según la mayoría del tribunal el legislador ha omitido, es decir, de su vulnerabilidad vital. Por más que en el caso se considere correcta la premisa normativa general según la cual entre las personas jubiladas de altos ingresos hay algunas que por su vulnerabilidad no se justifica que reciban el mismo trato que las otras, debido a la falta de pruebas sobre el carácter vulnerable de la actora no es posible subsumir su caso individual en esa regla (o «norma adscripta») creada por el tribunal a partir del principio de igualdad. No se puede considerar probado que las circunstancias de la actora califiquen como un caso de los alcanzados por dicho enunciado general.

2. EL VOTO DISIDENTE Y LAS RAZONES PARA SER DEFERENTES CON EL LEGISLADOR

La principal línea argumentativa del voto disidente está vinculada, como vimos, con la determinación del rol del Poder Judicial en la interpretación constitucional de las leyes tributarias. Las razones que invoca están mayormente dirigidas a justificar una postura deferente al Poder Legislativo en la materia. Más allá de coincidir con la conclusión a la que arriba, me interesa analizar críticamente la postura que el voto adopta en materia de interpretación y los efectos en términos iusfilosóficos que podría tener su traslación a otras materias distintas a la tributaria.

Partamos de los puntos de encuentro que tienen los dos votos de la sentencia. Ambos coinciden, por un lado, en que dentro del Estado corresponde al Poder Legislativo la atribución de elegir los objetos imponibles, determinar las finalidades de la percepción impositiva y disponer los modos de valuación de los bienes sometidos a gravamen. También en que el Poder Judicial tiene vedado inmiscuirse en el mérito o la conveniencia de esas decisiones, aunque sí esté facultado para controlar que las mismas no vulneren las normas constitucionales o las reglamenten de modo irrazonable. Se tratan de verdaderos tópicos del constitucionalismo vernáculo.

Las discrepancias aparecen a punto de avanzar en la solución del caso concreto llevado a los estrados del tribunal. Si bien en términos generales el Poder Judicial puede controlar el cumplimiento de los imperativos constitucionales en materia impositiva e inaplicar —para un caso concreto— las leyes que no los respetaran, ¿existe mérito en el caso que presenta la actora para ejercer esa función? Los votos toman caminos opuestos en la respuesta a ese interrogante.

La mayoría recurre al principio de igualdad y al juicio de razonabilidad y esa decisión supone asumir ciertas posturas en el terreno iusfilosófico. El voto disidente, en cambio, plantea su oposición a la postura adoptada por la

mayoría apoyándose en un aspecto previo: discrepa con que los jueces puedan realizar esa clase de interpretaciones en lo que respecta a las leyes tributarias. Si bien invoca argumentos de peso para sostener que el planteo de la accionante debía ser rechazado, una parte importante de sus argumentos se focaliza en justificar una postura interpretativa según la cual el control de razonabilidad de las categorías tributarias estaría vedado o seriamente limitado. El caso de la actora no puede ser acogido no solo porque es justificable que abone el impuesto, sino fundamentalmente porque los jueces no pueden realizar análisis como los que la mayoría realiza.

Si bien el Poder Judicial está habilitado en general para controlar la constitucionalidad de las leyes, en esta clase de casos —afirma Rosenkrantz— hay buenas razones para adoptar una postura deferente al legislador. Las decisiones que el Congreso adopte sobre cómo distribuir los recursos nacionales y sobre quiénes y en qué medida es justo que aporten al tesoro no pueden ser suplantadas por la voluntad judicial. Desde esa óptica rechaza —y busca evitar— la posibilidad de que durante la operación interpretativa se permeen los juicios de valor de los jueces sobre cómo deberían gravarse y distribuirse las riquezas dentro del Estado. Debido al nivel de generalidad (o indeterminación) en que están redactadas las normas constitucionales y convencionales que reconocen el derecho a la seguridad social y la obligación del Estado de adoptar medidas de acción positiva a favor de ciertos grupos, descarta que de las mismas pueda inferirse una exención impositiva.

Mi crítica hacia esos aspectos del voto disidente tiene dos ejes. Por un lado, (a) mostrar que una postura de ese tipo no permite explicar y entra en contradicción con una práctica interpretativa asentada en la jurisprudencia del tribunal relevante incluso para cuestiones tributarias. Por otro lado (b) evaluar las implicancias iusfilosóficas de un argumento interpretativo como el que se adopta, en particular las que surgen de su traslación a otras materias distintas a la tributaria.

(a) La postura que adopta el voto disidente sobre la separación de los juicios valorativos en la interpretación no permite explicar y entra en contradicción con una operación que el propio juez disidente admite —en línea con una inalterada línea jurisprudencial del tribunal— como parte de las competencias judiciales (incluso en materia tributaria): el análisis de razonabilidad de las leyes en tanto reglamentaciones de los derechos reconocidos en el texto constitucional. Una cosa sería decir que en el caso concreto, dadas las circunstancias acreditadas y las razones invocadas en el mismo voto, la regla cuestionada resulta razonable, pero otra distinta es afirmar que los jueces no pueden alterar las categorías tributarias creadas por el legislador suplantándolas, a través del desarrollo interpretativo de los principios constitucionales, por ciertas concepciones de la justicia.

El voto parece presentar, en este punto, una sutil ambigüedad. Podría estar sosteniendo que los jueces tienen vedado reflejar sus juicios de valor personales en las sentencias que dictan, algo que casi nadie querría discutirle. Pero también podría estar sosteniendo una postura escéptica acerca de que las cuestiones prácticas puedan decidirse racionalmente (alejada de cualquier clase de objetivismo moral) y, a la postre, pretender suprimir o limitar los espacios de argumentación moral dentro de las decisiones judiciales para evitar, precisamente, que sean los juicios morales personales de los jueces los que decidan los casos.

En el primero de los sentidos el argumento, si bien conllevaría una significativa adhesión, no tendría demasiada utilidad en la motivación. No permitiría desacreditar la decisión adoptada por la mayoría que, como puede inferirse, no pretende estar consagrando las particulares concepciones de la justicia distributiva de los jueces firmantes sino aquella que resulta correcta para el caso. En el segundo de los sentidos el argumento cumple una función más precisa en la motivación de la disidencia. Le está diciendo a la mayoría que avanzó sobre un terreno, el de las categorías tributarias, que no puede invadir pues les está vedado a los jueces. Sin embargo, tiene como consecuencia vaciar de racionalidad e impedir el juicio que tanto la jurisprudencia asentada de la Corte como el mismo voto disidente reconocen como parte del control de constitucionalidad: el análisis de razonabilidad de las leyes, que, como vimos, implica realizar un equilibrio entre los valores en tensión. El rechazo a la incorporación de la argumentación moral en la interpretación tributaria conlleva a una contradicción que solo puede resolverse prescindiendo de algunas de las premisas: la posibilidad de controlar la razonabilidad de las categorías tributarias o el rechazo a la argumentación moral¹⁹. Si se acepta, como lo hace el voto disidente en varios pasajes, que la interpretación constitucional tiene cabida en materia tributaria a través del análisis de razonabilidad, el problema sobre la determinación del alcance de los principios contenidos en la Constitución no puede ser resuelto recurriendo solo a interpretaciones semánticas y genéticas (recurso utilizado también en varios pasajes del voto).

(b) El argumento interpretativo del voto disidente, en el segundo de los sentidos identificados antes, está relacionado con al menos dos posturas iusfilosóficas. Parece admitir, en el plano estructural del derecho, la existencia de reglas y de principios, pero otorgándoles a estos últimos una función

¹⁹ Una postura escéptica respecto a la existencia de racionalidad en la decisión de las cuestiones prácticas podría sostener como tercera opción la admisión de que en el juicio de razonabilidad existe un espacio de «discrecionalidad en sentido fuerte», en el que los jueces pueden seleccionar entre diversos cursos de acción, concebidos cada uno como permisible por el sistema (véase Lifante, 2002: 417). Pero eso parece ser algo que decididamente el voto pretende evitar.

inerte en la interpretación. Si en su desarrollo interpretativo no pueden intervenir ciertas concepciones de la justicia, pues se vuelve imposible dotarlos de sentido o, en términos de Alexy (1993: 70), crear a partir de ellos —e invocando argumentos prácticos de tipo general— «normas adscriptas» más precisas en sus condiciones de aplicación que habiliten su aplicación subsuntiva. Al estar la mayoría de los principios constitucionales «radicalmente indeterminados», no podría inferirse nada de ellos.

Esta última afirmación parece tener como respaldo una concepción tendencialmente «formalista» de la interpretación²⁰. En efecto, en lo que respecta a los criterios interpretativos lo sostenido en el voto es compatible con otorgar una jerarquía supraordenada y absoluta al derecho de fuente legal. El voto adopta una postura deferente al legislador en cuestiones tributarias no porque les otorgue cierta prevalencia a los argumentos interpretativos semánticos y genéticos (como, por ejemplo, propone Alexy, 2007: 432), sino porque parece colocarlos como los únicos aceptables en la materia²¹, dejando por fuera a las argumentaciones de tipo teleológicas y/o deontológicas (imprescindibles para concretar el juicio de razonabilidad)²². Si bien en su entramado argumentativo se encuentra una recurrente referencia a valores, la función de ese recurso mayormente es justificar un minimalismo interpretativo por parte de los jueces. Lo valioso a nivel institucional en materia tributaria sería que los jueces no se inmiscuyan en los juicios de valor implementados por el legislador a través de las leyes que crean, como en el caso, categorías impositivas.

Para defender la deferencia al legislador en materia tributaria el voto aporta, como vimos, razones que atienden fundamentalmente a la distribución de funciones en un Estado constitucional. Al rechazar la intervención del Poder Judicial en la confección de categorías tributarias ha expresado una

²⁰ Formalista en el sentido de que aparenta concebirla como una operación cognoscitiva consistente en descubrir el significado objetivo de un texto o la voluntad subjetiva de su autor, excluyendo la posibilidad de su crítica moral (véase Atienza, 2009: 278-279).

²¹ En las otras líneas argumentales del voto se puede advertir, además, la invocación de argumentos sistemáticos y el uso de precedentes. Los argumentos genéticos se advierten cuando indaga sobre cuál es el significado que debe dársele a la expresión «integralidad» adoptada por el texto constitucional: es aquel que pretendieron darle los constituyentes. El mismo recurso se repite luego, cuando el juez indaga sobre el sentido de la reforma jubilatoria de 2016: su norte está en lo que los legisladores buscaron con ella.

²² Mientras las argumentaciones interpretativas semántica y genética vinculan a los jueces con el tenor de la ley y la voluntad del legislador, la teleológica abre el campo a la argumentación práctica racional de tipo general (Alexy, 2007: 339-340).

valoración según la cual esa distribución de las funciones con el Poder Legislativo es la que mejor expresa el modelo de Estado constitucional adoptado por la Constitución nacional.

Advirtiendo eso estamos en condiciones de hacer una primera matización a la idea que parecería postular Rosenkrantz sobre la impermeabilidad de los juicios valorativos de los jueces en la interpretación tributaria. La elección por parte de los jueces (y de los teóricos del derecho) sobre cuál es el modelo de decisión o de interpretación preferible resulta inexorablemente valorativa. Se eligen los modelos de acuerdo a qué valores permiten alcanzar u optimizar, es decir, dependiendo de la ponderación de una serie de razones que concurren y tensionan entre sí: las razones para aplicar uno u otro canon interpretativo. Por ende, no puede sostenerse la prescindencia total de la valoración por parte de los jueces dentro de la argumentación jurídica. Como destaca Lifante Vidal (2018: 219), incluso quienes defienden una posición formalista de la interpretación justifican su opción a través de argumentos valorativos basados, por ejemplo, en el valor de la certeza o de la seguridad jurídica, es decir, en el aspecto autoritativo del derecho.

Presentada esa primera matización, me interesa ahora detenerme en la posibilidad de trasladar el argumento interpretativo que se adopta en el voto disidente a otras materias distintas a la tributaria. Si bien la deferencia al legislador a través del recurso exclusivo a argumentos gramaticales y genéticos podría considerarse justificada en materia tributaria, la traslación de ese criterio al campo general de la interpretación, como podría sugerir una lectura aislada de algunos de los pasajes del voto disidente que he transcripto, presenta mayores problemas.

Para Schauer (2004: cap. VII), como para otros tantos iusfilósofos, un modelo de decisión «basado en reglas», o «atrincherado» a las razones subyacentes de las reglas, debería ser adoptado en general. Si bien desde la perspectiva de la equidad no permite captar —como lo hace su opuesto— aquellas diferencias relevantes que hubieran sido ignoradas por el legislador, contribuye a proteger otros valores importantes: aumenta la confianza en el ordenamiento jurídico y la capacidad de predecir los resultados de su aplicación; mejora la eficiencia en la toma de decisiones ya que el decisor no debe examinar todos los rasgos potencialmente relevantes de un caso; evita la comisión de errores en el juicio por parte de los jueces; y contribuye a la estabilidad política y social. El procedimiento más óptimo en general, dice el autor, es el segundo mejor, el que desiste de buscar la decisión óptima en todos los casos individuales.

Otras posturas, en cambio, justifican adoptar un modelo de interpretación que admita dentro de esa operación intelectual a la argumentación práctica general y que permita a los jueces apartarse en algunas circunstancias del sentido literal de los materiales jurídicos.

Robert Alexy (2007: 342) propone darle prevalencia a los argumentos que expresen una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del

legislador histórico. Pero una prevalencia susceptible de ser vencida cuando puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a otra clase de argumentos interpretativos. En cuyo caso, sostiene, juegan un papel decisivo los argumentos prácticos de tipo general, que son los que se encargarán de dirimir si cabe alterar aquella prioridad concedida *prima facie*. El peso de los argumentos para apoyar ciertos cánones interpretativos se determinaría de acuerdo a las reglas de la ponderación, desarrolladas con referencia a determinados contextos de interpretación y determinados sectores del derecho. Para saber cuándo hay argumentos racionales para abandonar los criterios gramatical y genético hay que tomar en cuenta «todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de interpretación» (Alexy, 2007: 344).

Las divergencias entre ambas clases de posturas pueden ser vistas como respuestas distintas a la tensión inherente al derecho entre sus aspectos autoritativo y valorativo. Mientras las posturas formalistas privilegian el primero, posturas como las constructivistas —defendidas por autores como Dworkin, Nino, Alexy, MacCormick o Atienza— hacen primar su aspecto valorativo, esto es, al conjunto de valores expresados en los principios constitucionales (Lifante Vidal, 2018: 66). A diferencia de las posiciones formalistas, estas últimas aspiran a expresar la mejor versión del derecho en cada acto de aplicación. Si bien disminuyen la predecibilidad de los resultados de la aplicación del derecho, lo que suele denominarse «seguridad jurídica», permiten optimizar mejor la consecución de los objetivos y valores que la práctica jurídica pretende desarrollar.

La elección del modelo de interpretación depende de la idea que se adopte sobre la función del derecho en un Estado. Si debería servir solo para asegurar el orden o, también, para cumplir con otros fines y valores como la vigencia de ciertos principios²³.

Esa respuesta, por otra parte, debe darse de modo situado. No es lo mismo asegurar o conservar el *statu quo* en contextos donde el mismo resulta aceptable que hacerlo en otros donde busca ser transformado. En los países latinoamericanos podemos ver que el desarrollo contemporáneo del constitucionalismo ha tenido una impronta transformadora: con la modificación de los textos constitucionales —que incluye, entre otras aristas, una considerable expansión de sus partes dogmáticas— se ha buscado modificar de algún modo una serie de condiciones políticas, económicas y sociales consideradas inaceptables.

La pregunta sobre cómo debe ser interpretado el derecho es un interrogante abierto y en permanente debate en el campo iusfilosófico. Su respuesta

²³ El propio Schauer (2004: 217 y ss.) reconoce el carácter conservador del *statu quo* en la posición «basada en reglas» que defiende. Sin embargo, agrega que el mismo se puede considerar una virtud siempre en relación con un contexto social y político específico, de lo deseable que resulte el estado de cosas a estabilizar.

supone la asunción de cierta concepción del derecho (ej., positivista o postpositivista) que suele interactuar con alguna teoría de la ética (ej., cognoscitivistas y no cognoscitivistas) y a su vez impacta en —y se retroalimenta de— la teoría política: el modo de concebir el derecho se encuentra atado al modo en que se reparte el poder hacia el interior de los Estados típicamente entre los órganos que se encargan de crear sus fuentes autoritativas y aquellos que se encargan de resolver las controversias jurídicas entre de los ciudadanos entre sí o frente al Estado²⁴. La manera de entender la interpretación jurídica es una célula de una serie de posicionamientos teóricos éticos y políticos que —de modo expreso o veladamente— dan sentido a las posturas sobre qué cánones interpretativos es preferible utilizar. Cuando indagamos sobre cómo interpretar en cierto punto también nos estamos preguntando qué clase de valores queremos que nuestros Estados optimicen.

Ahora volvamos al voto disidente. Dado que algunas de las razones dadas por Rosenkrantz para justificar la deferencia al legislador en materia tributaria podrían ser leídas, de modo aislado y quizá sacadas de contexto, como un alegato a favor del formalismo en la interpretación jurídica, el panorama reseñado nos permite advertir que los motivos que justifican esa deferencia en el terreno impositivo no pueden ser linealmente trasladados al campo general de la interpretación. O si esa fuera la intención debería poder explicarse por qué es preferible un modelo de Estado de derecho donde en la aplicación de las normas prima exclusivamente el aspecto formal y queda relegada la dimensión valorativa o axiológica de la empresa jurídica. Es decir, por qué preferir un modelo de decisión donde se les dé una prevalencia general a los valores instrumentales de la seguridad y el orden formal por sobre los vinculados con la justicia material.

En resumen, puede decirse que si bien las razones dadas en el voto disidente para la deferencia al legislador son atendibles mientras se mantienen encapsuladas en la cuestión tributaria, las mismas resultan problemáticas y, en todo caso, necesitan ser complementadas si se busca trasladarlas al campo general de la interpretación, sopesando las consecuencias que tendría asumir una posición de esas características para el ideal del Estado de derecho.

V. CONCLUSIONES

La sentencia analizada ofrece un contrapunto conceptualmente rico en torno a la interpretación jurídica y la función del Poder Judicial en materia

²⁴ En palabras de MacCormick (2010: 77), «la teoría de la interpretación como tema intrínseco al estudio de la argumentación práctica nos conduce necesariamente a las aguas más profundas de la normativa constitucional y la teoría política; es decir, a la libre argumentación práctica aplicada a las instituciones políticas y jurídicas básicas».

impositiva y más allá. En ella se ha impuesto cierta delimitación de las atribuciones jurisdiccionales sobre las facultades del Congreso de imponer tributos que resulta favorable a las competencias de los jueces encargados de aplicar la Constitución que, en Argentina, son todos.

Entrando en el análisis de los argumentos invocados por los dos votos que la componen, hemos visto que la mayoría del tribunal recurrió a la aplicación del principio de igualdad. Lo hizo, sin embargo, con justificaciones sumamente frágiles en general y en su aplicación a las circunstancias concretas del caso que le tocaba decidir. Si bien la legislación impositiva argentina impone el impuesto a las ganancias a los haberes jubilatorios más acaudalados del sistema previsional, la mayoría entendió que existía una propiedad relevante, la vulnerabilidad vital de las personas, que el legislador no estaba contemplando, debiendo hacerlo. En el análisis del voto he identificado dos premisas de su razonamiento justificativo. Una premisa indica que existe, dentro del universo de jubilados con altos ingresos, un subgrupo de sujetos poseedores de una propiedad relevante, la vulnerabilidad vital, que no está siendo considerada por el legislador pero que, sin embargo, amerita serlo. Se trata, sostuve, de una generalización que, como máxima de la experiencia, podría considerarse avalada. Sin embargo, la falla radica en considerar que no se justifica darle a todo el grupo de jubilados el mismo trato. Al sostenerlo el voto incurre en el mismo error que denuncia, la subinclusión de otras personas que, sin ser jubiladas, son también vulnerables y podrían aspirar a beneficiarse de la misma exención que en el fallo se está acordando. Además, tampoco tiene en cuenta los impactos de la decisión sobre el sistema tributario ni que al abonar el impuesto los jubilados que más dinero perciben es posible que puedan absorber tanto ese tributo como los gastos propios de la edad. La otra premisa que se puede analizar tiene que ver con la conexión entre la anterior y las circunstancias del caso objeto de decisión. Sostener que en general los jubilados son sujetos vulnerables no habilita a concluir, sin más, que cada jubilado lo es. Eso es lo que hace el voto analizado al asumir esa condición en la accionante sin otros elementos de prueba relevantes que lo ratificasen. De una regularidad empírica según la cual los jubilados normalmente necesitan más recursos no se puede inferir con carácter necesario que la actora estuviera en esas circunstancias.

El voto disidente aporta buenas razones para rechazar el planteo de la actora, pero trae aparejados otros problemas desde la perspectiva iusfilosófica. Al pretender suprimir o limitar los espacios de argumentación moral dentro de las decisiones judiciales, parece vaciar de contenido a una práctica interpretativa asentada en la jurisprudencia del tribunal incluso para la materia impositiva: el análisis de razonabilidad de las leyes en tanto reglamentaciones de los derechos constitucionales. Analizar si una regla establece una categorización razonable implica realizar un equilibrio entre los valores o principios relevantes para el caso que tensionan entre sí y seleccionar uno entre los posibles equilibrios (Atienza, 1987). ¿Cómo cumplir con esa función prescindiendo

de la argumentación sobre valores? Por otra parte, puede decirse que el argumento interpretativo del voto disidente está relacionado con al menos dos posturas iusfilosóficas. Parece admitir, en el plano estructural del derecho, la existencia de reglas y de principios, pero otorgándoles a estos últimos una función inerte en la interpretación. Las razones para la deferencia al legislador invocadas pueden tener sentido y resultar atendibles con referencia a la cuestión tributaria. Sin embargo, su traslación al campo general de la interpretación requiere de un ejercicio más acabado de argumentación que sopesa las consecuencias que tendría asumir una posición de ese tipo para el ideal del Estado de derecho. No puede perderse de vista que la elección por parte de los jueces (y de los teóricos del derecho) sobre cuál es el modelo de decisión o de interpretación preferible resulta inexorablemente valorativa. Se eligen los modelos de acuerdo a qué valores permiten alcanzar u optimizar. Algunas posturas otorgan mayor previsibilidad, pero también muchas veces resultados vacuos, mientras que otras resultan menos previsibles en general, pero permiten desarrollar en mayor medida los principios jurídicos relevantes. Es valioso, además, pensar estas cuestiones de modo situado, ya que no es lo mismo asegurar o conservar el *statu quo* en contextos donde el mismo resulta aceptable que hacerlo en otros donde el mismo busca ser transformado.

Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Atienza, M. (1987). Por una razonable definición de «razonable». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4, 189-200. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.13>.
- (2009). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- (2018). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2006). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta.
- Didier, M^a. M. (2011). *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Lifante Vidal, I. (2002). Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 413-439. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2002.25.12>.
- (2018). *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- MacCormick, N. (2010). Argumentación e interpretación en el Derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, 65-78. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2010.33.04>.
- (2018). *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*. Lima: Palestra.
- Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Vega, J. (2014). La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 29, 113-144. Disponible en: <https://doi.org/10.11117/1982-4564.07.03>.

LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO ÓRGANOS *FRONTERIZOS*: UNA MIRADA A LA EXPERIENCIA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL ITALIANO EN LAS *FRONTERAS* DE LA VIDA HUMANA¹

Constitutional courts as *frontier* institutions:
a look at Italian constitutional court's experience
about the *frontiers* of human life

MARIA PIA IADICICCO
Università degli studi della Campania «Luigi Vanvitelli»
mariapia.iadicicco@unicampania.it

GIUSEPPE LANEVE
Università degli studi di Macerata
giuseppe.laneve@unimc.it

Cómo citar/Citation

Iadicicco, M.ª P. y Laneve, G. (2020).

Los tribunales constitucionales como órganos *fronterizos*: una mirada a la experiencia del juez constitucional italiano en las *fronteras* de la vida humana. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(2), 493-521.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.16>

Resumen

El presente trabajo propone una reflexión sobre la posición de la Corte Constitucional italiana frente a algunas cuestiones ética y científicamente controvertidas, en particular, la procreación médicamente asistida y el aborto, para comprobar si en este ámbito temático la Corte Constitucional opera efectivamente como «institución

¹ El presente trabajo es el fruto de reflexiones compartidas, sin embargo, se deben atribuir a Giuseppe Laneve los párrafos núms. 1, 2, 3 y 7, y a Maria Pía Iadicicco, los párrafos núms. 4, 5, y 6. Traducción: Diana María Castaño Vargas.

fronteriza» entre el legislador y los jueces y entre el ordenamiento jurídico interno y externo.

Palabras clave

Tribunales constitucionales; institución fronteriza; *legislatio*; *iurisdictio*; procreación médicamente asistida; aborto.

Abstract

The aim of this paper is to analyze the attitude of the Italian Constitutional Court regarding some ethically and scientifically controversial issues (birth, abortion, end of life) in order to verify how much the Court confirms to be a «frontier Institution» between legislator and judges and between internal and external legal systems.

Keywords

Constitutional Courts; frontier Institution; *legislatio*; *iurisdictio*; medically assisted procreation; abortion.

SUMARIO

I. POLÍTICA Y JURISDICCIÓN DE LOS PROCESOS DE TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL. II. EL AVANCE DE LA JURISDICCIÓN. III. SOBRE EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO INSTITUCIÓN «FRONTERIZA»: 1. Entre política y jurisdicción. 2. Entre orden interno y orden externo. IV. EL PAPEL DE «INTERMEDIARIO» DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN CUESTIONES BIOJURÍDICAS. V. PRÁCTICAS PROCREATIVAS, DIAGNÓSTICAS Y EXPERIMENTALES SOBRE EL EMBRIÓN HUMANO, ENTRE DERECHO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL. VI. LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL CONTROVERTIDO CASO DEL ABORTO. VII. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA*.

El objetivo del presente trabajo es analizar la posición de la Corte Constitucional italiana frente a algunas cuestiones ética y científicamente controvertidas con el propósito de comprobar su naturaleza como institución «fronteriza» (Onida, 2006: 533).

Para tal fin, es necesario partir de dos órdenes de consideraciones que conjuntamente trazan el marco de referencia dentro del cual nos moveremos: el primero se centra en la reciente y no poco problemática relación entre el legislador y los jueces; el segundo analiza con más detalle la justicia constitucional y su papel desde una perspectiva que ya no puede ser solo nacional, sino que se abre (en lo que a nosotros respecta) a la dimensión europea.

I. POLÍTICA Y JURISDICCIÓN DE LOS PROCESOS DE TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL

La relación entre el poder político y el poder jurisdiccional, entre *voluntas* y *ratio*, gira alrededor de aquella zona neurálgica del derecho constitucional que se ubica en el punto de intersección entre la forma de gobierno y la forma de Estado, tema clásico del constitucionalismo antiguo y moderno que conoce en los últimos tiempos nuevas declinaciones difícilmente atribuibles a una simple causa, siendo, en cambio, el resultado de dinámicas mucho más complejas, no solamente jurídicas. El contexto en el que hoy se desarrolla el tema está atravesando por procesos de cambio tan radicales que cuestionan seriamente diferentes categorías fundadoras del Estado constitucional, en particular se pueden citar, sin orden de importancia: la nueva relación entre política y economía, el estado de emergencia generado por la crisis financiera

y por el terrorismo internacional, el progreso de la ciencia y la tecnología, el papel desempeñado por las redes sociales, la imponente de los flujos migratorios. Procesos que en una compleja y doble relación de causa y efecto se insertan con una fuerza disruptiva en el sistema de representación política, cuya crisis encuentra razones también en otros lugares y en tiempos más lejanos, revelando toda su fragilidad actual (Barbera, 2008; Frosini, 2017; Serges, 2017; Staiano 2017; Ruggeri, 2018).

La globalización en sus múltiples formas de manifestación, todas ellas unidas por la eliminación de las fronteras, ha puesto en crisis un *topos* del derecho público moderno: la soberanía del Estado, y aunque no ha determinado en sí misma una superación de los Estados nacionales (Cassese, 2017), ha producido profundas transformaciones constitucionales (Morrone, 2016).

Entre los interrogantes más apremiantes de hoy en día se encuentra la búsqueda del sujeto más capaz de asumir —en términos de eficiencia y responsabilidad, sin hacer caso omiso de las conquistas del constitucionalismo— (D’Andrea, 2014) la carga de la decisión pública, dada la evidente erosión de la primacía del legislador.

Por lo tanto, el conflicto entre *legis-latio* y *iuris-dictio* no deja de repetirse continuamente, encontrando dinámicas propias que reflejan la eterna tensión instaurada no solo entre la abstracción de la norma y la concreción de los múltiples eventos humanos, sino también a un nivel superior, entre el principio de la legitimidad democrática del poder político y el principio consustancial del constitucionalismo, del límite al primero, que utiliza principalmente el canal jurisdiccional. Se trata de un conflicto —en cierto modo— «fisiológico» del Estado constitucional pluralista y complejo que —no por casualidad, en la búsqueda de una composición equilibrada del mismo— alimenta constantemente los presupuestos de su existencia.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el contexto en el cual se «juega el partido» *legis-latio* y *iuris-dictio*, ha cambiado notablemente en las últimas décadas; con tal propósito es necesario recordar, aunque sea someramente, que aquello que originalmente constituía una relación simple con un desarrollo lineal, casi en sentido vertical entre la ley y la decisión judicial, se ha ido reestructurando paulatinamente en términos mucho más complejos.

Sin ahondar en esta sede sobre los conocidos procesos que han llevado a abandonar la concepción de matriz positivista del siglo XVIII, en la que se consideraba al legislador como omnipotente, se puede observar la aparición de una nueva conciencia hermenéutica que ha desplazado el epicentro de la interpretación en favor de la figura del intérprete y, por lo tanto, *in primis*, en favor del juez.

Tal reposicionamiento ha encontrado terreno particularmente fértil en la fase evolutiva del Estado constitucional, en la cual la implementación de las constituciones del siglo XIX dio vida, como demuestra la experiencia italiana, a una verdadera transformación constitucional (Fioravanti, 2016).

En efecto, de la idea de Constitución como *loi politique* —norma fundamental y superior, pero no inmediatamente preceptiva, sino solamente respecto al legislador, con los jueces relegados, en todo caso, a aplicar (únicamente) la ley— nos hemos alejado precisamente gracias al fundamental aporte ofrecido por la Corte Constitucional desde sus primeras decisiones (núm. 1 de 5 de junio de 1956 y núm. 3 de 15 de junio de 1956), que establecen la superación de la división entre «legalidad constitucional» y «legalidad legal», reconociendo de igual manera a los jueces comunes la facultad de interpretar y aplicar directamente los principios constitucionales (Laneve, 2014).

Esto ha provocado un cambio en la misma configuración del poder: el poder jurisdiccional ha salido del cono de sombra proyectado por el legislador que le impedía «ver» la Constitución y —desde una posición subordinada a este último— se ha erigido hasta ubicarse horizontalmente a su lado. La imagen reflejada cambia: ya no se trata de una línea recta vertical, sino de un esquema triangular en cuya base persisten dos poderes: el del legislador y el del juez, uno al lado del otro, ambos en presencia del vértice representado por la Constitución (Fioravanti, 2016).

Por un lado, tal novedad ha abierto el camino a una interrelación que se esperaba fuera fructífera entre el poder legislativo y el poder judicial en aras de dar «vida real» a la Constitución: el primero a través de la actuación (Modugno, 1970), y el segundo a través de la interpretación/aplicación, ya de la misma Constitución y no solo de lo que ha dispuesto el legislador, guiada por las múltiples virtualidades de los hechos sociales. Por otra parte, esta novedad ha creado las condiciones para que se establezca una potencial relación conflictiva entre ellos, anteriormente ausente o en cualquier caso reducida al mínimo.

Además, situar a los jueces directamente en relación con la Constitución también ha significado preparar el terreno para la aplicación de los principios, *in primis*, precisamente aquellos constitucionales, cuya carga semántica —orientada axiológicamente hacia un sistema de valores destinado a transformar la estructura social— constituye un rasgo distintivo de las Constituciones de la segunda mitad del siglo xx. Es precisamente en esta área de principios, y a través de las múltiples trayectorias que se desarrollan en ella, donde la relación entre el poder de la *legislatio* y *iurisdictio* corre el riesgo de encontrar las tensiones más fuertes.

En virtud de su componente textual y paratextual (Ruggeri, 2007), la aplicación de los principios propicia la facultad de alejarse de las rígidas reglas del silogismo judicial, dando paso a operaciones cada vez más complejas que inducen con mutable intensidad, dependiendo del órgano judicante y de específicas circunstancias fácticas, a aumentar la dosis de creatividad en la actividad interpretativa-integrativa del derecho por parte del juez (Schmitt, 1978). El mayor grado de indeterminación lingüística típica de las normas-principio, en efecto, atenúa ese anclaje textual que ciertamente constituye el método de verificación, y por lo tanto el criterio de legitimidad de la actividad interpretativa (Luciani, 2016a).

Además, es en el momento en que se recurre a los principios —a través de su composición sistemática y equilibrada— cuando los jueces se enfrentan al carácter ontológicamente incompleto del derecho en cuestión, es decir, a la inevitable incapacidad de abarcar en el tiempo y en el espacio todos los casos de la vida.

Son conocidas sobre este punto las críticas antipositivistas con fundamento en la teoría de Dworkin, por la cual es sobre todo en los llamados casos difíciles, o sea aquellos que no pueden ser decididos simplemente con la aplicación de una regla reconocida, donde se puede observar palmariamente la existencia de un derecho constituido precisamente por principios, los cuales, anteponiéndose a las normas establecidas por el legislador, circunscriben y orientan las decisiones de los jueces.

Es necesario, además, resaltar que cuanto más se amplían los márgenes de maniobra de los jueces, más aumenta el riesgo de ser inducidos a anteponer sus convicciones morales y personales al deber de aplicar las normas jurídicas que son, por cierto, obligatorias (Zanon, 2015).

La problemática en el uso de los principios por parte de los jueces se aprecia aún más cuando se proyecta en dimensión supranacional. En efecto, en el plano del derecho de la Unión Europea, no pocas veces los jueces comunes llevan a cabo la inaplicación de la legislación interna, no solo y siempre en relación con normas europeas específicas, sino tomando como parámetro normas-principio de la Unión (también) abiertas, presentes tanto en los tratados y directivas como en la Carta de Niza, ricas en cláusulas generales, con un bajo nivel de determinación y, como tales, no siempre directamente o al menos inequívocamente aplicables (Barbera, 2018).

II. EL AVANCE DE LA JURISDICCIÓN

No cabe duda de que el circuito tradicional de la representación político-parlamentaria está mostrando un considerable estado de debilidad, en parte ocasionado por la acción de los factores de profundo cambio mencionados anteriormente y que se traduce en la insuficiencia por parte de estos para dar respuestas eficaces a las diferentes y complejas demandas provenientes de la sociedad.

Frente a una democracia representativa que se percibe alternativamente como inadecuada o totalmente inútil, se responde, no por casualidad, con la visión salvífica reconocida a la democracia directa (Urbinati, 2013). Si la política es deficiente o se demuestra demasiado débil, el papel de los jueces, especialmente de aquellos de vértice, tiende a adquirir fuerza y autoridad para contrarrestar en nombre de la protección de los derechos fundamentales el grave déficit democrático de algunas decisiones tomadas (Ferrarese, 2010).

Frente a una crisis de representación que, además, no puede reducirse únicamente a la figura del representante, involucrando de hecho —y quizá en

primera medida— al mismo sujeto representado (Luciani, 2001; Frosini, 2017), se evidencia la imagen de un legislador que renuncia a su papel de mediador de conflictos sociales y que propone, no pocas veces eludiendo una discusión parlamentaria sustancial, soluciones amortiguadoras de emergencia y provisionales, revelándose exactamente lo contrario de lo que debería ser para Gerhart Husserl, es decir, aquel sujeto cuya labor «se refiere al futuro, que el prevé con una anticipación de tipo intelectual», cuya «acción se sustenta en la idea de un futuro predecible, aun calculable» (Husserl, 1955: 50).

El terreno para el poder judicial, por lo tanto, parece bastante fértil (Morrone, 2019). Sin embargo, los motivos no deben reconducirse exclusivamente al atraso o a la «retirada» por parte del poder político. De hecho, hay otras razones más profundas que solo pueden someramente mencionarse aquí.

La falta de confianza en el sistema representativo por parte de una sociedad profundamente desigual se traduce en una confianza (probablemente excesiva) en los jueces, quienes llamados a resolver casos concretos deben ofrecer —además, como hemos visto, pudiendo hacer uso de amplios márgenes de discrecionalidad— una solución *case by case* a aquellos conflictos entre principios (y valores) sobre los cuales el responsable de la toma de decisiones políticas, a veces intencionadamente, no se pronuncia.

Detrás de la *montée en puissance* del poder jurisdiccional (Delmas-Marty, 2005-2006) existe, además, una concepción diferente de los derechos y del mismo derecho, que termina siendo entendido como algo que encuentra su razón de ser solo al interior de las aulas de los tribunales. Un derecho creado por casos y que sigue los casos, y que incluso puede llegar a anticiparlos, calificando al juez como verdadero precursor de las nuevas fronteras relacionadas con las necesidades que merecen tutela (Scaccia, 2017). Esto puede configurar el riesgo de tocar derivas en las que se tiende a considerar como derecho toda expectativa (quizá incluso instantánea), toda necesidad e incluso todo deseo en busca de satisfacción (Zanuso, 2015; Pintore, 2017), fuera de cualquier mediación política y construcción legal (Luciani, 2016b).

Esta perspectiva de un constitucionalismo oprimido por los derechos resulta bastante peligrosa, y es síntoma de un retorno cultural de matriz individualista (Laneve, 2018) donde prevalece, a toda costa, la satisfacción de las necesidades del individuo sobre aquellas funcionales a un bien común, aspiración máxima de toda comunidad política (Bilancia, 2017).

Por último, pero no por ello menos importante, es la acción de los jueces (supremos y comunes) quienes dictan constantemente el camino maestro del proceso de integración entre los sistemas jurídicos nacionales y supranacionales. Dirigiendo la mirada en la dirección en la que se entrecruza el flujo del derecho de la Unión Europea y el «derecho» CEDH, una perspectiva que —aunque de enorme importancia— sigue siendo parcial respecto a la presencia de otros flujos practicables en la comunidad internacional, la imagen que emerge es la de un espacio saturado de jueces que —no obstante su heterogeneidad (de grados y naturaleza), y aunque no siempre sigan una lógica libre

de contradicciones o capaces de evitar conflictos— son los primeros y principales actores en la implementación del derecho de la Unión Europea y del «derecho» CEDH.

A lo largo de canales de comunicación ininterrumpidamente recorridos por una pluralidad de cartas constitucionales, principios, centros de producción de derecho, textos normativos y (sobre todo) una pluralidad de jueces, son estos últimos —antes y más que los sujetos políticos— los que disponen de las herramientas, procedimientos y técnicas para operar como verdaderos cinturones de transmisión (Cassese, 2009; Ferrarese, 2010).

