

CUADERNOS CONSTITUCIONALES



AÑO 2022 N° 3



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

Edición: Departamento de Derecho Constitucional,
Ciencia Política y de la Administración. Universitat de València.
Avda. de los Naranjos, s/n, 46022, València.
Telf: (34) 96 3828120
Web: <https://ojs.uv.es/index.php/cuadernosconstitucionales>
Contacto: cuadernosconstitucionales@uv.es
Diseño y maquetación: Ibán Ramón design_estudio
ISSN: 2660-9231



Todos los trabajos que se publican en Cuadernos
Constitucionales lo hacen sujetos a una licencia Creative
Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional.
Los términos de la licencia disponibles on-line en:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

CODIRECTORES

Remedio Sánchez Ferriz,
Universitat de València
Roberto Viciano Pastor,
Universitat de València

SECRETARIOS

Ignacio Durbán Martín,
Universitat de València
Jorge Castellanos
Claramunt, Universitat
de València

CONSEJO DE REDACCIÓN

Antonio Bar Cendón,
Universitat de València
Ana María Carmona
Contreras, Universidad
de Sevilla
Lorenzo Cotino Hueso,
Universitat de València
Fco. Javier Díaz Revorio,
Universidad de Castilla-
La Mancha
Vicente Garrido Mayol,
Universitat de València
Martin Ibler, Universitt
Konstanz, Alemania
Luis Jimena Quesada,
Universitat de València
Rubén Martínez Dalmau,
Universitat de València
Albert Noguera Fernández,
Universitat de València
M. Josefa Ridaura Martínez,
Universitat de València
Fiammetta Salmoni,
Università degli Studi
Guglielmo Marconi, Italia
Rosario Serra Cristóbal,
Universitat de València

CONSEJO ASESOR

Tatiana A. Alexeeva,
Universidad Nacional de
Investigación "Escuela
Superior de Economía",
Rusia
Jorge Asbún Rojas,
Universidad Privada de Santa
Cruz de la Sierra, Bolivia
José Asensi Sabater,
Universidad de Alicante
Francisco Balaguer Callejón,
Universidad de Granada
Luís Roberto Barroso,
Universidade do Estado do
Rio de Janeiro, Brasil
Paloma Biglino Campos,
Universidad de Valladolid
Roberto L. Blanco Valdés,
Universidade de Santiago
de Compostela
Juan Cano Bueso,
Universidad de Almería
Miguel Carbonell Sánchez,
Universidad Nacional
Autónoma de México,
México
Marc Carrillo López,
Universitat Pompeu Fabra
Jesús María Casal
Hernández, Universidad
Católica Andrés Bello,
Venezuela
Carlos de Cabo, Universidad
Complutense de Madrid
Francisco José Eguiguren
Praeli, Pontificia Universidad
Católica del Perú, Perú
Lliliana Estupiñán Achury,
Universidad Libre, Colombia
Teresa Freixes Sanjuán,
Universitat Autònoma de
Barcelona
Tommaso Edoardo Frosini,
Università Suor Orsola
Benincasa di Napoli, Italia
Piedad García-Escudero
Márquez, Universidad
Complutense de Madrid
José Luis García Guerrero,
Universidad de Castilla-
La Mancha
Javier García Roca,
Universidad Complutense
de Madrid

Roberto Gargarella,
Universidad de Buenos Aires,
Argentina
Sergio Gerotto, Università
degli Studi di Padova, Italia
Luis López Guerra,
Universidad Carlos III
de Madrid
Marta Lorente Sariñena,
Universidad Autónoma
de Madrid
Pascal Mahon, L'Université
de Neuchâtel, Suiza
Manuel Martínez Sospedra,
Universidad CEU Cardenal
Herrera
Joan Oliver Araujo,
Universitat de les Illes
Balears
Lucio Pegoraro, Università
di Bologna, Italia
Mariano Peset Reig,
Universitat de València
Miguel Ángel Presno Linera,
Universidad de Oviedo
Miguel Revenga Sánchez,
Universidad de Cádiz
Paolo Ridola, Sapienza-
Università di Roma, Italia
Dominique Rousseau,
Université Paris 1 Panthéon-
Sorbonne, Francia
Carlos Ruiz Miguel,
Universidade de Santiago
de Compostela
Massimo Siclari, Università
degli Studi Roma, Italia
Claudia Storini, Universidad
Andina Simón Bolívar,
Ecuador
Antonio Torres del Moral,
Universidad Nacional de
Educación a Distancia
Arianna Vendaschi, Università
Commerciale Luigi Bocconi,
Italia
Marc Verdussen, Universidad
de Lovaina, Bélgica
Carlos Vidal Prado,
Universidad Nacional de
Educación a Distancia
Francisco Zúñiga Urbina,
Universidad de Chile, Chile

CUADERNOS CONSTITUCIONALES



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

ÍNDICE

I. Derecho constitucional español

Carlos Ruiz Miguel

El (excepcional) reconocimiento del derecho de secesión en el derecho comparado 9-31

Leonardo Álvarez Álvarez

La emergencia en el sistema jurídico y la conjetura de Poincaré. Una revisión crítica de la literatura 33-49

Miguel Cabanillas Sanz

La integración de la Casa del Rey en la regulación de la Administración del Estado 51-75

II. Derecho constitucional extranjero

Francisco Zúñiga Urbina

El rechazo en el plebiscito chileno de 4 de septiembre de 2022: perspectivas constitucionales 77-98

Jorge Castellanos Claramunt

Consideraciones constitucionales de la participación migrante: una mirada italo-española 99-115

Carla Sentí Navarro

La mentira entre estados y la seguridad nacional 117-130

Antonio Villacorta Caño-Vega

Los poderes privados de dominio social y el surgimiento de una especie de nueva pluralidad de producción jurídica propia de la globalización: el globalismo como efecto político

131-155

III. Historia constitucional

Manuel Martínez Sospedra

Del Rey y su persona. Examinando las previsiones sobre la Corona que contiene la Constitución y revisitando la cuestión de la inviolabilidad

157-173

Ramón Aznar i Garcia

De la ruptura ideológica al Plenario de Parlamentarios del País Valenciano

175-198

IV. Recensiones

José Manuel Martínez Sierra: *La (des) constitucionalización en la Unión Europea, Valencia*, por **Rodrigo Cetina Presuel**

201-203

Ignacio Bel Mallén: *La ética informativa: un reto en la era de la posverdad*, por **Loreto Corredoira**

205-208

José Ángel Camisón Yagüe: *Constitución económica: transformaciones y retos*, por **Silvia Soriano Moreno**

209-212

Oscar Alzaga Villaamil: *La conquista de la transición (1960-1978). Memorias documentadas*, por **Antonio Sotillo Martí** 213-218

Enrique Fliquete Lliso: *Derecho de gracia y Constitución. El indulto en el Estado de Derecho*, por **Mariano Vivancos Comes** 219-221

I. DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El (excepcional) reconocimiento del derecho de secesión en el derecho comparado

The (exceptional) recognition of the right of secession in comparative law

CARLOS RUIZ MIGUEL

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Santiago de Compostela
carlos.ruiz@usc.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.3.24542>

Fecha de recepción: 26/04/2022

Fecha de aceptación: 02/06/2022

Resumen

El presente trabajo postula como punto de partida la diferenciación conceptual entre el “derecho de secesión”, entendido como un derecho cuya fuente es el Derecho nacional, y el “derecho de autodeterminación” que se considera que tiene su fuente en el Derecho internacional. Sobre esa base se examina el reconocimiento excepcional del derecho de secesión en el Derecho Comparado. En el presente estudio se examinan en primer lugar los rarísimos casos y formas en los que el derecho de secesión ha sido reconocido por el Derecho Constitucional de un Estado con resultados poco encomiables. Tras ello se estudian los supuestos y formas en los que se ha reconocido el derecho de secesión por instrumentos jurídicos internos en contradicción con la Constitución del Estado del que la entidad en cuestión se ha separado. En este último supuesto no sólo existe una variedad de modalidades sino también una incongruente práctica en el reconocimiento de estas acciones por el resto de los Estados.

Palabras clave

Derecho de secesión, derecho de autodeterminación, referéndum, federalismo.

Abstract

The starting point of this paper is the conceptual differentiation between the right to secession, understood as a right whose source lie in the domestic law and the right to self-determination as a right arisen from the international law. On this basis the study deals with the rare and exceptional cases where a right to secession has been recognized by a State constitutional law, with not very much laudable outcome. Later on this article examines the cases and procedures through which the right to secession has been introduced into the domestic law notwithstanding its contradiction with the Constitution of the State to which the separatist entity wants to depart. In the latter case we can see a variety of procedures and an inconsistent State practice regarding the recognition by other States of these actions.

Keywords

Right to secession, right of self-determination, referendum, federalism.

Sumario

I. Precisiones conceptuales: derecho internacional a la autodeterminación y derecho constitucional a la secesión. II. La secesión como excepción: reconocimiento constitucional del derecho de secesión. 1. El derecho de secesión en Europa. 2. El derecho de secesión en Asia. 3. El derecho de secesión en África. 4. El derecho de secesión en América. III. La secesión como revolución: el reconocimiento jurídico-interno no constitucional del derecho de secesión. 1. México y Texas. 2. Argelia. 3. El no derecho a la secesión en Canadá. 4. Kosovo. 5. Crimea. IV. Conclusiones. *Bibliografía.*

I. Precisiones conceptuales: derecho internacional a la autodeterminación y derecho constitucional a la secesión

Existe una confusión habitual no sólo en la opinión pública, sino también entre actores políticos e incluso, en ocasiones, en algunos textos jurídicos, acerca de la expresión “derecho de autodeterminación”. En efecto, algunos utilizan la misma expresión tanto para referirse a la separación de un territorio colonial respecto al Estado metropolitano y cuando una parte del Estado se separa del resto. La esencia del fenómeno es histórica, política y jurídicamente distinta en ambos casos, lo que obliga, en rigor, a utilizar expresiones diferentes para aludir a fenómenos diferentes. A nuestro juicio ello exige distinguir entre el “derecho a la autodeterminación”, que es por su naturaleza un derecho internacional y el “derecho de secesión” que es, en su caso, un derecho nacional.