El bosquejo del cuadro en examen es complejo, mutable y esquivo. Más bien propenso a fáciles y peligrosas sobreposiciones. La distinción de los roles entre *legislatio* y *iurisdictio*, o sea, los dos soportes sobre los cuales se apoya y sostiene el Estado constitucional, aunque complicada, sigue siendo necesaria, como ha señalado con claridad ejemplar Augusto Barbera: «Una Constitución conserva fuerza y prestigio si los principios constitucionales constituyen no solo la trama y urdimbre para una siempre más rica jurisprudencia, sino también la base para decisiones “fuertes”, asumidas por sujetos políticos que expresan la soberanía popular» (2015: 264).

Respecto a la que sigue siendo una dirección de marcha obligatoria, es decir, la protección sistémica de los derechos, el legislador —legitimado por el circuito de la representación democrática— es responsable de la posición (fundamental) de los textos normativos, que deben proponerse cada vez más en términos generales, esenciales y dúctiles; textos contruidos de tal manera que, a su vez, «trasciendan» en una tensión dialéctica continua hacia el juez, quien en su posición intermedia específica entre el texto y el contexto fáctico, es responsable de la extrapolación (igualmente fundamental) de la regla del (y en el) texto para resolver el caso concreto (V. Frosini, 1998).

El juez, sin embargo, está destinado a no detener su labor aquí, a nivel del texto legislativo, toda vez que tendrá que recurrir con mayor frecuencia a los sistemas supranacionales para extraer nuevos elementos capaces de integrar y continuamente replasmar la regla que será llamada a aplicar en el caso concreto.

Por lo tanto, se demuestra que el legislador y los jueces son parciales en su producción jurídica, ambos necesitan del otro, y ambos, al final, no son individualmente suficientes para el mantenimiento de la democracia constitucional.

III. SOBRE EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO INSTITUCIÓN «FRONTERIZA»

1. ENTRE POLÍTICA Y JURISDICCIÓN

Pasando ahora al segundo orden de consideraciones contextuales y focalizando la mirada en los órganos nacionales de justicia constitucional, no

podemos pasar por alto que estos, llamados a ejercer la función que marcó un hito en el siglo xx —la de someter la entera dimensión de los poderes públicos al respeto de la supremacía de la Constitución y de sus principios—, habitan naturalmente en un espacio infranqueable entre la política y la jurisdicción.

La afirmación se puede declinar en diferentes niveles, aunque después podrían confluír en una única síntesis, como lo demuestra perfectamente la experiencia italiana. Significa, como primera medida, que la Corte Constitucional se sitúa funcionalmente entre el poder político y el poder jurisdiccional, así mismo denota que la revisión constitucional de las normas (su principal campo de acción), puede tener también como objeto el acto político por excelencia, la ley, solamente a través de la intermediación de cualquier otro juez pasando por un caso de la vida y siguiendo las formas y procedimientos propios de la jurisdicción. Significa, además, que en la composición de la Corte se garantiza un equilibrio entre los miembros de extracción política, elegidos por el Parlamento en sesión conjunta y con mayoría cualificada, y los miembros de extracción judicial.

La síntesis está en concebir la Corte Constitucional como una verdadera institución «fronteriza», por lo que cada decisión que toma —especialmente en el juicio respecto a las leyes, así como en las sentencias que deciden sobre conflictos entre poderes del Estado, entre Estado-región y en aquellos sobre referendos— produce efectos de gran alcance, que encuentran su fundamento en el caso que se somete a su juicio, pero cuya incidencia no se agota en él. Los efectos de las sentencias de la Corte tienen su origen en el caso concreto, pero se proyectan en el sistema entero, repercutiendo algunas veces en la forma de gobierno, otras veces, en la forma del Estado, o en ambas. La Corte, con sus decisiones, resuelve el caso, pero (simultáneamente) «impacta en el sistema» (Bognetti, 1990: 231-2).

Esta es en esencia la diferencia sustancial que aún existe entre los tribunales constitucionales (nacionales) y los tribunales europeos (supranacionales): si estos últimos operan en un entorno sin legislador, Estado ni Constitución (al menos en la concepción tradicional de dichos términos), y además pueden aspirar a ejercer una actividad jurisdiccional neutral, es decir, no (demasiado) condicionada por lo político, solamente los tribunales constitucionales actúan en un espacio condicionado por la inmanencia de la forma de gobierno y se ven afectados precisamente por los límites derivados del tener que insertarse en un sistema de equilibrios institucionales que ellos mismos, con cada decisión, contribuyen constantemente a perfeccionar (Scaccia, 2017a).

Esta posición específica y aun única tiene un impacto determinante en el enfoque que los tribunales constitucionales tienen respecto a las diferentes cuestiones y, por lo tanto, sobre las técnicas de ponderación, equilibrio, argumentación y toma de decisiones utilizadas por ellos. La politicidad del objeto de las decisiones debe equilibrarse con la jurisdiccionalidad de las reglas procesales a las que los tribunales deben ceñirse (Romboli, 2017).

Precisamente la ardua y continua búsqueda de un punto de equilibrio se refleja en la forma de operar de los tribunales que, no por casualidad, en el curso de sus juicios, frente a dos o más intereses constitucionales en juego (excepto en muy raras ocasiones), en lugar de elegir uno y «cercenar» los otros, recurre a un paradigma mucho más complejo: el de balancear y ponderar.

Tal paradigma, según lo declarado por la Corte Constitucional italiana en la Sentencia de 28 de noviembre de 2012, núm. 264, también tiene relevancia a nivel de las relaciones entre el ordenamiento constitucional y el «ordenamiento» CEDH: la «máxima expansión de las garantías» de los derechos incluye en sí misma «el balance necesario con otros intereses constitucionalmente protegidos, es decir, con otras normas constitucionales que a su vez garantizan derechos fundamentales que podrían verse afectados por la expansión de una tutela individual». Por lo tanto,

el llamado al «margen de apreciación» nacional —elaborado por el mismo Tribunal de Estrasburgo, relevante en cuanto atemperante de la rigidez de los principios formulados en sede europea—, debe estar siempre presente en las evaluaciones de los diferentes tribunales constitucionales, «quienes no olvidan que la tutela de los derechos fundamentales debe ser sistémica y no fraccionada en una serie de normas descoordinadas y potencialmente en conflicto entre ellas.

2. ENTRE ORDEN INTERNO Y ORDEN EXTERNO

Razonar sobre la justicia constitucional hoy en día significa abordar el rasgo que más ha caracterizado su desarrollo en esta primera parte del siglo, es decir, su continua y estable proyección supranacional. El fenómeno es en general reciente y, como tal, ciertamente no se encuentra maduro para juicios definitivos. Sin embargo, los no pocos pronunciamientos de los diferentes tribunales constitucionales europeos (y de los tribunales europeos) dictan valiosas indicaciones para realizar algunas consideraciones provisionales.

La primera consideración hace referencia a la superación de las fronteras, lo cual parece constituir una nueva guarnición protectora de la jurisdiccionalidad de los tribunales constitucionales.

De hecho, en la nueva dimensión, es realmente difícil para los tribunales seguir considerándose y operar como órganos «de cierre», debiendo, por el contrario, reproponerse en un escenario relacional con múltiples interlocutores, como los canales de comunicación más autorizados y la sede de elaboración e intercambio de materiales supremamente valiosos, que encuentran aplicación en la riqueza de los procesos interpretativos de las cartas constitucionales.

La circulación y recirculación de materiales entre tribunales (no todos de la misma naturaleza, pero sí de igual rango) y entre cartas constitucionales constituye un laberinto impenetrable dentro del cual, sin embargo, la brújula

más eficaz parece estar en manos de los tribunales constitucionales nacionales, principalmente en virtud de sus técnicas exclusivas de juicio.

Tal proyección supraestatal de los tribunales y tal puesta en circulación, de hecho, representan la mejor garantía de jurisdiccionalidad para cada órgano de justicia constitucional y, para sus juicios, una garantía que radica (en términos alegóricos) «en la voluntad de cuestionarse a sí mismo, de jugar [...] el partido en pie de igualdad, dejando a un lado el cetro del soberano quien, en celosa pero angustiosa soledad, puede y debe, en última instancia, decidir por todos o sobre todos» (Ruggeri, 2011: 372).

La segunda consideración hace referencia al papel de los tribunales constitucionales en relación con el derecho de la Unión Europea, el cual no se reduce a la mera función —aunque fundamental— de «ambientación» dentro del respectivo ordenamiento de principios, tal vez formados de manera compleja y coordinada a nivel supranacional; ni tampoco se reduce a la función de guardianes últimos —en sentido opositor— de los principios constitucionales supremos de los ordenamientos nacionales. Su papel es necesariamente aún más complejo: de hecho, y estamos ya en la tercera consideración, sustancialmente concurren con el respeto de sus respectivos roles, excluyendo algunos forzamientos, a la formación del derecho europeo, siguiendo un enfoque auténticamente dialógico que, como ya oportunamente señalado, no significa renunciar a proponer lecturas alternativas e incluso contradictorias respecto a las interpretaciones hechas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Longo, 2017).

En otro orden de ideas, también en el reciente caso *Taricco*, el juez de Luxemburgo (Sentencia de 5 de diciembre de 2017, causa C-42/17, Gran Sala) pudo reconsiderar el alcance de su primer pronunciamiento (Sentencia de 8 de septiembre de 2015, causa C-105/14, Gran Sala) a la luz precisamente de las nuevas radiaciones semánticas transmitidas por la Ordenanza de 26 de enero de 2017, núm. 24, de la Corte Constitucional italiana, relativas a los principios constitutivos, no solo del ordenamiento nacional, sino también europeo. Con esto se revela otro perfil de interés, especialmente en una perspectiva del diálogo entre tribunales, donde lo más importante no es, como se acaba de ver, tener una (ilusoria) última palabra, sino quién tiene la primera palabra, pero no para establecer una (igualmente ilusoria y dañina) primacía entre los tribunales, sino para predeterminar la prospectiva de la cuestión de derecho de la Unión Europea.

Por otra parte, la posición firme y decidida de la Corte italiana de reivindicar para sí misma la función tendiente a «determinar si el derecho de la Unión Europea está en contraste con los principios supremos del orden constitucional y, en particular, con los derechos inalienables de la persona» parece seguir esta misma dirección en otro pronunciamiento igualmente famoso, la Sentencia de 7 de noviembre de 2017, núm. 269, en la cual se estableció una especie de prioridad de la cuestión de legitimidad constitucional sobre la prejudicial comunitaria, en el momento en que el juez común sospeche la

ilegitimidad de una ley por contraste tanto con los derechos protegidos por la Constitución como con aquellos garantizados por la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea.

Aunque la trayectoria trazada por tal sentencia requiere más que nunca aclaraciones adicionales, como lo demuestran algunas decisiones posteriores de los jueces comunes y del propio juez constitucional (Sentencia de 23 de enero de 2019, núm. 20), este último parece interesado en preservar hasta el final su rol en la elaboración también del derecho de la Unión Europea, en el cual la misma identidad constitucional, en lugar de ser un fantasma opositor, puede ser vista por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como una coordenada fundamental en la dinámica interpretativa (Scaccia, 2017b).

Con tal modo de actuar y operar —tras las aclaraciones y ajustes necesarios—, los tribunales constitucionales se convierten en verdaderos jueces europeos capaces de transmitir a los tribunales europeos (en forma más adecuada) las exigencias y las posiciones nacionales en términos de tradiciones constitucionales y de margen de apreciación nacional.

En una mirada más atenta, la naturaleza de los tribunales constitucionales como órganos fronterizos reaparece en un ulterior y nuevo lugar, ahora se encuentra también presente entre el orden interno y los órdenes supranacionales.

Si se analizan detenidamente estas posiciones adquieren además un peso específico a nivel interno, repercutiendo significativamente en la relación entre el juez constitucional y los jueces comunes: desde el punto de vista de la salvaguardia del juicio concentrado de constitucionalidad —cuyo riesgo de erosión, ya experimentado en relación con el deber de interpretación conforme, puede repetirse a la luz de desaplicaciones demasiado desenvueltas, es decir, del recurso prevalente al reenvío prejudicial que concretizaría un hilo (demasiado) directo entre jueces comunes y Tribunal de Justicia—, la Corte Constitucional italiana insiste en su facultad de poder intervenir cada vez que estén en juego principios fundamentales y derechos inviolables de la Constitución. Un modo este para evitar forzamientos excesivos por parte de los jueces comunes y para afirmar su rol en un nuevo contexto: en resumen, para redefinir un nuevo punto de equilibrio en la dinámica entre poderes (Laneve, 2018).

IV. EL PAPEL DE «INTERMEDIARIO» DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN CUESTIONES BIOJURÍDICAS

Las consideraciones hechas hasta ahora sobre la relación entre *legislatio* y *iuris-dictio* y, en particular, sobre la posición intermedia mantenida, incluso en la relación entre lo interno-externo por la Corte Constitucional, se reflejan claramente en el desarrollo concreto de algunos acontecimientos

relacionados con la vida humana, con su inicio (procreación y nacimiento), con su desarrollo, hasta su deceso (muerte).

Es indispensable reiterar que las dinámicas relativas a la mencionada relación repercuten plenamente en la experiencia jurídica, tocando los aspectos más esenciales y sus puntos más neurálgicos, motivo por el cual —no obstante sean pertinentes— las investigaciones parciales y limitadas a áreas específicas son desaconsejables. Sin embargo, la delimitación aquí propuesta se revela de particular importancia y se encuentra justificada por una serie de motivos.

Las cuestiones precedentemente citadas, habida consideración de su incidencia en los principios, derechos y deberes constitucionales, obligan a evaluar su resistencia frente a decisiones políticas (de intervención o abstención) y frente a prácticas jurisprudenciales, que —de igual manera— pueden trascender las fronteras del ordenamiento jurídico nacional, coadyuvadas por las ciencias y las biotecnologías con una vocación intrínsecamente no territorial.

En tal sentido, también en este delicado ámbito, el juez constitucional a menudo se encuentra llamado en causa para verificar la razonabilidad de la ponderación entre intereses constitucionales en conflicto, efectuada por los órganos político-representativos o, por estos intencional o imprudentemente, dejada de efectuar (D'Aloia, 2005: XV); no obstante, es tal vez en esta sede, en donde se presenta —con mayor frecuencia respecto a otros sectores de la experiencia social— que la composición entre instancias de relevancia constitucional se confíe a una interrelación sinérgica y virtuosa entre todos los actores institucionales (D'Andrea, 2017: 22-23). No cabe duda, en efecto, de que a nivel constitucional se encuentren igualmente normas (principios y reglas) relevantes en estos ámbitos —circunstancia que es aún más irrefutable dada la «envergadura» de los bienes jurídicos involucrados—, sin embargo, la concretización de estas normas difícilmente se reduce a su integral aplicación o violación o, en todo caso, en procesos de composición preestablecidos que no impliquen elecciones con un alto contenido político.

Por lo tanto, es en este escenario en el que los parámetros constitucionales involucrados se prestan a interpretaciones y aplicaciones variables (Casonato, 2012: 154), en donde se determinan, quizá más que en cualquier otra sede, considerables fluctuaciones entre las dos almas coexistentes de la Corte Constitucional: la política y la jurisdiccional.

Sin perjuicio de la inevitable politicidad de cualquier juicio sobre la ponderación razonable de intereses constitucionales, el papel de «cierre» desempeñado por los tribunales supremos y, en específico, respecto al ordenamiento italiano de la Corte Constitucional, no es suficiente por sí solo para asegurar una efectiva garantía de los derechos constitucionales en cuestión, requiriéndose, así mismo, intervenciones de actuación política mucho más complejas que la simple aplicación de la norma constitucional al caso concreto.

Las tareas encomendadas a los actores institucionales, específicamente sobre estos temas, se dificultan aún más por su acentuada complejidad, producto tanto de su particular vena ética como de su innegable connotación científica. De modo que las cuestiones planteadas no solo afectan el ya delicado equilibrio entre política y jurisdicción, sino que también afectan las posiciones que cada uno de ellos está llamado a asumir, ya sea en relación con múltiples concepciones éticas (lo cual hace que no sea fácil identificar una conciencia social precisa) o en relación con las ciencias y técnicas biomédicas, cuyas adquisiciones o aplicaciones podrían ser consideradas a su vez como objeto de reglamentación y como parámetro de la misma.

Pues bien, frente a similares cuestiones, a la vez éticamente sensibles y científicamente connotadas, no es raro encontrar reconstrucciones que consideran preferible la retracción de la decisión pública en favor de la autonomía de la voluntad del sujeto en cuestión o de la autorregulación de los organismos científicos, cuya competencia técnico-especialista permitiría así vencer la prolijidad (y la falta de conclusión) de los debates y procedimientos del órgano de representación política.

De hecho, en los casos examinados, tal perspectiva no es menos falaz, no solo porque la falta de reglamentación jurídica sea suficiente para excluir el conflicto entre portadores de intereses contrapuestos, destinados inevitablemente a desembocar en el canal jurisdiccional, sino también porque parece desatender las exigencias publicísticas subyacentes a una regulación que, no obstante incide en cuestiones existenciales de la persona humana, pone de relieve la dimensión comunitaria de la misma, la condición del *homme situé*, asumida en la concreción de sus necesidades que, sin embargo, opera y pertenece a una comunidad política.

Asimismo, tampoco ha de pasarse por alto que, como ya se ha mencionado, especialmente en cuestiones relacionadas con la vida humana, se revela una tensión más marcada entre la abstracción propia de la norma jurídica y la concreción de las múltiples vicisitudes existenciales. Serían sobre todo estos *hard cases*, en los cuales se tiene por objeto derechos fundamentales, deducibles de disposiciones de principio enunciadas con fórmulas vagas, con una connotación evaluativa, y cuyo contenido no cuenta con un consenso generalizado, a poner en primera línea el derecho jurisprudencial, *in primis*, el juez común, quien según el ordenamiento italiano está obligado a decidir incluso en ausencia de una ley, no obstante el principio de sujeción (solamente) a la ley (art. 101.2 Const.), teniendo que adaptar la norma legislativa, si existe, a la singularidad del caso concreto, permitiendo su «corrección» mediante interpretaciones conformes a la Constitución, así como comunitaria y convencionalmente orientadas o, al contrario, cuando no fuese posible, a través del envío de las cuestiones de constitucionalidad a la Corte Constitucional.

La evidente, aunque indefinida, dimensión constitucional de las cuestiones vinculadas con la vida de la persona humana se nutre, por tanto, de la continua

confrontación entre *legis-latio* y *iuris-dictio*, que bien puede traducirse en una presión ejercida por el juez, incluido el constitucional sobre el legislador con el fin de estimularlo a tomar decisiones políticas sobre tales cuestiones, o bien traducirse en una reacción jurisprudencial a específicas reglamentaciones legislativas, o incluso, en una suplencia ambigua del juez respecto al legislador, ambigua no solo porque el mismo concepto de suplencia se presta a diferentes claves de lectura, sino porque tal suplencia puede ser percibida como algo necesario e inevitable, como algo que se debe soportar o como algo inconveniente, pero igualmente necesario.

Permaneciendo solo en el ámbito de las cuestiones bioéticas fundamentales, los casos a los que se puede hacer referencia para dar testimonio de esta confrontación hecha de persecuciones, contrastes y/o, en todo caso, reenvíos mutuos entre legisladores y jueces, Corte Constitucional y tribunales europeos, son realmente numerosos; limitándonos aquí solamente a los casos más conocidos y controvertidos que han animado un rico debate en la experiencia jurídica italiana, comparable al que se está produciendo en muchos otros países.

Podemos hacer referencia entonces a los casos relacionados con las técnicas de procreación médicamente asistida (PMA), el diagnóstico genético preimplantacional, la experimentación embrionaria, el conocimiento del origen biológico en caso de parto anónimo o fecundación heteróloga, la interrupción voluntaria del embarazo, el transexualismo, las relaciones familiares, el matrimonio homosexual, la atribución del apellido materno, la eutanasia pasiva y activa.

Entre estos casos, que ciertamente no agotan el vasto campo de experiencias existenciales de la persona humana, solo se examinarán aquellos que tocan directamente uno de los dos extremos (el comienzo de la vida), para verificar cómo se ha expresado al respecto la Corte Constitucional italiana, confrontándose de esta manera con el legislador, los jueces comunes, las cartas europeas de derechos y los respectivos tribunales. Es importante, de igual manera, hacer al menos una mención del otro extremo, es decir, aquel relacionado con el final de la vida (Arruego, 2019), un tema sumamente complejo sobre el cual la Corte Constitucional se ha pronunciado recientemente con una decisión muy debatida (Ordenanza de 24 de octubre de 2018, núm. 207), no solo debido a la extrema delicadeza de la cuestión tratada específicamente (asistencia al suicidio), sino también debido a la técnica de toma de decisiones sin precedentes utilizada por el juez constitucional, que, sin ninguna otra consideración, demuestra, de una parte, la necesidad de una intervención legislativa y, de otra, la insuficiencia de la misma decisión judicial.

V. PRÁCTICAS PROCREATIVAS, DIAGNÓSTICAS Y EXPERIMENTALES SOBRE EL EMBRIÓN HUMANO, ENTRE DERECHO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Tomamos como referencia la experiencia de la procreación médicamente asistida (PMA), que ha encontrado una regulación tardía muy discutida, en la Ley de 19 de febrero de 2004, núm. 40, objeto de múltiples pronunciamientos del juez constitucional. Se considera oportuno partir de este caso, no porque sea el que en términos cronológicos traspasó por primera vez las puertas de la Corte Constitucional (mucho antes y en varias ocasiones había ya intervenido en materia de aborto), sino porque, en este caso, la intervención legislativa ha colmado efectivamente una laguna en la materia *de qua*, una situación de «carencia [...] con implicaciones constitucionales», tal y como la definió la Corte Constitucional en la Sentencia de 22 de septiembre de 1998, núm. 347, determinada por la especificidad de las condiciones en las que surge la generación humana, consentida y favorecida por los imponentes desarrollos de la ciencia y de la tecnología biomédica.

Pero, sobre todo, la historia jurídica de la PMA en Italia ha sido considerada emblemática por un «cierto modo de estructurar las relaciones entre legisladores, jueces y Cortes» (Tripodina, 2012), «metáfora de la relación atormentada» entre la ciencia jurídica y la ciencia biomédica (Chieffi, 2018), microcosmos del constitucionalismo contemporáneo y de algunas de sus dinámicas peculiares que tocan los nudos fundamentales de la interpretación constitucional y la relación entre la discrecionalidad del legislador y el rol de la Corte Constitucional (D'Amico, 2017: 36).

A partir de una lectura integral del dato legislativo, emerge claramente que el enfoque de fondo adoptado por el legislador italiano en 2004 para regular las prácticas de PMA ha sido aquel de imponer límites rigurosos y verdaderas prohibiciones respecto a las prácticas biomédicas y de predisponer un fuerte sistema de garantías en favor del concebido, «sujeto» débil involucrado en estas prácticas, cuyos intereses, no mejor especificados, se pondrían en estridente contraste con aquellos de quienes aspiran a ser padres.

Se trata evidentemente de un preciso enfoque ideológico —con cierta aproximación podríamos definir *prolife*— que no es exhaustivo en sí, tratándose de una mera opción interpretativa que bien puede encontrar cabida en la Carta constitucional, sin embargo, esta no tiene en cuenta de la existencia de otras concepciones y, sobre todo, de otros bienes e intereses constitucionales involucrados.

En particular, algunas disposiciones de la Ley núm. 40, en su formulación original, prefiguraban la prevalencia del interés del embrión sobre el derecho a la salud de la madre, quien, necesariamente, debía acogerlo en su propio cuerpo a fin de completar el proyecto de vida, toda vez que, entre otras cosas, la gestación por sustitución está prohibida.

De hecho, al prohibir la revocación del consentimiento al tratamiento después de la fecundación del óvulo (art. 6, párr. 3) y al admitir la suspensión de la transferencia al útero de los embriones creados *in vitro* solo por «causa grave y documentada de fuerza mayor, relacionada con el estado de salud de la mujer no previsible en el momento de la fecundación» (art. 14, párr. 3), la Ley núm. 40 ha terminado por ignorar la «incidencia, si no exclusiva, seguramente prevaleciente, del estado de gravidez sobre la salud sea física o mental de la mujer» (Ordenanza de 23 de marzo de 1988, núm. 389). Además, para evitar el recurso sistemático de la sobreproducción de embriones, con sucesiva criopreservación de aquellos no transferidos, el art. 14 de la Ley núm. 40 imponía al médico la producción hasta un máximo de tres embriones con los cuales debía proceder con una única y contemporánea implantación, incluso en los casos en que la ciencia médica más acreditada hubiera sugerido la transferencia gradual de los mismos o una mayor producción de embriones.

Precisamente sobre tal argumento se adoptó la primera decisión modificadora de la Ley por parte de la Corte Constitucional, Sentencia de 8 de mayo de 2009, núm. 151, cuyos argumentos retoman la línea jurisprudencial consolidada respecto a la relación entre discrecionalidad legislativa y autonomía de la ciencia médica, en vista del objetivo fundamental de reconducir a criterios de razonabilidad la ponderación entre los intereses del embrión y el derecho a la salud de la madre, conscientes de que la tutela del primero no puede ser absoluta y, por el contrario, puede estar sujeta a las limitaciones necesarias para salvaguardar la salud de la mujer.

En tal sentido, la mencionada sentencia no solo ha establecido que la decisión a tomarse —caso por caso y en función de las condiciones clínicas de la paciente sometida a la PMA— deba tener en cuenta la prudente y competente evaluación médica sobre el número de embriones a producir, implantar y posiblemente criopreservar, sino que también tuvo el mérito de poner en la justa perspectiva la relación madre-embrión, evidenciando que la salvaguarda de la salud de la primera constituya un requisito indispensable para el éxito del proyecto procreativo y, por lo tanto, también para la satisfacción del derecho a la vida del embrión.

Este argumento se retoma y desarrolla en la sucesiva Sentencia de 5 de junio de 2015, núm. 96, por la que la Corte Constitucional declaró la ilegitimidad constitucional de los arts. 1 y 4 de la Ley núm. 40 de 2004, en la parte en que prohibía el acceso a la PMA a las parejas fértiles, pero portadoras de enfermedades genéticamente transmisibles, interesadas, por tanto, en recurrir a esta práctica, no para superar problemas de esterilidad o infertilidad, sino para practicar exámenes diagnósticos sobre el embrión producido *in vitro* y, dependiendo de su resultado, poder evitar la transferencia de embriones enfermos.

Se trata de una decisión muy esperada por varias razones: en primer lugar, la Ley núm. 40, no obstante se encuentre saturada de límites claros y rigurosos, no prohíbe expresamente la practicabilidad del diagnóstico genético

preimplantacional (DGP), difundido en la *praxis* médica antes de la intervención del legislador del 2004 con fines distintos de la selección eugenésica de embriones, cuando dicha solicitud provenga de sujetos infértiles; en segundo lugar, precisamente sobre esta cuestión, la Corte Constitucional, con la Ordenanza de 24 de octubre de 2006, núm. 369, había considerado, sin entrar en el fondo del asunto, que no podía pronunciarse por vicios procedimentales, allanando así el camino para interpretaciones conformes a la Constitución de disposiciones legislativas por parte de los jueces comunes, interpretaciones de todas formas no consolidadas y, a veces, materializadas en verdaderas desaplicaciones de la ley; en tercer lugar, sobre el mismo caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Costa y Pavanc v. Italia*, Sentencia de 28 de agosto de 2012) intervino condenando a Italia por violar el art. 8 del CEDH.

En línea de sustancial continuidad con los hallazgos del juez del Tribunal EDH, pero sin usar el parámetro convencional —en un límite entre lo interno y lo externo formalmente demarcado, pero sustancialmente poroso—, la Corte ha reconocido que la prohibición absoluta de acceso a la PMA con diagnóstico preimplantacional por parte de parejas portadoras de enfermedades transmitidas genéticamente constituye un vicio de irracionalidad sistemática de la Ley núm. 40/04 que se identifica a partir de la comparación entre las reglas de esta y las de la Ley de 22 de mayo de 1978, núm. 194, que permite a las mismas parejas que están excluidas del diagnóstico y de la selección preimplantacional, recurrir posteriormente al aborto terapéutico con un evidente mayor perjuicio para la salud de la mujer, constreñida a someterse, para evitar dar a luz a un hijo afectado con la misma patología hereditaria de la que ella o su pareja son portadores, a un tratamiento médico denominado interrupción voluntaria del embarazo (IVE) «innegablemente más traumático» que la selección previa a la implantación y que, en cualquier caso, es inadecuado para proteger al *nasciturus*.

Una vez que la funcionalidad de las pruebas diagnósticas preimplantatorias para la solución de problemas de salud, especialmente de la mujer, ha sido reconocida en la Sentencia núm. 96/2015, la Corte también se ha preocupado por salvaguardar los intereses constitucionales del *nasciturus*, de un lado, precisando que la determinación de las patologías hereditarias debe tener lugar en específicas estructuras públicas especializadas y, del otro, instando al legislador a determinar, con base en la evolución técnico-científica, qué patologías graves genéticamente transmisibles pueden legitimar la solicitud de práctica del diagnóstico preimplantacional. Con tal decisión se puede observar, una vez más, la necesidad de adoptar nuevas decisiones en las sedes políticas competentes con base en datos científicamente comprobados, así como la insuficiencia de una tutela circunscrita a la sola en sede jurisdiccional.

En materia de PMA, la decisión seguramente más incisiva, y también por esta razón objeto de observaciones críticas, está ciertamente representada

por la Sentencia de 10 de junio de 2014, núm. 162, por la que la Corte Constitucional anuló la prohibición absoluta de la fecundación mediante el uso de gametos externos a la pareja aspirantes a convertirse en padres, sobre la cual, de igual manera, se había pronunciado el Tribunal EDH en dos diferentes decisiones (*S.H. c. Austria*, I Sección, Sentencia de 1 de abril de 2010; Gran Sala, Sentencia de 3 de noviembre de 2011), aunque estas sentencias estaban relacionadas con la prohibición menos estricta vigente en Austria.

A juicio de la Corte Constitucional italiana, el legislador de 2004 —al introducir la prohibición en cuestión— habría sacrificado excesivamente tanto la libertad de los miembros de la pareja de autodeterminarse respecto a la elección de ser padres —libertad que la Corte considera incoercible incluso cuando se ejerce mediante el recurso de las técnicas de PMA de tipo heterólogo— como su derecho a la salud, que debe entenderse «en el sentido propio del artículo 32 de la Constitución, esto es, considerando en igual medida la salud mental como la física». Si respecto a la incidencia en la salud de los miembros de la pareja, el juez constitucional no consideró dirimente las diferencias entre PMA homóloga y heteróloga, sí se preocupó por precisar que la prohibición en cuestión no podía estar justificada por la exigencia de salvaguardar otros preeminentes intereses constitucionales del hijo nacido a través de tal método: entre ellos, no puede presumirse un derecho a la (sola) «genitorialidad biológica», en cuanto la noción de filiación tomada por el ordenamiento jurídico italiano prescinde del dato genético, como puede deducirse fácilmente teniendo en cuenta el instituto de la adopción y la importancia asumida por la «genitorialidad social»; la prohibición tampoco estaría justificada por la necesidad de evitar fines eugenéticos ilegítimos o mayores riesgos para la salud del que está por nacer.

Al mismo tiempo, la Corte ha advertido que el recurso a la PMA con la donación de gametos no puede frustrar el derecho del *nasciturus* a conocer su identidad genética y, por lo tanto, la regla del anonimato de la identidad de los donantes de gametos debe encontrar un límite justificado en la creación de formas de trazabilidad de estos, tendentes a asegurar el derecho del nacido a conocer su origen biológico, al menos cuando sea necesario resolver un problema de salud.

El reconocimiento del derecho de acceso a la información relativa al propio origen (como aspecto crucial de la propia identidad personal) constituye, además, un tema central que afecta a diferentes ámbitos materiales y que, en un círculo virtuoso activado entre legisladores y jueces² incluido el constitucional, ha consentido progresivamente la eliminación de las prohibiciones preexistentes y la expansión del principio de *favor veritatis*.

² Obsérvense las reformas del 2001 y del 2013 de la ley sobre la adopción, Ley núm. 184 de 1983.

Incluso en el caso del parto anónimo —donde el derecho del nacido a conocer su origen biológico ha sido sacrificado (art. 28, párr. 7, Ley núm. 184/83) en aras de salvaguardar de un lado a la mujer, consintiéndole dar a luz en condiciones de seguridad y, del otro, al *nasciturus*, en cuanto se prevendría el recurso al aborto o inclusive el infanticidio—, después de una importante decisión de la Corte Constitucional (Sentencia de 18 noviembre de 2013, núm. 278), precedida a su vez por la condena de Italia por violación del art. 8 del CEDH (*Godelli c. Italia*, Sentencia de 25 de septiembre de 2012), la prohibición de conocer los orígenes biológicos ha sido atenuada, reconociendo al menor el derecho a interpelar, en vía reservada y a través de autoridad judicial, la madre biológica con la finalidad de verificar si persiste la voluntad de permanecer en anonimato.

El incumplimiento del legislativo respecto al pronunciamiento en objeto, es decir, la falta de reglamentación del mecanismo de interpelación, ha planteado no pocos problemas interpretativos y aplicativos reflejados en la jurisprudencia, la cual ha expresado posiciones muy contrastantes, en gran parte (aunque no totalmente) superadas por la intervención de la Corte Suprema de Casación en Secciones Unidas (Sentencia de 25 de enero de 2017, núm. 1946), según la cual, incluso en ausencia de la intervención del legislador, el juez está obligado a buscar —en forma objetiva y no de modo deliberado— datos normativos capaces de conciliar los derechos de todos los sujetos implicados, las reglas preexistentes y el principio enunciado por la Corte Constitucional en la sentencia de 2013.

Retomando el tema de la fecundación con donación de gametos —en la que el derecho a conocer sus orígenes biológicos ha encontrado un reconocimiento tardío y solo parcial, en gran parte debido no a la delicadeza del equilibrio entre intereses constitucionales implicados, sino a una persistente aversión ideológica respecto a esta práctica procreativa—, no se puede, sin embargo, pasar por alto algunas observaciones críticas formuladas por una parte de la doctrina sobre la Sentencia núm. 162/2014 y que se refieren a la evaluación de los vínculos y condicionamientos que surgen de tal decisión respecto a las decisiones políticas, expresión de la discrecionalidad legislativa. La preocupación de fondo se refiere a la posible aparición de una concepción de los derechos constitucionales fuertemente dependiente de las adquisiciones de la ciencia y de la tecnología, de modo que todo lo que fuera técnicamente posible constituiría, por lo tanto, un derecho merecedor de la más amplia y necesaria tutela por parte del ordenamiento jurídico (Morrone, 2014).

En efecto, no se puede negar que la Sentencia núm. 162/2014 se distingue respecto a todas las otras sentencias sobre el tema, por una ampliación significativa del concepto constitucional de salud, sin embargo, la Corte Constitucional no pareció subestimar los riesgos que podría provocar la inclinación hacia concepciones subjetivistas y hedonistas de este. Toda la trayectoria argumentativa del juez de las leyes se ha articulado en torno a la necesidad de salvaguardar el derecho a la salud de los aspirantes a ser padres

y de conciliarlo con las exigencias de la vida naciente. Sin embargo, la efectividad de estos derechos no puede descender únicamente del pronunciamiento de la Corte, presuponiendo, en cambio, una intervención de las autoridades políticas competentes llamadas a dictar una disciplina organizativo-procedimental que especifique las formas de acceso a la PMA heteróloga y las garantías de los derechos del *nasciturus*.

Es precisamente sobre la perspectiva de la ineficacia de la tutela de los derechos constitucionalmente implicados —determinada en gran medida por una continua y persistente fuga del decisor político (tardía actualización de la norma técnica), así como por la persistente conflictividad ante las autoridades judiciales— que se confirma, como se ha señalado, la necesidad de una interrelación *legislatio-iurisdictio*. Afirmación muy divulgada y nunca cuestionada, aunque vacía y meramente retórica, si no va acompañada de la concreta definición de los alcances y las modalidades de la decisión política y de los límites de la intervención del juez, incluida la del constitucional.

Que tal aspecto constituya el verdadero nudo de la cuestión se puede deducir también del análisis de otros dos casos relacionados con las prácticas de PMA, a saber, la experimentación con embriones y la llamada sustitución de maternidad. En estos casos es importante precisar que el juez no se enfrenta a un vacío normativo, sino a una decisión prohibicionista clara y granítica tomada por el legislador. Como puede observarse, se trata de cuestiones de gran complejidad que solo se pueden aludir en esta sede recordando cómo —con referencia a la prohibición absoluta de la experimentación con embriones a que se refiere el art. 13 de la Ley núm. 40/04, tanto el Tribunal de Estrasburgo (*Parrillo c. Italia*, sent. 27 de agosto de 2015) como la Corte Constitucional italiana (Sentencia de 22 de marzo de 2006, núm. 84)— han reconocido un amplio margen de apreciación para los Estados parte del CEDH y una amplia discrecionalidad del legislador. Dichas expresiones son conocidas y recurrentes, especialmente en asuntos éticamente sensibles y científicamente complejos, que, sin embargo, no permiten ser equiparados ni asimilados, siendo profundamente diferente el contexto normativo e institucional de referencia de los dos sistemas de protección de derechos.

La vigente prohibición absoluta de experimentación con embriones humanos adoptada por el legislador italiano en 2004 —según un enfoque destinado una vez más a salvaguardar instancias inespecíficas de la vida naciente, del ser humano aún en potencia— acaba por demostrar, de hecho, que no es en sí misma ilegítima, siendo justificado y oportuno predisponer una fuerte tutela respecto a la vida humana desde los primerísimos estadios de su existencia (sin perjuicio de la imposibilidad de definir con precisión e indiscutiblemente el momento en que comienza la vida humana).

Tal configuración, sin embargo, puede resultar restrictiva respecto a otros intereses de relevancia constitucional, tales como la libertad de investigación científica (arts. 9 y 33 Const.) y la tutela de la salud individual y colectiva (art. 32 Const.), que podrían beneficiarse con los resultados obtenidos a

través de la experimentación con embriones humanos. Observándose atentamente la «elección trágica», el dilema fundamental que se debe resolver es si es razonable dar a los embriones creados con fines no experimentales, es decir con fines reproductivos y no implantados por diversas razones, un destino diferente de la crioconservación, como la recolección de células madre pluri-potenciales, que si bien puede abrir nuevas perspectivas terapéuticas —no en interés del propio embrión, sino en una perspectiva solidaria—, implicaría necesariamente la destrucción del embrión.

No parece cuestionable que un destino parecido no pueda ser decidido por el juez, incluido el constitucional; lo que, en cambio, da lugar a una considerable perplejidad es que la inacción de la política para definir el destino de los embriones abandonados y no implantados excluya no solo la posibilidad de destinarlos a la investigación científica —posibilidad respecto a la cual una eventual apertura legislativa debe ir necesariamente acompañada por la predisposición de normas capaces de evitar los riesgos de la experimentación y explotación arbitrarias de los embriones—, sino también la oportunidad de que otros embriones abandonados, pero idóneos, puedan ser implantados en el útero de otra mujer dispuesta a aceptarlos y asumir la responsabilidad parental junto con su pareja (adopción de la persona por nacer), con la finalidad de satisfacer una expectativa de nacimiento y desarrollo de la vida que, en cambio, estaría inevitablemente frustrada por la prolongada crioconservación.