El “*derecho a la autodeterminación*” se caracteriza por dos notas fundamentales, a saber, que tiene su fuente en el Derecho Internacional y que busca restablecer una soberanía e independencia preexistentes. La categoría “derecho a la autodeterminación”, en rigor, nace a comienzos del siglo XX, aunque inexactamente se haya pretendido identificarla antes de esa fecha, con una doble fuente: por un lado, el pensamiento de Stalin y de Lenin, desde 1913-1914, y por otro el de Woodrow Wilson, a partir de 1918, pues, aunque Wilson no hablara explícitamente de “derecho de autodeterminación” a partir de él se planteó la cuestión en relación con las islas Åland, suecófonas pero cercanas a Finlandia. El Tribunal Permanente de Justicia Internacional no reconoció a estas islas el “derecho de autodeterminación”, pero la categoría quedó como objeto de debate. En la Carta del Atlántico de 1941 la autodeterminación aparece ya clara, aunque no explícitamente y será la Carta de las Naciones Unidas la que recoja, por primera vez la idea de “autodeterminación”, aunque no como un “derecho”, sino como un “principio”. Sólo después, en 1960 (Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales) y 1966 (Pactos internacionales de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales) quedará consagrada también como un “derecho” (Ruiz Miguel, 2015: 270-274). En virtud del contenido político del “derecho de autodeterminación” los “países y pueblos coloniales” “determinan libremente su condición política”. Ahora bien, la calificación de un pueblo o país como “colonial” implica necesariamente que no forma parte del pueblo o país

metropolitano y que fue sometido, y no equiparado, a este último, por medios que desde 1945 se consideran injustos: conquista militar o tratados inicuos. Esto significa que la “colonia”, es un pueblo o país que ya existía independiente de la metrópoli, con la excepción de los casos en que la colonia es una parte de un país que era, y eventualmente siguió siendo independiente (Gibraltar, Malvinas, Hong Kong...). Así pues, el “derecho de autodeterminación” busca garantizar que un país o pueblo colonial que ya era independiente antes de la colonización pueda volver a serlo después. La Carta de Naciones Unidas de 1945 y, muy especialmente, la Declaración de 1960, buscan restablecer una soberanía previamente existente y, en virtud de esa soberanía restablecida por Naciones Unidas los países y pueblos coloniales “determinan libremente su condición política”. En definitiva, el “derecho a la autodeterminación”, en su aspecto político, implica un reconocimiento internacional de una soberanía y de un poder constituyente de un pueblo que hasta ese momento (1945-1960) había sido privado de su independencia por medios que, después de 1945, se consideran ilícitos. Por eso, aunque el contenido político del “derecho a la autodeterminación” sea la atribución de la soberanía y del poder constituyente, su naturaleza jurídica es la de un derecho internacional. Son los organismos de Naciones Unidas los que elaboran las normas singulares que precisan quienes son esos “países y pueblos coloniales”, premisa necesaria para poder invocar el “derecho a la autodeterminación”.

Son los Estados ya existentes y los “países y pueblos coloniales” los únicos titulares *stricto sensu* del derecho internacional a la autodeterminación. A este respecto conviene hacer una precisión. Es cierto que también se reconoce un llamado “derecho a la autodeterminación” a los “pueblos indígenas”, pero no es propiamente tal derecho, aunque así se le llame, porque este derecho no les autoriza a que “determinan libremente su condición política” sino sólo a que “en ejercicio de su derecho a la libre determinación” tengan “derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”¹.

Muy diferente, conceptualmente, es el “derecho de secesión” que se caracteriza por dos notas diferentes: por un lado, tiene su fuente en el Derecho nacional (mayormente constitucional) y, por otro, busca quebrar una unidad política independiente ya existente. Así pues, el “derecho de secesión” sólo tiene su fuente en el Derecho nacional lo que significa que, a pesar de lo pretendido por algunos autores², no hay reconocimiento de un supuesto derecho de “secesión como garantía”, en supuestos de graves violaciones de derechos humanos ni en el Derecho positivo Internacional ni en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia (Ruiz Miguel, 2015: 281-282; 2019: 105-108). Por otro lado, y a diferencia del “derecho de autodeterminación”, el “derecho de secesión” no presupone que el grupo que busca configurar un Estado nuevo previamente haya tenido un Estado o haya sido una unidad política independiente, pero en el caso de que sí lo haya tenido, se presupone que se fusionó de forma libre y lícita para dar lugar al Estado finalmente resultante.

Estas dos categorías, “derecho a la autodeterminación” y “derecho de secesión” son las dos que aparecen positivizadas en el Derecho Internacional y en el Derecho Constitucional. No existe, por el contrario, un supuesto “derecho

1 Declaración de las naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/61/295 (2007).

2 El principal, Antonio Cassese (1995: 109).

a decidir”, construcción pseudojurídica para intentar reclamar que el Estado permita a un grupo realizar una acción política secesionista que el ordenamiento jurídico prohíbe. Constituye, en consecuencia, un intento de disfrazar como «derecho» una política que no se atreve a actuar como tal para imponer un nuevo poder soberano (Ruiz Miguel, 2018: 67).

El presente trabajo pretende examinar los casos en los que se ha intentado proceder a una secesión sin tener un derecho a ello y cómo los tribunales han hecho frente a ese intento de quebrar la unidad del poder constituyente. Quedan, por tanto, fuera del ámbito de este estudio los supuestos en los que esa secesión se ha frenado por vías no jurisdiccionales. Además, queda fuera el caso de España que exige un estudio separado mucho más amplio. Para comprender adecuadamente este trabajo es muy importante constatar que el “derecho de secesión” es una excepción a la regla general del Derecho Constitucional y, como tal, sólo existe si se halla explícitamente establecido.

II. La secesión como excepción: reconocimiento constitucional del derecho de secesión

El examen del Derecho comparado muestra que el derecho de secesión es excepcional en el conjunto de la Historia y, especialmente, en el presente. Hoy en día sólo se reconoce en cinco (en realidad, cuatro) de los 193 Estados que componen las Naciones Unidas (o sea, el 2’6% o el 2’07% de los Estados): San Cristóbal y las Nieves (desde 1983), Etiopía (desde 1994), Liechtenstein (desde 2003) y Dinamarca (respecto a Groenlandia, desde 2009), a los que habría que añadir, de modo muy matizado Uzbekistán (respecto a Karakalpakstan, desde 1992).

1. El derecho de secesión en Europa

* URSS (*Constituciones de 1924, 1936 y 1977*)

La Constitución de la República Soviética de Rusia, proclamada por el Quinto Congreso de los Soviets de toda Rusia, de 10 de julio de 1918, en su artículo 2 disponía que la “*República Soviética de Rusia se establece sobre el principio de la libre unión de naciones libres*”, como federación de repúblicas nacionales soviéticas” y, en su artículo 4 defendía una política exterior basada en la “*autodeterminación de las naciones*”. Sin embargo, no consagraba, explícitamente, un derecho de secesión.

Será la primera Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), de 31 de enero de 1924 la que reconozca el derecho de secesión a las repúblicas que forman la URSS. En su artículo 4 dice que: “*cada República federada mantiene el derecho de retirarse libremente de la Unión*”³. Esta Constitución fue sustituida por la aprobada, bajo el mando de Stalin, en el octavo congreso extraordinario de los soviets de la URSS, el 5 de diciembre de 1936. Esta Constitución mantiene el derecho de secesión en su artículo 17 con un texto muy parecido (“*cada República soviética mantiene el derecho de retirarse libremente de la URSS*”)⁴. La Constitución estaliniana fue sustituida por otra durante el mando de Breznev. Esta nueva Constitución, aprobada el 7 de octubre de 1977, en su artículo 72 mantuvo el derecho de secesión con este

3 “За каждой из союзных республик сохраняется право свободного выхода из Союза”.

4 “За каждой советской республикой сохраняется право свободного выхода из СССР”.

tenor: “Cada República federada conserva el derecho a separarse libremente de la URSS”⁵.

Durante el mandato de Mijaíl Gorbachov, este derecho fue invocado por la República Socialista Soviética de Georgia, el 9 de abril de 1991, para separarse de la URSS. Después de la llegada de Boris Yeltsin al poder, el 10 de julio de ese año, se sucedieron las declaraciones de independencia de las repúblicas soviéticas invocando su derecho constitucional a la secesión.

* *Yugoslavia (Constituciones de 1946, 1953, 1963 y 1974)*⁶

Yugoslavia es un país creado en la época de entreguerras fusionando varios Estados de lenguas eslavas en el sur de Europa (Serbia y Montenegro) junto a zonas eslavas pertenecientes al Imperio austro-húngaro hasta finales de la Primera Guerra Mundial. En el momento de su creación se configuró como monarquía, llamada primero “Reino de Serbios, Croatas y Eslovenos” y desde 1929 “Reino de Yugoslavia”. Pero ni su primera Constitución de 15/28 de junio de 1921 (“Constitución de Vidovdan”) ni la de 3 de septiembre de 1931 reconocían un derecho de secesión.

El derecho de secesión tendrá reconocimiento constitucional en Yugoslavia después de que los comunistas tomaran el poder. La primera Constitución de Yugoslavia, de 31 de enero de 1946, en su artículo primero dice que “*La República Popular Federal de Yugoslavia es un estado-nación federal con forma de República, una comunidad de naciones iguales jurídicamente, que se basa en la libre determinación, incluido el derecho a la secesión, que ha expresado su voluntad de convivir en un solo gobierno federal*”⁷. Esta primera Constitución fue sustituida en 1953 por la Ley Constitucional sobre las bases de la organización social y política de la República Federativa de los Pueblos de Yugoslavia y de los órganos federales de autoridad que mantuvo ese derecho, con el mismo tenor, en el artículo 1 de la Constitución de 1946 como Sección 1 del nuevo artículo I. Esta Constitución fue sustituida por la Asamblea Popular Federal, el 7 de abril de 1963, que en su artículo 1 dice que “*los pueblos de Yugoslavia, sobre la base del derecho de todos los pueblos a la autodeterminación, incluido el derecho de secesión (...) se unieron en una república federal de pueblos y nacionalidades libres e iguales y crearon una comunidad federal socialista de trabajadores, la República Socialista Federativa de Yugoslavia, (...)*”⁸.