VI. LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL CONTROVERTIDO CASO DEL ABORTO

El tema del aborto, en estrecha relación con el tema del comienzo de la vida, con sus grandes dilemas éticos, sigue siendo el centro del debate político y jurídico no solo italiano, como elocuentemente lo testimonian las recientes tensiones que en Europa interesan a España, Hungría y Polonia, pasando por el vuelco «histórico» determinado por el referéndum irlandés, sino de otras partes del mundo, como Estados Unidos y Argentina (Castano Vargas, 2018).

Para comprender los aspectos más destacados de la cuestión del aborto y en especial el aporte del juez constitucional italiano a tal fin, no podemos sino partir de la Sentencia de 18 de febrero de 1975, núm. 27, mediante la cual el juez de las leyes ha identificado por primera vez los bienes de relevancia constitucional implicados, resaltando la necesidad de una ponderación razonable entre las instancias en conflicto. La Corte Constitucional, en tal juicio, relativo al art. 546 del código penal italiano de 1930, por medio del cual se sancionaba el aborto consentido, excepto en caso de necesidad —no obstante reconociera en favor del concebido (y no ya de la colectividad nacional, como sugería la colocación del delito entre los «Crímenes contra la integridad y la salud de la estirpe»), así como en favor de la madre, intereses constitucionalmente

protegidos—, afirmaba que la ley no puede conceder una prevalencia absoluta a uno de ellos en detrimento del otro.

Basándose en estas premisas, la Corte declaró la ilegitimidad constitucional de la disposición impugnada en cuanto no preveía que el embarazo pudiera interrumpirse, no solo en el evento del «peligro de daño grave inminente» para la vida de la mujer gestante, sino también «cuando proseguir con la gestación implique un daño o un peligro grave, comprobado médicamente [...] y no evitable de otra manera, para la salud de la madre», persona de la cual depende plenamente el concebido, quien «persona todavía debe llegar a ser».

Este pasaje de la decisión (a menudo criticado fuertemente por la doctrina) debe necesariamente leerse en forma concomitante con otros en los que la Corte no deja de enfatizar la protección necesaria de la vida por nacer, que en este caso se materializa ante todo en el deber del legislador de especificar las condiciones de peligro o daño grave para la mujer, que justifiquen el recurso a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) y en el deber de predisponer «criterios serios» para verificar la subsistencia de las mencionadas condiciones.

Después de la referida decisión y de un intenso debate parlamentario se aprueba la Ley de 22 de mayo de 1978, núm. 194, aún en vigor, que consiente la práctica del aborto durante los tres primeros meses de gestación cuando existan serios peligros para la salud física y psicológica de la mujer (art. 4) o, en el período sucesivo, cuando existan graves peligros para su vida o su salud. Esta ley, deliberadamente dúctil y pragmática, que recepciona el enfoque del juez constitucional, no disciplina las formas de ejercicio de un supuesto derecho al aborto, sino que marca un hito en el sistema jurídico italiano: se pasa de una perspectiva de criminalización del aborto a una perspectiva de legalización, y no a la de liberalización de tal práctica.

Los mismos postulados se confirman en otras sentencias del juez constitucional emitidas, esta vez, en el ámbito de juicios de admisibilidad de *referendum* abrogativos y que tenían por objeto diferentes disposiciones de la Ley núm. 194 con miras a la restauración de la normativa sancionadora anteriormente vigente o, contrariamente, con miras a la liberalización sustancial del aborto. En ellas, la Corte afirmó que algunas disposiciones de la ley que se refieren a la protección de la vida del concebido y a la salvaguarda de la salud de la mujer no pueden ser abrogadas mediante referéndum en cuanto ello conduciría a volver «nulo el nivel mínimo necesario de tutela de los derechos constitucionales inviolables», tanto de la madre como del *nasciturus* (Sentencias 26/81, 35/97).

No obstante la necesidad evidenciada de salvaguardar ambas exigencias: la materna y la vida naciente —todavía más inevitable habida consideración de la dependencia del *nasciturus* al cuerpo de la madre—, la disciplina establecida por la Ley núm. 194 ha sido sometida una y otra vez al escrutinio de constitucionalidad de la Corte, arrojando siempre resultados unidireccionales que olvidan la necesidad de hacer coexistir dentro de un sistema jurídico

democrático y pluralista diferentes intereses de importancia constitucional, considerados en una perspectiva no absolutizante (tiránica).

Entre los variados acontecimientos judiciales en los que se cuestionó la compatibilidad constitucional de la Ley 194 se puede trazar un hilo conductor que une los diferentes casos concretos: el objeto de la disputa no es tanto la ausencia de un procedimiento dialógico eficaz y oportuno al interno de la Ley 194 —en el cual la madre pueda madurar responsable y conscientemente la dolorosa decisión de interrumpir el embarazo o de desistir de tal intención, contando de igual manera con el soporte de sujetos públicos—, sino que más bien parece querer confutar la misma capacidad de la mujer para tomar autónomamente una decisión sin necesidad de la participación en «codecisión» de un médico, del juez tutelar o del padre del concebido, llamados cada uno —con base en su propia competencia y en nombre de intereses diferentes— a verificar, controlar y participar en diferentes modos a la formación de la decisión final.

Múltiples han sido las ocasiones en las cuales la Corte Constitucional, no obstante la imposibilidad de pronunciarse en el mérito del asunto, ha interpretado la Ley precisando que «el legislador ha querido dejar —según una evaluación político/legislativa incuestionable— la responsabilidad de la decisión final de abortar en manos de la mujer», incluso en el caso de aborto de una menor de edad (art. 12), en donde se prevé la intervención del juez tutelar, en el evento en que se verifique la falta de consentimiento o la oposición por parte de quienes ejercen la responsabilidad parental. La intervención de juez tutelar, sin embargo, no confiere un poder de codecisión.

Dada la extrema claridad de la posición de la Corte, cuyo enfoque sobre el punto nunca se ha negado, sino que se ha reafirmado fuertemente en varias ocasiones, merece la pena recordar un caso más reciente que, junto con otros relacionados con el tema del aborto, son sujetos de una comparación europea. En 2012 la Corte Constitucional italiana se pronunció nuevamente sobre una cuestión planteada por un juez tutelar que conservaba dudas acerca de la compatibilidad del art. 4 de la Ley 194 con la Constitución y con el derecho de la Unión Europea a raíz de la novedad representada por la Sentencia de la Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2011, por medio de la cual el juez de Luxemburgo se pronunció a favor de una amplia tutela del embrión humano, desde la fase de la fecundación, con específico referimiento a la cuestión de la patentabilidad de las invenciones que implican la utilización de embriones humanos. Con Ordenanza de inadmisibilidad manifiesta de 20 de junio de 2012, núm. 196, la Corte reafirmó todos sus precedentes jurisprudenciales sobre la naturaleza del poder de autorización del juez tutelar y, sin entrar en el mérito de las relaciones con el derecho de la Unión Europea, amonestó a los jueces tutelares respecto al uso impropio e incorrecto del incidente de constitucionalidad.

Tal precisión reenvía a otra cuestión mucho más espinosa, aquella que se relaciona con la objeción de conciencia, no prevista para el juez tutelar,

sino consentida al personal sanitario, aunque con la garantía de contar dentro de la estructura médica con otro personal que pueda llevar a cabo los procedimientos abortivos (art. 9). En cuanto a la primera cuestión, la Corte, reiterando que el juez tutelar no está llamado a verificar el cumplimiento de las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), sino a pronunciarse sobre el ámbito de la capacidad del menor y, precisando que ello constituye una exigencia esencial e indeclinable del *iurisdicere*, ha rechazado la cuestión de constitucionalidad de la ley en la parte en que no prevé la objeción de conciencia por parte del juez.

De otro lado, respecto a la objeción de conciencia por parte del personal sanitario implicado en los procedimientos del aborto (IVE), los espacios y las limitaciones que esta tiene están en el centro de una importante decisión jurisprudencial, así como de un rico debate alimentado principalmente por la difusión incontrolada de tal objeción. Recientemente la cuestión también ha cobrado importancia supranacional, tras dos decisiones que condenan a Italia por violación de la Carta Social Europea, en particular, por violación del derecho a la salud de las mujeres en el acceso a la IVE y del derecho al trabajo de los médicos no objetores. Según el Comité Europeo de Derechos Sociales (Decisiones de 10 de marzo de 2014 y 11 de abril de 2016), las violaciones en cuestión derivan no tanto del mero hecho del alto porcentaje de personal objetor de conciencia, sino por la falta de herramientas organizativas adecuadas para garantizar la efectividad del servicio, a pesar de la presencia de los objetores.

Dicha decisión, por lo tanto, pone en tela de juicio la responsabilidad de las autoridades políticas nacionales. Su acatamiento y desarrollo en vía jurisprudencial será sin duda de gran interés, inclusive para evaluar el valor de la Carta Social Europea en el ordenamiento jurídico italiano (en este sentido las recientes Sentencias 120/2018 y 194/2018 de la Corte Constitucional).

En definitiva, es a todas luces evidente que frente a cuestiones extraordinariamente complejas como aquellas relativas al comienzo de la vida humana, la Corte Constitucional italiana ha actuado realmente como una institución fronteriza entre la política y la jurisdicción y, al mismo tiempo, entre ordenamiento interno y externo, contribuyendo de este modo al desarrollo dinámico de la Constitución y al proceso de unificación que se describe en la misma, un proceso en el que participan diferentes actores institucionales llamados a enfrentarse y a intervenir basándose en las propias competencias y responsabilidades, respecto a solicitudes que trascienden las fronteras de los sistemas jurídicos estatales.

VII. CONCLUSIONES

Las dos «almas» de la justicia constitucional: la política y la jurisdiccional, concurren «a darle identidad y a asegurar su transmisión en el tiempo,

convirtiéndose, sin embargo, en un *mix* en constante mutación, según los acontecimientos procesales y de aquello que está en juego de cada una de ellas. De modo que, sea cual sea el camino que se tome, ellas aún deben connotar, en su composición conjunta, inescindible y equilibrada, las experiencias de la justicia misma» (Ruggeri, 2016). Un justo equilibrio entre las dos, que debe renovarse continuamente, es imprescindible para evitar «tanto la “politización” de la jurisdicción como la “jurisdiccionalización” de la política» (Cheli, 1996).

El riesgo de que una u otra prevalezca —siempre muy elevado, sobre todo cuando el sistema, ante el que la Corte no es indiferente, está atravesado por fuertes tensiones político-sociales, que precisamente en las cuestiones bioéticas se manifiestan con mayor fuerza— debe ser contrarrestado precisamente utilizando las dos almas de la justicia constitucional como sus respectivos contrapoderes; de esta manera, el peligro de jurisdiccionalización de la acción política se equilibra con una *judicial modesty*, es decir, con la necesidad de preservar la discrecionalidad del legislador, especialmente cuando esta se logra a través de procesos abiertos, transparentes e inclusivos; y el recurso a nuevas técnicas de toma de decisiones, para decidir casos, incluso los más candentes a nivel político, debe encontrar un freno precisamente en el respeto del procedimiento, elemento típico de la jurisdicción.

En un contexto en el que las tensiones entre el poder político y el poder jurisdiccional son fuertes, es más probable una mayor exposición política del propio Tribunal Constitucional.

Por todas estas razones, el paradigma de la actuación de la Corte Constitucional italiana, y en general de todos los tribunales constitucionales, debe ser el conocimiento, la experiencia, pero también el equilibrio y la prudencia, en una palabra: la sabiduría. Los jueces constitucionales llegan a la decisión a través de un recorrido variopinto, caracterizado por un aporte plural y compuesto, como lo demuestra la misma particular composición mixta de tal órgano. No es una lógica excluyente la que mueve la acción de la Corte, sino una lógica inclusiva en la que el todo debe someterse a operaciones complejas y refinadas de ponderación y dosificación.

La prueba de tornasol del *modus operandi* de la Corte, y al mismo tiempo garantía de su jurisdiccionalidad, son los argumentos que sostienen las motivaciones de la decisión, los cuales no son meros contenedores de explicaciones a favor de las partes, sino que son, más bien, «comunicaciones dirigidas a la comunidad, a la sociedad, con la finalidad de explicar cuáles fueron las razones que motivaron a los jueces para haber decidido de una cierta manera». En consideración de que el objetivo de la Corte no es imponerse por la autoridad y por la fuerza, sino más bien convencer, se puede colegir que ello será aún más factible en el momento en que la confrontación dialéctica se realice en modo más transparente, inclusive a través del uso de argumentaciones de diferentes tipos.

Es en este plano, y no más en el de la naturaleza democrático-representativa, en donde los tribunales constitucionales se juegan eternamente el partido de su legitimación.

Bibliografía

- Arruego, G. (2019). Los confines del derecho fundamental a la vida. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 111-137. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.04>.
- Barbera, A. (2008). La rappresentanza politica: un mito in declino? *Quaderni costituzionali*, 4, 853-888.
- (2015). *Costituzione della Repubblica italiana. Enciclopedia del diritto, Annali VIII*. Milano: Giuffrè, 263-358.
- (2018). La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia. *Quaderni costituzionali*, 1, 149-174.
- Bilancia, F. (2017). Etica della cura come etica pubblica. Ripensando la democrazia nel contemporaneo. En M. P. Paternò (ed.). *Cura dell'altro. Interdipendenza e disuguaglianza nelle democrazie contemporanee* (pp. 41-65). Napoli: Editoriale Scientifica.
- Bognetti, G. (1990). La Corte costituzionale tra procedura e política. En AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale* (pp. 221-234). Milano: Giuffrè.
- Casonato, C. (2012). *Introduzione al biodiritto*. Torino: Giappichelli.
- Cassese, S. (2009). *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*. Roma: Donzelli.
- (2017). *La democrazia e i suoi limiti*. Milano: Mondadori.
- Castano Vargas, D. M. (2018). La procreazione medicalmente assistita. Prospettiva di bilanciamento dei diritti nell'esperienza argentina. *BioLaw Journal*, 3, 193-223.
- Cheli, E. (1996). *Il giudice delle leggi*. Bologna: Il Mulino.
- Chieffi, L. (2018). *La procreazione medicalmente assistita nel paradigma costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- D'Aloia, A. (2005). Norme, Giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive. En Id. (eds.). *Bio-tecnologie e valori costituzionali* (pp. XI-XXVIII). Torino: Giappichelli.
- D'Amico, G. (2017). Le vicende della legge n. 40 del 2004 come esperienza paradigmatica del costituzionalismo contemporaneo. En S. Agosta, G. D'Amico y L. D'Andrea (eds.). *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive* (pp. 29-44). Napoli: Editoriale Scientifica.
- D'Andrea, A. (2017). La procreazione medicalmente assistita tra biología y derecho. En S. Agosta, G. D'Amico y L. D'Andrea (eds.). *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive* (pp. 19-27). Napoli: Editoriale Scientifica.

- (2014). *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello. Consulta online*. Disponibile en: <http://www.giurcost.org/studi/dandrea2.pdf>.
- Delmas-Marty, M. (2005-6). *Les forces imaginantes du droit. III. La refondation des pouvoirs*. Paris: Seuil.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.
- Ferrarese, M. R. (2010). *La governance tra politica e diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Fioravanti, M. (2016). Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione. *Quaderni costituzionali*, 1, 7-20.
- Frosini, T. E. (2017). Rappresentanza e legislazione nell'era della globalizzazione. *Osservatorio sulle fonti*, 3, 1-14.
- Frosini, V. (1998). *La lettera e lo spirito della legge*. Milano: Giuffrè.
- Husserl, G. (1955). *Diritto e tempo*. Milano: Giuffrè.
- Laneve, G. (2014). *La Giustizia costituzionale nel sistema dei poteri. I. Interpretazione e giustizia costituzionale: profili ricostruttivi*. Bari: Cacucci.
- (2018). Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni. *RivistaAic.it*, 4, 421-454.
- Longo, A. (2017). *Iuxta propria principia*. La Corte costituzionale tra autocomprensione identitaria, dialogo polemico tra corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall'ordinanza n. 24 del 2017. *RivistaAic.it*, 3, 1-21.
- Luciani, M. (2001). Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato. En N. Zanon y F. Biondi (eds.). *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica* (pp. 109-117). Milano: Giuffrè.
- (2016a). Interpretazione conforme a Costituzione. *Enciclopedia del diritto, Anali IX*. Milano: Giuffrè.
- (2016b). Il costituzionalismo e l'economia dal divampare della crisi a oggi. En L. Antonini (eds.). *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo* (pp. 57-80). Bologna: Il Mulino.
- Modugno, F. (1970). *L'invalidità della legge*. Milano: Giuffrè.
- Morrone, A. (2014). Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa. *Forumcostituzionale.it*. Disponibile en: <https://bit.ly/31vrrZ8>.
- (2016). Globalizzazione e trasformazioni costituzionali. En AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri* (pp. 1471-1485). Torino: Giappichelli.
- (2019). Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale. *Quaderni costituzionali*, 2, 251-290.
- Onida, V. (2006). Una nuova frontiera per la Corte costituzionale: istituzione di 'confine' fra diritto nazionale e sovranazionale. En N. Zanon (ed.). *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana* (pp. 533-538). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Pintore, A. (2017). Il desiderio dei diritti. *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 231-252.
- Romboli, R. (2017). Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'«anima» politica e quella «giurisdizionale». Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa. En Id. (ed.). *Ricordando Alessandro Piz-*

- zorusso. *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'* (pp. 1-39). Torino: Giappichelli.
- Ruggeri, A. (2007). Teorie e 'usi' della Costituzione. *Quaderni costituzionali*, 3, 519-540.
- (2011). Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee. En R. Balduzzi, M. Cavino y J. Luther (eds.). *Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta* (pp. 349-373). Torino: Giappichelli.
- (2016). Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale. Al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica. *Federalismi.it*, 25, 2-28.
- (2018). Crisi della rappresentanza politica e «Stato giurisdizionale» (nota minima su un'annosa e irrisolta questione). *Federalismi.it*, 23, 2-20.
- Scaccia, G. (2017a). Constitutional Values and Judge-Made Law. *The Italian Law Journal*, 1, 177-191.
- (2017b). Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017. *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2948-2955.
- Schmitt, C. (1978). Die Legale Weltrevolution: Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legalität und Superlegalität. *Der Staat*, 3, 321-339.
- Serges, G. (2017). Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti. *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2-21.
- Staiano, S. (2017). Rappresentanza. En AA.VV., *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio* (pp. 267-328). Napoli: Jovene.
- Tripodina, C. (2012). Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale. En M. Cavino y C. Tripodina (eds.). *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova* (pp. 41-82). Milano: Giuffrè.
- Urbinati, N. (2013). *Democrazia in diretta: le nuove sfide alla rappresentanza*. Milano: Feltrinelli.
- Zanon, N. (2015). Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione. *Quaderni costituzionali*, 4, 919-930.
- Zanuso, F. (2015). *Diritto e desiderio. Riflessioni biogiuridiche*. Milano: Franco Angeli.

**CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES
IBEROAMERICANAS**

CRÓNICA 2019 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA

Argentina Supreme Court of Justice. Report 2019

SERGIO DÍAZ RICCI¹
Universidad Nacional de Tucumán
serdiricci@gmail.com

Cómo citar/Citation

Díaz Ricci, S. (2020).

Crónica 2019 de la Corte Suprema de Justicia argentina.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(2), 525-543.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.17>

SUMARIO

I. PANORAMA INTRODUCTORIO. II. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA: 1. DERECHOS FUNDAMENTALES: 1.1. *Privilegio concursal del crédito de un discapacitado*. 1.2. *Principio de igualdad en materia impositiva de pensionados y otros beneficiarios vulnerables de la Seguridad Social*. 1.3. *Plazo razonable en materia penal en etapa de revisión*. 1.4. *Juicio por jurados: derecho de defensa y debido proceso legal*. 1.5. *La materia ambiental*: 1.5.1. *Protección de humedales*. 1.5.2. *Protección de glaciares*. 1.6. *Derecho a la privacidad y responsabilidad de los buscadores en Internet*. 2. CUESTIONES INSTITUCIONALES: 2.1. *Estatus de «ciudad constitucional federada» de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. 2.2. *Distribución de competencias federales y municipales*. 2.3. *La limitación de la reelección del gobernador provincial y principio republicano*. 2.4. *Reducción de impuestos por el gobierno nacional en detrimento de los recursos provinciales*.

¹ Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina). Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario.

I. PANORAMA INTRODUCTORIO

Por cortesía al nuevo lector que se ha interesado en la jurisprudencia constitucional argentina debemos informarle que esta Crónica solo contiene algunas sentencias con relevancia constitucional dictadas por la Corte Suprema de Justicia Argentina (en adelante CSJA), que es el máximo tribunal encargado de resolver en casos que se controvierta una cuestión federal referida a la Constitución argentina (en adelante CA). Aquí aparecen dos rasgos característicos del control de constitucionalidad difuso: la CSJA es el único y último tribunal de la estructura judicial argentina y su intervención solo puede darse en «causas» o controversias concretas entre partes contendientes. El primero revela que el control de constitucionalidad está en manos de los tribunales judiciales. El segundo, la CSJA solo interviene en revisión de procesos resueltos en instancias judiciales inferiores².

Conviene aclarar, para una apropiada comprensión, que la organización judicial argentina responde a una estructura estatal federal, por tanto, conviven dos órdenes judiciales: el provincial, que es el común y general, y el federal, que es de excepción³. Siguiendo el modelo difuso, el control de constitucionalidad «federal» lo puede llevar a cabo cualquier juez de primera instancia, provincial o nacional, en un caso concreto con efecto reducido a las partes, cuando surja una «cuestión federal», es decir, un conflicto con normas de la Constitución federal⁴.

La jurisprudencia de la CSJA se publica impresa y digital en una colección denominada «Fallos», la del año 2019, se corresponde con el tomo 342 editado en dos cuerpos (volumen I, de 1291 pp. hasta el 16 de julio y

² Para dar una idea aproximada, la abrumadora cantidad de causas acumuladas en la CSJA durante el año 2018 ascendía aproximadamente a 36 000 pendientes de resolución. No tenemos información sobre el año 2019, inferimos que la pandemia desatada en marzo de 2020 ha impedido contar con estos datos.

³ En los tribunales provinciales, estructurados en tres niveles (jueces de primera instancia, cámaras de apelación y, finalmente, un tribunal superior), se tramitan el 95% de los procesos judiciales en materia civil, comercial, laboral, penal y contencioso-administrativa o tributaria local. La justicia federal se ocupa solo de cuestiones de jurisdicción federal, organizada también en tres niveles: tribunales de primera instancia, Cámaras federales y la Corte Suprema de Justicia, que funge como tribunal superior de esta estructura, tanto de la justicia federal en todo el país como nacional ordinaria en la Capital Federal.

⁴ Para un entendimiento más acabado del sistema judicial argentino nos remitimos a lo consignado en la introducción de Crónicas anteriores, S. Díaz Ricci. Crónica 2018 de la Corte Suprema de Justicia Argentina, Madrid, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(2), 2019, pp. 509-525.

el volumen II, de 2409 pp., hasta el 26 de diciembre de 2019)⁵. La jurisprudencia de la CSJA del año 2019 no ofrece casos de especial trascendencia constitucional⁶, quizá haya incidido que fue un año electoral, con elecciones primarias de agosto, que anticiparon el resultado de las elecciones presidenciales y generales de octubre, con cambio del signo político formalizado el 10 de diciembre. Debemos señalar que ha persistido en algunas sentencias la práctica del «voto particular» por un miembro que suma al voto mayoritario con sus propios argumentos («por su voto»), lo que genera cierta perplejidad cuando el contenido de ese voto no siempre coincide con el razonamiento de los demás⁷.

II. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA

1. DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. *Privilegio concursal del crédito de un discapacitado*

En el caso *Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F)* (Fallos: 342:459), la CSJA interviene por recurso extraordinario, interpuesto por una persona con discapacidad por un crédito por indemnización, reconocido judicialmente a su favor, originado por una mala praxis médica en el momento de su nacimiento que le provocó una parálisis cerebral con el 100% de incapacidad irreversible y complicaciones posteriores a lo largo de su vida.

⁵ La consulta de la totalidad de sentencias y acordadas puede consultarse por internet en el sitio web de la Corte <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>. Para consultar el estado de trámite de un expediente en la Corte se ingresa vía internet al sitio del Poder Judicial de la Nación, <https://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>

⁶ Las Acordadas con resoluciones administrativas de la Corte como cabeza del poder judicial federal. Se destacan entre ellas la Acordada 17, del 17/06/19, que limita el uso de los servicios de inteligencia del Estado por parte de los jueces en una investigación penal y fija los principios rectores para los procedimientos involucrados en la interceptación y captación de comunicaciones a cargo de la Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen Organizado que depende de la Corte.

⁷ Una revisión de las sentencias publicadas en Fallos nos arroja los siguientes datos de votos particulares (21 Rosenkrantz; 8 Lorenzetti; 18 Rosatti; 12 Highton; 7 Maqueda). También llama la atención la cantidad de votos «en disidencia» (30 Rosenkrantz; 7 Lorenzetti; 26 Rosatti; 13 Highton; 9 Maqueda).

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de la Capital Federal había declarado la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales previsto en la Ley de Concursos y Quiebras⁸ y procedió a verificar este crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la sentencia de primera instancia y atribuyó a este carácter de crédito quirografario.

A través del recurso extraordinario el actor solicita a la CSJA dejar sin efecto la sentencia de segunda instancia y, consiguientemente, se le reconozca un privilegio especial para el cobro de un crédito verificado en este procedimiento concursal.

La cuestión, entonces, consistió en determinar la prevalencia de convenciones internacionales, en razón de la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentra actor como titular de un crédito, dentro de un proceso concursal y, en su caso, si impacta sobre el orden de preferencia de cobro establecido por la Ley de Concursos, es decir, si su crédito debe ser verificado con rango de privilegiado y, en este último caso, el orden de preferencia respecto de otros acreedores privilegiados.

La CSJA señaló que, al igual que otras normas que forman parte del ordenamiento jurídico, la ley que regula los procedimientos concursales en Argentina debe ser integrada a las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales de tutela de derechos humanos. De ellos se desprende tanto los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud como la correspondiente obligación de los Estados partes de adoptar las medidas que resulten pertinentes para hacer efectivos tales derechos y, por lo tanto, compromete al poder judicial en su tarea de interpretar y aplicar el derecho⁹.

Reconoce que los privilegios contemplados en la Ley de Concursos son una excepción al principio de paridad que rige entre los acreedores de un mismo deudor que solo puede resultar de una disposición legal, sin embargo, entiende que este caso presenta una situación excepcional de extrema vulnerabilidad —además la indemnización reviste un carácter asistencial—, lo que conduce a reconocerle al afectado una preferencia que lo coloca, incluso, en un plano superior a los demás créditos privilegiados, con el fin de garantizar «el goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad».

⁸ Ley 24.522/1995.

⁹ En ese caso se enmarca en la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849/90), conjuntamente con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (Ley 26.78/08 y Ley 27.044/14) que, por la reforma constitucional de 1994, gozan de jerarquía constitucional (art. 75.22 CA).

La CSJA resolvió declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones de la ley de concurso que confiere a esta indemnización carácter quirografario «habida cuenta de que no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde con la situación descripta al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales mencionados» y, consecuentemente, procede a verificar a favor del actor su crédito con privilegio especial, incluso, prioritario respecto de cualquier otro privilegio.

1.2. Principio de igualdad en materia impositiva de pensionados y otros beneficiarios vulnerables de la Seguridad Social

El caso *García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad* (Fallos 342:4119) trata de una señora de 79 años de edad que demanda al Estado nacional por inconstitucionalidad del cobro de un impuesto a las ganancias sobre la pensión que percibe mensualmente como jubilada. La vía procesal fue una «acción directa de inconstitucionalidad» prevista como acción declarativa de certeza¹⁰, presentada ante un tribunal federal de primera instancia por demandarse al Estado nacional por ser titular de la agencia federal de recaudación fiscal. El Juzgado Federal hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la norma de la Ley de Impuesto a las Ganancias sobre pensionados y ordenó al Estado a reintegrar a la actora, desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago, los montos que se le hubieren retenido por aplicación de la normativa descalificada. Esta sentencia fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná (provincia de Entre Ríos). El Estado nacional interpuso recurso extraordinario ante la CSJA que fue habilitado porque se había cuestionado la validez de normas federales (Ley nacional 20.628) como contrarias a la Constitución Nacional y el fallo del superior tribunal de la causa fue contrario a la constitucionalidad (conc. art. 14, inc. 1º, ley 48). La CSJA confirmó la decisión de los tribunales inferiores, declarando la inconstitucionalidad de la norma legal que gravaba a las pensiones con este impuesto a las ganancias.

La inconstitucionalidad se fundamentó en el principio de igualdad real establecido en los arts. 16 y 75 inc. 23 CA. La Corte reitera su doctrina tradicional, que «la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias... lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor,

¹⁰ Art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas»¹¹.

Con cita de disposiciones constitucionales referidas a la igualdad sustancial introducida por la reforma constitucional de 1994 y de dos convenciones interamericanas¹² que, conforme al sistema de fuentes, gozan de jerarquía suprallegal (art. 75 inc. 22 CA), señaló que «el envejecimiento y la discapacidad —los motivos más comunes por las que se accede al estatus de jubilado— son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales», y así llega a concluir que, respecto de una persona mayor, debe garantizarse un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos, en especial el derecho a la Seguridad Social que la proteja contra las consecuencias de la vejez. Sobre esta premisa surge el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, en especial a las categorías de ancianos y discapacitados.

Sentadas estas bases, introduce una novedosa definición en materia fiscal: debe ponderarse la vulnerabilidad vital de jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, porque si solo se toma la capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos, se coloca a este colectivo en una situación de notoria e injusta desventaja con quienes no lo son. Considera que el error surge en la estructura tipificada por el legislador (hecho imponible, deducciones, base imponible y alícuota) que termina por subcategorizar mediante un criterio estrictamente patrimonial (mínimo no imponible) a un universo de contribuyentes que se presenta heterogéneo, que la Constitución obliga a considerar.

¹¹ A continuación aplica este principio a la materia tributaria en estos términos «La cláusula constitucional del art. 16 deriva a la prudencia y sabiduría del Poder Legislativo una amplia libertad para ordenar, agrupar, distinguir y clasificar los objetos de la legislación; no obstante, el establecimiento de categorías para la percepción de los impuestos debe ser estrictamente compatible con el principio de igualdad, no solo a condición de que todos los que sean colocados en una clase o categoría reciban el mismo tratamiento (Fallos: 98:67; 320:1166), sino también —y es lo esencial— que la clasificación misma tenga razón de ser, esto es que corresponda razonablemente a distinciones reales (conf. argumentos de las causas *Bayer S.A.* y *Harriet y Donnelly S.A.c/ Chaco, Provincia del*)».

¹² El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San Salvador, Ley 24.658/96) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (OEA, 15/06/2015, ratificada por Ley 27.360/2017).

Finalmente, la CSJA advierte que su declaración de inconstitucionalidad de la norma solo puede aplicarse en el caso concreto y no puede sustituir al legislador, pero, en función de la relación de colaboración que debe existir entre los departamentos de Estado, formula una exhortación al legislador sobre la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad, que conjugue este factor relevante con el de la capacidad contributiva potencial.

1.3. Plazo razonable en materia penal en etapa de revisión

En el caso *Espíndola*: «Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley» (Fallos 342:584), la Corte abre su intervención por «arbitrariedad de sentencia»¹³.

Este caso se ocupa de un problema recurrente: el «plazo razonable» en un proceso penal por un hecho ocurrido en 2005 que tardó quince años hasta llegar obtener sentencia de la Corte. Este fallo interesa porque aborda dos asuntos relevantes. Por un lado, vincular la idea de tortura al retraso incurrido en la etapa de revisión del proceso penal por el tribunal de apelaciones y, por otro, una suerte de reconciliación con la Corte Interamericana luego del caso *Fontevicchia* (Fallos 340:47/2017).

En cuanto a lo primero, dirige una fuerte reconvención al Tribunal Superior de la provincia de Buenos Aires como cabeza del poder judicial provincial, por no haber tomado medidas ante el ostensible retraso de cuatro años de un tribunal de apelaciones provincial en revisar la sentencia¹⁴. Una vez constatada que la etapa recursiva (segunda instancia y tribunal superior) insumió casi doce años sin que los imputados puedan contar con un pronunciamiento definitivo pasado en autoridad de cosa juzgada, en franca contravención de la garantía de la defensa en juicio y del derecho a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas (art. 18 CA), la Corte concluye que se afecta el debido proceso cuando la parte no encuentra una satisfacción plena de su derecho a obtener de todas las instancias procedimentales una respuesta a sus demandas en un plazo razonable de duración

¹³ Esta causal es una creación pretoriana de la CSJA por la cual admite revisar por recurso extraordinario una sentencia final que, por estar descalificada como acto jurisdiccional válido, se convierte en una «cuestión federal».

¹⁴ Por un hecho delictivo del año 2005 cometido por dos personas, una de ellas de 18 años, con sentencia condenatoria del tribunal de primera instancia en el año 2007, el tribunal de apelaciones tardó cuatro años en confirmar la sentencia de primera instancia sin ninguna incidencia que haya dificultado el trámite, más otros cuatro años que demoró la revisión por el Superior Tribunal de la provincia.

del proceso, máxime si este es uno de índole penal. Finalmente, califica de «arbitraria» la sentencia del Superior Tribunal de provincia, porque no tuvo en cuenta que, además, por el tiempo transcurrido, no solo había excedido el monto de la pena de prisión impuesta (de 6 años aún no firme), sino, incluso, había operado la prescripción de la acción penal¹⁵.

Sin embargo, lo segundo y llamativo de esta sentencia es el tono conciliador de la CSJA con la Corte Interamericana¹⁶. La observancia del «plazo razonable» en los procesos judiciales sirvió de excusa para enmendar el cortocircuito provocado por el caso *Fontevicchia* e intentar una reconciliación entre ambas cortes luego de estas desinteligencias.

Concluye, finalmente, la CSJA que el pronunciamiento apelado exhibe graves vicios de fundamentación que lo descalifican como un acto jurisdiccional válido, por lo tanto, revoca la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Buenos Aires, y devuelve el proceso a la justicia provincial para que resuelva conforme a las pautas indicadas¹⁷.

1.4. Juicio por jurados: derecho de defensa y debido proceso legal

El caso *Canales* («Recurso de hecho deducido por la defensa de Alex Mauricio Obrequé Varas y Alexis Gabriel Castillo en la causa Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado – impugnación extraordinaria», Fallos 342:697) sirvió a la Corte para analizar el significado del veredicto de un jurado popular que decidió la culpabilidad de dos sujetos como responsables penales del delito de homicidio agravado, que determinó al juez interviniente aplicar una condena de prisión perpetua a ambos imputados, según el procedimiento penal establecido por una provincia (Neuquén)¹⁸. Tanto el tribunal de

¹⁵ Circunstancia que se produce de pleno derecho por el transcurso del plazo pertinente y que, por ser de orden público, debió ser declarada de oficio por el tribunal.

¹⁶ Este fallo dedica casi dos tercios de su extensión a reivindicar los estándares fijados por la Corte Interamericana de DDHH, que, según reitera la CSJA, constituyen una imprescindible pauta hermenéutica de los deberes y obligaciones derivados de la Convención americana y han de servir de guía para la interpretación de los preceptos contenidos en ella.

¹⁷ En este caso, la CSJA no resuelve el fondo del asunto, o sea, no procede a la revisión de la sentencia condenatoria, sino que remite la causa para que sean los tribunales provinciales quienes dicten una nueva sentencia que decida si se operó la prescripción de la acción o si existen causales atenuantes de la pena en el caso concreto, por el transcurso del largo tiempo procesal insumido en la causa.

¹⁸ Recordemos que, en el sistema judicial argentino, las provincias cuentan con su propia administración de justicia y con competencia para dictar sus propios códigos procesales (penal, civil, comercial, laboral), pero, a diferencia de los Estados Unidos, la

apelaciones, que confirmó el veredicto, como el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia ratificaron la sentencia condenatoria.

Contra esta sentencia los condenados plantearon ante el Tribunal Superior provincial un Recurso Extraordinario federal¹⁹ que fue rechazado, lo que motivó el recurso directo (de queja o de hecho) ante la propia CSJA en Buenos Aires, quien abrió el proceso por entender que había cuestión federal suficiente.

El agravio constitucional giró alrededor de dos temas: primero, si la aplicación del nuevo código procesal penal provincial que incorporó el jurado popular que entró en vigencia durante el trámite de esta causa afectaba la garantía del juez natural y, segundo, si el establecimiento del juicio por jurados era de competencia provincial o federal.

Respecto de la garantía del juez natural, la Corte reiteró su doctrina que las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes, por tanto, no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal, pues las normas de procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos. En consecuencia, el art. 18 CA no impide la inmediata aplicación de nuevas normas de competencia, inclusive a las causas pendientes, a menos que ello signifique, en el caso concreto, despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos, por tanto, la aplicación del nuevo código procesal penal de Neuquén no afecta la garantía constitucional del juez natural.

Más relevante es la segunda cuestión, porque pone fin a la cuestión de si es competencia exclusiva del Congreso Nacional regular el juicio por jurado. La duda constitucional surge porque la Constitución federal menciona en varias cláusulas el deber del Congreso de establecer el juicio por jurado para causas penales (art. 24, art. 75 inc. 12, art. 118 CA). La CSJA, a partir de una interpretación sistemática de estas disposiciones constitucionales, junto con el principio de competencias reservadas por las provincias (art. 121 CA), concluye que el mandato al Congreso federal de establecer el juicio por jurado se refiere al juzgamiento de delitos de jurisdicción federal, por lo tanto, está circunscripto a su conformación y funcionamiento en el ámbito nacional que compete al Poder Judicial de la Nación. Correlativamente, las provincias se reservaron esta facultad, no delegada al Congreso Nacional, de disponer lo

legislación de fondo en materia civil y comercial, penal, laboral y seguridad social, y minería, es uniforme y dictada por el Congreso nacional (art. 75 inc. 12 CA).

¹⁹ Se presenta ante el último tribunal, o sea, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia.

relativo a su sistema de administración de justicia, por tanto es atribución de cada provincia darse sus propias instituciones²⁰.

En conclusión, la provincia del Neuquén dictó legítimamente su ley procesal penal que prevé y regula el juzgamiento por jurados populares, en ejercicio de sus facultades reservadas —y no delegadas a la nación— de establecer lo concerniente a su sistema de administración de justicia y de dictar los códigos de procedimiento que reglan la tramitación de los procesos que se ventilan en jurisdicción provincial²¹.

Lo más interesante de este fallo es la valoración del significado intrínseco del veredicto de un jurado popular y si la falta de motivación, en contraste con una sentencia judicial, afecta una garantía constitucional.

La exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales —argumenta la Corte— fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo —no electivos— en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones. Es distinto cuando el mismo pueblo, representado por algunos de sus miembros, ejerce en forma directa la potestad de juzgar, siempre que estén garantizados el derecho a la defensa del acusado y el debido proceso legal por parte de un juez profesional²².

Advierte, no obstante, que siempre queda abierta una adecuada revisión de lo decidido, toda vez que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia, siendo perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia). Finalmente, luego de afirmar el valor epistémico del ejercicio

²⁰ La CSJA remarca, como postulado axiomático, la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos

²¹ Mientras en el orden judicial federal aún no se ha instrumentado el juicio por jurado, en cambio sí lo hicieron las provincias de Córdoba, Buenos Aires, Chaco y Río Negro.

²² Recurre en apoyo de su visión a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, (8 de marzo de 2018), donde expresa que «la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación» (con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Saric Vs. Dinamarca*, N° 31913/96. Decisión de admisibilidad de 2 de febrero de 1999).

deliberativo, la CSJA confirma la sentencia objeto del recurso extraordinario federal²³.

1.5. La materia ambiental

1.5.1. Protección de humedales

En el caso *Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental* (Fallos: 342:1203) se resolvió un conflicto ambiental relativo a la protección de humedales.

La causa se originó a raíz de una acción de amparo colectivo interpuesta por varios vecinos contra una municipalidad, una empresa inmobiliaria y la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Entre Ríos. Los actores sostuvieron que el emprendimiento había comenzado, sin las autorizaciones necesarias, tareas de desmonte en la zona de un parque natural destruyendo montes nativos y causando daños a la flora y al ambiente, con el fin de erigir un enorme dique en humedales donde se sitúa el proyecto de barrio es una «Área Natural Protegida» por Ley provincial 9718. Tales actividades causaban detrimento a los pobladores de la zona ante el peligro de inundaciones por los terraplenes construidos.

El juez de primera instancia en lo civil y comercial de la provincia de Entre Ríos hizo lugar a la acción colectiva de amparo ambiental y ordenó el cese de obras y recomponer el daño ambiental en el término de noventa días y declaró la inconstitucionalidad de los actos administrativos del Poder Ejecutivo y de la Secretaría de Medio Ambiente de la provincia. Apelada esta decisión, el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos revocó la sentencia del juez de primera instancia y rechazó la acción de amparo por entender que existía «un reclamo reflejo» deducido con anterioridad por la municipalidad en sede administrativa.

Si bien la cuestión de fondo gira en torno a la tutela del medio ambiente, resulta interesante señalar que la CSJA descalificó la decisión del Superior Tribunal provincial por considerar que al dar primacía a la vía administrativa y, en consecuencia, rechazar el amparo ambiental, había incurrido en un inusitado exceso ritual manifiesto y, consecuentemente, vulnerado el derecho a una tutela judicial efectiva. En tal sentido, la Corte afirmó que la sentencia apelada no constituía una derivación razonada del derecho vigente teniendo en cuenta las circunstancias de la causa. Situación que se ve aún más agravada porque en asuntos concernientes a la tutela del daño

²³ Una nota insólita, que no debe pasar desapercibida, es la primera vez que se cita a Arturo E. Sampay, un destacado constitucionalista argentino preterido por la jurisprudencia y la doctrina canónica.

ambiental, un principio fundamental es que las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que «sin trascender el límite de la propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta como una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador».

Por su parte, los informes presentados durante el proceso evidenciaron transformaciones graves en el área en el transcurso del tiempo y el impacto negativo en el ambiente. Sobre ello la Corte enfatizó en el deber de tutela y la aplicación del principio precautorio, especialmente en el caso de humedales²⁴, por su importancia en el control de inundaciones y recarga de acuíferos, y en el derecho humano al agua²⁵.

La CSJA por unanimidad resolvió admitir la pretensión de los actores y dejó sin efecto la sentencia apelada, devolviendo la causa al tribunal de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento.

1.5.2. Protección de glaciares

Un conflicto relacionado con la tutela de glaciares se planteó en el caso *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional* (Fallos: 342:917)²⁶. A través de una acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, una empresa minera, conjuntamente con la provincia de San Juan, cuestionaron la validez formal y la constitucionalidad de la Ley 26.639 de

²⁴ La CSJA reitera su preocupación sobre las cuencas hídricas: «[...] el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solo los intereses privados o estadales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente» (Fallos: 340:1695). En efecto, al tratarse de la protección de una cuenca hídrica y, en especial, de un humedal, se debe valorar la aplicación del principio precautorio (art. 40 de la Ley 25.675). Asimismo, los jueces deben considerar el principio *in dubio pro natura* que establece que «en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales».

²⁵ En la causa *Nordi, Amneris Leila c/Buenos Aires provincia de y otros s/dañó ambiental* la Corte dispuso medidas precautorias en protección de cursos de agua afectados por vertidos de residuos (Fallos: 342:2389).

²⁶ Una causa análoga fue el caso *Minera Argentina Gold S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, de la misma fecha 4/6/2019 (Fallos: 342). Con anterioridad, la Corte había revocado una medida cautelar en el caso *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad* del 03/07/2012 (Fallos: 335:1213).

Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, sancionada por el Congreso de la Nación en el año 2010.

Dos cuestiones se presentaron en esta causa. Por un lado, el vicio formal en la tramitación de la ley en el Congreso de la Nación y, por otro lado, el impacto de la nueva normativa sobre derechos adquiridos por la empresa con anterioridad a su sanción.

Sobre lo primero, las actoras adujeron que la ley era nula debido a que se había apartado del procedimiento de formación de las leyes prevista por la Constitución para el Congreso bicameral. En aquel proceso el Senado, que había actuado como cámara de origen, resolvió aprobar las modificaciones que había introducido Diputados como cámara revisora, pero eliminando uno de los artículos agregado por esta. Las demandantes fundaron su impugnación en el art. 81 de la Constitución Nacional que en forma expresa veda a la cámara de origen la posibilidad de introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la cámara revisora.

La CSJA, remitiéndose a los antecedentes de aquella sesión en el Congreso, resolvió rechazar el planteo de nulidad. Recordó que, al momento de sancionar la Ley de Glaciares, se discutió en el Senado si la supresión de un artículo del proyecto revisado vulneraba el precepto constitucional mencionado. En ese entonces se descartó esta objeción teniendo en cuenta, en primer lugar, que existe una reglamentación basada en un acuerdo celebrado entre ambas cámaras (receptada en el art. 117 del Reglamento del Senado) que en forma expresa prescribe que la cámara de origen «puede aprobar o desechar la totalidad de dichas adiciones o correcciones, o aprobar algunas y desechar otras, no pudiendo en ningún caso introducir otras modificaciones que las realizadas por la Cámara revisora». En segundo lugar, porque, consecuentemente, se verifica la existencia, en reiteradas oportunidades, de una práctica parlamentaria que convalidaba lo actuado por la cámara de origen. De esta forma, la CSJA entendió que no existía una actuación irrazonable por parte del Congreso, profundizando una tendencia adoptada en los últimos años de deferencia al legislador y reiterando que, el poder judicial interviene solamente para verificar que se hayan cumplido los requisitos mínimos e indispensables para que exista la ley, no constituyendo, por lo tanto, objeto de análisis «el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas».

El segundo punto disputado se relaciona con el diseño federal argentino en materia ambiental cuanto al reparto de competencias normativas entre el Estado central y los gobiernos provinciales (art. 41 CA). La provincia sostuvo que la Ley 26.639 de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares suponía un exceso en el ejercicio de las competencias federales de regulación de los presupuestos mínimos de protección del ambiente, y que, por ende, su dictado violaba el dominio originario de la provincia de San Juan sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio determinado por el art. 124 CA.

Para resolver la CSJA entendió que la colisión normativa entre derecho federal y derecho provincial por la mera vigencia de la Ley de Glaciares no

alcanza para evidenciar cuál sería la incidencia de esa ley sobre la esfera de los derechos y prerrogativas constitucionales que les asisten a las demandantes. Enfatizo que los actores del federalismo son los entes idóneos para coordinar eficazmente los intereses nacionales y provinciales en pos del mandato ambiental de la Constitución Nacional. «De ahí —insiste la Corte— la importancia de requerir que se acredite un acto que concrete la controversia para habilitar la intervención del Poder Judicial ante un potencial litigio entre el Estado Nacional y una provincia». Por no acreditarse un «acto en ciernes» concreto que afecte el derecho de las partes, la Corte desechó la demanda al no demostrarse que la Ley de Glaciares les cause un agravio discernible respecto de una cuestión justiciable.

1.6. Derecho a la privacidad y responsabilidad de los buscadores en Internet

La CSJA, en el caso *Paquez* (Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa *Paquez, José c/ Google Inc. s/ medidas precautorias*, Fallos 342:2187), reiteró su posición en materia de responsabilidad de los buscadores de Internet, en esta causa: Google de Argentina. El asunto no trata de una sentencia definitiva, sino de una medida cautelar dispuesta por los tribunales inferiores a favor de un funcionario de una universidad nacional ante acusaciones difundidas por Internet por grupos estudiantiles.

La Corte reitera, sin mayor análisis, el principio general de que la libertad de expresión comprende el derecho de transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de Internet²⁷, que fue así reconocido por la Ley nacional 26.032 que «la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión» (art. 10).

Frente al derecho invocado por el actor, la Corte ensalza el rol de los buscadores de Internet, como Google, al afirmar que «la actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta». Sin mayores argumentaciones vincula las medidas preventivas de filtro o bloqueo de vinculaciones para el futuro con la prohibición de toda censura previa a la que atribuye una fuerte presunción de inconstitucionalidad que solo puede ceder frente a casos absolutamente excepcionales²⁸.

²⁷ Casos *Rodríguez, María Belén*, Fallos: 337:1174, y *Gimbutas, Carolina Valeria*, Fallos: 340:1236.

²⁸ Reitera una doctrina del año 2014 sin añadir nuevas perspectivas, porque atribuirle «neutralidad» absoluta en los buscadores y a quienes operan en Internet y en las redes, es actualmente insostenible.

2. CUESTIONES INSTITUCIONALES

El año 2019 fue más pródigo en cuestiones institucionales relativas a las relaciones federales.

2.1. *Estatus de «ciudad constitucional federada» de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*²⁹

El caso *Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal* (Fallos: 342:533) sirvió de ocasión a la CSJA para reafirmar el estatus constitucional de la CABA³⁰, la Corte va a reiterar esta posición. En un asunto sobre cobro de un crédito de la CABA por la prestación de servicios médicos en nosocomios públicos de la Ciudad a pacientes derivados por la provincia de Córdoba. El Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA inicia juicio ejecutivo de cobro de pesos contra la provincia de Córdoba. Esta presenta excepción de incompetencia porque sostiene que, como estado autónomo, la provincia no puede ser sometida a los tribunales locales de la CABA; desconoce así la jurisdicción de los tribunales de la CABA, y sostiene la competencia originaria de la CSJA o bien a los jueces locales de la provincia de Córdoba. Ante este planteo, el juez de primera instancia de la CABA declara su incompetencia y ordena la remisión de la causa a la CSJA.

Llegado el caso a la CSJA en razón de la competencia originaria derivada del art. 117 CA por ser parte un estado provincial, va a modificar un

²⁹ El territorio que ocupa la ciudad de Buenos Aires fue convertido en capital federal en 1880. La Reforma constitucional de 1994 confirió un estatus superior como «ciudad constitucional federada». Ahora, como «Ciudad Autónoma de Buenos Aires» (CABA), dictó su propia constitución local, elige su propia Legislatura, Jefe de Gobierno y órganos jurisdiccionales locales (en materia contravencional, tributaria, contencioso-administrativa). El proceso de transferencia a la CABA de la justicia nacional ordinaria, que todavía permanece a cargo del Estado federal, lleva notable retraso por resistencia al traspaso de los jueces del fuero nacional.

³⁰ La Corte va a reiterar esta posición, el mismo día, en el caso *Bazán, Fernando s/ amenazas* (Fallos 342:509). En un asunto originado en un conflicto negativo de competencias, la CSJA realizó una fuerte reconvención por el «inmovilismo» en llevar adelante la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la CABA, lo que considera un *desajuste institucional grave (sic)* con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución. En este caso, la Corte fijó una nueva regla al conferir al Tribunal Superior de Justicia de la CABA la atribución de conocer en los conflictos de competencia que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad.

precedente de 2007³¹ para reconocer a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el privilegio federal de litigar en instancia originaria ante la Corte concedido por el art. 117 CA a las provincias. En resumen, luego de realizar un excursus histórico y en razón de la Reforma de 1994, reconoce a la CABA como «ciudad constitucional federada», y por gozar de un estatus análogo a una provincia, admite que el juicio es de competencia originaria de la CSJA en virtud del art. 117 CA.

2.2. Distribución de competencias federales y municipales

En la causa *Telefónica Móviles Argentina S.A. – Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad* (Fallos: 342:1061) la Corte resolvió un conflicto de competencias entre el Estado nacional y un municipio.

La controversia se originó por una ordenanza dictada por un municipio de la provincia de Salta que dispuso que las antenas de telecomunicaciones deben instalarse a una distancia superior a 500 metros de la zona urbana y alejadas de lugares donde se desarrollen actividades educativas, deportivas, sociales o de cualquier tipo que signifique la posibilidad de exposición continua de personas a las emisiones de dichas antenas, ordenando, en caso de incumplimiento, su desmantelamiento. Contra esta norma municipal, la empresa privada licenciataria del servicio de telefonía celular afectada inicia una acción declarativa de inconstitucionalidad. Por tratarse de una cuestión federal porque la telefonía es de jurisdicción nacional (Ley Nacional de Telecomunicaciones 19.798), la acción de certeza se inicia ante la justicia federal de Salta. Tanto el juez federal de primera instancia como la Cámara federal de Salta rechazaron la demanda de la compañía telefónica.

La cuestión a definir es si una ordenanza hizo ejercicio legítimo del poder de policía municipal (art. 123 CA) o si implica una intromisión en aspectos regulatorios que son de competencia federal por ser materia de telecomunicaciones (art. 75 inc. 13 CA sobre comercio interestatal).

De acuerdo al diseño federal argentino³², recuerda la Corte que las comunicaciones telefónicas interestatales están sujetas a la jurisdicción nacional, pues tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar general del país (art. 75 inc. 18 y 19 CA). Por ello, se trata de una facultad delegada por las provincias que a estas le está vedado ejercer. En este orden de ideas, la Corte recordó que los municipios no tienen un poder más extenso que las provincias, pues son entidades políticas con atribuciones cuyo contenido y

³¹ Causa *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Tierra del Fuego, Provincia de* (Fallos: 330:5279).

³² Argentina es un Estado Federal que se organiza sobre la base de un sistema de reparto de competencias en virtud del cual las provincias conservan todo el poder que no hayan delegado expresamente por la Constitución al gobierno nacional (art. 121 CA).

alcance depende de las constituciones provinciales, y estas últimas no pueden conceder derechos ni atribuciones que las provincias no tienen.

La Corte concluye que la ordenanza importa una intromisión de la municipalidad en una competencia exclusiva de las autoridades federales. Por otra parte, apoyándose en informes periciales que descartan cuestiones de salud, considera que la ordenanza, fundada en razones sanitarias, es infundada o arbitraria por no hallarse justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen.

La CSJA resolvió por mayoría simple de sus miembros aceptar el planteo de la actora y declarar la inconstitucionalidad de la ordenanza por entrometerse en un aspecto regulatorio de competencia nacional exclusiva.

2.3. La limitación de la reelección del gobernador provincial y principio republicano³³

(a) Control de validez de una reforma de la Constitución de La Rioja: el caso *Unión Cívica Radical de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo* (Fallos: 342:343) se origina en un amparo presentado directamente ante la CSJA, por estar demandada la provincia de La Rioja³⁴. Fue un caso de control sobre la corrección del procedimiento de enmienda constitucional que tuvo lugar en la provincia de La Rioja.

Aquí se impugna un par de «enmiendas constitucionales» destinadas a posibilitar la candidatura de gobernador e intendentes, por medio de dos agregados a la Constitución provincial, siguiéndose un procedimiento de reforma que consiste en la sanción de una ley por mayoría especial de dos tercios de la Legislatura local y, posteriormente, convocatoria de una consulta popular que la apruebe. Esta votación tuvo lugar a fines de enero de 2019.

La Corte entiende que se trata de un conflicto de interpretación de «puro derecho constitucional» sobre dos recaudos establecidos en la Constitución riojana: a) el plazo para que tenga lugar la consulta popular, b) la mayoría de votos requeridos en la consulta popular para dar por ratificada la enmienda propuesta por ley. En cuanto a lo primero, la CSJA interpretó que la expresión «primera elección general que se realice», en que ha de tener lugar la consulta popular para concretar la enmienda, debe interpretarse que será la «próxima elección de gobernador-vicegobernador», a partir de la cual, en caso de resultar ratificada, recién luego podrá tener aplicación la enmienda institucional. Razona

³³ Asunto muy remanido en el constitucionalismo provincial, que fue motivo de intervención de la CSJA en el año 2013 en el caso *Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero, Provincia de* (Fallos: 336:1756).

³⁴ La Corte ya había admitido el trámite de este amparo en *Unión Cívica Radical de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo* del 01/03/2019 (Fallos: 342:171).

que no puede suponerse que la consulta popular para el cambio contenido en la enmienda coincida con la elección del cargo a que se refiere dicha enmienda. Apela para fundar esta interpretación a una exégesis normativo-contextual de la expresión («primera elección general que se realice») como a la práctica constitucional aplicada en dos oportunidades anteriores (1987 y 2007).

Respecto del segundo asunto, basándose en argumentos sobre la expresión de voluntad democrática, sostuvo que el condicionamiento del art. 83 de la Constitución provincial que «la propuesta se tendrá por rechazada cuando los votos negativos, constituyendo mayoría, superen el treinta y cinco por ciento de los electores» no puede interpretarse en sentido negativo porque conduce a conclusiones absurdas, sino que se requiere la manifestación positiva de voluntad de por lo menos el 35% de electorado, lo que guarda correspondencia con un genuino sentido democrático.

En conclusión, la CSJA hizo lugar a la demanda y declaró la invalidez del proceso de enmienda de los agregados a los arts. 120 y 171 de la Constitución de La Rioja³⁵.

2.4. Reducción de impuestos por el gobierno nacional en detrimento de los recursos provinciales

El caso *Entre Ríos, Provincia de el Estado Nacional slacción declarativa de inconstitucionalidad incidente de medida cautelar* (Fallos: 342:1591) es un *leading case* porque sirvió de precedente para las medidas cautelares análogas de trece provincias.

Se originó en la inconsulta decisión del gobierno nacional de reducir las alícuotas de un par de impuestos importantes, de cuya recaudación depende la percepción de la cuota parte de recursos fiscales que corresponde recibir a la provincia. El Poder Ejecutivo nacional, mediante dos decretos, redujo los porcentajes del impuesto al valor agregado (IVA) sobre ciertos productos y de algunas categorías del impuesto a las ganancias, lo que motivó la presentación de la provincia de Entre Ríos ante la CSJA para que, en ejercicio de competencia originaria, dicte una medida cautelar de suspensión de los

³⁵ Una situación análoga se dio en la causa *Frente para la Victoria – Distrito Río Negro y otros el Río Negro, Provincia de el amparo* (Fallos: 342:287) a raíz de una sentencia del Tribunal Supremo de la provincia de Río Negro que habilitó la candidatura del gobernador pese a que expresamente la Constitución local vedaba la posibilidad de una nueva reelección. La Corte entendió que existía un «ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público local» en forma tal que resultaban directamente afectadas las instituciones de la provincia y su correcto funcionamiento. Justificó su intervención en la tutela de las autonomías provinciales y en la obligación que asume el gobierno federal como garante del goce y ejercicio de las instituciones provinciales.

efectos de estas resoluciones. No se trató de una decisión de fondo, sino de una excepcional medida preventiva de suspensión de la ejecutoriedad de estas dos decisiones administrativas del gobierno federal que impactan en detrimento de la percepción de recursos fiscales provinciales, quienes, por acuerdos intergubernamentales y por ley de coparticipación fiscal federal, perciben una porción sobre lo recaudado, por tanto, esta disminución inconsulta dispuesta por el gobierno nacional afectaba la ejecución presupuestaria provincial en curso.

La Corte procede a examinar el marco constitucional y de derecho intrafederal en que se basa el régimen de coparticipación federal de impuestos, fundado sobre pactos fiscales que se conciertan a través de acuerdos previos que se formalizan luego por leyes convenio que, como expresión del federalismo de concertación, no pueden ser modificados unilateralmente por una de las partes. Ante la falta de fundamento de estas medidas que, según el régimen constitucional argentino, exigen el consenso de las provincias y, además, son contrarias a expresas disposiciones de la ley de coparticipación, frente a la «verosimilitud en el derecho invocado», la Corte hizo lugar a la medida cautelar solicitada, disponiendo que los fondos que habría de dejar de percibir la provincia por tales decisiones, para no afectar la coparticipación que corresponde a dicha provincia demandante, sean compensados con recursos nacionales.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO EM 2019

2019 Brazilian Supreme Court case law

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO¹
Universidade de Brasília
pgbranco@gmail.com

Cómo citar/Citation

Gonet Branco, P. G. (2020).

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro em 2019.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(2), 545-558.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.18>

SUMARIO

I. SAÚDE, MEIO AMBIENTE, FEDERALISMO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - AMIANTO: MÚLTIPLOS PLANOS DE INTERESSES JURÍDICOS: 1. A competência legislativa concorrente no Brasil e suas dificuldades invencíveis. 2. Caso de inconstitucionalidade superveniente. 3. Inconstitucionalidade da lei federal e abertura de espaço legislativo para os Estados. 4. Novamente o tema da abstrativização do controle incidental. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: PECULIARIDADE DE UM ESTADO FEDERAL. III. LIBERDADE DE PROFISSÃO E DIREITO A LIVRE INICIATIVA NUM REGIME DE LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA EM ECONOMIA DE MERCADO - TRANSPORTE INDIVIDUAL PRIVADO POR APLICATIVO – UBER, CABIFY, 99. IV. OUTRAS DECISÕES ENVOLVENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS - BREVE REVISÃO. V. CONCLUSÃO.

¹ Doutor em Direito (Universidade de Brasília). Professor do Programa de Mestrado/Doutorado em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Membro do Ministério Público Federal com atuação perante o Supremo Tribunal Federal. Atual Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União.

O ano de 2019 terminou sem que o Brasil sentisse as agruras da pandemia provocada pelo novo coronavírus. Tínhamos notícias do que acontecia na China, mas não podíamos imaginar os tumultos que o ano de 2020 reservariam para o mundo e para o país. De certa forma, porém, o Supremo Tribunal Federal (STF) se preparava para o que haveria de ser uma guinada revolucionária em soluções de informática no Judiciário.

Em 2019 prosseguiu o avanço célere para a digitalização de todos os processos perante a Suprema Corte —, e, de modo geral, perante todas as instâncias judiciárias. Alargou-se também o volume de processos que deixaram de ser julgados em sessões presenciais, para serem postos à discussão em sessões virtuais, com duração de alguns dias, que reduziram consideravelmente a pauta do Plenário e das Turmas físicas. Expressivos 17.735 processos foram julgados por meio virtual, de uma descomunal cifra de 115.883 decisões, colegiadas ou não, durante o ano — número reduzido em mais de 10 mil unidades, se 2019 for comparado com o ano anterior. Essas grandezas tangenciam o inacreditável, considerando-se que são onze os ministros do Supremo Tribunal, mas o estupor deve ser reduzido ante a consideração de que a vasta maioria desses casos envolve juízo de reiteração de jurisprudência do Tribunal ou apreciação técnica sobre o descabimento de recursos dirigidos à Corte. Ainda assim, os algarismos são impactantes. Só nas ações mais delicadas de controle abstrato, em 2019, o Tribunal recebeu 396 processos e julgou outros 510, reduzindo o estoque de ações cumuladas no passado. Em 195 desses casos, houve acolhida, total ou parcial, da ação proposta de fiscalização em tese de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual.

Embora as entidades e autoridades legitimadas para propor ação direta de controle de constitucionalidade contêm-se, na prática, na casa das centenas de personagens, o Chefe do Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, segue sendo quem mais ajuíza demandas dessa sorte.

Uma importante competência desenvolvida pelo STF diz respeito à apreciação de *habeas corpus*, quer originário, quer em grau de recurso. Em 2019, houve um número recorde de *habeas corpus* concedidos pela Corte; foram 923 as ordens parcial ou totalmente deferidas (de um total de 26.013 *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* baixados no ano).

De toda sorte, a maior parte dos processos que chegou ao Tribunal em 2019 ajusta-se à etiqueta de Direito Administrativo (32,7%). Efetivamente, são copiosas as ações e recursos que giram em torno de direitos de servidores públicos e sobre organização e limites do Poder Público — circunstância favorecida pela fartura de dispositivos constitucionais versando aspectos diversos do regime jurídico daqueles agentes, bem como sobre estrutura e gestão da Administração Pública nas esferas da União, dos Estados-membro e dos Municípios. Outro tema muito frequente foi o de Direito Tributário, responsável por 11,2% dos casos que aportaram à Corte.

Pode-se perceber que a vasta maioria dos assuntos enfrentados pelo Tribunal terá apelo reduzido para o público externo, acaso mais interessado em

verificar como certos problemas compartilhados são debatidos em Supremas Cortes de diversos países. A seleção de casos a seguir tenta obedecer a esse critério de apresentação.

I. SAÚDE, MEIO AMBIENTE, FEDERALISMO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – AMIANTO: MÚLTIPLOS PLANOS DE INTERESSES JURÍDICOS

Em 1995, tinha-se noção de que o mineral amianto crisotila poderia ser nocivo à saúde. Isso levou o legislador federal a editar, nesse mesmo ano, a Lei nº 9.055, que não proíbia o manejo e uso em bens que contivessem esse produto, mas impunha controle restritivo à sua utilização. À época, não havia tampouco produtos qualificados para substituir o amianto, que era muito empregado na fabricação, por exemplo, de telhas de casas populares. Não obstante, em 2001, o Estado do Mato Grosso do Sul, por meio de lei local, proibiu a fabricação, a comercialização e a estocagem tanto do amianto como de produtos que o tivessem por base. O Governador do Estado de Goiás, unidade da Federação com intensa importância na extração e industrialização do minério, ajuizou, em seguida, ação direta de inconstitucionalidade contra o diploma do Estado vizinho, por invasão de competência legislativa da União.

1. A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE NO BRASIL E SUAS DIFICULDADES INVENCÍVEIS

A Federação no Brasil adota um sistema misto de repartição de competências legislativas entre as ordens parciais da União e dos Estados-membros. Há competências que são privativas de uma ou de outra das esferas da Federação. Um grupo de atribuições, porém, são cumuladas pela União e pelos Estados-membros, as chamadas *competências concorrentes*. Entre elas, incluem-se as de dispor sobre produção e consumo, sobre proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde.

Essa cumulação de competências se faz de forma verticalizada, porquanto responde a uma subdivisão interna. As competências concorrentes, apesar de pertencerem aos campos legislativos locais e central, não se sobrepõem. O constituinte dispõe que, nesse âmbito, «a competência da União limitar-se-á estabelecer normas gerais» (art. 24, § 1º, da Constituição da República). Os Estados-membros legislam em caráter suplementar, dispondo sobre normas especiais, em função das suas peculiaridades regionais (art. 24, §2º). Na falta de toda regulação da União, os Estados-membros dispõem, enquanto a legislação nacional não é editada, de competência plena (art. 24, §§ 3º e 4º).

Está visto que, se a União dispõe sobre minúcias em torno de alguns dos assuntos de competência concorrente, estará invadindo competência dos Estados

e, nisso, incorre em inconstitucionalidade. Da mesma forma, será inconstitucional a lei estadual que desavir de princípios declinados em lei federal. Esse quadro de situações é retratado na jurisprudência corrente do STF².

O grande problema, que se acha sem solução, é o de definir quando se está diante de uma norma geral ou de norma especial, já que a generalidade é apanágio da norma jurídica por si mesma.

Nem a jurisprudência, nem a doutrina lograram distinguir, com base em metodologia precisa, uma da outra norma. A busca por uma chave hermenêutica, aqui, redundando em inevitável frustração. Quando muito, obtêm-se distinções tautológicas, com maior ou menor apelo a categorias taxonômicas de maior ou menor pretensão intelectual, mas de escassa ou nenhuma serventia prática efetiva. Não há como lhes descobrir uma diferença de essência. A relatora da ADI 3470 (DJe 1.2.2019) não hesitou mesmo em comparar a dificuldade em estremar norma geral de norma especial, no contexto das competências concorrentes, com as perplexidades de Santo Agostinho com o tempo e do Juiz Potter Stewart, da Suprema Corte americana, ao se deparar com a necessidade de conceituar pornografia. Concluiu que, «se o conceito de normas gerais parece ser ainda mais elusivo do que são o tempo e a pornografia, o rastreamento da sua gênese sugere que a imprecisão é provavelmente intencional». Do correr do seu raciocínio, deduz-se que o propósito dessa imprecisão seria apenas o de indicar que «a previsão da competência da União para editar normas com o predicado de gerais, em matéria de competência concorrente, envolve, necessariamente, algum limite à atuação legislativa da União».

Como quer que seja, se o intuito foi o de gerar vagueza, não há dúvida de que o alvo foi atingido, abrindo margem para variações de jurisprudência

² A mero título exemplificativo: «Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo *ultra vires*, transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional, e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria [...]. – É inconstitucional lei complementar estadual, que [...] não observa as normas de caráter geral, instituídas da legislação fundamental ou de princípios, prévia e validamente estipuladas em lei complementar nacional que a União Federal fez editar com apoio no legítimo exercício de sua competência concorrente» (ADI 2903/PB, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01.12.2005, DJe 18.9.2008).

«[...] A Constituição de 1988 contemplou, em seu artigo 24, a técnica da competência legislativa concorrente entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal, cabendo à União estabelecer normas gerais e aos Estados-membros especificá-las. O descumprimento desse comando constitucional conduz à usurpação de competência, que tanto pode ser da União —quando extrapola os poderes que lhe foram deferidos para estabelecer preceitos gerais— quanto dos Estados-membros —quando, existindo ato legislativo genérico, editam lei invasora. [...]» (ADI 1.245/RS, Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgamento em 06.4.2005, DJ 26.8.2005).

sem o conforto intelectual dos argumentos estritamente técnicos. Como quer que seja, o Tribunal vem-se mostrando constante em fulminar de inconstitucionalidade diplomas estaduais que permitem o que a lei federal proíbe ou que proíbem o que a lei federal admite mediante cautelas singulares³. Esta última hipótese foi exemplificada no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade movida contra a lei do Estado do Mato Grosso do Sul de 2001, acima referida. Dois anos depois do advento do diploma, em 8.5.2003, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei atacada (ADI 2.396/MS). O Tribunal afirmou não deter competência técnica para se posicionar na polêmica então existente sobre os efeitos do amianto sobre a saúde e concluiu que «a legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta».

Em 2019, enfim, foram publicados acórdãos em que o tema do amianto e da sua proibição por leis estaduais tornou a provocar o STF, gerando os acórdãos na ADI 3.937 (DJe 1.2.2019) e na ADI 3470 (DJe 1.2.2019). A solução foi diversa da adotada no acórdão proferido dezesseis anos antes, com fundamentos de inequívoco interesse.

2. CASO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE

Na ADI 3.937, desenvolveu-se o raciocínio de que já não mais existiam, hoje, as incertezas científicas que haviam conduzido, anos antes, o Tribunal a não avaliar com detimento a situação de fato regulada pela lei federal que dispunha sobre o amianto. Para o Tribunal, em 1995, se havia notícia do potencial nocivo do produto, tanto para a saúde como para o meio-ambiente, «atualmente o que se observa é um consenso dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura». A Corte também assinalou que, diferentemente do que ocorria na década de 1990, «atualmente existem materiais alternativos, recomendados pelo Ministério da Saúde». Assim, afirmou-se que a Lei federal n. 9.055/95 «deveria ter sido revista para banir progressivamente a utilização do asbesto na variedade crisotila e promover um ajuste ao consenso atual em torno dos riscos envolvidos na utilização desse material». Para o Tribunal, a «norma federal que autoriza a extração, a industrialização, a utilização e a comercialização do amianto da variedade crisotila passou por processo de inconstitucionalização, em razão de alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica».

³ Não se admite ao Estado-membro «inaugurar uma regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente» (ADI 3.645/PR, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgamento em 31.5.2006, DJ 01.9.2006).

Nesse tópico, a decisão expôs um exemplo nem sempre frequente de inconstitucionalidade superveniente de norma. A jurisprudência brasileira, desde logo em seguida à entrada em vigor da Constituição de 1988, se recusou a ver o conflito de lei anterior à Constituição com a nova Carta como caso de inconstitucionalidade superveniente, preferindo enxergar, aí, hipótese não recepção, assimilada à revogação. Esse entendimento, sobretudo à época em que formulado, aliviou o STF de uma temida avalanche de ações diretas de inconstitucionalidade envolvendo diplomas do período anterior à formalização do Estado democrático de Direito proclamado em 1988. Aos poucos, entretanto, foi encontrando acolhida a ideia de que o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente era possível de ser flagrado, essencialmente nos casos em que a norma *se tornava* inconstitucional, justamente por alterações significativas na situação fática determinantes da sua edição —o que implicava reflexos necessários sobre a fixação do momento da invalidade da norma, que não mais haveria de coincidir com o seu nascedouro. O caso do amianto desvelou exemplo eloquente do fenômeno pouco comum. O Tribunal não desceu, porém, ao pormenor de verificar se, ao tempo da edição das leis estaduais que eram objeto das ações diretas de inconstitucionalidade, a inconstitucionalidade da lei federal já estava caracterizada, o que parece haver sido presumido.

3. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL E ABERTURA DE ESPAÇO LEGISLATIVO PARA OS ESTADOS

Sendo inconstitucional o diploma federal, a consequência no plano da distribuição de competências legislativas favorecia as leis estaduais, todas elas proibindo, sem exceção, o amianto. No espaço das competências concorrentes, o Estado-membro torna-se apto para legislar amplamente, até mesmo sobre «normas gerais», se a União não se vale da sua competência para dispor sobre normas de princípios. Uma vez que a lei federal fora declarada inconstitucional, não havia mais cogitar de regulação da União a impedir o exercício da competência plena dos Estados-membros; portanto, não mais existia o obstáculo que fora relevante em 2003 contra a lei estadual (do Mato Grosso do Sul) proibitória do amianto. As normas estaduais que vetavam totalmente o amianto não invadiam o bloqueio de competência que haveria se a lei federal de 1995 fosse válida. As leis estaduais se beneficiavam do dispositivo da Constituição Federal em que se prevê: «inexistindo lei federal sobre normas gerais, os estados exercerão competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades».

4. NOVAMENTE O TEMA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL

No julgamento, o STF julgou inconstitucional a lei federal de 1995, que não era objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Houve, pois,

declaração incidental de inconstitucionalidade da lei federal na ação de controle em tese.

Essa particularidade, também inusitada na jurisprudência, que normalmente resolve conflitos diretos de normas infraconstitucionais com norma da Constituição, terminou por reacender um outro debate.

No julgamento da ADI 3470, suscitou-se a questão de saber qual o efeito da declaração incidental proferida.

Questão semelhante não é corriqueira em outros sistemas de jurisdição constitucional concentrada, mas gera perplexidades no Brasil, justamente porque adotamos tanto o modelo difuso (para declarações incidentais) como o concentrado (para declarações em tese). Na visão clássica, quando o STF declara a inconstitucionalidade incidentalmente, essa proclamação não produz efeitos para além do processo em que foi proferida. A Constituição prevê, em casos tais, que o Senado seja notificado da deliberação, a fim de eventualmente se valer do seu poder discricionário de suspender a execução da lei (art. 52, X, da CF), com o que a decisão se estende para todos.

Essa interpretação tradicional da função do Senado tem motivado discipulação entre os integrantes do Supremo Tribunal, ouvindo-se vozes autorizadas sustentando que, hoje, todas as decisões do STF possuem efeitos *erga omnes*, quando tratam de controle de constitucionalidade de leis. A ADI 3470 propiciou o retorno ao debate sobre a unificação dos efeitos de todas as declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, a partir de um juízo sobre uma cogitada mutação constitucional operada em torno da competência do Senado, que, estaria agora limitada a dar notícia do julgado do Supremo Tribunal.

Apontou-se que uma série de mudanças jurisprudenciais, legislativas e constitucionais levaram à situação atual, em que se teria tornado possível afirmar que todas as decisões do STF de declaração de inconstitucionalidade, quer proferidas incidentalmente, quer em tese, teriam os mesmos efeitos *erga omnes* e força vinculante para o Executivo e os demais órgãos do Judiciário.

Nessa linha, há tempos que a jurisprudência da Corte já assentara ponto destoante do padrão do exercício do controle *in casu*, ao afirmar que, em casos assim, uma vez suscitada a questão constitucional, mesmo que ela não seja de enfrentamento necessário para a solução do caso concreto, o STF deve deslindar o problema. A justificativa é a de que, sendo a Corte a guardiã da Constituição, por mandato expresso do constituinte, não pode deixar de protegê-la sempre que desafiada. A legislação processual civil, da mesma forma, também possui preceito comandando os tribunais inferiores a adotar a solução que o Plenário do STF houver adotado para juízo sobre a constitucionalidade de determinada lei, mesmo que a decisão haja sido proferida em controle no caso concreto.

Em votos na ADI 3470 foram agregados outros fundamentos. Lembrou-se que o Tribunal está legitimado a modular os efeitos de declaração de inconstitucionalidade de lei também quando proferida em caso concreto. Essa modulação somente faz sentido se se compreender que a decisão tomada no processo específico valerá para outros casos.

Recordou-se que um dos instrumentos mais frequentes no STF é o recurso extraordinário. Esse recurso, que é interposto num caso concreto, por força de dispositivo constitucional instituído em 2004, somente é admissível se nele se revelar um interesse que sobreleve o das partes. É necessário que o recorrente cumpra o requisito de demonstrar que a tese discutida possui «repercussão geral». Trata-se de condição de admissibilidade do recurso. A solução que o Supremo Tribunal der ao tema será impositiva para a Administração e para o Judiciário. Confere-se, assim, feitiço de controle de contornos abstratos a instrumento de controle incidental.

Da mesma forma, no início do milênio, permitiu-se que o Supremo Tribunal Federal formulasse Súmulas Vinculantes, que cristalizam máximas de julgamentos em torno de temas constitucionais, extraídas de julgados em casos concretos, que tenham importância prática para resolver conflitos ainda pendentes na sociedade e no Judiciário. Essas súmulas se impõem, do mesmo modo, às Administrações Públicas de todas as esferas da Federação e ao Judiciário. Trata-se, evidentemente, de mais uma medida do constituinte de reforma em prol do reconhecimento de efeitos *erga omnes* e vinculantes a decisões incidentais sobre constitucionalidade de normas.