Esta Constitución fue sustituida once años después por otra, fechada en 1974 que, en su primera parte (Principios fundamentales) incluye, como primer principio, el del derecho de secesión:

“Los pueblos de Yugoslavia, partiendo del derecho de todos los pueblos a la autodeterminación, incluido el derecho a la secesión, sobre la base de su voluntad libremente expresada en la lucha común de todos los pueblos y nacionalidades en la guerra de liberación nacional y en la revolución socialista, en armonía con

5 “За каждой союзной республикой сохраняется право свободного выхода из СССР”.

6 Los textos originales de las Constituciones yugoslavas pueden consultarse en http://www.arhivyu.gov.rs/active/sr-latin/home/glavna_navigacija/leksikon_jugoslavije/konstitutivni_akti_jugoslavije.html

7 “Федеративна Народна Република Југославија је савезна народна држава републиканског облика, заједница равноправних народа, који су на основу права на самоопредељење, укључујући право на отцепљење, изразили своју вољу да живе заједно у федеративној држави.”.

8 “Народи Југославије, полазећи од права сваког народа на самоопредељење, укључујући и право на отцепљење, (...) , ујединили су се у савезну републику слободних и равноправних народа и народности и створили социјалистичку федеративну заједницу радних људи — Социјалистичку Федеративну Републику Југославију (...)”.

sus aspiraciones históricas, conscientes que la ulterior consolidación de su hermandad y unidad es de su común interés, junto con las nacionalidades con las que viven, se unieron en una república federal de pueblos y nacionalidades libres e iguales y crearon una comunidad federativa socialista de trabajadores - la República Federativa Socialista de Yugoslavia, en el cual, en interés de cada pueblo y nación por separado y de todos juntos, (...)”⁹.

Este derecho de secesión fue invocado por sucesivas repúblicas de la Federación yugoslava para separarse de la misma. El 23 de diciembre de 1990 Eslovenia celebró un referéndum sobre la independencia que obtuvo un amplio respaldo (88’5% del censo) y el 25 de junio de 1991 Eslovenia declaró su independencia, tras lo cual se produjo la llamada “guerra de los diez días” contra Yugoslavia que fue derrotada. Poco después, el 19 de mayo de 1991 se celebró un referéndum similar en Croacia en el que también con una amplia mayoría del censo la población apoyó la independencia, que fue declarada el 25 de junio de 1991. Tras estas dos se produjeron las escisiones de otras repúblicas que, en el caso de Bosnia dieron lugar a una cruenta guerra. Yugoslavia quedó reducida a una federación de Serbia y Montenegro. Más adelante examinaremos el caso de esta otra federación.

* *Checoslovaquia (1968-1992)*

Tras la toma del poder por los comunistas, el 9 de mayo de 1948 se aprueba la Constitución de la “República Popular” de Checoslovaquia. Este texto, como las precedentes constituciones comunistas de la URSS y la de Yugoslavia proclamaba en su artículo 1.2 el “derecho de autodeterminación” de cada una de las dos repúblicas (la checa y la eslovaca) aunque no consagraba explícitamente el derecho de secesión: “La base de la República Socialista Checoslovaca es una unión voluntaria de estados nacionales iguales de las naciones checa y eslovaca, basada en el derecho a la autodeterminación de cada uno de ellos”¹⁰. Será la ley constitucional de 27 de octubre de 1968, sobre la federación checoslovaca, la que, además de reiterar el derecho de autodeterminación de los miembros de la Federación, por primera vez introduzca, explícitamente, el derecho de secesión en esta Federación en su Preámbulo con estas palabras: “Reconociendo la inalienabilidad del derecho a la libre determinación hasta la separación y respetando la soberanía de cada nación y su derecho a configurar libremente el modo y forma de su vida nacional y estatal”¹¹.

El 17 de julio de 1992, el parlamento de Eslovaquia, sin que hubiera habido un referéndum, aprobó una declaración para alcanzar la soberanía “a nivel internacional”, lo que significaba romper la federación, amparándose en la

9 “Народи Југославије, полазећи од права сваког народа на самоопредељење, укључујући и право на отцепљење, на основу своје слободно изражене воље у заједничкој борби свих народа и народности у народноослободилачком рату и социјалистичкој револуцији, а у складу са својим историјским тежњама, свесни да је даље учвршћивање њиховог братства и јединства у заједничком интересу, заједно са народностима са којима живе, ујединили су се у савезну републику слободних и равноправних народа и народности и створили социјалистичку федеративну заједницу радних људи — Социјалистичку Федеративну Републику Југославију, у којој, у интересу сваког народа и народности посебно и свих њих заједно (...)”.

10 “Základem Československé socialistické republiky je dobrovolný svazek rovnoprávných národních států českého a slovenského národa, založený na právu na sebeurčení každého z nich.”.

11 “uznávající nezadatelnost práva na sebeurčení až do oddělení a respektující suverenitu každého národa a jeho právo utvářet si svobodně způsob a formu svého národního a státního života”.

posibilidad de separación, mencionada en la ley constitucional de 1968. La secesión fue consumada, pacíficamente y sin referéndum mediante otra ley constitucional, de 25 de noviembre de 1992, sobre la disolución de la República checa y eslovaca.