Recordou-se, por fim, que o Código de Processo Civil vigente, de 2015, concede especial força aos precedentes dos tribunais superiores e também permite que se resista ao cumprimento e à execução de sentença transitada em julgado, por meio de defesa que aponte haver a sentença se apoiado em lei que o STF declarou inconstitucional, quer em tese, quer *in casu*, ou quando a sentença afirmou inconstitucional lei que o STF, também por qualquer dos meios para tanto, haja declarado válida. Num dos votos da ADI 3.470 se ensinou a esse respeito: «qualquer um dos controles é suficiente para que a parte possa se escusar de cumprir uma sentença inconstitucional», concluindo que «não há mais diferença entre controle incidental e controle principal».

Houve alguma resistência à tese no julgamento. No resumo oficial do julgado constou, porém estes dizeres: «ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente, com declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995 a que se atribui efeitos vinculante e *erga omnes*».

Como se vê, em um par de casos foram abordados temas de subido interesse a propósito de vários tópicos de Direito Constitucional.

II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: PECULIARIDADE DE UM ESTADO FEDERAL

O controle de constitucionalidade num Estado federal, quando se apresenta na modalidade concentrada, de controle em tese, pode suscitar questões com singularidades dignas de nota.

No sistema federalista brasileiro, a par da Constituição da República, cada Estado se vê regido também por uma Constituição estadual, votada pela Assembleia Legislativa, por determinação do constituinte originário, que preestabelece certos princípios e regras de absorção necessária pelos Estados-membros. Por exemplo, as disposições da Constituição da República que disciplinam a separação de poderes e que desenham o modelo de regime democrático adotado devem ser tidas como incorporadas pelo Direito Constitucional dos Estados. A Constituição do Estado ao disciplinar esses temas não pode fugir da solução adotada pelo constituinte federal. Com relação a outros temas, especialmente de organização interna, não havendo obrigação expressa do constituinte federal em contrário, o Estado é livre para repetir a norma da Constituição Federal ou para adotar solução diversa.

O constituinte de 1988 cuidou também de permitir que a Constituição estadual seja defendida por ação direta contra lei ou ato normativo estadual ou municipal que a agrida. Num paralelo com o STF, entregou ao Tribunal de Justiça do Estado a competência para julgar representações por inconstitucionalidade dessas normas.

Desde logo, a jurisprudência do STF e a doutrina deixaram claro que essa competência dos Tribunais de Justiça somente se exerce quando o parâmetro de controle é a Constituição estadual. Por isso, se a representação estadual alega que a lei impugnada fere a Constituição Federal, o Tribunal de Justiça não deve conhecer da demanda, sob pena de usurpar a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para, em controle abstrato, resguardar a autoridade da Constituição Federal —nesse caso, o sistema adotado é concentrado.

Como esperado, logo surgiram questões melindrosas. Que aconteceria se a Constituição estadual houvesse reproduzido a literalidade de norma da Constituição Federal e surgisse uma representação por inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça? Seria ele competente para julgar a demanda? Mais ainda, e se contra a mesma lei houvesse uma representação por inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça, por ofensa à norma que copia o preceito da Constituição Federal, e no Supremo Tribunal Federal também corresse uma ação direta de inconstitucionalidade contra a mesma lei estadual, por ofensa justamente a essa norma da Constituição Federal?

Em 1993, a questão foi solucionada (Rcl 383, DJ 21.5.1993). Afirmou-se que a norma da Constituição estadual que reproduz, mesmo que necessariamente, a norma da Constituição Federal é norma jurídica e norma jurídica estadual. Por isso, pode ser protegida pelo mecanismo de controle abstrato perante o Tribunal de Justiça. A decisão do Tribunal de Justiça, se disser respeito a norma de reprodução obrigatória da Constituição Federal, não poderá divergir da interpretação que o STF der ao preceito da CF, justamente porque a norma tem que ser igual no plano federal e no plano estadual. Se houver discrepância, caberá recurso extraordinário contra a decisão do Tribunal de Justiça para o Supremo Tribunal Federal. Se ninguém recorrer, e a lei houver sido declarada válida, isso não impedirá que o STF venha, a mais adiante,

declará-la inconstitucional. Disse o acórdão, porém, que, se o Tribunal de Justiça houver declarado a lei estadual inconstitucional e não houver recurso, a lei sairá do ordenamento jurídico e não haverá objeto para uma ação direta de inconstitucionalidade apresentada posteriormente ao Supremo Tribunal Federal. A decisão de invalidade seria insuscetível de revisão.

Outro ponto que foi abordado no passado envolve a situação em que houve ajuizamento tanto de representação por inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça como ação direta de inconstitucionalidade no STF. Nesses casos (cf. entre outros a ADI 1423 MC, DJ 22/11/1996) a ação direta no Estado-membro deve ser paralisada, à espera da solução a ser dada pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade. A decisão de mérito do Supremo Tribunal prejudica a continuidade da demanda no Tribunal de Justiça, a não ser que, na Corte estadual, a ação direta esteja «baseada em outros fundamentos, além da alegação de ofensa de norma reproduzida», prosseguindo então «por esses outros fundamentos» (Rcl 425 AgR, DJ de 22/10/1993).

Na ADI 3.659 (DJe 8.5.2019), solucionou-se situação de dúvida que, até então, nunca havia sido posta ao descortino direto do Tribunal. A Corte estava diante de arguição de inconstitucionalidade em tese contra uma lei estadual que havia sido simultaneamente objeto de representação por inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça do Estado. Ocorre que o Tribunal de Justiça não suspendera o julgamento do processo, que foi julgado no mérito, com a afirmação da inconstitucionalidade da lei. A decisão já havia transitado em julgado, quando a ação direta de inconstitucionalidade foi levada para o julgamento do Supremo Tribunal Federal.

O STF resolveu o problema a partir da premissa de que a Constituição Federal a ele entrega o papel de seu guardião (art. 102) e da sentida necessidade, daí também deduzida, de se reservar máxima efetividade a esse papel institucional. Chegou-se, então, a conclusão algo diferente da que fora cogitada pelo Tribunal na década de 1990 e na seguinte. Afirmou-se que:

A solução que se mostra adequada para superar o impasse envolve o plano da eficácia da decisão da Corte Estadual. Não se contesta, aqui, a existência, a validade e mesmo a eficácia *erga omnes* de decisão de mérito em ação de controle concentrado proferida pelas Cortes Estaduais. Todavia, quando essa decisão fizer juízo sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de norma estadual em face de preceito da Constituição do Estado que constitua reprodução (obrigatória ou não) de preceito da Constituição Federal, há de se entender que, em nome da posição de supremacia da Suprema Corte, a eficácia da decisão estadual ficará necessariamente revestida de uma condição resolutória implícita, representada por eventual decisão em sentido contrário do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, ficou estabelecido que, tenha o Tribunal de Justiça se antecipado ao Supremo Tribunal Federal no julgamento de representação por

inconstitucionalidade ajuizada simultaneamente com ação direta de inconstitucionalidade no STF, ou só tenha havido representação perante o Tribunal de Justiça, se a norma parâmetro de controle for dispositivo de teor idêntico ao da Constituição Federal (por imitação voluntária ou necessária), a mesma questão poderá ser reaberta, a qualquer tempo, perante a Suprema Corte em Brasília.

Houve uma sutil evolução de entendimento que se supunha acomodado, em linha com tendência verificada de se conferir máxima efetividade às competências do Supremo Tribunal Federal dedutíveis da sua condição de guardião da Constituição.

III. LIBERDADE DE PROFISSÃO E DIREITO A LIVRE INICIATIVA NUM REGIME DE LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA EM ECONOMIA DE MERCADO – TRANSPORTE INDIVIDUAL PRIVADO POR APLICATIVO – UBER, CABIFY, 99

No julgamento da ADPF 449 (DJe 2.9.2019) duas questões processuais importantes foram abordadas. O Tribunal desenvolveu também relevantes considerações sobre a liberdade de profissão e ponderação entre livre iniciativa e poder regulamentar do Estado numa economia de mercado, tida como assumida pela ordem constitucional.

A primeira questão processual diz respeito ao caráter subsidiário que a lei atribui ao instrumento de controle de constitucionalidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Esse caráter subsidiário vem sendo compreendido como atendido se não houver outro modo de controle abstrato da norma impugnada. Com relação a leis municipais o controle abstrato somente se viabiliza no Supremo Tribunal Federal se a elas se imputa a violência a preceito capital da Constituição, por meio da ADPF. Essas leis municipais, porém, de ordinário, estão sujeitas ao controle em tese perante a Constituição do Estado. O precedente em apreço descartou que essa circunstância possa afetar o caráter subsidiário da ADPF. O cabimento do controle deve ser aferido tendo em vista a competência originária do STF. Daí se haver dito que «a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é cabível em face de lei municipal, adotando-se como parâmetro de controle preceito fundamental contido na Carta da República, ainda que também cabível em tese o controle à luz da Constituição Estadual perante o Tribunal de Justiça competente».

Por outro lado, quando a ação foi levada a julgamento, a lei municipal, submetida ao controle, fora revogada. Isso não obstante, não se considerou que havia perda de objeto da demanda, à vista de argumentos não usuais em outros instrumentos de controle abstrato. A Corte afirmou que «a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não carece de interesse de agir em razão da revogação da norma objeto de controle, máxime ante a necessidade

de fixar o regime aplicável às relações jurídicas estabelecidas durante a vigência da lei, bem como no que diz respeito a leis de idêntico teor aprovadas em outros Municípios».

Quanto ao mérito, cuidava-se de aferir a constitucionalidade de lei municipal que proibira o serviço de transporte privado de passageiros por chamada intermediada por aplicativo de internet —serviços prestados por empresas no Brasil como a Uber, Cabify e 99. A lei vedara esse serviço, levando em conta que o serviço de transporte individual de passageiros é regulamentado pela Administração Pública e submetido a regime de permissão, desenvolvido por taxistas.

O Tribunal considerou que a regulação desses serviços pela Administração Pública encontrava justificativa em preocupações com interesse dos passageiros (segurança e prevenção de abusos em preços) e do público em geral (redução de veículos no trânsito, com consequências na mobilidade geral e sobre a poluição), mas que a tecnologia tornou em grande medida esses propósitos anacrônicos. O regime fechado dos taxistas estaria mais próximo hoje de uma reserva de mercado de duvidoso benefício para o público em geral. A tecnologia teria tornado o sistema de chamada por telefone celular ainda mais favorável à causa da redução de veículos nas ruas do que o próprio sistema de táxis. O acompanhamento das corridas pelo passageiro e por quem mais ele desejar, além da prévia descrição da rota a ser seguida e do preço estimado e da possibilidade de o passageiro relatar condições de segurança da viagem, tudo isso serviria com ainda mais apuro para a causa da segurança do passageiro e da prevenção de abusos. Com considerações nessa linha, o Tribunal estimou que a proibição dos aplicativos estabelece «restrição desproporcional à livre iniciativa e à liberdade profissional». Lê-se no acórdão:

O sistema constitucional de proteção de liberdades goza de prevalência *prima facie*, devendo eventuais restrições ser informadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo e adequar-se ao teste da proporcionalidade, exigindo-se ônus de justificação regulatória baseado em elementos empíricos que demonstrem o atendimento dos requisitos para a intervenção.

A norma que proíbe o «uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas» configura limitação desproporcional às liberdades de iniciativa (art. 1o, IV, e 170 da CRFB) e de profissão (art. 5o, XIII, da CRFB), a qual provoca restrição oligopolística do mercado em benefício de certo grupo e em detrimento da coletividade. Ademais, a análise empírica demonstra que os serviços de transporte privado por meio de aplicativos não diminuiriam o mercado de atuação dos táxis.

IV. OUTRAS DECISÕES ENVOLVENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS – BREVE REVISÃO

Várias outras decisões de interesse foram registradas em 2019, cabendo uma breve referência a algumas delas.

No RE 888.815 (DJe 21.3.2019), foi decidido que não existe um direito subjetivo, diretamente colhido da Constituição, que gere pretensão a aluno ou a sua família de se submeter a regime escolar, no âmbito da educação básica obrigatória, em sistema domiciliar (*homeschooling*). Afirmou-se que a Constituição tampouco impede que o legislador federal venha a criar esse sistema, que deverá, então, observar o caráter compulsório do ensino dos 4 aos 17 anos de idade, o núcleo básico das matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público —que deve ocupar-se de também impulsionar o propósito constitucional de o ensino «garantir a socialização do indivíduo por meio de ampla convivência familiar e comunitária». O modelo traçado dificilmente encontrará eco em algum projeto de lei.

Na ADI 4874 (DJe 1/2/2019), o confronto do princípio da liberdade de iniciativa com o dever constitucional do Estado de proteção à saúde levou o Tribunal a considerar legítima a proibição de fabricação, importação e comercialização, no Brasil, de fumígenos derivados do tabaco (cigarros) que contenham substâncias que aumentem a sua atratividade, como sabor e odor. Foi dito que «o risco associado ao consumo do tabaco justifica a sujeição do seu mercado a intensa regulação sanitária, tendo em vista o interesse público na proteção e na promoção da saúde». A proibição foi estabelecida por agência sanitária e o Tribunal não enxergou falta de razoabilidade na interpretação que a agência fizera das suas competências a partir dos princípios com que a legislação traçou o seu campo de atuação. A Corte adotou expressamente a conhecida doutrina americana resultante do caso *Chevron*⁴.

Em função da liberdade religiosa e da proteção de segmentos religiosos minoritários, o Tribunal admitiu a legitimidade de norma estadual que garantia o sacrifício de animais em cultos religiosos (RE 494.601 (DJe 19.11.2019)).

No setor dos direitos sociais, o Tribunal ressaltou que a proteção à maternidade, expressa no art. 6º da Constituição da República como direito fundamental, é irrenunciável. Daí a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de lei trabalhista que sujeitavam o afastamento da mulher grávida

⁴ O acórdão aludiu à «deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*)».

ou lactante de atividades insalubres à apresentação, por ela, de atestado de saúde. Proclamou-se que «a proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido» (ADI 5.938, DJe 23.9.2019).

Embora o STF haja admitido (RE 407.688, DJ de 6/10/06) a penhora de imóvel em que o fiador mora, para pagamento de dívida de devedor principal relativa a locação de imóvel residencial, no RE 605.709 (DJe 18.2.2019), a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção da família, da promoção do direito à moradia e, ainda, com apelo ao postulado da proporcionalidade, entendeu-se insuscetível de execução o imóvel em que vive a família do fiador para satisfazer obrigação do devedor principal em contrato de locação de imóvel comercial.

De grande importância e repercussão foi o julgamento da ADPF 444 e da ADPF 395 (DJe 22.5.2019), em que o Supremo Tribunal Federal afirmou que o Código de Processo Penal (anterior à Constituição de 1998) não fora recebido pela atual ordem constitucional, no ponto em que admitia a condução coercitiva de acusado ou réu para interrogatório. Viu-se aí «uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção», não contemplada nas hipóteses constitucionalmente previstas de restrição desse direito. Apontou-se que o direito ao silêncio, reconhecido ao réu e ao investigado constitui obstáculo para a condução coercitiva para que seja interrogado. A dignidade da pessoa humana estaria afrontada, porque, «na hipótese de condução coercitiva, fica evidente que o investigado, ou réu, é conduzido eminentemente para demonstrar a sua submissão à força. Não há uma finalidade instrutória clara, na medida em que o arguido não é obrigado a declarar nem mesmo a estar presente ao interrogatório». A fórmula da redução do homem a objeto de processo estatal foi empregada para caracterizar a tese de desrespeito à dignidade humana.

V. CONCLUSÃO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2019 prossegue na linha dos últimos anos, revelando intensa preocupação com a efetividade de direitos sociais e individuais. No plano da estrutura federalista, nota-se tendência oscilante em interpretações que ora favorecem ora são mais comedidas na extensão de poderes legislativos dos Estados-membros. Revela-se nítida, afinal, a propensão da Corte por resguardar e reforçar a sua competência no campo da jurisdição constitucional, buscando a maior efetividade das suas decisões. Ressalta-se aqui a importância dada à premissa de que a Constituição entronizou o Supremo Tribunal na função de seu guardião.

UNA BREVE LECTURA EN CLAVE INDÍGENA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA DEL 2019 SOBRE TRATADOS DE INVERSIÓN

A brief reading from the Colombian constitutional jurisprudence of 2019 about investment treaties from an indigenous peoples' rights perspective

PAULA ROBLEDO SILVA
Universidad Externado de Colombia
paula.robledo@uexternado.edu.co

DANIEL RIVAS-RAMÍREZ
Instituto Internacional de Derechos Humanos-Capítulo Colombia
danielrivasram@hotmail.com

Cómo citar/Citation

Robledo Silva, P. y Rivas-Ramírez, D. (2020).
Una breve lectura en clave indígena de la jurisprudencia
constitucional colombiana del 2019 sobre tratados de inversión.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(2), 559-572.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.19>

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. INDÍGENAS, APERTURA E INVERSIÓN. III. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN LA MATERIA. IV. EL PANORAMA JURISPRUDENCIAL DEL 2019: 1. La constitucionalidad condicionada del APPRI entre Colombia y Francia (Sentencia C-252 del 2019.) 2. La constitucionalidad del TLC entre Colombia e Israel (Sentencia C-254 del 2019) V. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.*

I. INTRODUCCIÓN

Pese a que Colombia no puede ser catalogado como un país cuyo sistema jurídico sea dualista en lo que respecta a la relación con el derecho internacional, el ordenamiento constitucional prevé la figura de las leyes aprobatorias

de tratados internacionales, a través de las cuales el Congreso aprueba o imprueba la ratificación de dichos acuerdos. En estricto sentido, el contenido de estas leyes es limitado, toda vez que se restringe a la aprobación del texto del tratado internacional y, por tanto, en realidad la sustancia permanece dentro del instrumento internacional y no dentro de la norma jurídica nacional (Acosta Alvarado, 2018: 173).

No obstante, el constituyente de 1991 previó que al tratarse de una ley aprobatoria, que pese a no tener contenido sustancial sigue siendo una ley, debía estar sometida a un examen de constitucionalidad. Es así como, dentro de las principales funciones que se atribuyeron a la Corte Constitucional colombiana, se incluyó la de llevar a cabo el control automático de constitucionalidad de este tipo de leyes; ideándola como un mecanismo encaminado a garantizar, por un lado, la salvaguarda de la supremacía constitucional y, por el otro, la coherencia (tanto interna como externa) del sistema normativo previsto en la Constitución.

Ahora bien, es importante aclarar que, pese a que se trata de un requisito procedimental, el control automático de constitucionalidad de este tipo de leyes se erige, dentro del ordenamiento jurídico nacional, como la última oportunidad para garantizar que los tratados internacionales celebrados por Colombia cumplan con los valores y principios previstos en la Constitución nacional. Esto en particular si se tiene en cuenta que dicha revisión se realiza antes de la sanción presidencial de la ley aprobatoria, pero, en todo caso, después de la negociación y suscripción del tratado por parte del Ejecutivo y de la deliberación para su aprobación por el Congreso de la República. En suma, se trata del último momento en el que, desde el engranaje institucional del Estado, es posible frenar, en cierto sentido, un tratado internacional contrario a los valores y los principios constitucionales.

Por lo anterior, las sentencias que versan sobre las leyes aprobatorias de tratados internacionales son un componente importante de la jurisprudencia constitucional que profiere la Corte Constitucional año tras año. Relevancia que es mayor en el caso de tratados internacionales particularmente sensibles como el de los Tratados de Libre Comercio y los Acuerdos de Protección y Promoción a la Inversión Extranjera (APPRI), que generan importantes impactos socio-jurídicos al interior de los Estados receptores. Por esta razón, hemos elegido para la crónica jurisprudencial colombiana de este año el caso de las sentencias de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de APPRI con las cuales consideramos que la Corte Constitucional omitió valorar debidamente uno de los sectores más afectados por este tipo de tratados internacionales: los pueblos indígenas.

II. INDÍGENAS, APERTURA E INVERSIÓN

Dentro de los rasgos definitorios de la Constitución de 1991 podemos resaltar al menos tres que son importantes para entender la compleja tensión constitucional que surge entre la recepción de APPRI y los derechos de los pueblos indígenas en Colombia. El primero de ellos es el reconocimiento del pluralismo y la participación ciudadana como principios fundamentales del Estado a partir de los cuales se derivan otras disposiciones relacionadas con la diversidad étnica y cultural que promueven la igualdad y participación de las minorías étnicas, como los pueblos indígenas. De allí que tanto a nivel constitucional y legal como jurisprudencial, figuras como la consulta previa, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el reconocimiento institucional y territorial de la autonomía indígena y los mecanismos de participación ciudadana, entre otros, tengan tanta relevancia en el contexto colombiano.

En paralelo a lo anterior, la Constitución también contempla una serie de elementos orientados a la consolidación de un modelo económico determinado que tradicionalmente ha sido asociado con el neoliberalismo: la economía social de mercado. Es por ello que la Constitución incluye un título dedicado exclusivamente al establecimiento de un régimen económico dentro del cual se protegen la libertad de competencia y la libertad de empresa, la función social de la propiedad privada, la intervención del Estado en la economía y, por supuesto, se promueve también la internacionalización de las relaciones económicas del Estado.

Corolario de lo anterior es que desde la expedición de la Carta de 1991 el Estado haya puesto en marcha una política económica tendente a internacionalizar la economía nacional a través de esquemas de liberalización del comercio y la atracción del capital extranjero. Es así, con fundamento en dicho objetivo, que Colombia ha tenido un crecimiento importante en cuanto a la celebración de TLCs y APPRI hasta el punto de contar a día de hoy con más de treinta tratados internacionales de contenido económico.

Ahora bien, en principio, estos dos rasgos distintivos de la Constitución no parecerían ser *prima facie* contrarios entre sí, sin embargo, debido a factores como a la indebida negociación de este tipo de tratados internacionales (Tole Martínez, 2018: 208), la asimetría de poder y los sesgos colonialistas del sistema internacional económico (Prieto-Ríos y Rivas-Ramírez, 2020) y los efectos materiales que se producen en la ejecución de estos tratados, surge una innegable tensión entre los intereses económicos y los derechos de los pueblos indígenas. Tan solo a modo de ejemplo basta con señalar que en virtud de los APPRI y los TLCs que Colombia ha firmado hasta el momento, numerosas empresas multinacionales han llegado al país para explotar recursos naturales que se encuentran en territorios indígenas y sus zonas de influencia sin importar la afectación que ello pueda suponer para los pueblos indígenas. Tanto es así que en casos como el de las multinacionales *Cosigo y Tobie Mining v. Colombia* no solo se aprecia que el proyecto de exploración y explotación minera afecta directamente los territorios de algunos pueblos indígenas de la Amazonía colombiana, sino que, además, se ha demostrado que la multinacional ha injerido en asuntos indígenas

y ha fabricado su consentimiento para la realización del proyecto (Corte Constitucional, Sentencia T-384A del 2014).

Así las cosas, en virtud del mandato de la Corte Constitucional como guardián de la supremacía de la Constitución y máximo intérprete del texto constitucional, tiene la obligación de realizar una interpretación armónica del texto constitucional a través de la cual, en aquellos casos en donde pueda surgir una tensión de este tipo, la resuelva y fije pautas claras para evitar dichas contradicciones. En ese sentido, sería de esperar que en escenarios como el control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales de contenido económico como los TLCs y los APPRI realizara tal ejercicio, teniendo presente los derechos de los pueblos indígenas como criterio o parámetro de constitucionalidad.

III. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN LA MATERIA

En lo que respecta al caso de los APPRI y TLCs con capítulos sobre inversión extranjera, la Corte Constitucional se ha pronunciado hasta el momento en veinticinco oportunidades (Rivas-Ramírez, 2020). A partir de una lectura transversal de esta jurisprudencia es posible identificar al menos tres conclusiones que resultan relevantes para los efectos de esta crónica y que versan sobre la forma en la que el juez constitucional ha llevado a cabo este tipo de control de constitucionalidad. En específico se trata de cuestiones relacionadas con: i) el papel que le ha otorgado al derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico nacional, ii) el alcance que ha tenido dicho control de constitucionalidad y iii) sobre la inclusión y participación que dentro de estos procesos ha tenido la ciudadanía en general y los pueblos indígenas en particular.

El primer tema que nos interesa resaltar frente a la jurisprudencia constitucional sobre la exequibilidad de los tratados relativos a la inversión extranjera es la que tiene que ver con el papel que el juez constitucional colombiano les ha otorgado al interior del ordenamiento jurídico nacional. Tal y como señalábamos al principio, Colombia, lejos de ser un ordenamiento dualista, ha sido calificado como uno de corte monista moderado (Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 1998), pese a que por lo general reivindica la supremacía de la Constitución nacional sobre el derecho internacional. En ese sentido, el juez constitucional suele entender que las normas internacionales deben guardar coherencia y respeto con la Constitución nacional y, por tanto, salvo que se integren al bloque de constitucionalidad, no pueden ser tenidas como parámetros de constitucionalidad.

En el caso de las normas internacionales en materia de inversión, la lógica es la misma. De acuerdo con la Corte Constitucional, los tratados internacionales de la materia que son aprobados por medio de una ley son

revestidos, en principio, de una naturaleza legal (Sentencia C-155 del 2007). Esto quiere decir que dentro del andamiaje normativo están por debajo de la Constitución, pero al mismo nivel que las leyes; por lo que en oportunidades, pueden convertirse en mandatos de optimización (Sentencia C-309 del 2007). No obstante, en casos en los que hay una antinomia entre el tratado internacional y una de las directivas del Banco de la República, los primeros son revestidos de una naturaleza infrarreglamentaria y, por tanto, ni siquiera son tenidos como parámetro de legalidad (Rivas Ramírez, 2017: 654). En suma, la posición que la Corte ha sostenido con relación al papel que ocupan estas normas internacionales al interior de nuestro ordenamiento es que nunca podrá reconocérseles rango constitucional y, por tanto, ante una eventual colisión con disposiciones o principios constitucionales, estos últimos tendrían que prevalecer.

El segundo elemento que vale la pena resaltar con relación a la jurisprudencia constitucional en la materia es el que tiene que ver con la naturaleza y alcance del control de constitucionalidad que se hace a este tipo de tratados internacionales. Este control es de carácter preventivo, abstracto y definitivo (Corte Constitucional. Sentencia C-178 de 1995) y se limita a evaluar la congruencia de la ley aprobatoria y el tratado internacional con la Constitución política (Corte Constitucional. Sentencia C-750 del 2008). Más concretamente, se caracteriza por ser un control *a priori* de carácter débil por las siguientes razones. En primer lugar, parte del hecho de que los tratados analizados no constituyen un parámetro de constitucionalidad y por tanto no cobran efectos jurídicos plenos en el ordenamiento nacional. Se abstiene de cualquier consideración de carácter técnico u operativo o que esté relacionada con la conveniencia política o económica del acuerdo internacional. Y, finalmente, se limita a verificar que no haya un desdoblamiento de competencias constitucionales presidenciales y al cumplimiento de los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional que rigen el mandato constitucional de la internacionalización de las relaciones económicas del Estado (Rivas-Ramírez, 2018: 224-226). Esto quiere decir que, en realidad, se trata de un control de constitucionalidad principalmente formal que apenas utiliza de manera fragmentada la Constitución nacional.

Por último, un tercer rasgo que vale la pena resaltar de la jurisprudencia constitucional en la materia es el que tiene que ver con la inclusión y participación de la ciudadanía y de los pueblos indígenas en los procesos de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de este tipo de tratados internacionales. En realidad, lo que interesa resaltar es que más allá del escenario de las intervenciones ciudadanas (que es obligatorio en virtud de la Constitución y del Reglamento de la Corte), en este tipo de procesos de constitucionalidad ha sido excepcional contar con la participación ciudadana, así como también ha sido extraño ver que el juez constitucional incluya a minorías étnicas a través de figuras como la consulta previa o por medio de una valoración subjetiva

de sus condiciones de vulnerabilidad frente a los impactos que este tipo de tratados podrían suponer para ellas (Robledo Silva y Rivas-Ramírez, 2020).

En conclusión, el desarrollo jurisprudencial en la materia entre 1991 y 2018 nos permite concluir que no hay duda, de acuerdo con el criterio del juez constitucional, que los APPRIs tienen los mismos efectos jurídicos que una ley; que su control de constitucionalidad se limita a cuestiones formales de la negociación y suscripción del tratado y al cumplimiento de los principios rectores de las relaciones internacionales del Estado y que en dichos procesos rara vez se da relevancia a la ciudadanía, inclusive cuando esta se vea directamente afectada por la ratificación de este tipo de acuerdos internacionales.

IV. EL PANORAMA JURISPRUDENCIAL DEL 2019

En el año 2019, la Corte Constitucional adoptó dos nuevas decisiones en el marco del control automático de constitucionalidad sobre leyes aprobatorias de tratados internacionales de contenido económico. La primera de ellas fue la sentencia C-252, por medio de la cual declaró la exequibilidad condicionada del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre Colombia y Francia, firmado en julio del 2014. La segunda fue la sentencia C-254 del 2019, con la que declaró la constitucionalidad del acuerdo de libre comercio celebrado entre Colombia e Israel el 13 de noviembre del 2015 y que contiene un capítulo específico sobre la inversión extranjera.

A grandes rasgos ambos acuerdos mantienen la estructura genérica de los tratados internacionales de su clase. En ese sentido, el acuerdo celebrado entre Colombia y Francia mantiene la estructura y contenido fundamentales de cualquier otro APPRI y el instrumento acordado entre Colombia e Israel, el de cualquier otro TLC. No obstante lo anterior, tanto en uno como en otro surgieron algunas cuestiones problemáticas para la opinión pública en el contexto nacional colombiano, las cuales situaron sus procesos de control de constitucionalidad en el foco de la atención pública.

En términos generales, esto ocurrió en la medida en la que, pese a que Colombia acuñó constitucionalmente un modelo económico neoliberal que tiende hacia la internacionalización y a la liberalización de la economía, la experiencia de los últimos años ha contribuido a la consolidación de una oposición generalizada de la ciudadanía a este tipo de procesos a raíz de los impactos sociales, económicos y tributarios que tienen para la población. Así, por ejemplo, a raíz del TLC con Estados Unidos gran parte de la población ha empezado a mostrar su desacuerdo con la internacionalización de las relaciones económicas del Estado como consecuencia de los impactos que dicho acuerdo tuvo para los productores nacionales. De igual manera, durante los últimos cinco años se ha despertado una preocupación generalizada en contra de los APPRIs en la medida en la que Colombia ha sido demandada

internacionalmente en múltiples oportunidades a raíz de decisiones adoptadas por las autoridades públicas en pro del interés público nacional, dentro de las cuales estaba incluso la protección de los pueblos indígenas del sur del país. A continuación reseñaremos brevemente ambas decisiones a partir de la tensión constitucional que surge entre la adopción de este tipo de acuerdos y los derechos de los pueblos indígenas.

1. LA CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA DEL APPRI ENTRE COLOMBIA Y FRANCIA (SENTENCIA C-252 DEL 2019)

Como hemos señalado, el APPRI celebrado entre Colombia y Francia tenía, *grosso modo*, la misma estructura y contenido de los demás tratados de este tipo que Colombia ha ratificado en el pasado. Sin embargo, dentro de su articulado incluía una serie de cláusulas cuya redacción abría la puerta para interpretaciones que podrían resultar en detrimento de los intereses nacionales de Colombia, como es el caso del art. 15 sobre la solución de diferencias relativas a la inversión o el art. 16 en donde se incluía una disposición en la que se adoptaba una especie de expansión de la cláusula de la nación más favorecida respecto a cualquier obligación derivada del derecho internacional. Sin embargo, el juez constitucional intentó hacer un análisis cuidadoso de este tipo de cláusulas y tomó una decisión al respecto.

El resultado de este proceso, como hemos anticipado, fue la declaratoria de constitucionalidad condicionada de la ley aprobatoria y del tratado; una decisión histórica en la medida en la que por primera vez en la materia, el juez constitucional moduló el alcance de este tipo de tratados internacionales y advirtió al presidente de la República a adelantar las gestiones necesarias para adoptar una declaración interpretativa del tratado internacional. Más concretamente, el juez constitucional estableció cómo debían ser interpretadas determinadas expresiones del tratado, tales como «de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra parte contratante y a sus inversiones en el territorio», «expectativas legítimas» y «necesarias y proporcionales» para evitar la generación de interpretaciones contrarias a la Constitución nacional.

A diferencia de como había ocurrido en el pasado con la revisión automática de constitucionalidad, la Corte Constitucional decidió desplegar un impresionante esfuerzo de transparencia y participación ciudadana, abriendo diferentes escenarios que trascendían la simple participación a través de las intervenciones ciudadanas¹. Fue así como no solo recibió y valoró detenidamente dichos escritos ciudadanos, sino que además realizó una

¹ Hay que recordar que, por mandato de la Constitución y del Reglamento Interno de la Corte, en el marco de los procesos de constitucionalidad, siempre debe abrirse

audiencia pública extensa en la que consultó y dialogó con expertos nacionales de diferentes orientaciones sobre el contenido y los posibles efectos de este tratado. Así mismo, cambió también la tradición en lo que respecta al análisis de constitucionalidad de estos tratados en la medida en la que, pese al objeto y alcance limitado que tiene este control de constitucionalidad, realizó un análisis detenido, profundo y detallado de cada una de las cláusulas que contenía el tratado; valorando también los argumentos esgrimidos tanto por los intervinientes ciudadanos como por los expertos invitados por la Corte. En realidad, en los anteriores procesos de este tipo, la Corte se limitaba a realizar un análisis en bloque y superfluo frente a los arts. 9, 226 y 227 de la Constitución, por lo que esta decisión ha llevado a que algunos doctrinantes aseguren que hay un cambio en cuanto al tipo de control que hace la Corte, hasta el punto de afirmar que se trata de un cambio de paradigma orientado a que el juez constitucional complementa de manera sutil el proceso de toma de decisiones del Poder Ejecutivo sin que con ello genere un desequilibrio de poderes (Tamayo Álvarez, 2020, 472).

Al respecto debemos señalar que en esta sentencia el juez constitucional hace un esfuerzo por hacer un análisis más complejo y completo de la cuestión, hasta el punto de utilizar herramientas que tradicionalmente no han sido propias de la labor del juez constitucional colombiano. Es así como encontramos que la Corte utiliza fuentes y disposiciones propias de derecho internacional como parámetro de análisis hasta el punto en que las utiliza y aplica de manera directa en su análisis e, incluso, intenta lidiar con fenómenos como la fragmentación del derecho internacional. Así, entonces, encontramos que en la sentencia C-252 del 2019 usa instrumentos como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (que no es una norma propia del derecho internacional de la inversión) para interpretar el alcance y los impactos que tiene el APPRI en el contexto colombiano. Así mismo, utiliza arbitrajes internacionales de inversión para interpretar y develar el sentido y alcance de las cláusulas de protección que contiene el tratado, como ocurre cuando trae a colación el caso *Occidental c. Ecuador* para analizar la cláusula de trato nacional, o el caso *CMS Gas Transmissin Co c. Argentina* para interpretar la cláusula de trato arbitrario o discriminatorio.

No obstante, con respecto a esto último, debemos señalar que pese a que se trata de un buen intento, el uso de este tipo de herramientas como los arbitrajes internacionales de inversión termina conduciendo a que el análisis del juez constitucional pierda rigor y precisión en la medida en la que los utiliza de manera indiscriminada, sin fundamento metodológico y desconociendo las vicisitudes técnicas y jurídicas que tienen este tipo de decisiones. Así, por ejemplo, el magistrado Linares señala acertadamente en su aclaración

espacio para la recepción de intervenciones ciudadanas que defiendan o contradigan la exequibilidad de la norma analizada.

y salvamento parcial de voto que las decisiones de los tribunales de arbitraje internacional de inversión no pueden ser tenidas en cuenta como precedentes jurisprudenciales, tal y como lo hace la Corte en el análisis que realiza; y que tampoco pueden ser utilizadas de manera indistinta e indiscriminada solo porque desarrollen una interpretación respecto a una cláusula concreta. En realidad, estas deben ser utilizadas con mucha cautela en la medida en la que los supuestos y condiciones de cada arbitraje internacional de inversión son diferentes y, sin tal cuidado, podría terminarse utilizando como elemento de análisis una decisión que podría no ser análoga a la situación o el contexto colombiano.

Sumado a lo anterior, la sentencia, o más bien el proceso de constitucionalidad adelantado, tiene otra serie de cuestiones problemáticas sobre las cuales —por cuestiones de espacio— no nos pronunciaremos a fondo. Sin embargo, sí hay una que nos parece importante resaltar y comentar con algo más de detalle: la exclusión de los pueblos indígenas.

Como hemos señalado al principio de estas páginas, Colombia es un Estado social de derecho que dentro de sus valores y principios se encuentra el pluralismo constitucional y con ello, el reconocimiento y protección de los pueblos indígenas en las distintas esferas de la sociedad. Esto quiere decir, entre otras cosas, que los pueblos indígenas deben ser tenidos en cuenta en las decisiones que les afectan, así como también que están revestidos de una especial protección constitucional debido a su histórica discriminación y vulneración de derechos. En el contexto del trabajo de la Corte Constitucional esto quiere decir que ella, como máxima guardiana de la Constitución nacional, debe tener presente ambas cosas en todo momento y garantizar que los intereses y derechos de los pueblos indígenas sean valorados y protegidos según cada caso; inclusive, si se trata de una decisión sobre la constitucionalidad de un ley o un tratado internacional. Es decir, que, en principio, el juez constitucional debería haber considerado esta cuestión en el marco de su decisión sobre el APPRI entre Colombia y Francia, al menos en tres momentos.

En primer lugar, el juez constitucional debería haber propiciado su participación activa como intervinientes en el proceso de constitucionalidad. Después de ello, debería haber analizado la necesidad y legalidad de la consulta previa frente a la suscripción de este tratado internacional. Y por último, tendría que haber incorporado dentro del análisis de constitucionalidad una perspectiva no universalista de los derechos fundamentales y de la autodeterminación de los pueblos. Veamos un poco más en detalle cada una de estas cuestiones.

Con relación a la participación de los pueblos indígenas en el proceso de revisión de constitucionalidad de la ley aprobatoria debemos señalar que, en este caso en concreto, el juez constitucional omitió hacerlo. Si bien es cierto que los pueblos indígenas no participaron voluntariamente a través de un escrito de intervención ciudadana, esto no exime al juez constitucional

de haberles invitado a participar en el proceso, tal y como bien hizo con otros sectores, organizaciones y expertos cuyos intereses se verían afectados —positiva o negativamente— por el tratado; en particular en un proceso que, como hemos dicho, fue tan abierto y tan participativo. Al respecto debemos anotar también que el juez constitucional no puede perder de vista que en el contexto colombiano siempre ha existido una marginalización de la voluntad indígena, especialmente en cuestiones relacionadas con temas económicos y cuya filigrana es técnica y compleja (Robledo Silva y Rivas-Ramírez, 2020).

Con relación a la consulta previa es menester aclarar que en este caso el juez constitucional sí se detuvo a considerar y analizar si era o no necesario adelantarla. Por su parte, a juicio de la Corte, la consulta no era necesaria en la medida en que no se trataba de una decisión administrativa o legislativa que afectara de manera «directa» los intereses de los pueblos indígenas. No obstante lo anterior, a nuestro criterio esto es discutible en la medida en la que la misma Corte Constitucional ha sostenido en su jurisprudencia que el interés «directo» debe ser entendido relativamente; por lo que, en un caso como este, sobre el cual además hay evidencia fáctica y jurídica que demuestra el potencial negativo que tienen los APPRI sobre los pueblos indígenas, tendría que haber sido reconocido su interés directo.