* *Serbia-Montenegro (2002-2003-2006)*

Tras la progresiva separación de Yugoslavia de la mayoría de las repúblicas que la formaban (Eslovenia, Croacia, Macedonia y Bosnia-Herzegovina) quedaron sólo dos repúblicas (Serbia y Montenegro) que, mediante el acuerdo de unión de 14 de marzo de 2002, en que intervino como testigo el Alto Representante de la UE para la política exterior y de Seguridad (Javier Solana, en aquel momento) formaron un nuevo Estado federal llamado "Serbia-Montenegro"¹². Ese acuerdo contenía una cláusula de "reconsideración" en virtud de la cual tres años después de formalizada la Unión los Estados miembros tendrían derecho a iniciar un procedimiento para salir de la misma. Ese acuerdo contemplaba la aprobación de una "Carta constitucional" que debía ser la ley fundamental de la nueva Federación y que entró en vigor el 4 de febrero de 2003.

El artículo 60 de esta Carta Constitucional establece dos condiciones a la secesión: una temporal (que la secesión no se solicite hasta que hayan pasado **tres años** desde la aprobación de la Carta) y otra procedimental (que la secesión se haya aprobado por **referéndum**). Este artículo dice:

"Después de cumplirse el período de tres años, los Estados miembros tienen derecho a iniciar el procedimiento de cambio de su estatus estatal, es decir, de salir de la unión estatal de Serbia y Montenegro.

La decisión de salir de la unión estatal de Serbia y Montenegro se aprueba después de celebrar un referéndum.

La Ley de Referéndum la aprueba el Estado miembro, teniendo en cuenta los estándares democráticos aceptados internacionalmente.

En caso de que el Estado de Montenegro salga de la unión estatal de Serbia y Montenegro, los documentos internacionales que se refieren a la República Federal de Yugoslavia, especialmente la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se referirán en su totalidad al Estado de Serbia, como sucesor.

El Estado miembro que utilizase el derecho de salir no hereda el derecho a tener personalidad jurídico-internacional y todas las cuestiones polémicas se regularán de un modo especial entre el Estado sucesor y el Estado que logre la independencia.

En caso de que ambos Estados miembros se pronunciasen en referéndum por el cambio del estatus estatal, es decir, la independencia, todas las cuestiones polémicas se resolverían mediante el procedimiento de sucesión, al igual que en el caso de la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia"¹³

12 Agreement on Principles of Relations between Serbia and Montenegro within the State Union, Belgrade, 14th March 2002. https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/press_data/en/sq/69898.pdf

13 "По истеку периода од три године, државе чланице имају право да покрену поступак за промену државног статуса, односно за иступање из државне заједнице Србија и Црна Гора. Одлука о иступању из државне заједнице Србија и Црна Гора доноси се након референдума. Закон о референдуму доноси држава чланица, водећи рачуна о међународно признатим демократским стандардима.

У случају иступања државе Црне Горе из државне заједнице Србија и Црна Гора, међународни документи који се односе на Савезну Републику Југославију, посебно Резолуција 1244 Савета безбедности Уједињених нација, односили би се и у целости важили за државу Србију, као следбеника.

Држава чланица која искористи право иступања не наслеђује право на међународно-правни

Al amparo de lo previsto en este artículo 60, Montenegro celebró un referéndum el 21 de mayo de 2006 donde la opción de la independencia fue apoyada por más del 50% del censo de la república federada. Poco después, el 3 de junio de 2006 el Parlamento montenegrino proclamó la independencia.

* *Liechtenstein (2003)*

Por iniciativa del príncipe Hans-Adam II, se sometió a referéndum el 16 de marzo de 2003 una serie de reformas a la Constitución de 5 octubre 1921, que entraron en vigor el 15 de septiembre de 2003¹⁴. Entre las reformas se hallaba la inclusión del derecho de secesión, lo que se efectuó con el añadido de un segundo párrafo al artículo 4, que quedó redactado así:

“Cada uno de los municipios tiene el derecho a separarse de la Unión estatal. La iniciación del procedimiento de secesión debe ser decidida por la mayoría de los ciudadanos del país que están censados en ese municipio. La regulación de la secesión se hace mediante una ley o caso por caso a través de un tratado. En caso de hacerse mediante un tratado, tras la conclusión del mismo debe celebrarse una segunda votación en el municipio”¹⁵.

* *Dinamarca-Groenlandia (2009)*

Geológicamente Groenlandia forma parte de América, pero políticamente se halla dentro de Europa, al formar parte del Reino de Dinamarca. Groenlandia era un territorio colonial danés hasta que con la aprobación de la Constitución danesa de 1953 fue incorporada como territorio nacional danés y se intentó un proceso de asimilación a Dinamarca que provocó resistencias en Groenlandia despertando un deseo de independencia. Cuando se celebró en 1972 el referéndum sobre el ingreso en las Comunidades Europeas, el conjunto de la población danesa votó a favor (63'3% de votos), pero en Groenlandia la gran mayoría (70%) votó en contra lo cual ya revelaba que, desde el primer momento, la población de esta gran isla no era favorable a la integración europea. Y lo cierto es que tras la entrada de Dinamarca en la CE el rechazo groenlandés aumentó.

El parlamento danés aprobó el 29 de noviembre de 1978 la ley de autonomía de Groenlandia, que recibió el apoyo de la población de la isla en el referéndum celebrado el 17 de enero de 1979 donde, por amplia mayoría (70'1%, con el 60'7% de participación) se apoyó disponer de amplia autonomía para el territorio en virtud de la cual se creó un parlamento que convocó, el 23 de febrero de 1982, un referéndum sobre la salida de la isla de las Comunidades Europeas. Con una escasa participación (23'79% del electorado) una mayoría (53'02%) se mostró a favor de abandonar las Comunidades. La razón fundamental de la oposición groenlandesa era la de no permitir el acceso a la pesca en aguas de la isla a barcos de otros países comunitarios a lo que se añadió la prohibición comunitaria de comerciar con productos hechos con piel de foca. A fin de

субјективитет, а сва спорна питања посебно се регулишу између државе-следбеника и осамостаљене државе.

У случају да се обе државе чланице у референдумском поступку изјасне за промену државног статуса, односно независност, у поступку сукесије регулишу се сва спорна питања, као у случају бивше Социјалистичке Федеративне Републике Југославије”.

14 LGBl. 2003 No. 186.

15 “Den einzelnen Gemeinden steht das Recht zu, aus dem Staatsverband auszutreten. Über die Einleitung des Austrittsverfahrens entscheidet die Mehrheit der dort ansässigen wahlberechtigten Landesangehörigen. Die Regelung des Austrittes erfolgt durch Gesetz oder von Fall zu Fall durch einen Staatsvertrag. Im Falle einer staatsvertraglichen Regelung ist nach Abschluss der Vertragsverhandlungen in der Gemeinde eine zweite Abstimmung abzuhalten”.

formalizar esa salida se acordó en 1985 un tratado para modificar los textos de los tres principales tratados comunitarios. Es el “Tratado modificando lo concerniente a Groenlandia en los tratados que establecen las Comunidades Europeas”¹⁶. Dicho tratado excluye a Groenlandia de la mayor parte del Derecho Comunitario, aunque incluye un breve “Protocolo sobre el régimen particular aplicable a Groenlandia” que permite la importación de productos pesqueros de la isla, sin pago de derechos aduaneros, a condición de llegar a un acuerdo sobre las posibilidades de pesca en las aguas groenlandesas para los barcos comunitarios. Esta relación se complementó con una declaración conjunta firmada por la Comunidad Europea, de un lado, y el gobierno autónomo de Groenlandia y el Reino de Dinamarca, de otro¹⁷. El nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, aprobado en el Tratado de Lisboa, en su Protocolo número 34 sobre el “Régimen especial aplicable a Groenlandia” prácticamente reproduce el protocolo de 1985.

El 21 de junio de 2009 entró en vigor la “Ley de autogobierno de Groenlandia”¹⁸. Dicha ley establece que la iniciativa sobre la decisión de la independencia de Groenlandia será tomada por el pueblo de Groenlandia. Una vez aprobada esa iniciativa se iniciarán unas negociaciones entre el gobierno de Groenlandia (“Naalakkersuisut”) y el gobierno danés, que debe ser aprobado por el parlamento de Groenlandia (“Inatsisartut”) y el de Dinamarca (“Folketing”) y debe ser ratificado por un referéndum en Groenlandia¹⁹.

2. El derecho de secesión en Asia

* Birmania (1947)

Birmania (o Burma, y ahora Myanmar) formaba parte del Imperio británico desde 1885. En previsión de la independencia de esta colonia, se aprobó la Constitución de la Unión de Burma, de 24 de septiembre de 1947, en vigor desde el 4 de enero de 1948, fecha en que el país accedió a su independencia, conforme a la ley (británica) de independencia de Burma, promulgada el 10 de diciembre de 1947²⁰. La Constitución de Burma contenía un conjunto de artículos (el capítulo X) dedicado al “derecho de secesión”. El derecho de secesión contenido en la Constitución se somete a una serie de condiciones²¹: una relativa al tiempo (que la secesión no se puede activar hasta un mínimo de **diez años** después de entrada en vigor la Constitución²²), al procedimiento (que la secesión debe ser instada por una mayoría de, al menos, **dos tercios** del parlamento del Estado secesionista²³ y posteriormente ser ratificada en **referéndum**²⁴) y a las

16 JO nº L 29, de 1 de febrero de 1985, pp. 1-7.

17 DO nº L 208, de 29 de julio de 2006, pp. 32-36.

18 Ley no. 473 d 12 de junio de 2009.

19 Artículo 21.

20 Burma Independence Act 1947 (1947, 11 Geo. VI, Ch. 3)

21 Artículo 201: “Save as otherwise expressly provided in this Constitution or in any Act of Parliament made under section 199, every State shall have the right to secede from the Union in accordance with the conditions hereinafter prescribed”.

22 Artículo 202: “The right of secession shall not be exercised within ten years from the date on which this Constitution comes into operation”.

23 Artículo 203.1: “Any State wishing to exercise the right of secession shall have a resolution to that effect passed by its State Council. No such resolution shall be deemed to have been passed unless not less than two-thirds of the total number of members of the State Council concerned have voted in its favour”.

24 Artículo 204: “The President shall thereupon order a plebiscite to be taken for the purpose of ascertaining the will of the people of the State concerned”.

garantías en su ejercicio²⁵. La introducción de este derecho de secesión se ha explicado por el hecho de que tras la independencia un partido de orientación socialista tomó el poder y se inspiró en la Constitución de Yugoslavia de 1946, que reconocía el derecho de secesión (Donnison, 1970: 141).