Sumado a lo anterior debemos señalar que, en realidad, el uso de la consulta previa en contextos de negociación y celebración de tratados internacionales de contenido económico no es extraño. Así, por ejemplo, países latinoamericanos como Perú y México y países de otras latitudes como Canadá y Nueva Zelanda han hecho de la consulta previa un requisito para la toma de decisiones de política exterior que tengan la capacidad de afectar a los pueblos indígenas; tal y como ocurrió, por ejemplo, en el caso de la vinculación de estos últimos dos países a la Alianza del Pacífico o la suscripción del UMSCA (Robledo Silva y Rivas-Ramírez, 2019; Prieto-Ríos y Rivas-Ramírez, 2020).

Finalmente, y con relación a los usos e interpretaciones universalistas del derecho, debemos señalar que en el caso de la sentencia C-252 del 2019 son frecuentes en la medida en la que, por el lenguaje y los contextos a través de los cuales justificó la ausencia de participación de los pueblos indígenas, así lo demuestra. Así, por ejemplo, el hecho de que se haya considerado superado el proceso de diálogo con los pueblos indígenas a partir de una simple *socialización* del proceso de celebración del tratado muestra que la Corte cae en dichos sesgos universalistas. Al respecto, basta con señalar que escenarios de *socialización* no son otra cosa que mecanismos que pretenden legitimar las decisiones a través de una falsa inclusión de la voluntad indígena sin que con ello se preste atención, se valore y se integre sustancialmente la opinión y la posición de los pueblos indígenas; lo que no es otra cosa más que un derivado del sesgo colonial de nuestros ordenamientos jurídicos y sociales que se manifiesta a través de la lógica de la asimilación (Merino, 2018: 465).

En suma, con relación a la sentencia C-252 del 2019 podemos concluir que, pese a que se trata de una decisión hito en la jurisprudencia constitucional

colombiana en materia de tratados de inversión, contiene también una multiplicidad de elementos problemáticos e incluso discriminatorios que conducen a una falla en el control de constitucionalidad y, lo que es más grave, en la función especial que tiene la Corte Constitucional respecto a la protección y salvaguarda de los pilares fundamentales del Estado colombiano; situación que se evidencia de manera cristalina en el contexto de los pueblos indígenas.

2. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL TLC ENTRE COLOMBIA E ISRAEL (SENTENCIA C-254 DEL 2019)

La segunda y última sentencia de la Corte Constitucional que fue adoptada en el año 2019 con relación a tratados de contenido económico que versaran sobre inversión extranjera es la sentencia C-254. En ella, el juez constitucional analizó y declaró la constitucionalidad del TLC celebrado entre Colombia e Israel. En ella, a diferencia de como ocurrió con el proceso de la C-252 del 2019, la Corte no asumió un papel innovador, sino que, por el contrario, se limitó a realizar el control de constitucionalidad con base en el paradigma tradicional. En ese sentido, la sentencia se limita, en buena medida, a realizar un control limitado de constitucionalidad en el que hace un contraste en bloque y superfluo del tratado; especialmente en lo que tiene que ver con la inversión extranjera.

En lo que respecta a la participación de los pueblos indígenas y la inclusión de sus intereses en esta decisión, debemos señalar que, en realidad, ocurre prácticamente lo mismo que con la C-252 del 2019. No hay participación de los pueblos indígenas en la fase pública del proceso, se desestima la consulta previa y se mantiene un discurso —probablemente inconsciente— universalista. Al respecto, y con el objetivo de hacer un análisis conjunto de estas tres cuestiones, es importante señalar que en la sentencia se utilizan tres conceptos claves que sintetizan de manera clara el problema del ejercicio adelantado por la Corte Constitucional en este caso. Se trata de las expresiones «sociedad en general», «socialización» y «autodeterminación de los pueblos».

Con respecto a ellas, hemos de anotar que el juez constitucional, en lugar de hacer un uso cuidadoso y reflexivo de cada una de ellas, las utiliza de manera indistinta para justificar su posición respecto a ignorar la posición especial que los pueblos indígenas podrían tener respecto a la celebración de este TLC. Más concretamente, utiliza la expresión «sociedad en general» para fundamentar su decisión de considerar necesaria la consulta previa en la medida en la que el tratado afecta a la sociedad en general y no de manera específica a los pueblos indígenas; ignorando con ello que los pueblos indígenas como sujetos de especial protección enfrentan barreras y afectaciones diferenciales que merecen una consideración particular. De igual manera, justifica la falta de consulta previa a través de la *socialización* del tratado en consultas públicas generales, en donde se repite el mismo problema que hemos detectado y

explicado en el contexto de la C-252 del 2019. Finalmente, hace uso del concepto de «autodeterminación de los pueblos» para justificar la celebración del tratado internacional; lo cual, si bien es cierto que podría ser tenido como un uso correcto de la figura, lo hace desde una perspectiva universalista en la que ignora la plurinacionalidad que existe en Colombia y, por tanto, somete a los pueblos indígenas a la voluntad popular «occidental», blanca y hegemónica; eliminando cualquier espacio para su participación en ella.

Es así como a partir de la lectura y análisis de la sentencia C-254 del 2019 es posible intuir que, en realidad, cuando se trata de cuestiones que involucran intereses económicos y elementos de la política económica de apertura del Estado, existe una posición institucional de la Corte respecto a la vinculación y participación de los pueblos indígenas. Sin embargo, también revela, de manera preocupante, que inclusive en este Alto Tribunal podría existir una consciencia inconsciente sobre el universalismo del derecho que reproduce patrones y lógicas coloniales y excluyentes.

V. CONCLUSIONES

Como hemos visto al principio de este texto, Colombia es un Estado social de derecho cuya configuración constitucional implica un sistema complejo de valores y principios dentro de los que se encuentran, por un lado, el pluralismo y la diversidad cultural y, por el otro, un modelo económico abierto y neoliberal. Esto quiere decir que, desde la estructura misma de la Constitución, se prevé la ocurrencia de conflictos y tensiones tanto entre valores y principios como entre derechos y bienes jurídicos; característica que exige en buena medida que la Corte Constitucional cumpla una función especialmente importante en cuanto a la interpretación y salvaguarda del texto constitucional.

Con el paso de los años y el creciente proceso de apertura económica, uno de esos escenarios de tensión es el que tiene que ver con la celebración de tratados internacionales de inversión que tienen el potencial de afectar de manera directa y grave los derechos e intereses de los pueblos indígenas, quienes son sujetos de especial protección constitucional. Este tipo de tensiones específicas se han podido verificar ya en algunos casos que han llegado a foros internacionales de solución de controversias relativas a la inversión extranjera en Colombia; lo que es una clara evidencia de que se trata de una cuestión a la que debe prestar atención el juez constitucional como intérprete constitucional y como operador jurídico internacional (Lozada Gómez, 2020).

En ese sentido, el control de constitucionalidad de este tipo de tratados se vuelve un escenario particularmente importante para evitar el surgimiento de este tipo de tensiones en la práctica y, con ello, evitar problemas tanto de índole constitucional como económico para el país. Es por ello que las decisiones que

toma la Corte en estos procesos deben ser analizadas cuidadosamente y, como hemos tratado de hacer brevemente en este documento, a partir de una lectura crítica en clave indígena.

Es así como, a partir del análisis de la jurisprudencia constitucional sobre tratados de inversión en el año 2019 hemos detectado algunos patrones y tendencias que vale la pena tener presentes para procurar un cambio en el razonamiento del juez constitucional. En tal sentido, hemos de destacar que tanto en la sentencia C-252 del 2019 como en la C-254 del 2019 se evidencia claramente que cuando se trata de tratados de contenido económico, el juez constitucional asume una posición más laxa en lo que respecta al análisis constitucional y en particular, en lo que respecta a la participación de los pueblos indígenas en estas decisiones. De esta manera, el juez constitucional no solo defiende la omisión de la consulta previa, sino que además profundiza la exclusión de los pueblos indígenas al omitir su participación activa en los procesos de constitucionalidad y reproduce patrones colonialistas en cuanto al uso del lenguaje y la asimilación de los pueblos indígenas como rúbrica para la exclusión.

Bibliografía

- Acosta Alvarado, P. A. (2018). La naturaleza jurídica de las leyes aprobatorias de tratados y su impacto en el sistema normativo de la Constitución colombiana de 1991. En F. Padrón Pardo y M. Correa Henao. *¿El Estado constitucional en jaque? Tomo 2. El Estado constitucional y el derecho internacional* (pp. 165-181). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Merino, R. (2018). Descolonizar el Derecho, transformar el Estado: fundamentos políticos y legales de la plurinacionalidad. En R. Merino, A. Valencia (eds.). *Descolonizar el Derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional* (pp. 463-491). Lima: Palestra.
- Prieto-Ríos, E. y Rivas-Ramírez, D. (2020). Neocolonialism and the Tension Between International Investment Law and Indigenous Peoples: the Latin American Experience. En J. Borrows y R. Schwartz. *Indigenous Peoples and International Trade: Building equitable and inclusive international trade and investment agreements* (pp. 85-108). Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781108675321.006>.
- Rivas Ramírez, D. (2017). El derecho internacional de las inversiones, otro de los desaires de la jurisprudencia constitucional colombiana. En J. I. Acosta López, P. A. Acosta Alvarado y D. Rivas Ramírez. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica* (pp. 627-660). Bogotá: Universidad de La Sabana.
- (2018). Un cambio necesario en el control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales de contenido económico. En F. Padrón

- Pardo y M. Correa Henao. *¿El Estado constitucional en jaque? Tomo 2. El Estado constitucional y el derecho internacional* (pp. 217-256). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2020). La recepción del derecho internacional de las inversiones en la Corte Constitucional: breve análisis a partir de su jurisprudencia. En E. H. Fuentes-Contreras y D. Rivas-Ramírez. *Método(s) y Derecho(s): Construcciones alternativas de líneas jurisprudenciales para Derechos y garantías*. Bogotá: Tirant lo Blanch; Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Robledo Silva, P. y Rivas-Ramírez, D. (2019). Cuando la leyenda de El Dorado se hace realidad: Análisis sobre las tensiones entre los intereses económicos y los derechos de los pueblos indígenas. En J. Tole Martínez. *Derechos humanos y actividad empresarial en Colombia: implicaciones para el Estado social de Derecho* (pp. 21-46). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2020). Pueblos indígenas y derecho internacional de las inversiones: alternativas para una mayor participación. En M. P. García Pachón. *Información, participación y justicia ambiental. Herramientas para alcanzar el desarrollo sostenible y la democracia ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tamayo-Álvarez, R. (2020). Constitutionality of the Colombia-France Bilateral Investment Treaty. *American Journal of International Law*, 114:3, 471-479, <https://doi.org/10.1017/ajil.2020.37>.
- Tole Martínez, J. (2018). La «neutralidad» de la Constitución Económica colombiana. ¿Cómo racionalizar la economía social de mercado con la proliferación de tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión? En F. Padrón Pardo y M. Correa Henao. *¿El Estado constitucional en jaque? Tomo 2. El Estado constitucional y el derecho internacional* (pp. 183-216). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

- Colombia. Corte Constitucional (Sala Plena). Sentencia C-178 de 1995, del 25 de abril de 1995.
- Colombia. Corte Constitucional (Sala Plena). Sentencia C-155 del 2007, del 7 de marzo del 2007.
- Colombia. Corte Constitucional (Sala Plena). Sentencia C-309 del 2007, del 3 de mayo del 2007.
- Colombia. Corte Constitucional (Sala Plena). Sentencia C-750 del 2008, del 24 de julio del 2008.
- Colombia. Corte Constitucional (Sala Cuarta de Revisión). Sentencia T-384A de 2014, del 17 de junio del 2014.
- Colombia. Corte Constitucional (Sala Plena). Sentencia C-252 de 2019, del 6 de junio del 2019.
- Colombia. Corte Constitucional (Sala Plena). Sentencia C-254 del 2019, del 6 de junio del 2019.

CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA EN EL AÑO 2019

Chronicle reports of classes law in the Spanish Constitutional Court 2019

ALBERTO OEHLING DE LOS REYES¹
Universidad Complutense de Madrid
a.j.oehling@ucm.es

Cómo citar/Citation

Oehling de los Reyes, A. (2020).
Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2019.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(2), 573-592.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.20>

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNAS CIFRAS. III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA:
1. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional. 2. Fuentes del derecho. 3. Estructura territorial del Estado. 4. Organización de los poderes públicos. 5. Derechos fundamentales. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

En 2019 el Tribunal Constitucional ha continuado destacando sobre todo como instituto fundamental de racionalización política de los excesos de

¹ Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares (en excedencia).

las Comunidades Autónomas. Ha habido un incremento notorio de presentación de recursos de inconstitucionalidad, 27 en 2019, respecto a los 12 de 2018, de los que 20 eran frente a leyes autonómicas. No obstante, ha bajado el número e intensidad de proposiciones políticas de la Comunidad Autónoma de Cataluña, como prueba el hecho de que en el año 2019 solamente entró en el registro del Tribunal una impugnación de disposiciones autonómicas del art. 161.2 CE, mientras que en 2018 entraron tres. La nueva extravagancia en este caso versaba sobre una autoatribución de funciones para la creación de una comisión en la Asamblea Legislativa de Cataluña para investigar la Jefatura del Estado del título II CE, cosa que, como es bien sabido, excede las posibilidades de la comunidad autónoma tanto por el carácter inviolable de la institución (art. 56.3 CE) como por ser un tema que queda fuera del marco competencial de la Generalitat (STC 111/2019 [Pleno], de 2 de octubre). En esta línea, es realmente destacable la labor de contención que está haciendo desde hace unos años el Tribunal Constitucional para frenar este tipo de excesos y ocurrencias de esta autonomía, muy particularmente su labor pedagógica, intentando hacer comprender a las instituciones políticas de esta comunidad los conceptos más básicos y elementales del Estado de derecho y de convivencia de la cultura jurídica occidental. Conceptos como supremacía constitucional, jerarquía normativa, principio de legalidad, obligación de neutralidad de los poderes públicos, vigencia inmediata de los derechos fundamentales e igualdad de los ciudadanos son conceptos que, por lo que se ve, han sido menormente somatizados por las instituciones políticas de esta comunidad autónoma, al menos en comparación con otras autonomías, situándola en un nivel de subdesarrollo jurídico muy peligroso, reflejo del fanatismo y antesala de la violencia ciega y el terrorismo. Así, el Tribunal Constitucional, con sus resoluciones derivadas de la situación política de Cataluña desde 2017, no solo ha logrado corregir alteraciones de la vigencia de la Constitución que afectan particularmente al libre ejercicio de los derechos fundamentales por los ciudadanos en Cataluña, sino que también ha aportado una doctrina muy rica y fundamentada para educar en los valores y principios de la cultura jurídica universal, la racionalidad, la democracia, los derechos humanos y el sentido clásico del concepto de igualdad de todos los ciudadanos.

En otro orden de cosas hay que destacar que 2019 terminó con un hecho de importancia para las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los ciudadanos: la aprobación de la Resolución de 16 de diciembre de 2019, de la Secretaría General del Tribunal Constitucional, por la que se fija el ámbito de aplicación del Registro del Tribunal Constitucional, que amplía las posibilidades de presentación de escritos por vía telemática ante el Tribunal Constitucional a «cualquier proceso constitucional atribuido a la competencia del Tribunal». Antes, cuando el Tribunal creó el servicio de registro electrónico (Acuerdo del Pleno de 15 de septiembre de 2016), se inició la posibilidad de presentar documentos por vía telemática y digital, aunque técnicamente se reducía principalmente a gestiones relativas a procesos de

amparo². Ahora, gracias a este acuerdo, se puede presentar cualesquiera otros escritos y documentos referidos a todo tipo de procedimiento ante el Tribunal Constitucional, bien de iniciación o de trámite, por vía telemática. Además, desde 2019 la sede *online* del Tribunal incluye ya pestañas de consulta de asuntos, calculadora de plazos (extremadamente útil para la presentación de recursos de amparo, dependiendo del tipo del 43 LOTC, del 44 o mixto), manual de usuarios y otras innovaciones prácticas que facilitan hasta el extremo la relación y accesibilidad del Tribunal al ciudadano; luego, también habilita a la presentación de otro tipo de documentos ante el Tribunal como, por ejemplo, de selección de personal, contratación, becas, etc.

Dada la reducción de espacio para la realización de la crónica, esta solamente es una relación y comentario de contexto muy puntual de determinadas resoluciones escogidas del Tribunal Constitucional en el 2019. Un estudio más completo y exhaustivo puede encontrarse —aparte de la relación cronológica de sentencias y de las notas de prensa que el Tribunal Constitucional ofrece en su web—, especialmente, en la Memoria del Tribunal Constitucional del año 2019, los comentarios de sentencias realizados por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III (Elvira Perales, Espinosa Díaz Pajares Montolío, Fraile Ortiz, Gómez Lugo y Baamonde Gómez)³ y los estudios doctrinales cuatrimestrales realizados por Duque Villanueva, Ortega Carballo, Losada González y De la Quadra-Salcedo Janini para la *Revista Española de Derecho Constitucional*⁴. Este breve apunte parte de dichos compendios y estudios, como también de la *Gaceta digital de Jurisprudencia Constitucional* de 2019⁵; aparte, en algún caso, se han consultado algunos otros estudios o notas científicas que han analizado de forma particular alguno de los fallos del Tribunal Constitucional del año 2019.

II. ALGUNAS CIFRAS

La Memoria de 2019 muestra que el año pasado ingresaron en el Tribunal Constitucional un total de 7621 recursos que se reparten de la siguiente manera: 27 recursos de inconstitucionalidad, 33 cuestiones de inconstitucionalidad, 7554 recursos de amparo (siete de ellos avocados al Pleno), una impugnación de disposiciones de las Comunidades Autónomas, 5 conflictos negativos de competencia y uno de carácter negativo. La cifra de procesos que han entrado en sede jurisdiccional-constitucional ha subido así nuevamente

² Sobre ello, Oehling de los Reyes (2017).

³ Elvira Perales *et al.* (2019a; 2019b; 2020).

⁴ Duque Villanueva *et al.* (2019a; 2019b; 2020).

⁵ Disponible en red en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Gaceta/List>.

respecto a 2018 en 644 asuntos (6977 en el año 2018). Y nuevamente también la subida se debe a un mayor índice de presentación de recursos de amparo, habiendo entrado este año un total de 7554 peticiones de amparo en comparación con las 6918 del año anterior.

En lo que se refiere en particular a las demandas de amparo, si bien estas suelen a veces denunciar lesiones paralelas de derechos fundamentales, ha habido un total de 5833 peticiones sobre la base del art. 24 CE, relativo a la tutela judicial efectiva, lo que supone un 77,2% de los recursos de amparo en el año 2019, siguiéndole en números mucho más bajos los recursos de amparo con base en el derecho a la igualdad del art. 14 CE, con 1230; luego, en cifras mucho menores, los recursos por lesión del derecho a la legalidad penal han sumado un total de 797, del derecho a la libertad y la seguridad personal del art. 17 CE, un total de 421, y del derecho al honor, la intimidad personal y propia imagen, del art. 18 CE, unos 287. Asimismo, cabe apuntar que se presentaron 50 recursos de amparo electorales y 28 contra actos parlamentarios sin fuerza de ley por vía del art. 42 LOTC. De acuerdo a la Memoria de 2019, solamente se admitieron a trámite 174, 12 por el Pleno y 162 por las Salas. La principal causa de inadmisión a trámite han sido las deficiencias o faltas de fundamentación del requisito de especial trascendencia constitucional del recurso de amparo del art. 49.1 de la LOTC, que —entre ausencia de justificación, explicación insuficiente o por falta de plano de trascendencia constitucional— suman un total de 4469 inadmisiones; luego, por falta de agotamiento de recursos en vía jurisdiccional ordinaria, hubo un total de 563 inadmisiones.

Finalmente, apuntar que, a finales de 2019, después de haber sido ya admitidos a trámite, se encontraban esperando sentencia por parte del Pleno un total de 28 recursos de inconstitucionalidad, 7 cuestiones de inconstitucionalidad, 3 conflictos positivos de competencia y, además, 36 recursos de amparo avocados; luego, por parte de las Salas, estaban pendientes de sentencia a 31 de diciembre 151 recursos de amparo, 63 la Sala Primera y 88 la Sala Segunda, respectivamente. Pendientes de admisión por el Pleno había 6 cuestiones de inconstitucionalidad, un conflicto positivo de competencia y 3505 quejas de amparo (1969 correspondientes a la Sala Primera y 1536 de la Sala Segunda).

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

1. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La STC 5/2019 (Pleno), de 17 de enero, ratifica la jurisprudencia anterior del Tribunal en materia de legitimidad de la Vicepresidencia del Gobierno,

en ejercicio de Presidencia en funciones, para la interposición del recurso de inconstitucionalidad. El Pleno determina que «la Constitución no excluye, siquiera sea implícitamente, la legitimación del Presidente del Gobierno en funciones para interponer el recurso de inconstitucionalidad», aun cuando el art. 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, no especifique dicha posibilidad dentro de las facultades del Gobierno en funciones, ni se pueda comprender como labor de mero «despacho ordinario de los asuntos públicos» al que debe ceñirse un Gobierno cesante. En efecto, lo cierto es que, en concreto, la tabla de excepciones de facultades de los puntos 3 y 4 del art. 21 de la Ley 50/1997 no excluye la posibilidad de presentación de este tipo de recurso, y, además, de otro modo, de aceptarse esta restricción, se limitaría *contra natura* en el tiempo la competencia propia del Ejecutivo en orden a la defensa de la Constitución y el orden constitucional, en particular frente a leyes de las CC. AA.⁶

En materia de cuestión prejudicial frente a normas fiscales de la disposición adicional 5ª de la LOTC, interesa la STC 9/2019 (Pleno), de 17 de enero. La norma tributaria (Norma Foral de las Juntas Generales de Álava 24/2014, de 9 de julio, del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica), a pesar de ser de 2014, establecía una retroactividad de la liquidación de cuotas por el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica, también de 2013. A juicio de parte, cabía planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 CE sobre la base de la prohibición constitucional de la retroactividad (art. 9.3 CE), si bien el órgano judicial optó por plantear la cuestión prejudicial, también por entender que la disposición de la norma contradecía los principios de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras y de seguridad jurídica; luego, en orden a la fundamentación del juicio de aplicabilidad y relevancia, explicaba cómo sin una decisión sobre la constitucionalidad o no del precepto cuestionado no era posible resolver una de las quejas del demandante en el proceso *a quo*, a saber, la relativa al pago de la liquidación de 2013. El Tribunal Constitucional aceptó la validez del juicio de relevancia y, además —y esto es lo que interesa aquí y ahora—, aprovecha el fallo para hacer extensivos los criterios de fundamentación del juicio de aplicabilidad y relevancia típico de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 35 LOTC en relación con la cuestión prejudicial de la disposición 5ª. En cambio, no da la razón al órgano judicial sobre la lesión del art. 9.3 CE, afirmando que no se daba aquí una «irretroactividad auténtica», pues en este caso había que traer a colación una norma anterior, la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, que había entrado en vigor el 1 de enero de 2013, y donde ya se citaban las bases del tributo, como de su cesión a la CC. AA., cara a posibilitar

⁶ Véase así también Delgado Ramos (2011).

la exacción, gestión, liquidación, recaudación e inspección por la Diputación Foral⁷.

Es sabido que el derecho a la autonomía de las entidades territoriales que integran España se sujeta a los límites que la propia Constitución determina, y, a efectos de control, el art. 155.1 CE habilita al Ejecutivo, para casos en los que una CC. AA. no cumpla las obligaciones iusconstitucionales o legales, o actúe de forma que atente gravemente al interés general de España —previo requerimiento al presidente de la entidad autónoma afectada, y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado—, a adoptar las medidas necesarias para obligar a aquella al cumplimiento de dichas obligaciones y poder así proteger el interés general y los derechos de los ciudadanos. Pues bien, por la situación dada en Cataluña en 2017, el Gobierno hizo uso de este instrumento de control adicional, realizando la preceptiva solicitud a la Cámara Alta para la aprobación de las medidas pertinentes, cosa que se hizo por vía del Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, mediante el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del art. 155 de la Constitución. Frente a este acuerdo y las disposiciones conexas, el grupo parlamentario del Congreso Unidos-Podemos-En Comú Podem-En Marea, y después también el Parlamento de Cataluña, presentaron sendos recursos de inconstitucionalidad que fueron resueltos por SSTC 89/2019 y 90/2019, de 2 de julio, ambas del Pleno. En lo que interesa aquí, en materia jurisdiccional-constitucional, el Tribunal Constitucional recuerda que dicho acuerdo tiene «fuerza de ley» (ATC 142/2017, de 31 de octubre), dado su carácter extraordinario, sus fines (determinar a una autonomía al cumplimiento de la CE) y sus medidas especiales, siendo así un acto parlamentario susceptible de ser impugnado a través del recurso de inconstitucionalidad del art. 27.2.LOTC⁸.

En relación con los efectos de nulidad e inconstitucionalidad de las resoluciones del Tribunal, interesa la STC 85/2019, de 19 de junio (Pleno), devenida de una cuestión interna de inconstitucionalidad del art. 55.2 LOTC. El art. 294.1 de la LOPJ establecía que «tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios». Era así que se entendía por la doctrina judicial que procedía indemnización en casos de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, por razones de inexistencia del hecho delictivo o por falta de participación en los hechos del sujeto a la prisión provisional, excluyéndose supuestos en los que la absolución o sobreseimiento eran resultado de la falta de pruebas; luego, a

⁷ Sobre ello, Iranzo Cerezo (2019).

⁸ Sobre ello, por ejemplo, Cavero Gómez (2019).

partir de la STS de 23 de noviembre de 2010, Sala 3ª (rec. 4288/2006), los supuestos de indemnización se limitaban a los casos de acreditación objetiva de que el delito no había llegado a producirse o que los hechos no estaban tipificados⁹. Esto tenía cierto sentido, ya que no es lo mismo una absolución objetiva por deducción de plano de los hechos demostrados en juicio que una absolución por, por ejemplo, presunción de inocencia y porque las pruebas no son del todo concluyentes para mostrar la participación del acusado¹⁰. El Pleno entiende ahora que «el sentido resarcitorio de la disposición es ajeno al dato de si la ausencia de condena se debe a que no existió el hecho, resultaba atípico, no concurre conexión de autoría o participación, no se alcanzó a probar más allá de toda duda razonable los anteriores extremos o si concurre legítima defensa u otra circunstancia eximente», no pudiéndose hacer distinguos hasta tal punto en casos de irregularidades judiciales en los términos del art. 121 CE. En consecuencia la sentencia determina la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» del art. 294.1. A partir de ahora, por tanto, se debe entender que habrá derecho a indemnización para todos aquellos que después de haber estado en provisional, tengan auto de sobreseimiento libre o sean absueltos, siempre que se le haya causado perjuicio. La sentencia luego, de algún modo, insta al legislativo también a modular los distintos presupuestos y el alcance de la indemnización según los casos.

En relación con la interposición del incidente de nulidad de actuaciones (art. 241.1 LOPJ) como requisito para agotar la vía judicial previa al recurso amparo (art. 44.1.a LOTC), interesa de forma particular la STC 112/2019 (Pleno), de 3 de octubre. Es sabido que la doctrina del Tribunal Constitucional, hasta ahora (por todas, STC 95/2018, de 17 de septiembre), determinaba que cuando durante el procedimiento se producían lesiones de derechos fundamentales referidos en el art. 53 CE, en particular de carácter procesal, el afectado debía interponer dicho incidente ante el mismo órgano judicial que dictó la resolución lesiva, a fin de que el mismo órgano judicial tuviera ocasión de subsanar tales lesiones sucedidas en instancia durante el proceso y evitar el paso al amparo. Pues bien, ahora, por este fallo, el Tribunal dice que no tiene por qué ser así en todo caso. Un ejemplo lo supondría el asunto analizado en esta STC 112/2019, que traía origen de un recurso contencioso-administrativo inadmitido por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia por no haberse agotado la vía administrativa previa y posterior confirmación de dicha inadmisión por el Tribunal Supremo por falta de interés casacional del *petitum* de la demanda, en los términos del art. 90.4.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Juris-

⁹ Muerza Esparza (2020).

¹⁰ Véase también Medina Alcoz y Rodríguez Fernández (2019).

dicción Contencioso-administrativa; por lo que luego la parte interpondría recurso de amparo por vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE). Lo cierto es que, de acuerdo al art. 241.1 de la LOPJ, el afectado debía haber interpuesto incidente de nulidad de actuaciones frente a la decisión del Tribunal Superior de Justicia, cosa que no hizo, razón por la cual, en aplicación de la propia doctrina del Tribunal Constitucional, el recurso debería haber sido inadmitido por falta de agotamiento de la vía judicial previa. En cambio, el Tribunal matiza este requisito ahora para casos como este, en los que la procedencia del incidente no está tan clara, de conformidad con el propio art. 241 LOPJ, y cuando, de un modo u otro, el afectado haya tratado de salir del paso buscando otra vía de subsanación de la lesión del derecho fundamental por algún tipo de recurso que «no pueda calificarse de manifiestamente improcedente».

La STC 176/2019, de 18 de diciembre (Pleno), inadmite un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de La Rioja contra distintos preceptos de la Ley del Parlamento de La Rioja 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales. En aplicación de su doctrina anterior desde la SSTC 125/1981, de 14 de julio, y 223/2006, de 2 de julio, el Tribunal opta por una aplicación *ad litteram* del art. 33.2 de la LOTC, que limita las posibilidades de interposición de dicho recurso a los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas para el caso de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía. En este caso, en tanto la norma recurrida por el Gobierno de La Rioja era una ley de la Asamblea Legislativa riojana, el Pleno determina falta de legitimación del Ejecutivo autonómico para interponer recurso de inconstitucionalidad¹¹.

2. FUENTES DEL DERECHO

La STC 31/2019 (Pleno), de 28 de febrero, versa sobre primacía del derecho de la UE y la doctrina del TJUE. El caso tiene origen en un incumplimiento por un particular de un préstamo hipotecario para compra de una vivienda, razón por la cual el Juzgado de Primera Instancia competente despachó ejecución a favor de la entidad bancaria y posterior lanzamiento. Así las cosas, el afectado interpuso incidente de nulidad, *ex art.* 227.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a fin de que el órgano judicial, con carácter previo, debía proceder al estudio y realización de un control previo de abusividad de las cláusulas del contrato hipotecario, en los términos sentados por la STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14, *Banco Primus, S.A. v. Jesús Gutiérrez García*), en la que el Tribunal de Justicia

¹¹ Sobre ello, González del Campo (2020).

—interpretando la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores—, «establece los criterios que el juzgador ha de tener en cuenta para considerar abusiva dicha cláusula, concluyendo que si la cláusula debatida deviene nula, conforme a dichos estándares, debe ser expulsada del contrato hipotecario». En cambio, el juzgado inadmitió el mismo, no realizando dicho estudio previo, razón por la cual la parte interpuso recurso de amparo por lesión, en particular del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE (derecho de acceso a la justicia y a la motivación de las resoluciones judiciales) y del principio de primacía del derecho de la UE (arts. 10.2 y 96.1 CE). El Pleno del Tribunal Constitucional admite la tesis de la recurrente y determina que el juzgado de instancia, al no haber entrado a analizar la posible nulidad de la cláusula contractual objeto del incidente de nulidad, infringió principio de primacía del derecho de la UE, por prescindir de la interpretación señalada por el TJUE y realizar una exégesis irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso y vulnerando, con ello, además, el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (art. 24.1 CE).

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en su disposición final tercera, epígrafe 2, añadía un nuevo art. 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, cuyo apdo. 1º determinaba lo siguiente: «La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas». Pues bien, en marzo de 2019, el Defensor del Pueblo interpuso un recurso de inconstitucionalidad frente a dicho precepto. A su juicio, el criterio de recopilación de datos por los partidos no quedaba suficientemente determinado, posibilitando en cierto modo un registro arbitrario de cualquier dato personal referido a opiniones políticas, sin consentimiento del afectado ni límite de tratamiento de los datos, todo lo cual era contrario —aparte del derecho a la protección de datos personales— al derecho a la libertad ideológica del art. 16 CE, al derecho a la participación política del art. 23.1 e, igualmente, al art. 53.1 CE por falta de definición de las «garantías adecuadas» a las que se refería el precepto. Asimismo, lo consideraba contrario al Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, de protección de datos (RGPD), que prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen opiniones políticas (art. 9.1), salvo casos de interés público esencial y siempre bajo criterios de proporcionalidad, respeto del contenido esencial de derecho a la protección de datos y fijación de medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado. Por supuesto, el Tribunal Constitucional reconoce las razones de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo, declarando el precepto contrario a la Constitución y nulo, pero también determinando su contradicción con el derecho de la UE, en concreto con el Reglamento (UE)

2016/679. En opinión del Pleno, el Tribunal Constitucional puede, naturalmente, conocer de la constitucionalidad de una disposición, pero, asimismo, a la par, cuando además en el proceso se ofrece un criterio paralelo de validez de derecho de la UE —como era el caso—, puede tener igualmente en cuenta las «exigencias derivadas del Derecho de la UE»¹².

Otro fallo interesante es la STC 158/2019 (Pleno), de 12 de diciembre. Esta decisión resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón en su totalidad. Los problemas de constitucionalidad de la norma se pueden resumir *grosso modo* en los siguientes: primero, determinación de los derechos forales como fundamento de las instituciones políticas de Aragón, más allá de la CE; segundo, extensión del carácter de los derechos históricos de los territorios forales de la disposición adicional primera de la CE al derecho foral de Aragón; tercero, regulación de conceptos y situaciones jurídicas de diversa índole cuando estos solamente son regulables por vía de modificación del Estatuto de Autonomía o por ley estatal; cuarto, la afirmación de que es solamente del pueblo aragonés del que emanan los poderes de la Comunidad Autónoma de Aragón, lo cual es contrario al principio de soberanía nacional, al derecho a la autonomía y al propio Estatuto de Autonomía de Aragón; y quinto, la atribución de ciudadanía aragonesa que hace la norma a sujetos que residen fuera de la comunidad (art. 7.1.c) supera las competencias de la CC. AA., al regular, a pesar de la deducción «multinivel» de ciudadanía que hace el ordenamiento jurídico, situaciones jurídicas *ad extra* a la propia CC. AA.¹³. El Tribunal Constitucional, en términos generales, ratifica la inconstitucionalidad de estas previsiones. Por supuesto, a su juicio, la extensión del ámbito de aplicación de la disposición adicional primera de la CE a Aragón es constitucionalmente inviable, como quedó ya dicho en la STC 31/2010, de 28 de junio, a propósito del Estatuto de Autonomía de Cataluña, pues solamente realizando una interpretación forzada de la CE «podría entenderse que tales derechos históricos son también, jurídicamente, fundamento del autogobierno» de la Comunidad Autónoma, pues el verdadero origen de su autogobierno parte de la aprobación de la CE y no de antes. La sentencia proscribe además el peculiar modo de «actualización» elegido por los miembros de la Asamblea Legislativa de Aragón, rechazando «de plano que pueda acometerse la actualización de los derechos históricos por vía de legislación ordinaria».

Incluso en los territorios forales —dice de forma expresiva el Pleno recordando su doctrina anterior—, los derechos históricos a los que alude la disposición adicional primera CE no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan

¹² Sobre ello, Iglesias Bárez (2019).

¹³ Souto Galván (2020).

deducirse específicas competencias no incorporadas a los estatutos de autonomía (SSTC 123/1984, de 18 de diciembre, 94/1985, de 29 de julio, y 76/1988, de 26 de abril, 86/2014, de 29 de mayo), y sin que la disposición adicional primera CE pueda estimarse como una garantía de toda competencia que legítimamente quepa calificar de histórica (SSTC 86/2014, de 29 de mayo, y 154/2017, de 21 de diciembre). En los territorios forales, es el estatuto de autonomía el elemento decisivo de actualización, siendo los correspondientes preceptos estatutarios los que expresan el contenido de la foralidad garantizada por la Constitución (SSTC 68/2018, de 21 de junio, y 171/2014, de 23 de octubre).

Luego, sobre esta base, el Tribunal analiza los distintos preceptos de la ley, optando por la nulidad absoluta en aquellos casos en los que hay un exceso de fundamento de validez en los derechos forales; no así en aquellos en los que los «derechos históricos aparecen únicamente como mención accesorias a lo que constituye el normal y legítimo despliegue de la actividad de las instituciones autonómicas en el marco constitucional y estatutario, sin alterarlo», en cuyo caso determina solamente «la supresión del inciso correspondiente para depurar el vicio de inconstitucionalidad».

3. ESTRUCTURA TERRITORIAL DEL ESTADO

En este punto solamente comentaremos las SSTC 89/2019 y 90/2019, de 2 de julio, ambas del Pleno, por su notable carácter innovador al determinar las posibilidades de aplicación del mecanismo dispuesto en el art. 155 CE. Por poner un poco en contexto, simplemente recordar cómo en Cataluña, tras la realización de una parodia de referéndum (el 1 de octubre de 2017), caótico y sin ningún tipo de garantía, en el que como probaron los medios de TV y prensa se podía votar sin presentar documentación alguna y en el que hubo gente que votó hasta tres y cuatro veces en distintos colegios electorales¹⁴, y con una participación del 42% del censo, la Generalitat pretendía imponer un régimen de pensamiento único (de ideología nacionalista-radical), cosa que quiso iniciarse a través de la Declaración del presidente de la Generalidad de 10 de octubre de 2017, la cual suscribieron 70 diputados de los 135 que tiene la Asamblea catalana. Fuera de las repercusiones sociales que esta decisión unilateral causó en Cataluña, entre otras, las manifestaciones masivas pacíficas en Barcelona a favor de la unidad de 8 y 29 de octubre de 2017 —ambas con una asistencia de en torno al millón de personas—, y la huida de capitales y empresas con sede en Cataluña a otros puntos de la nación; en términos jurídico-políticos, la reacción del Estado se materializó el 27 de octubre de

¹⁴ Véase, por ejemplo, la noticia «Cualquier cosa, menos un referéndum», en el diario *ABC*, edición impresa de 2 de octubre de 2017, p. 34.

2017, fecha en la que el Gobierno central aplicó el art. 155 de la Constitución, tras la aprobación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017 y su validación por el Senado a través de la Resolución de 27 de octubre de 2017 por la que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del art. 155 de la Constitución. Las medidas adoptadas, en términos muy generales, consistían en la intervención temporal del autogobierno de la Comunidad Autónoma y la convocatoria de elecciones al Parlamento catalán, elecciones que —dicho sea de paso— se realizaron el 21 de diciembre de 2017 y ganó un partido no nacionalista (Ciudadanos), si bien no obtuvo mayoría suficiente para formar Gobierno¹⁵.

Frente a la Resolución del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017 y disposiciones conexas, en particular, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre, distintos partidos de izquierda y el Parlamento de Cataluña interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad. En las SSTC 89/2019 y 90/2019 el Tribunal Constitucional confirma por unanimidad la constitucionalidad formal y de fondo de las medidas de limitación de la autonomía por causas extraordinarias. En relación con la forma: en primer lugar, porque el procedimiento de requerimiento previo cumple escrupulosamente con las fases determinadas en el art. 155.1 CE; de un modo u otro, no solo una sino hasta dos veces el Gobierno central —por cartas de 11 y 16 de octubre de 2017— se dirigió al presidente de la CC. AA. para que procediese al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales determinadas en la CE, las leyes y el propio Estatuto de Autonomía de Cataluña; en segundo lugar, porque la tramitación de la solicitud ante el Senado cumplió los requisitos establecidos en el art. 189 del Reglamento del Senado, adoptándose por mayoría absoluta, y porque el art. 155 CE no exige que las medidas a validar por la Cámara Baja tengan que ser también avisadas al presidente de la Comunidad junto al requerimiento. Y en relación con el fondo, en primer lugar, porque las circunstancias exigían efectivamente la adopción de medidas especiales, en particular por la lesión que suponían del principio de supremacía constitucional, el Estado de derecho y la sujeción de todos los poderes públicos a la CE y la ley (art. 9.1 CE), el principio de unidad, la soberanía nacional (art. 1.2 CE) y la supeditación del derecho a la autonomía al interés general de España (arts. 2, 138, 156 y 158 CE); en segundo lugar, porque tampoco las medidas adoptadas sobrepasan los propios límites constitucionales, ya que estas se sujetaron a las propias previsiones que la CE hace, ante un incumplimiento grave de las obligaciones constitucionales por parte de una CC. AA., con vía al solo restablecimiento de la normalidad y por la toma de medidas solamente de carácter temporal; y en fin, porque hasta la posibilidad de disolución de la Asamblea Legislativa de la CC. AA. y la convocatoria *a posteriori* de elecciones, entra dentro del haz de posibilidades de coerción del Estado en el marco del art. 155 (véase así también el ATC [Sala Primera] 175/2019, de 16 de diciembre).

¹⁵ Todos los datos en el dossier Real Instituto Elcano (2019).

4. ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

Interesa la STC 17/2019 (Sala Segunda), de 11 de febrero, sobre la aplicación del veto presupuestario, que prueba la plasticidad de este medio para limitar la capacidad legislativa del Parlamento como su función de control-fiscalización de la acción de Gobierno¹⁶. La situación deviene de la presentación de una proposición de ley por un grupo parlamentario en la Cámara Baja para la reforma de los arts. 41 y 82 a 86 del 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. Interesa decir que, en términos generales, a través de la propuesta de modificación se pretendían distintos objetivos interconectados: primero, reducir las posibilidades de desvinculación empresarial de lo pactado en convenio colectivo en casos de situación económica negativa, existencia de pérdidas o de disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas; segundo, posibilitar mayores facultades a los sindicatos para fijar normas sobre determinadas condiciones de trabajo; y tercero, restringir la facultad empresarial de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo solamente para casos en los que sea necesaria para prevenir una evolución negativa de la empresa, quedando excluidas de esa facultad la duración anual de la jornada y la cuantía salarial global. A juicio del Gobierno, esta propuesta suponía un aumento de los créditos presupuestarios, pues implicaba una derogación de la flexibilización de la negociación colectiva introducida por la reforma laboral de 2012 y, más aún, una derogación de facto de dicha reforma, cosa que explicaba en un informe de impacto presupuestario sobre la proposición de ley. Dicho informe incluía un estudio del número de parados que hubiera habido de no haberse aprobado la reforma de 2012, del número de desempleados y, asimismo, de aumento de prestaciones del paro a costa de los PGE que podría haber de aprobarse la proposición de ley de reforma del Estatuto de los Trabajadores. Esto tiene su lógica, pues es recomendable que un Gobierno haga provisiones de estabilidad no solo en relación a un ejercicio presupuestario, incluso debería hacerlas cara a futuras legislaturas, pues el objetivo nuclear del principio de estabilidad presupuestaria es «la prosperidad presente y futura de los ciudadanos»¹⁷. Así las cosas, la Mesa del Congreso acordó, de conformidad con los artís. 134.6 CE y 126.2 del Reglamento del Congreso, que no procedía acceder a la toma en consideración por el Pleno de la proposición de ley presentada. Luego el acuerdo fue recurrido en amparo por el mismo grupo promotor de la proposición de ley por lesión del derecho de participación en asuntos públicos por medio de representantes (art. 23.1 CE), así como el derecho al ejercicio del cargo público (art. 23.2 CE), entre otras cosas, los demandantes se quejaban de la falta de especificación del

¹⁶ Delgado Ramos (2018 y 2019).

¹⁷ Delgado Ramos (2013).

informe, su subjetividad y la falta de motivación suficiente de la extensión de cálculo que hacía a ejercicios presupuestarios futuros. El Tribunal, volviendo a su jurisprudencia sentada en las SSTC 34/2018, de 12 de abril, y 44/2018, de 26 de abril, que determinan la obligación del Ejecutivo de probar «de forma objetiva y suficiente» que la norma vetada supone realmente un aumento de créditos o disminución de ingresos de los PGE, da la razón a los recurrentes. En relación con el informe de impacto, aparentemente solvente, la Sala tacha dicho pronóstico negativo de en exceso rotundo y sin sujeción a ningún marco temporal, sin especificar de forma totalmente definida hasta qué punto ese impacto surtiría efecto en el ejercicio presupuestario vigente a la fecha de su formulación o, de otra forma, afectaría también a ejercicios venideros. En referencia al alcance temporal del veto presupuestario, el Tribunal reitera su doctrina —a nuestro juicio muy peligrosa— de que el veto presupuestario debe ejercerse solo bajo criterio del PGE en vigor en cada momento, no en relación a ejercicios futuros.

Ya en la Crónica del año pasado tratamos la ocurrencia de la Generalitat de Cataluña de realizar una investidura del presidente de la CC. AA. en forma de holograma en la tribuna de oradores del Parlamento, posibilitada por vía de las resoluciones del presidente del Parlamento de Cataluña de 23 de enero de 2018 y de 25 de enero de 2018; luego, como no podía ser de otro modo, esta posibilidad fue suspendida cautelarmente por el Tribunal Constitucional en su ATC 5/2018, de 27 de enero, lo que dio lugar a una investidura normal, dentro de los cauces establecidos en el art. 149 del Reglamento de Cataluña¹⁸. Ahora la STC 19/2019 (Pleno), de 12 de febrero, resuelve con carácter definitivo el recurso de impugnación de disposición sin fuerza de ley del art. 161.2 de la CE formulado en su día frente a dichas resoluciones del presidente de Parlamento catalán, ratificando y desarrollando lo dicho en el ATC 5/2018.

La sesión de investidura —dice el Pleno— no puede celebrarse sin la presencia del candidato en el Parlamento. La comparecencia a través de medios telemáticos menoscabaría el desarrollo de este procedimiento parlamentario en el que la interacción entre el candidato y los otros diputados es esencial para su recto desenvolvimiento. Tales medios podrían permitir que el candidato expusiera su programa de gobierno e interviniera a distancia en el debate, pero no podrían garantizar el correcto desarrollo del procedimiento de investidura [...]. La transmisión de la sesión celebrada en el Parlamento podría no recoger íntegramente lo que está sucediendo en la Cámara (las intervenciones espontáneas de los diputados, sus gestos u otras reacciones que pudieran tener). De igual modo, la transmisión de la intervención del candidato podría no mostrar todo lo que está ocurriendo en el lugar desde

¹⁸ Véase Oehling de los Reyes (2019).

donde el candidato realiza su intervención (al encontrarse fuera del Parlamento, podría contar, por ejemplo, con apoyos de los que no dispondría si hubiera comparecido personalmente ante la Cámara), lo que podría afectar a la forma de realizar su intervención e, incluso, a su contenido.

Hay que apuntar que, aun así y a pesar de lo poco serio de la idea, después el Parlamento de Cataluña aprobaría la Ley del Parlamento de Cataluña 2/2018, de 8 de mayo, de modificación de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno, a fin de volver a intentar posibilitar la investidura no presencial del candidato a la Presidencia de la CC. AA.; luego, naturalmente, el Tribunal, en su STC 45/2019 (Pleno), de 27 de marzo, ha declarado inconstitucional esta reforma sobre la base de la misma doctrina sentada en la STC 19/2019.

5. DERECHOS FUNDAMENTALES

En materia de tutela judicial efectiva del art. 24 CE, llama la atención el caso suscitado en la STC 10/2019 (Sala Segunda), de 28 de enero. El caso traía origen de una querrela criminal contra Jiang Zemin, presidente de China de 1993 a 2003, y Luo Gang, un agente del Grupo Central de Liderazgo sobre el Tratamiento de las Religiones Heréticas de la República Popular China, por delitos de genocidio y torturas contra los miembros del movimiento espiritual denominado Falun Gong. Se daba la circunstancia de que entonces estaba vigente la versión del art. 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que abría la posibilidad de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como delito de genocidio, entre otros de tipo internacional (jurisdicción universal). La querrela fue en su día, a pesar de todo, inadmitida en vía ordinaria en sus distintas fases por falta de jurisdicción, pero luego, tras presentar la parte recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, este, en su STC 227/2007, de 22 de octubre, ordenó la reapertura del proceso. El problema es que después, también por la comprensión del legislativo de la dificultad de materializar este tipo de procesos frente a altos cargos extranjeros, se aprobaron las distintas modificaciones de la Ley Orgánica 6/1985 —respectivamente, Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, y Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo— que han ido limitando la facultad de los jueces y tribunales españoles para conocer este tipo de delitos de efecto internacional realizados por ciudadanos extranjeros. Así las cosas, la Audiencia Nacional, por la aplicación del nuevo tenor del 23.4, como por la realidad de los hechos, procedió nuevamente al sobreseimiento y archivo de las actuaciones, lo cual fue confirmado en casación por el Tribunal Supremo; luego vino ya nuevamente la causa ante el Tribunal Constitucional por nuevo amparo por violación del derecho a la

tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de derecho de acceso a la jurisdicción. La Sala Segunda inadmite el amparo, reconociendo que el nuevo tenor del precepto base de aplicación del principio de jurisdicción universal en España ha limitado su alcance y que, ahora, los jueces y tribunales no tienen otra que aplicar el precepto en sus términos vigentes, a pesar de la situación sobrevenida dada por el cambio legislativo. Las SSTC (Sala Segunda) 23/2019, de 25 de febrero, 35 y 36, de 25 de marzo, inadmiten por las mismas razones otros recursos de amparo interpuestos por archivo de la investigación de crímenes contra la humanidad durante la ocupación del Tíbet por la República Popular China y, asimismo, de crímenes de guerra en la base naval de los Estados Unidos en la bahía de Guantánamo.

En materia de derecho a la intimidad, el derecho al honor y a la propia imagen, interesa citar la STC 25/2019 (Sala Primera), de 25 de febrero. En este fallo, el Tribunal determina que la CE no da una carta blanca en favor del periodista para la utilización de una cámara oculta en pro del derecho a la información (art. 20.1.d CE), puesto que constituye una medida muy gravosa de los derechos fundamentales del art. 18.1 de la CE. Solamente, dice la Sala Primera, en aquellos casos en los que una información veraz y de relevancia pública no se pueda obtener de otro modo, sería dable su uso con carácter «excepcional», siempre y cuando los medios de comunicación distorsionen el rostro y la voz de las personas grabadas —cuando su identificación no sirva al interés general de la información—, y no se difundan tampoco imágenes que muestren situaciones o comportamientos que menoscaben innecesariamente la reputación de las personas.

En materia de acoso laboral, cabe destacar la STC 56/2019, de 6 de mayo, de la Sala Primera. La situación de la que traía origen la causa deviene de un caso de reincorporación de un funcionario en su sección administrativa del Ministerio de Interior tras haber ejercido un cargo político de libre designación, pero sin asignación de funciones ni responsabilidades durante largo tiempo. A juicio del afectado, todo se debía a una presunta instrucción secreta del Ministerio en la que se instaba a «no darle ni agua y de hacerle la vida imposible». Al final, *grosso modo*, el funcionario opta por hacer requerimiento formal ante el ministro de Interior, que, desoído, le lleva a interponer denuncia con arreglo al protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado (Resolución de 5 de mayo de 2011 de la Secretaría de Estado para la Función Pública) por *mobbing* y atentado a su derecho al cargo y a la dignidad profesional, y que termina también en archivo de la misma por parte de la Subsecretaría de Interior; luego, el recurso de reposición, el recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia y el recurso de casación ante el Tribunal Supremo tienen resultado igualmente negativo. Así las cosas, el afectado interpone recurso de amparo. A juicio de parte «mantener al funcionario sin desempeñar ninguna actividad, durante cerca de un año y medio, constituye una conducta de acoso laboral, lesiva del derecho al cargo (art. 23.2 de la Constitución), en su vertiente del

derecho a la ocupación efectiva y del derecho a la integridad moral (art. 15 de la Constitución), directamente vinculado con el derecho a la dignidad de la persona». La Sala le da la razón de forma tajante:

La administración, deliberadamente, sin una finalidad u objetivo legítimo, con abuso de poder o arbitrariedad, marginó laboralmente al recurrente durante un periodo largo de tiempo. Tal comportamiento supone un agravio comparativo y un claro menosprecio y ofensa a la dignidad del trabajador demandante de amparo, de suyo idóneo para desprestigiarle ante los demás, provocarle sensación de inferioridad, baja autoestima, frustración e impotencia y, en definitiva, perturbar el libre desarrollo de su personalidad. La gravedad de la vejación se agudiza en función del tiempo en que persiste, que en el presente caso es muy considerable. En estrecha conexión con lo anterior, conductas como esta generan por sí mismas un perjuicio moral al que pueden añadirse daños psicofísicos por estrés, angustia, ansiedad o depresión. A la vista de todo ello, atendidas la intensidad de los elementos examinados (intención, menoscabo y vejación) y las circunstancias del caso (singularmente, la larga duración de la postergación laboral y la ausencia de motivo legítimo), procede concluir que la administración ha dispensado al demandante de amparo un trato sin duda merecedor de la calificación de degradante y, en cuanto tal, contrario a su derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 CE)¹⁹.

Es sabido que la teoría de los «frutos del árbol envenenado» (*fruit of the poisonous tree doctrine*) tiene su reflejo en el art. 24.2 CE y, de forma más expresa, en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dice que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales» y presupone, además, no solo que las pruebas de cargo obtenidas con violación de derechos fundamentales son inválidas, sino todas aquellas pruebas que se deduzcan de la violación matriz del derecho iusfundamental. Pues bien, en la STC 97/2019 (Pleno), de 16 de julio de 2019, el Tribunal ha determinado nuevos límites al carácter absoluto de esta doctrina. La resolución estudia la validez de la lista elaborada por Helvé Falciani, que, como es también conocido, reflejaba datos contables de numeras personas, en particular referidos a evasión fiscal, y que fue realizada mientras trabajaba en la entidad bancaria HSBC de Ginebra y que luego se filtró a las autoridades tributarias. En principio, podría decirse que, en efecto, la utilización procesal de dicha prueba podría tacharse de ilícita en tanto que obtenida mediando vulneración de los derechos fundamentales de los afectados, sustraídos por un particular ilegítimamente en el extranjero y sin mediar investigación ni supervisión judicial. En cambio, el Tribunal justifica la validez como prueba de la lista sobre la base de su

¹⁹ Más sobre ello en Herrero Maroto (2019).

disímilafección al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), en el bien entendido de que, a su juicio, la intimidad económica no es tan merecedora de la misma protección constitucional en comparación con otras formas de manifestación del derecho a la intimidad, pues los meros datos contables no «permiten deducir los comportamientos o hábitos de vida del interesado», que son los que derivan mayores necesidades de tutela del derecho sustantivo. La admisibilidad de una prueba de este tipo, por tanto, va a depender de «la intensidad de la afectación del derecho fundamental sustantivo menoscabado según los casos»²⁰. Luego, también determina su validez en términos de territorialidad de los efectos de la lesión del derecho fundamental, pues si bien la intromisión en la intimidad se ha producido fuera del territorio español, los efectos sí se han desplegado en España, y aquí «no existen prácticas de opacidad bancaria amparadas por el poder público que puedan dar lugar a la proliferación de comportamientos de intromisión ilícita entre particulares» como este caso; más aún, «en España la obtención por parte de las autoridades de datos bancarios a efectos de desarrollar investigaciones tributarias o penales está prevista en la ley y resulta plenamente asequible a través de instrumentos procesales ordinarios». En definitiva, a juicio del Pleno, no hay una necesidad jurídica de extender al proceso penal la tutela del derecho a la intimidad en relación con meros datos contables derivados de una intromisión *inter privatos* como la verificada en el caso Falciani, pues no tiene reconocido un sistema jurídico de opacidad bancaria como el que existe en otros Estados y paraísos fiscales, que exija instrumentalizar en el proceso penal garantías para prevenir este tipo de violaciones de derechos cuando se den entre particulares.

Bibliografía

- Cavero Gómez, M. (2019). La aplicación del artículo 155 de la Constitución a la Comunidad Autónoma de Cataluña: Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 89/2019, de 2 de julio, y 90/2019, de 2 de julio. *Revista de las Cortes Generales*, 107, 507-519. Disponible en: <https://doi.org/10.33426/rcg/2019/107/1456>.
- Delgado Ramos, D. (2011). La legitimación del Presidente del Gobierno en la interposición del recurso de inconstitucionalidad. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 24, 287-298.
- (2013). La reciente constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: ¿una reforma necesaria? *Revista de Derecho Político*, 87, 317-352.
- (2018). *Problemas actuales de Derecho Parlamentario*. Pamplona: Aranzdi.

²⁰ Fonseca Fortes-Furtado (2020).

- (2019). El veto presupuestario del Gobierno. *Revista de Estudios Políticos*, 183, 67-99. Disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.183.03>.
- Duque Villanueva, J. C., Ortega Carballo, C., Losada González, H. y De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2019a). Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2019. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116, 221-266. Disponible en red en <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.116.08>.
- (2019b). Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2019. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 117, 225-274. Disponible en red en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.117.08>.
- (2020). Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2019. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 118, 219-270. Disponible en red en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.118.08>.
- Elvira Perales, A. y Espinosa Díaz, A. (coords.) (2019a). Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el primer cuatrimestre de 2019. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116, 195-219. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.116.07>.
- (coords.) (2019b). Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el segundo cuatrimestre de 2019. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 117, 205-224. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.117.07>.
- (coords.) (2020). Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el tercer cuatrimestre de 2019. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 118, 193-218. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.118.07>.
- Fonseca Fortes-Furtado, R (2020). ¿Pueden brotar frutos sanos del árbol envenenado? La admisibilidad como prueba de la lista Falciani. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 33. Disponible en: <https://bit.ly/37x80Tp>.
- González del Campo, L. (2020). La legitimación de los Ejecutivos autonómicos para impugnar leyes de su propia asamblea un conflicto interpretativo entre Constitución y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional doblemente resuelto a favor de esta. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2019, de 18 de diciembre. *Revista de las Cortes Generales*, 108, 355-376. Disponible en: <https://doi.org/10.33426/rcg/2020/108/1496>.
- Herrero Maroto, S (2019). El síndrome de boreout y la STC 56/2019 sobre mobbing en la Administración Pública. *Diario La Ley*, 9458.
- Iglesias Báñez, M. (2019). Sentencia n.º 76/2019, del Tribunal Constitucional, de 22 de mayo de 2019. *Ars Iuris Salmanticensis*, 7, 349-353. Disponible en red en: <https://revistas.usal.es/index.php/ais/issue/view/1206/showToc>.
- Iranzo Cerezo, J. D. (2019). La adaptación del Concierto Económico a las modificaciones del ordenamiento jurídico tributario estatal. La concertación de los tributos: naturaleza y efectos. *Nueva Fiscalidad*, 2, 97-113.
- Medina Alcoz, L. y Rodríguez Fernández I. (2019). Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución. Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ

- tras la STC 85/2019, de 19 de junio. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 200, 147-190.
- Muerza Esparza, J. (2020). Prisión provisional.... indemnizable. *Legaltoday*, edición de 21 de febrero de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/31yK4LT>.
- Oehling de los Reyes, A. (2017). Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2016. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 21, 240-241. Disponible en red en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.10>.
- (2019). Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2018. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23 (2), 240-241. doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.19.
- Souto Galván, C. (2020). Ciudadanía multinivel y su encaje constitucional. *Estudios de Deusto*, 68.1, 469. Disponible en: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp449-473](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp449-473).

CASOS RELEVANTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO EN 2019

Leading cases from the Supreme Court of Mexico in 2019

ALFONSO HERRERA GARCÍA¹
Universidad Panamericana
jaherrerag@yahoo.com.mx

Cómo citar/Citation

Herrera García, A. (2020).

Casos relevantes de la Suprema Corte de Justicia de México en 2019.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(2), 593-606.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.21>

SUMARIO

I. CONSIDERACIÓN INTRODUCTORIA. II. IGUALDAD DE GÉNERO EN LA FAMILIA. III. LIBERTAD SEXUAL EN LA VIDA MATRIMONIAL. IV. PROHIBICIÓN DEL MATRIMONIO INFANTIL. V. FILIACIÓN DE MENORES EN UNIONES HOMOPARENTALES. VI. USO TERAPÉUTICO DE CANNABIS POR NIÑOS CON EPILEPSIA. VII. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INTERDICCIÓN. VIII. INSUFICIENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN RACIAL. IX. SUPUESTA DISCRIMINACIÓN POR TATUAJE CON CRUZ ESVÁSTICA. X. RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA. XI. DERECHO AL REFUGIO EN TERRITORIO MEXICANO. XII. PORCIONES DEFICIENTES EN LA LEY DE REMUNERACIONES DE SERVIDORES PÚBLICOS. XIII. CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA. *BIBLIOGRAFÍA.*

¹ Profesor de Posgrado en Derecho de las Universidades Panamericana e Iberoamericana (Ciudad de México).

I. CONSIDERACIÓN INTRODUCTORIA

A lo largo del 2019, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mantuvo un talante jurisprudencial favorable al desarrollo del sistema de derechos fundamentales. En el presente recuento se informan las principales consideraciones de casos relevantes con un doble propósito. El primero y el principal de ellos es su difusión. En segundo lugar, se busca que la identificación de estos criterios facilite posteriores análisis, que profundicen en el trabajo del máximo tribunal mexicano con fines críticos².

La presentación de los casos seleccionados no tiene una lógica secuencial específica. Se presentan por igual asuntos de Salas y del Pleno, con base, desde luego, en su importancia sobresaliente, la novedad que implicaron para la jurisprudencia establecida o por considerarse trascendentes para su divulgación con fines comparativos. Finalmente, el número deliberadamente acotado de los criterios que se describen responde a la necesidad de síntesis y al delimitado espacio que debe destinarse a su exposición.

II. IGUALDAD DE GÉNERO EN LA FAMILIA

En el amparo en revisión 331/2019³, la Primera Sala declaró inconstitucional una porción del art. 282 del Código Civil del Distrito Federal (Ciudad de México). Este precepto disponía que en los juicios de divorcio la guarda y custodia provisional debía otorgarse automáticamente a la madre cuando los hijos fueran menores de 12 años.

La sentencia es relevante por sí sola en atención a su criterio de fondo. Pero también lo es porque la Sala abandonó un criterio anterior que sostenía la constitucionalidad del artículo con una interpretación conforme. Una de las razones por las cuales superó el precedente fue la modificación de la metodología de análisis.

En el asunto que nos ocupa, la Sala consideró que no era sostenible una interpretación conforme porque la disposición jurídica establecía una distinción normativa basada en una categoría sospechosa enunciada por el artículo 1º constitucional: una regla de asignación basada en el sexo del progeñitor.

De acuerdo con otra línea jurisprudencial de la propia Corte, no es posible declarar la constitucionalidad de un precepto con base en una interpretación

² Una parte de la selección de los casos aquí expuestos se ha orientado a partir de la realizada en Herrera García, Rivera León y Spigno (2020).

³ Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá. Sesión del 21 de noviembre, 2019.

conforme si dicho precepto hace una distinción normativa basada en una cláusula especial de no discriminación.

En el caso, la inconstitucionalidad tiene fundamento en dos razones principales: la vulneración de los principios de igualdad y del interés superior del menor. La disposición de que la madre es quien automáticamente debe hacerse cargo de la guarda y custodia por el simple hecho de ser mujer incurre en un estereotipo de género. Asimismo, profundiza el rol de la mujer y de la madre en la concepción tradicional de la familia. Estos resultados normativos son insostenibles por perpetuar una discriminación histórica.

Por otro lado, el precepto impugnado vulneró el interés superior de la niñez porque desplazaba la función judicial consistente en evaluar las circunstancias particulares de cada caso concreto. Estas condiciones solo pueden garantizarse mediante el proceso intelectual de la decisión judicial, conforme al cual se dilucidará quién es la persona que puede estar en las mejores condiciones de atender las necesidades afectivas y de cuidado de los hijos. Tal sería el caso, por ejemplo, en que se acreditaran actos de violencia familiar u otros elementos necesarios para determinar el escenario que mejor responda al desarrollo integral de los menores.

Este ejercicio no puede ser ignorado por los juzgadores, quienes deben realizar un análisis de razonabilidad libre de estereotipos de género, que atienda a las circunstancias particulares de cada caso concreto.

En otro asunto, la propia Primera Sala abundó en la salvaguarda de la igualdad entre géneros en el amparo en revisión 1079/2018⁴. En este caso, declaró la inconstitucionalidad de un precepto del Código Civil del Estado de Chihuahua. El art. 170 de este Código establecía que la administración de los bienes de la sociedad conyugal debía estar a cargo del cónyuge designado para ello. Pero que, en el caso de que hiciera falta esa designación, quien debía ejercer esa función era el cónyuge varón.

La Sala determinó que una norma que excluye a la mujer casada de la administración de la sociedad conyugal o de la representación conyugal es discriminatoria. El efecto normativo generado por ese artículo es denegar a la mujer casada su autonomía legal. Esto trae como consecuencia una disminución de la capacidad jurídica de las mujeres para invocar la protección judicial de sus derechos.

Finalmente, en el mismo ámbito de la igualdad de género, en la acción de inconstitucionalidad 4/2016⁵, el pleno de la Suprema Corte determinó que, en el caso del mismo Estado de Chihuahua, los hombres en condición de viudez tienen derecho a la pensión de sus cónyuges y a los servicios médicos correspondientes.

⁴ Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Sesión del 10 de abril, 2019.

⁵ Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Sesión del 19 de marzo, 2019.

Los arts. 45, 47 y 69 de la Ley del Instituto Municipal de Pensiones del Estado impedían dichos beneficios cuando no se acreditara una situación de discapacidad total de las personas del sexo masculino. Estos preceptos fueron declarados inconstitucionales por violatorios del principio de igualdad entre hombres y mujeres y, por lo tanto, por incurrir en una discriminación normativa prohibida por el art. 1º constitucional.

III. LIBERTAD SEXUAL EN LA VIDA MATRIMONIAL

Probablemente este caso se encuentre entre los más polémicos de los decididos por la Corte en los últimos tiempos en materia de derecho de familia.

Un hombre demandó a su esposa y a otra persona por la infidelidad sexual que sufrió durante su matrimonio y solicitó la reparación del daño moral por afectación a sus sentimientos, decoro, vida privada, honor y reputación. Las personas demandadas habían mantenido una relación extramarital producto de la cual nació una hija. Este hecho le fue ocultado al demandante por más de veintidós años.

En el amparo directo en revisión 183/2017⁶, la Primera Sala determinó que la infidelidad no trae como consecuencia una reparación por daño moral. La libertad sexual fue considerada como una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Consiste en la capacidad y posibilidad de decidir con autonomía, sin coerción, ni violencia y con consentimiento pleno, sobre las situaciones, circunstancias, tiempos o personas con las cuales se desean o realizan comportamientos eróticos o sexuales.

En ese sentido, la libertad sexual es un derecho personalísimo que tiene como condición inherente la autonomía en su ejercicio. Es a la propia persona a quien corresponde elegir tener relaciones sexuales con otra, sin mayor límite que el pleno y válido consentimiento de ambas. Por lo tanto, la fidelidad sexual es un deber jurídico de carácter personal y de contenido esencialmente moral: su observancia no puede ser exigida coactivamente.

La Corte estableció que el matrimonio no concede una suerte de derecho o poder coactivo sobre el cuerpo o los actos de la pareja en el ámbito sexual. Aun dentro del matrimonio, las personas casadas conservan la facultad de decidir sobre la práctica de su sexualidad. Cada persona es dueña de su cuerpo y a ella pertenece la libre decisión de buscar el fin del placer sexual, asumiendo

⁶ Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Si bien este caso fue resuelto en la sesión del 21 de noviembre de 2018, el criterio que de él derivó fue nuevamente motivo de difusión oficial por la Corte el 25 de julio de 2019.

las consecuencias que esa decisión puede traer a la relación matrimonial que, al mismo tiempo, mantiene.

En consecuencia, la sentencia concluyó que la infidelidad en el matrimonio no puede considerarse como un hecho ilícito del que se desprenda un derecho a indemnización por daño moral bajo un esquema de responsabilidad civil. Considerarlo de esa manera trastocaría el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad sexual de las personas, aun dentro de la vida matrimonial.

IV. PROHIBICIÓN DEL MATRIMONIO INFANTIL

En la acción de inconstitucionalidad 22/2016⁷, el pleno de la Suprema Corte consideró constitucional la derogación de las «dispensas» que estaban previstas en la legislación civil del Estado de Aguascalientes, para que menores de edad estuvieran en la condición jurídica de contraer matrimonio.

La Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado estimaba que la referida derogación en el Código Civil vulneraba los derechos de los menores de edad, especialmente por prohibirles contraer matrimonio en casos «graves y justificados».

La Corte consideró válida la prohibición de esta clase de matrimonios aun en supuestos casos «graves o justificados». La reforma no vulneró el libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, sino que incluso puede entenderse precisamente con el propósito de contribuir al goce de esa libertad.

Tampoco se estimó que la medida legislativa vulnerara la progresividad de los derechos humanos. La reforma buscó proteger el interés superior de la niñez, sin afectar gravemente el derecho a contraer matrimonio al cual todas las personas pueden acceder al alcanzar la mayoría de edad.

Por el contrario, las afectaciones que conlleva el hecho de que los menores de edad contraigan matrimonio son de tal forma graves que no justifican la existencia legal de la dispensa. En consecuencia, la Corte determinó que su derogación constituyó una restricción válida y razonable al acceso al matrimonio y para la protección efectiva de los derechos de la niñez.

V. FILIACIÓN DE MENORES EN UNIONES HOMOPARENTALES

En el amparo en revisión 852/2017⁸, la Primera Sala determinó que la exclusión en el Código Civil del mismo Estado de Aguascalientes de menores de

⁷ Ponente: Fernando Franco González Salas. Sesión del 26 de marzo, 2019.

⁸ Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Sesión del 8 de mayo, 2019.

edad que han nacido en contextos de uniones familiares homoparentales, vulnera el principio del interés superior del menor, el derecho a la identidad, a la igualdad y a la no discriminación, así como el derecho a la protección de la familia.

La exclusión normativa también vulnera los derechos de las personas de un mismo sexo a conformar una familia porque limita la filiación jurídica a la circunstancia de que los padres deban tener un distinto género y a un pretendido principio de verdad biológica. En ese sentido, se desconoce la realidad y el derecho de las personas a conformar uniones familiares, las cuales deben ser protegidas en igualdad de condiciones que cualquier otra forma de familia.

En el caso, se precisó que el hijo biológico de una mujer debe poder ser reconocido desde su nacimiento o en acta especial posterior por otra mujer con quien se conformó una unión familiar homoparental, aun cuando evidentemente no exista un vínculo genético con ella. En estas circunstancias, el elemento para establecer la filiación jurídica es la voluntad parental de quien desea ejercer, junto con la madre, la comaternidad. Además, esta es la solución más adecuada para la protección del principio del interés superior de la niñez.

VI. USO TERAPÉUTICO DE CANNABIS POR NIÑOS CON EPILEPSIA

Un niño fue diagnosticado con epilepsia fármaco-resistente asociada al «síndrome de West». Su médico le prescribió un aceite con cannabidiol (CBD). Sin embargo, el niño generó tolerancia a la sustancia y presentó nuevos síntomas. Estos síntomas pudieron controlarse con una preparación con tetrahidrocannabinol (THC).

En junio de 2017 había entrado en vigor un decreto que reformó diversas disposiciones de la Ley General de Salud para regular el uso del cannabis y sus derivados, para exclusivos fines médicos, entre los que se encontraba el mencionado THC. En el art. cuarto transitorio de ese decreto se dispuso que la Secretaría de Salud armonizaría los reglamentos y la normatividad correspondiente en un plazo de 180 días. Sin embargo, la autoridad fue omisa en dicha armonización.

En el amparo en revisión 57/2019⁹, la Segunda Sala concedió el amparo al menor paciente porque la falta de cumplimiento de la Secretaría de Salud actualizó una omisión reglamentaria que vulneró su derecho fundamental a la protección de su salud. La ausencia de normas reglamentarias que regularan el uso terapéutico de la cannabis le imposibilitó el acceso a un tratamiento basado en la preparación apropiada a sus síntomas.

La Sala estableció que el interés superior del menor en este caso no se limitaba a escucharlo en su calidad de paciente o a brindarle atención médica.

⁹ Ponente: Eduardo Medina Mora. Sesión del 14 de agosto, 2019.

Su derecho fundamental se traducían en la asignación de recursos suficientes y la creación de políticas públicas para brindar los servicios médicos de calidad que le fueran necesarios. También para velar por la satisfacción de su bienestar y desarrollo integral, de manera tal que su derecho no se viera limitado o se hiciera prácticamente nugatorio.

La concesión del amparo tuvo dos efectos: a) la orden a la Secretaría de Salud de cumplir con su deber de armonizar las disposiciones reglamentarias para el uso terapéutico de la cannabis y sus derivados en el plazo de 180 días hábiles; y b) garantizar al niño el tratamiento médico integral para tratar su padecimiento.

VII. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INTERDICCIÓN

La Primera Sala declaró inconstitucionales porciones normativas de los artículos 23 y 450 del Código Civil del Distrito Federal (Ciudad de México) que regulaban el «estado de interdicción». Esta figura había sido decretada en el juicio ordinario civil a una persona con discapacidad intelectual.

En casos como el que ahora se destaca, el estado de interdicción ha sido definido por la Suprema Corte como aquel que exige el nombramiento de un tutor para personas mayores de edad que, por razones de enfermedad o condición de discapacidad, no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismas.

En el amparo en revisión 1368/2015¹⁰, la Sala argumentó que la figura de la interdicción es excesivamente restrictiva: no permite considerar la posibilidad de que esta sea graduable y proporcional en función de las características y condiciones específicas de las personas.

La sentencia estimó que no puede negarse a las personas con discapacidad, *per se*, su capacidad jurídica, sino que debe proporcionárseles el apoyo necesario para ejercerla y para tomar sus propias decisiones. Cada tipo de discapacidad requiere medidas específicas a la condición y requerimientos particulares de cada uno. La figura de la interdicción, según la Sala, no permite un significado distinto, acorde a los derechos de las personas mayores o en alguna situación de discapacidad, quienes deben ejercer su autonomía y todos sus derechos con plenitud.

En ese orden de consideraciones, la Sala concluyó que la interdicción es incompatible con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, y con el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, consagrados en el art. 1º constitucional y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, respectivamente.

¹⁰ Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Sesión del 13 de marzo, 2019.

VIII. INSUFICIENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN RACIAL

En una demanda de amparo planteada por una asociación civil se señaló como acto reclamado la omisión legislativa del Estado mexicano por no ajustar la legislación al art. 4º de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Esta disposición hace un llamado a declarar ilegales y a prohibir organizaciones, así como actividades organizadas de propaganda y toda actividad que promueva la discriminación racial e incitación a la misma, tales como los discursos de odio racial.

En el amparo en revisión 805/2018¹¹, la Primera Sala advirtió insuficiencias legislativas a partir del señalado mandato internacional, lo cual vulneró el derecho a la no discriminación por condiciones raciales.

La Sala determinó que el Estado mexicano técnicamente no incurrió en una omisión legislativa como se demandaba. El cumplimiento de las obligaciones del Estado mexicano se satisfizo con la expedición de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y con una reforma al Código Penal Federal (adición del art. 149 *ter*). Pero la Corte consideró que este marco jurídico sí resultó insuficiente en el terreno legislativo, a la luz de un análisis detenido de las exigencias que se dependen del marco jurídico internacional.

La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación prohíbe los actos generalmente conocidos como discurso de odio. Pero lo hace de manera insatisfactoria porque solamente confiere al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación la facultad para imponer medidas administrativas y de reparación, sujetando para ello a los servidores públicos a la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Por otro lado, en el art. 149 *ter* del Código Penal Federal se prevé un amplio elemento subjetivo del delito. En relación con el dolo específico, se actualizaría el delito con la acreditación de cualquier acto «que atente contra la dignidad humana o anule o menoscabe los derechos o libertades». Pero el tipo se limita a la realización de conductas específicas: a) negativa de servicios o prestaciones; b) negativa o restricción de derechos laborales o limitación de servicios de salud; o c) negativa de derechos educativos. Por lo anterior, la Sala determinó la deficiencia del marco normativo federal de cara al cumplimiento de las obligaciones internacionales en la materia y, en consecuencia, concedió el amparo a la asociación civil quejosa.

Este asunto se suma a una línea de jurisprudencia constitucional que ha abierto el camino a la judicialización de construcciones deficientes de marcos legales en materia de discriminación. En este caso, a partir de la aplicación

¹¹ Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Sesión del 30 de enero, 2019.

directa de un parámetro internacional, que muestra entonces una potencialidad con alcances insospechados en el futuro próximo.

IX. SUPUESTA DISCRIMINACIÓN POR TATUAJE CON CRUZ ESVÁSTICA

En el amparo directo en revisión 4865/2018¹², la Primera Sala determinó que no es discriminatorio separar del empleo a una persona que porta un tatuaje de una cruz esvástica en el contexto de una empresa privada, en la cual conviviría con personas que se identifican como judías. En este escenario, advirtió que dicho tatuaje actualiza un discurso de odio.

La exhibición de un tatuaje es un acto que corresponde a un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Por tanto, en vía de principio, no debe ser motivo de discriminación en el ámbito laboral. Sin embargo, en el caso concreto, la Sala consideró un conjunto de elementos fácticos que, a su juicio, desvirtuaron la licitud de la expresión representada en el tatuaje en controversia.

En el ámbito cultural mexicano, el tatuaje de una cruz esvástica también representa un discurso de odio racista y antisemita. En los hechos del caso, el tatuaje fue exhibido en una empresa privada de fines comerciales ante empleados y directivos que se identificaron como judíos. En estas condiciones, el referido acto de expresión resulta contrario a la dignidad, la igualdad, la seguridad y la propia expresión de las víctimas, quienes se sintieron violentadas por el portador del tatuaje sin tener el deber jurídico de tolerarlo. Por tanto, se determinó que esa expresión no contaba con cobertura constitucional.

Así, la Sala consideró como lícitas las medidas adoptadas por la empresa demandada, la cual había solicitado al portador del tatuaje que lo cubriera y, ante su negativa, la terminación de la relación laboral, previa liquidación a favor del trabajador cesado en sus labores. Esas medidas no se revelaron como discriminatorias contra el portador del tatuaje y no fue procedente otorgarle la indemnización por daño moral que había solicitado.

X. RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

Integrantes del ayuntamiento indígena ubicado en una comunidad del Estado de Oaxaca (San Cristóbal Suchixtlahuaca) demandaron el reconocimiento del sistema normativo interno de dicha comunidad. La demanda buscaba que el Ministerio Público y el juez ordinario penal se consideraran inhibidos de conocer de hechos en los que debían tener aplicación las normas

¹² Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Sesión del 30 de octubre, 2019.

tradicionales de la comunidad. Los demandantes argumentaron que, de actualizarse la competencia ordinaria penal, se verificaría una interferencia indebida en la decisión de una disputa indígena.

Los hechos estaban relacionados con los daños causados por ganado vacuno en áreas consideradas como prohibidas dentro del territorio de la comunidad. Las autoridades tradicionales indígenas, con base en normas sustantivas y procesales de su orden normativo interno, condenaron a una persona a quien se le atribuyó la responsabilidad de los hechos. La jurisdicción indígena fue incluso aceptada por el individuo desde el inicio del enjuiciamiento. Después, cuando la determinación se reveló en su contra, buscó que la autoridad penal local revocara la decisión.

En el amparo directo 6/2018¹³, la Suprema Corte adoptó un criterio novedoso para su jurisprudencia constitucional: reconoció por primera vez una jurisdicción especial para los pueblos y comunidades indígenas.

La Primera Sala consideró que, en un caso como este, la aplicación de la jurisdicción especial indígena prevalece sobre la jurisdicción penal. Consideró que es posible identificar esa jurisdicción especial a partir del contexto fáctico dentro de una comunidad indígena y cuando sus autoridades cuentan con normas consuetudinarias al respecto. En especial, como tercer elemento relevante, es dable ese reconocimiento cuando las normas internas no resultan contrarias a los derechos humanos consagrados en la Constitución o en el derecho internacional en esta materia.

En esta tesitura, la Sala no concedió el amparo. Confirmó que la decisión definitiva sería aquella emitida por las autoridades indígenas, tal como lo había decidido la Sala de Justicia Indígena del Estado de Oaxaca, la cual había precisamente determinado que el Ministerio Público y el juez penal debían inhibirse de conocer el caso.

La Primera Sala añadió que esta decisión debía considerarse como parte de la deuda histórica del Estado mexicano a los pueblos y comunidades indígenas y a favor de sus sistemas normativos internos. También señaló que era una decisión acorde con la maximización de su autonomía y autogobierno, en términos del art. 2º de la Constitución mexicana y de tratados internacionales en materia de derechos humanos de pueblos indígenas y tribales.

XI. DERECHO AL REFUGIO EN TERRITORIO MEXICANO

Dos personas solicitaron su reconocimiento como refugiados en el Estado mexicano, pero presentaron sus peticiones fuera del plazo reglamentario establecido para ese efecto. Las autoridades negaron la admisión a trámite de

¹³ Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá. Sesión del 21 de noviembre, 2019.

esas solicitudes porque consideraron que los peticionarios no acreditaron una causa ajena a su voluntad que les hubiera impedido presentar dicha solicitud dentro de los 30 días hábiles siguientes a que personas extranjeras ingresen al territorio nacional.

En los amparos en revisión 353/2019 y 399/2019¹⁴, la Segunda Sala les concedió la razón. Su conclusión se derivó de la interpretación del Reglamento de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, en relación con el estado de vulnerabilidad en la que se encontraban los solicitantes de refugio.

En estas circunstancias, la Corte consideró que el cumplimiento de la disposición reglamentaria referida no debe ser estricta, ni rigurosa. Estimó que no debía exigirse a los peticionarios demostrar, con pruebas documentales, la imposibilidad que habrían tenido para presentar en tiempo sus solicitudes.

La falta de presentación de la solicitud dentro del plazo establecido no debe conducir al desechamiento automático de la solicitud. Para tener por acreditada la imposibilidad para presentar la solicitud dentro del plazo reglamentario, basta acreditar motivos y razones justificadas, esto es, que los hechos manifestados y las pruebas presentadas por los propios solicitantes sean coherentes con el contexto de su propia situación.

XII. PORCIONES DEFICIENTES EN LA LEY DE REMUNERACIONES DE SERVIDORES PÚBLICOS

El pleno de la Suprema Corte declaró inconstitucionales algunas disposiciones de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Esta ley había sido reformada para traducir a términos normativos una de las ofertas de campaña de Andrés Manuel López Obrador, presidente de la República desde el 1 de diciembre de 2018. En ese sentido, se trataba para la Corte de un primer caso de resonancias políticas de cara a un prometido nuevo régimen para el país. En este caso, relacionado con la bandera de la «austeridad republicana».

En realidad, desde el 2009, el art. 127 de la Constitución establecía algo que al momento no había alcanzado una solución legislativa satisfactoria: que las retribuciones de los servidores públicos federales no puedan ser superiores a la fijada para el presidente de la República. El impacto que en especial podría tener esa disposición en el Poder Judicial —aunque también en diversos órganos constitucionales autónomos— fue considerado por un sector de la doctrina como un potencial menoscabo a su autonomía e independencia.

¹⁴ Ponente: Fernando Franco González Salas. Sesión del 17 de octubre, 2019.

En las acciones de inconstitucionalidad 105/2018 y 108/2018¹⁵, centralmente se argumentaba que la Ley violaba el referido art. 127 constitucional porque permitía discrecionalidad en la fijación de remuneraciones en detrimento de la seguridad jurídica.

El caso suscitó en la Corte particulares complejidades en el proceso de decisión. Una mayoría de 7 ministros (magistrados) —de 11 que la integran— se pronunció por la invalidez total de la Ley impugnada. Ese bloque mayoritario consideró que la Ley incurrió en diversas omisiones legislativas consistentes en no establecer parámetros y lineamientos para fijar los salarios del presidente de la República y de otros servidores públicos federales. Advirtió también que la Ley tampoco establecía previsiones adecuadas y aplicables a servidores públicos del Poder Judicial de la Federación.

Esa votación mayoritaria no implicó la declaración de inconstitucionalidad de ese problemático sistema de remuneraciones porque el art. 105 de la Constitución federal exige una votación calificada de 8 votos para conseguir ese resultado en un control abstracto¹⁶.

Sin embargo, el pleno sí alcanzó 8 votos para declarar la inconstitucionalidad de específicas porciones normativas, atendándose a uno de los conceptos torales de invalidez planteados por las demandas: los arts. 6 y 7 de la Ley impugnada permitían a la Cámara de Diputados establecer remuneraciones sin sujetar esa facultad a criterios objetivos y metodológicos que evitaran actos discrecionales, en contra de lo establecido en el referido art. 127 de la Constitución.

La Corte también alcanzó votación calificada para declarar la inconstitucionalidad de los arts. 217 *bis* y 217 *ter* del Código Penal Federal. Estos preceptos establecían penas por hacer pagos de sueldos y prestaciones «en exceso» o por no reportar aquéllos «recibidos en exceso». Estas disposiciones se declararon violatorias del principio de taxatividad en materia penal.

Con base en estas razones, la sentencia ordenó al Congreso de la Unión que legislara lo necesario en su más próximo periodo ordinario de sesiones, conforme a los parámetros de la sentencia, considerando la insuficiencia e imprecisión de los arts. 6º y 7º de la Ley¹⁷.

¹⁵ Ponente: Alberto Pérez Dayán. Sesión del 20 de mayo, 2019.

¹⁶ Se trata de una disposición que está vigente desde 1995, cuando entró en vigor la reforma a la Constitución que introdujo las acciones de inconstitucionalidad como competencia para el control abstracto de las leyes por la Suprema Corte. Véase Carpiño (1995).

¹⁷ En la doctrina se han desarrollado argumentos serios en torno a por qué establecer el salario presidencial como parámetro a los poderes legislativo y judicial resulta problemático desde un punto de vista lógico y jurídico. Véase Aguirre Anguiano (2018).

XIII. CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA

Tras el rápido recuento de las decisiones seleccionadas para esta crónica, corresponde concluir que la jurisprudencia más destacada de la Suprema Corte en el 2019 redundó en pasos adelante para la tutela del sistema de derechos fundamentales. Este año, además, muestra evoluciones considerables en materia de justiciabilidad de las normas por razones de omisión o deficiencias en el terreno legislativo. Esto orienta el rumbo de una actitud judicial menos deferente al legislador, especialmente cuando del principio constitucional a la igualdad y a la no discriminación se trata.

A dos años de que se cumpla una década de la profunda reforma de la Constitución mexicana del 10 de junio de 2011, también se advierte alguna consolidación de técnicas y métodos de interpretación en las sentencias de la Corte, que, en realidad, no podían considerarse de larga experimentación en la vida jurisprudencial de los tribunales del Poder Judicial de la Federación.

Por otro lado, la crisis por la pandemia por COVID-19, como en otras latitudes del mundo, podría implicar pronunciamientos de la Corte relacionados con la tensión inevitable entre los derechos y la emergencia sanitaria. Ello, tomando en consideración que no ha habido un decreto formal de estado de excepción o de emergencia constitucional en el país con motivo de la pandemia, no obstante su drástico impacto en la sociedad mexicana¹⁸.

Hay que decir también que este año representa tan solo un termómetro preliminar de problemáticas acuciantes que enfrentara la Suprema Corte en los años por venir. Esto es así, en parte, debido al advenimiento de nuevos protagonistas del poder político, tanto en el ámbito del ejecutivo como en el legislativo federal, en donde el partido *Morena* tiene presencia mayoritaria, habiendo desplazado a partidos que habían dominado el escenario institucional en la historia reciente del país (PRI y PAN).

No es incierto ese potencial escenario considerando que el presidente López Obrador, junto a su movimiento político, ha emprendido profundas transformaciones del sistema político, social, económico y gubernamental en un sexenio que inició en 2018 y que culminará en el 2024, con grandes posibilidades de continuidad en las preferencias del electorado. Los tiempos del Poder Judicial serán entonces tiempos para la observación y la garantía de que esas transformaciones sean compatibles o encuentren adecuado acomodo democrático en el sistema jurídico mexicano.

¹⁸ Permítaseme remitir a un análisis sobre esta vigente cuestión: Herrera García (2020).

Bibliografía

- Aguirre Anguiano, S. S. (2018). *¿Absolutismo constitucional?* México: Grupo Creativo SC.
- Carpizo, J. (1995). Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 83, 807-842. Disponible en: <https://bit.ly/34jhD6q>.
- Herrera García, A. (2020). ¿Ineficacia por omisión? El problema constitucional ante la emergencia pandémica en el caso mexicano. En: C. Landa (coord.). *Constitución y emergencia sanitaria*, vol. II (pp. 79-89). Lima: Palestra.
- Herrera García, A., Rivera León, M. A., y Spigno, I. (2020). México. En R. Albert, D. Landau, P. Faraguna y S. Drugda (eds.). *2019 Global Review of Constitutional Law* (pp. 224-228). Chestnut Hill, Massachusetts: I-CONect.

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

AGUSTÍN RUIZ ROBLEDOS: *La mirada de Argos. Pequeño tratado constitucional de política española*, Madrid, Reus, 2020, 225 págs.

I. Analizado en perspectiva histórica, el concepto de Constitución es uno de los que ofrecen mayor pluralidad de formulaciones, tal y como señalara García Pelayo, pero hoy en día su caracterización más extendida es la de ser la norma fundamental del Estado, por estar destinada a la ordenación racional del ejercicio del poder asegurando su limitación en garantía de la libertad y de los derechos de los ciudadanos. La Constitución debe hacer posible la construcción jurídica de un orden político, la ordenación del proceso de autodirección política de la comunidad y, por ello el derecho constitucional es, en palabras de Pérez Royo, «el punto de intersección entre la Política y el Derecho». Podría por ello afirmarse que, entre todos los juristas, los constitucionalistas vendrían a ser una especie de funambulistas que caminan por la delgada línea que separa ambas esferas, en un comprometido y tenaz esfuerzo por explicar la dinámica de ese proceso sin traspasar la frontera entre ambas vertientes. Un proceso en el que a menudo los mismos temas, los mismos problemas, las mismas instituciones que se creen ya pacíficos o consolidados vuelven a la actualidad de forma repentina como consecuencia de los avatares de esa dinámica política, presentando nuevos perfiles o perspectivas que obligan a los operadores jurídicos a su reinterpretación a la luz del texto constitucional.

II. Por esa delgada línea transita en buena medida el libro de Agustín Ruiz Robledo *La mirada de Argos*, que no en vano lleva como subtítulo *Pequeño tratado constitucional de política española*. Esta es la segunda ocasión, tras *El Síndrome de Fabrizio* (2003), en la que este catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, y autor de numerosas publicaciones académicas en el ámbito de su especialidad, presenta a los lectores una recopilación sistematizada de sus contribuciones a la prensa escrita, que comprende ahora una selección de setenta y un artículos publicados entre los años 2010 y 2019, mayoritariamente en *El País* y los diarios del Grupo Joly. No obstante, dos diferencias saltan a la vista entre ambos trabajos: la ordenación puramente cronológica de los artículos ha sido reemplazada por una clasificación sistematizada por capítulos —numerada en romanos y que incluye, por cierto, un salto erróneo del VII al IX— que, como advierte en el interesante prólogo el profesor Francesc de Carreras, bien podría constituir un índice de un programa de la asignatura Derecho Constitucional. Y a diferencia también del precedente inicial, muy centrado en cuestiones relativas al ámbito social y político andaluz,

en *La Mirada de Argos*, con la excepción del penúltimo capítulo, que vuelve a poner la atención en la tierra natal del autor, los temas tratados se refieren en su mayor parte a cuestiones de actualidad de la política y el derecho planteadas en España en el periodo de tiempo que comprende la obra.

III. El propio autor nos explica en la «Nota previa» el significado del original título, que hace referencia a sendos personajes de la Antigüedad clásica: de un lado Argos Panoptes, gigante mitológico de cien ojos que nunca se cerraban al tiempo y por ello permanecía vigilante en todo momento; y de otro, Argos, el perro de Ulises en la *Odisea* de Homero, que fue el único en reconocerle bajo un disfraz de mendigo a su regreso a Ítaca, alzando la cabeza y las orejas al verlo. Con ello pretende el autor transmitirnos cuál es su actitud ante los problemas que analiza en sus escritos: permanecer atento a las cuestiones de actualidad con relevancia jurídico-política y tratar de mirarlas de una forma diferente a la de los profesionales de la información. Hacerlo desde la perspectiva del jurista especializado, despojando la política de sus «disfraces y artificios», manteniendo la objetividad en lo posible, pero sin renunciar a ofrecer su propia visión y aportar soluciones. Una actitud merecedora de atención en tiempos difíciles para las libertades de expresión, comunicación e información en los que, paradójicamente, el cénit del desarrollo tecnológico de las herramientas que sirven a su ejercicio ilimitado e instantáneo de alcance global coincide con toda una serie de dificultades para asegurar que la transmisión y el conocimiento de hechos, datos, opiniones, ideas y pensamiento se lleve a cabo en condiciones idóneas de veracidad, de objetividad, de respeto al pluralismo y a la privacidad. Por eso resulta esencial que, en tiempos de posverdad, *fake news* y simplificación del mensaje para su adaptación al formato, especialistas comprometidos aporten su visión y una explicación diferente de lo que acontece en una sociedad tan compleja como la actual.

IV. Los escritos que integran *La mirada de Argos* presentan, en términos generales, un esquema argumental común que pasa, en primer lugar, por la selección de un supuesto de hecho de trascendencia jurídico-política, que salta a la actualidad por resultar controvertido, resumiendo el estado de la cuestión en la opinión pública para contextualizar el momento, como premisa previa al análisis jurídico. A continuación, el autor lleva a cabo un análisis crítico del supuesto, tratando de aportar rigor jurídico al debate público, proyectando esa *mirada* detrás de la mera noticia para poner de manifiesto los errores o las imprecisiones, las carencias o flaquezas, o los posibles enfoques jurídicos alternativos, con la intención de encontrar la mejor solución, o el mejor entendimiento posible del problema en términos jurídico-constitucionales. A veces Ruiz Robledo plantea previamente un precedente de la historia o del derecho comparado que le sirve de modelo, o bien acude a él como ejemplo en el desarrollo de su análisis —demostrando en todo caso un amplio conocimiento de ambas disciplinas, y de que el recurso a ellas permite abarcar simultáneamente «el micro y el macrocosmos del Derecho», en feliz expresión de Häberle—. Finalmente, propone una vía de solución o de interpretación para el problema analizado. O cuando ello no le es posible, lo reconoce sin ambages —haciendo

gala de su condición de universitario en el más noble sentido de la palabra—, pero aventurando alguna hipótesis de cuál pueda ser el desenlace final —con evidente acierto *a posteriori*, en no pocas ocasiones—, o realizando propuestas ingeniosas, incluso atrevidas. En todo caso, procurando siempre un enfoque realista y pragmático, buscando el anclaje en el derecho positivo si es posible, y si no lo es, en el ámbito de los valores y principios de nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, pero, en todo caso, a la búsqueda del mayor consenso o de la mayor satisfacción del interés general, con una voluntad casi obsesiva por huir del «cielo de los conceptos» denunciado por Ihering —idea reiterada por Ruiz Robledo en varios de sus trabajos—.

Todo ello con un estilo claro, directo, a menudo irónico y a veces mordaz, no exento de afirmaciones lapidarias, pero llenas de contenido, aderezado con recurrentes aforismos y citas de autoridad, algunas conocidas y otras menos, haciendo gala de una vasta cultura jurídica.

V. En apretada síntesis descriptiva de la heterogénea pluralidad de temas abordados —tarea imprescindible en una reseña, pero más compleja de lo habitual, dada la naturaleza de la obra—, cabe destacar que dentro del capítulo inicial, dedicado a «la Constitución y su reforma», se incide fundamentalmente en la idea de la Constitución como pacto, en la necesidad de abordar los problemas de aplicación e interpretación de la norma fundamental desde el consenso, y en la apuesta por reforzar el funcionamiento del sistema institucional, allí donde puede mostrar disfunciones, afrontando las reformas necesarias frente a un inmovilismo estéril y contrario a la idea de hacer efectiva la «voluntad de Constitución» en el sentido de Hesse. Una idea que subyace en todos los textos de la obra y reaparece al hilo del tratamiento individualizado de las instituciones que conforman nuestra arquitectura constitucional.

En el segundo capítulo se abordan, en principio, cuestiones relacionadas con «los derechos fundamentales de los ciudadanos», siendo su denominador común, dentro de la heterogeneidad de los concretos supuestos de hecho que sirven de pretexto para cada artículo, la defensa de la interpretación más adecuada del texto constitucional en la efectiva realización de los derechos y libertades individuales. El lector puede rememorar aquí episodios como el del recorte salarial de los funcionarios con ocasión de la crisis económica, cuestiones relativas a la interpretación del principio de legalidad penal u otros de naturaleza jurídico-procesal o de política penitenciaria, como la aplicación de la denominada «doctrina Parot» y su posterior censura por el TEDH, las conexiones entre la institución del indulto y la tutela judicial efectiva, o las repercusiones de la divulgación pública de las indagaciones jurisdiccionales en la esfera jurídica de los investigados. En otras ocasiones, en fin, la presunta lesión de un determinado derecho o libertad, como el derecho de asilo o el derecho de propiedad, son la excusa para detener la mirada en la política migratoria, en la forma de legislar y ejecutar las leyes, o para insistir en la necesidad de interpretar estas de acuerdo con la Constitución.

Los capítulos dedicados a las instituciones estatales comienzan por el relativo a «la monarquía parlamentaria», en el que se aprecia una cierta reiteración, hasta cierto punto lógica, en la exposición de los elementos básicos de la institución que desempeña la Jefatura del Estado. Sin embargo, lo que más llama la atención de esta parte del libro es una suerte de anticipación premonitoria del postrero deterioro progresivo del prestigio y la ejemplaridad del anterior titular de la Corona, apostando por la elaboración de una ley reguladora de la institución que desarrolle el estatuto de los miembros de la Familia Real, acote sus funciones y potencie la transparencia de su actuación. De especial interés resulta el artículo relativo al papel del Rey en el procedimiento de investidura del Presidente del Gobierno, en el que se incide en la necesidad de limitar su intervención a lo puramente simbólico para restringir al máximo las posibilidades de resultar involucrado en la dinámica política del proceso. La idea central, de nuevo, es la apuesta por una actualización del régimen jurídico de la institución desde la premisa de que cuantos más obstáculos se pongan para esa actualización, más se acentúa el riesgo de debilitarla. Como contrapunto, el capítulo termina con una original y razonada, aunque potencialmente polémica, propuesta de constitucionalización del derecho nobiliario.

Del capítulo IV, dedicado a «las Cortes Generales», cabe afirmar, retomando la imagen del constitucionalista funambulista con la que abrimos esta reseña, que resulta ser el más político o, si se quiere, el menos jurídico de todos, aunque ello deba ser entendido siempre dentro del estrecho margen que separa ambas esferas y probablemente sea reflejo también de la experiencia adquirida durante la etapa en la que el autor ejerció como director del Gabinete de análisis de la Presidencia del Parlamento de Andalucía. Encontramos aquí una demoledora reflexión sobre la pérdida de prestigio y *auctoritas* de los representantes políticos y sobre el progresivo e imparable deterioro de su discurso; dos incursiones en el controvertido tema del derecho a constituir grupo parlamentario y, por conexión inescindible, en el método de interpretación de las normas jurídicas, que en el concreto ámbito del derecho parlamentario muestra siempre perfiles muy específicos que no se circunscriben a la *elasticidad* que consagran los manuales clásicos de la disciplina, sino que a menudo desbordan los límites reglamentarios hasta sustituir la norma general por la del caso concreto, en un ejercicio de decisionismo muy poco edificante de los órganos parlamentarios en manos de las mayorías coyunturales (problemática que vuelve a plantearse en el cap. VI, al hilo de las reflexiones sobre la modificación exprés de la LOPJ). El sistema electoral también recibe un doble tratamiento, referido al ámbito estatal y autonómico, respectivamente, mostrándose el autor decididamente partidario de reforzar los elementos que permitan acentuar el sesgo mayoritario del sistema proporcional constitucionalmente consagrado en las dos esferas, en aras de la estabilidad institucional. Hay también un nuevo tratamiento del tema de la investidura y de los avatares de los sucesivos procesos electorales de los años 2015 y 2016, siendo estas las contribuciones más genuinamente

políticas del libro, amén de premonitorias (tras las elecciones de diciembre de 2015, Ruiz Robledo apuesta por la investidura de Rajoy con la abstención del PSOE, hipótesis que no llegó a materializarse, sin embargo, hasta después de la siguiente convocatoria de junio de 2016, poniendo fin al mayor periodo de la historia de España con un Gobierno en funciones). Y finalmente, el capítulo dedicado al poder legislativo concluye con sendas reflexiones que incluyen dos propuestas atrevidas y sin duda controvertidas: la primera repasa la función de las segundas cámaras tanto en perspectiva histórica como comparada, para concluir proponiendo la abolición del Senado; la segunda postula la supresión del juramento como requisito para la toma de posesión de los cargos representativos habida cuenta de su progresiva degradación (tesis que se reitera posteriormente, en el art. 49, dentro del capítulo VI).

En el capítulo V, dedicado al «Gobierno de la Nación», se encuentran reflexiones de temática algo más heterogénea y centradas en episodios muy concretos dentro de la esfera de actuación del poder ejecutivo: un ensayo sobre el significado de la asunción de las responsabilidades políticas; dos trabajos sobre el uso y abuso del decreto ley y la legislación motorizada, a la que el autor concluye augurando resignadamente «un brillante futuro»; y otros temas recurrentes de nuestra actualidad política de los últimos años como la lucha contra la corrupción y su mejor antídoto, la transparencia; las situaciones excepcionales y la aplicación del art. 155 CE ante el desafío independentista catalán; y las circunstancias que rodearon la puesta en práctica de la moción de censura en la primavera de 2018.

El capítulo VI es el relativo al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional, donde el lector encuentra reflexiones de carácter más general sobre la independencia judicial y la elección de los miembros del CGPJ, la tutela judicial y las dilaciones indebidas en el proceso penal, la planta judicial y la creación de nuevos órganos jurisdiccionales, la función jurisdiccional y el denominado «Derecho penal de autor», la posición constitucional del Tribunal Constitucional y el uso partidista de la institución, junto a otras centradas en supuestos concretos, como son los artículos relativos a la sentencia de los «ERE», la competencia del TJUE en relación al juramento de los eurodiputados españoles, o el ilícito penal cometido por los dirigentes independentistas catalanes (que bien pudiera haber figurado en el capítulo X).

El capítulo VII agrupa una serie de artículos relacionados con «el Estado Autonómico», uno de los temas que más ha trabajado también el autor en su trayectoria académica, donde se analizan cuestiones como el recurso ante el Estatuto catalán y la falta de impugnación de aquellos otros que, como el andaluz, contenían preceptos análogos; el papel de las diputaciones provinciales; el declive del sentimiento autonomista; las duplicidades y otras disfunciones de nuestro modelo territorial; y alguna nueva mirada al derecho comparado, como el federalismo canadiense. De todos ellos se desprende sin duda un balance positivo del modelo territorial implantado por la Constitución de 1978, pero desde la constatación simultánea de haber llegado el

momento de realizar los cambios necesarios que permitan su consolidación y la corrección de las disfunciones que le aquejan, cambios que «deben juntar eficiencia técnica con sensibilidad política para conseguir tanto legitimidad como buen gobierno», en palabras del propio autor. Es decir, una apuesta por renovar los consensos tratando de integrar las distintas sensibilidades para intentar superar el que considera «el principal problema político de España», tarea que no puede alcanzarse mediante la estrategia, a todas luces insuficiente, de «refugiarse en la Constitución».

Pero la preocupación del autor por el modelo territorial encuentra todavía reflejo en los dos capítulos finales del libro. En el primero el foco se centra en cuestiones relativas a su tierra de origen, la Comunidad Autónoma de Andalucía, mientras que el capítulo final recoge algunas contribuciones sobre Cataluña y el desafío independentista. No obstante, en ambos se abordan cuestiones que bien podrían formar parte de alguno de los otros apartados del texto, como sucede con la interesante reflexión sobre el ejercicio de la facultad de disolución anticipada de las Cámaras en el sistema parlamentario, o la dedicada la investidura telemática.

Como balance, la clasificación sistemática llevada a cabo para organizar los textos entra en algunas ocasiones en conflicto con el hecho de que un mismo artículo trata de varios temas a la vez, y bien pudiera haber encontrado acomodo en uno u otro capítulo. Así ocurre especialmente en el caso del capítulo II, cuyos textos tratan cuestiones de derechos fundamentales, pero también y al mismo tiempo de los principios de la interpretación de la Constitución y las leyes, o de la división de poderes. Esto prueba seguramente que los problemas jurídico-constitucionales son complejos y las clasificaciones dogmáticas meros artificios de la razón para poner orden en el análisis científico de instituciones y conceptos que, a la postre, conforman un todo. Y por otra parte, el criterio de ordenación de los textos dentro de cada capítulo es cronológico, lo que comporta que cuando un mismo tema es tratado en más de una ocasión, al hilo de noticias que se producen en momentos distintos, los artículos aparezcan separados a pesar de compartir objeto. Así sucede, por ejemplo, con los referidos al abuso del decreto ley (núms. 36 y 40 del cap. V) o a la independencia del Poder Judicial (arts. 41 y 45 del cap. VI).

VI. En definitiva, *La mirada de Argos* es una antología de artículos de prensa de tema jurídico-constitucional escritos por un reconocido especialista en la materia y sin duda, también, como adelanta el profesor De Carreras en el prólogo, «un libro de casos difíciles» de derecho constitucional. Pero es algo más: constituye la apuesta personal de un jurista comprometido por explicar los problemas que se plantean y aportar soluciones a los mismos, por resultar útil a la sociedad de la que forma parte y por hacer ver a los lectores que «el mundo político y el mundo jurídico no siempre son concordantes» y que a menudo las soluciones no son unívocas, poniendo de relieve «las limitaciones de nuestra ciencia cuando no existe una norma clara», dicho en palabras del propio autor, quien también reconoce que, a menudo, no solo habla el jurista

especializado, ni siquiera el jurista con voluntad de resultar comprensible, sino también «el ciudadano con ciertas convicciones políticas», pero siempre dejando claro cuándo habla uno y cuándo el otro, en un ejercicio de honestidad intelectual poco habitual. Ruiz Robledo actualiza así su empeño en explicar y aplicar la Constitución efectivamente vigente, puesto de manifiesto en otras obras suya anteriores, desde su consideración como un texto abierto a la «sociedad de los intérpretes constitucionales» (Häberle), en cuyo seno tanto ciudadanos como poderes públicos no solamente aparecemos vinculados por la Constitución (art. 9.1 CE), sino que somos sujetos activos de su interpretación, que debe ser constitucionalmente adecuada y tener una finalidad integradora, frente a la tendencia actual a destacar o idealizar alguno de sus contenidos para utilizarlo como arma arrojadiza frente al adversario político.

Para finalizar, retomando la idea inicial: el Derecho Constitucional tiene naturaleza científica porque tanto su creación, su interpretación y su aplicación están vinculadas a la racionalidad. Una racionalidad técnica de la que hace gala Ruiz Robledo en el conjunto de escritos recogidos en *La mirada de Argos* que, no obstante, como señalara Tomás y Valiente en su discurso de despedida del Tribunal Constitucional, «no puede actuar vaciada de toda carga valorativa, pues el Derecho no es forma neutra, sino la estructura racional de la libertad a la que ha llegado una cultura determinada en un momento de su historia».

Luis González del Campo
Letrado director de Régimen Jurídico
y Estudios Parlamentarios
Parlamento de Cantabria

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Temas de interés

El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (AIJC) publica trabajos de investigación originales sobre la Constitución y el sistema de las fuentes, el control de la constitucionalidad y la justicia constitucional, la tutela de los derechos y libertades y el orden axiológico constitucional, así como la interpretación por los Tribunales Constitucionales u órganos equivalentes de las normas de la Constitución, con particularísima preferencia a los países del mundo iberoamericano.

Envío de originales

Los originales se harán llegar por correo electrónico a la dirección **evaluaciones@cepc.es**. Han de ser inéditos o, en todo caso, no haber sido publicados en lengua española. Será responsabilidad del autor informar sobre la situación de los derechos de autor. La publicación de un trabajo que atente contra dichos derechos será responsabilidad del autor.

El envío de trabajos presupone, por parte de los autores, el conocimiento y aceptación de estas Instrucciones. Mientras el manuscrito esté en proceso de evaluación por parte del AIJC, los autores no lo presentarán para su evaluación a otras revistas. Será obligatorio enviar dos versiones: una **anonimizada** para facilitar la evaluación anónima del texto, y otra sin anonimizar.

Idiomas de los originales

El AIJC acepta trabajos en español, portugués e inglés. Si se envía una versión en inglés, la calidad del inglés debe ser perfecta, por lo que el texto debe haber sido escrito o revisado por una persona nativa de lengua inglesa.

Formato de los originales

Los originales deberán presentarse en Word con letra Times New Roman tamaño 12 y un interlineado de uno y medio. La extensión total no deberá superar las treinta páginas (10000 a 12000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación institucional, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto, así como la indicación de quién es el autor destinatario de todas las comunicaciones con la revista.

Título

Los estudios doctrinales y jurisprudenciales llevarán el título en español e inglés. Tendrá un marcado carácter informativo y reflejará fielmente el contenido del artículo. Dentro de lo posible debe evitarse el uso de abreviaturas y acrónimos.

Resumen

Los estudios doctrinales irán precedidos de un breve resumen, en español e inglés, cuya extensión debe estar comprendida entre 120 y 150 palabras. Su alcance debe ser estrictamente informativo no puede incluirse en los mismos información que no figure en el texto del artículo. También deben evitarse palabras o expresiones poco significativas, perífrasis y frases excesivamente largas.

Descriptores

En los estudios doctrinales, se incluirá un máximo de cinco descriptores o palabras clave, en español e inglés. Para favorecer su normalización se recomienda su extracción de tesauros y vocabularios normalizados.

Normas de citación

Notas

Se situarán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Únicamente contendrán texto adicional y solo excepcionalmente citas bibliográficas, y en ningún caso incluirán referencias bibliográficas completas, que se incluirán al final del artículo.

Citas bibliográficas

Aparecerán preferentemente en el cuerpo del texto. Cada una de las citas bibliográficas debe corresponderse con una referencia en la bibliografía final. Deben evitarse las autocitas, restringiéndose su uso únicamente a los casos imprescindibles. Para las citas en el texto se empleará el sistema autor-año de Harvard (autor, año: página):

(Dahl, 1989: 323)

Los documentos con dos autores se citan por sus primeros apellidos unidos por «y»:

(Telles y Ortiz, 2011)

Si se cita el trabajo de tres o más autores, es suficiente citar el primer autor seguido de *et al.*:

(Amador *et al.*, 1989)

Si se citan varios trabajos de un autor o grupo de autores de un mismo año, debe añadirse a, b, c... después del año:

(Franzen, 2012b)

Cuando el apellido del autor citado forma parte del texto, debe indicarse siempre entre paréntesis el año de la obra citada:
Como afirma Goldthorpe (2010)...

Bibliografía

Se incluirá al final del artículo o nota de investigación. Únicamente contendrá referencias citadas en el texto. Por tanto, queda expresamente prohibido incluir referencias adicionales. Se seguirá el sistema APA (American Psychological Association). A continuación adjuntamos ejemplos para las tipologías más usadas de documentos:

Monografías

— Un autor

Crouch, C. (2011). *The Strange Non-Death of Neoliberalism*. Cambridge: Polity.

— Dos o más autores

Anduiza Perea, E., Crespo, I. y Méndez Lago, M. (1999). *Metodología de la Ciencia Política*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

— Libro en línea

Sanmartín Cuevas, X. (2014). *Nuevas tecnologías, traen nuevas tendencias: viaje TIC con 80 entrevistas exclusivas*. Disponible en: <http://catalogo.ulima.edu.pe/uhtbin/cgiirsi.exe/6Yw1INoKGt/x/153460026/9>.

Capítulos de monografías

Zea, L. (2007). América Latina: largo viaje hacia sí misma. En D. Pantoja (comp.). *Antología del pensamiento latinoamericano sobre la educación, la cultura y las universidades* (pp. 125-138). México: UDUAL.

Artículos de revistas científicas

Miguel, E., Shanker, S. y Ernest, S. (2004). Economic shocks and civil conflict: an instrumental variables approach. *Journal of Political Economy*, 112 (4), 725-753.

— Revistas electrónicas

Pifarré, M. J. (2013). Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 16, 40-43. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78828864004>.

— Revistas electrónicas con DOI

Díaz-Noci, J. (2010). Medios de comunicación en internet: algunas tendencias. *El Profesional de la Información*, 19 (6), 561-567. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.3145/epi.2010.nov.01>.

Informes

— Autor institucional

Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. (2004). *Eficiencia energética y energías renovables* (Informes IDEA. Boletín IDEA; 6). Madrid : IDEA.

— Autor personal

Caruso, J., Nicol, A. y Archambault, E. (2013). *Open Access Strategies in the European Research Area*. Montreal: Science-Metrix. Disponible en: http://www.science-metrix.com/pdf/SM_EC_OA_Policies.pdf.

Congresos

— Actas

Cairo, H. y Finkel, L. (coord.). (2013). *Actas del XI Congreso Español de Sociología: crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología*. Madrid: Federación Española de Sociología.

— Ponencias publicadas en actas

Codina Bonilla, L. (2000). Parámetros e indicadores de calidad para la evaluación de recursos digitales. En *Actas de las VII Jornadas Españolas de Documentación (Bilbao, 19-21 de octubre de 2000): la gestión del conocimiento: retos y soluciones de los profesionales de la información* (pp. 135-144). Bilbao: Universidad del País Vasco.

— Ponencias y comunicaciones en línea

Durán Heras, M. A. (2014). Mujeres y hombres ante la situación de dependencia. Comunicación presentada en el seminario *Políticas públicas de atención a personas mayores dependientes: hacia un sistema integral de cuidados*. Disponible en: http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/mujereshombres19_21mayo.pdf.

Tesis

— Publicadas

Llamas Cascón, A. (1991). *Los valores jurídicos como ordenamiento material [tesis doctoral]*. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/15829>.

— Inéditas

De las Heras, B. (2011). *Imagen de la mujer en el Fondo Fotográfico de las Guerra Civil Española de la Biblioteca Nacional de España*. Madrid, 1936-1939 [tesis doctoral inédita]. Universidad Carlos III de Madrid.

Artículos y noticias de periódicos

Bassets, M. (2015). El Tribunal Supremo respalda la reforma sanitaria de Obama. *El País*, 25-6-2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/25/actualidad/1435242145_474489.html.

— Sin autor

Drogas genéricas. (2010). *El Tiempo*, 25-9-2015, p. 15.

Blogs

Escolar, I. (2015). El falso mito de que los emprendedores de Internet son la solución al paro. *Escolar.Net* [blog], 25-6-2015. Disponible en: http://www.eldiario.es/escolar/falso-empresas-Internet-solucion-paro_6_402519746.html.

Foros electrónicos, listas de distribución

Pastor, J. A. (2014). Aspectos prácticos para proyectos de datos abiertos en las administraciones públicas. *IWETEL* [lista de distribución], 31-1-2014. Disponible en: <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=IWETEL;b361930a.1401e>.

DOIS

En el caso de que los trabajos en formato electrónico contengan DOI (*digital object identifier*), será obligado recogerlo en la referencia bibliográfica. Se hará del siguiente modo:

Murray, S. (2006). Private Polls and Presidential Policymaking, Reagan as a Facilitator of Change. *Public Opinion Quarterly*, 70 (4), 477-498. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/poq/nfl022>.

Derechos de autor

Los autores conservarán sus derechos de autor y garantizarán a la revista el derecho de primera publicación de su obra, el cual estará simultáneamente sujeto a la **Licencia de reconocimiento de Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional** que permite a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor y su primera publicación esta revista.

Plagio y fraude científico

La publicación de un trabajo que atente contra los derechos de propiedad intelectual será responsabilidad de los autores, que serán los que asuman los conflictos que

pudieran tener lugar por razones de derechos de autor. Los conflictos más importantes pueden darse por la comisión de plagios y fraudes científicos. Se entiende por **plagio**:

- a. Presentar el trabajo ajeno como propio.
- b. Adoptar palabras o ideas de otros autores sin el debido reconocimiento.
- c. No emplear las comillas u otro formato distintivo en una cita literal.
- d. Dar información incorrecta sobre la verdadera fuente de una cita.
- e. El parafraseo de una fuente sin mencionar la fuente.
- f. El parafraseo abusivo, incluso si se menciona la fuente.

Las prácticas constitutivas de **fraude científico** son las siguientes:

- a. Fabricación, falsificación u omisión de datos y plagio.
- b. Publicación duplicada.
- c. Conflictos de autoría.

ISSN-L 1138-4824



9 771138 482402

00024