El derecho de secesión fue eliminado en la siguiente Constitución birmana, aprobada en referéndum el 15 de diciembre de 1973 y que entró en vigor en 1974, sin que hubiera sido ejercido. La tercera, y actual, Constitución de la República de la Unión de Myanmar de 2008, aunque califique al Estado como “multinacional” (artículo 1.3) establece como uno de sus objetivos el de la “no desintegración de la Unión” (artículo 6.a).

** Uzbekistán (1992)*

La Constitución uzbeka de 1992 reconoce el derecho de secesión de la república de Karakalpakstán. La Constitución uzbeka parte de la idea de que “la soberana república de Karakalpakstán” forma parte de la República de Uzbekistán, siendo la soberanía de aquella protegida por la república uzbeka. La república de Karakalpakstán tiene su propia Constitución (de 9 de abril de 1993) que debe ser conforme con la Constitución uzbeka, pues las leyes de Uzbekistán rigen en Karakalpakstán (artículos 70-72). Las relaciones entre ambas repúblicas, la de Karakalpakstán y la de Uzbekistán, deben regirse por tratados y arreglos concertados entre ambas, y las disputas deben solucionarse por medio de conciliación (artículo 75).

En este marco, la Constitución uzbeka reconoce que “la República de Karakalpakstán tendrá derecho a separarse de la república de Uzbekistán, mediante un referéndum nacional del pueblo de Karakalpakstán” (artículo 74), pero esta posibilidad está limitada por el precepto que atribuye al parlamento uzbeko la aprobación de cualquier decisión para separarse de la República de Uzbekistán (artículo 78.6).

3. El derecho de secesión en África

** Etiopía (1994)*

Aunque tras la abolición de la monarquía y el destronamiento del Emperador Haile Selassie se implantó un régimen comunista, la Constitución comunista de 12 de septiembre de 1987 no va a imitar a las Constituciones comunistas europeas y establecerá un sistema unitario sin asomo de reconocimiento del derecho de secesión. Sin embargo, tras la derrota del régimen comunista de Mengistu, en 1991 se abrió un nuevo período en el que Eritrea, que había desarrollado una larga guerra para obtener su independencia, consiguió que Etiopía se comprometiera ante Naciones Unidas a permitir la celebración de un referéndum supervisado por Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el 5 de abril de 1993 una resolución²⁶ autorizando la presencia de observadores en el referéndum celebrado entre el 23 y el 25 de abril de 1993 que dio el triunfo a la opción de independencia.

La Constitución etíope de 8 de diciembre de 1994 (en vigor desde el 21 de agosto de 1995) reconoce en su artículo 39.1 que “*toda nación, nacionalidad y pueblo de Etiopía tiene un incondicional derecho de autodeterminación, incluida*

25 Artículo 205: “The President shall appoint a Plebiscite Commission consisting of an equal number of members representing the Union and the State concerned in order to supervise the plebiscite”.

26 A/RES/47/114, de 5 de abril de 1993.

la secesión". El artículo 39.4 de la Constitución regula el ejercicio válido de este derecho condicionándolo a la concurrencia de varios elementos: en primer lugar, que la iniciativa se halle aprobada por una mayoría de dos tercios de la asamblea del territorio afectado; en segundo lugar, que se halle ratificada por mayoría del pueblo afectado en un referéndum convocado por el Gobierno federal en un plazo máximo de tres años desde que lo aprobó el parlamento del territorio secesionista; en tercer lugar, que el gobierno federal haya transferido los poderes al nuevo Estado; y, en cuarto lugar, que se haya procedido a un reparto de los bienes públicos del modo que la ley haya previsto.

* *Sudán (2005)*

La llamada "segunda guerra civil sudanesa" opuso entre 1983 y 2005 al sur, mayormente de religión cristiana y animista, al norte mayormente musulmán. El fin de la guerra civil entre el norte y el sur de Sudán llegó cuando los dos beligerantes firmaron el "Acuerdo de paz integral" de 9 de enero de 2005 que estipulaba el reconocimiento del derecho de autodeterminación al Sudán del Sur mediante un referéndum. Este derecho fue incorporado a la Constitución interina del Sudán, de 6 de julio de 2005, que reconocía dicho derecho en su artículo 219 y establecía que el mismo se ejercería mediante un referéndum de autodeterminación que debería celebrarse seis meses antes de agotarse el período de seis años de vigencia de la Constitución interina (artículo 222). El referéndum del Sudán del Sur se llevó a cabo, según lo previsto, entre el 9 y 11 de enero de 2011 dando un triunfo claro a la opción de independencia, lo que dio lugar al nuevo Estado de Sudán del Sur.

4. El derecho de secesión en América

El Estado compuesto por las islas de San Cristóbal y de Nieves es el único Estado americano que reconoce el derecho de secesión. Estas islas fueron descubiertas por el propio Cristóbal Colón en 1494, las islas fueron ocupadas y reocupadas por ingleses, franceses y españoles hasta que desde 1713 pasó a formar parte de la Gran Bretaña hasta la independencia de las mismas en 1983.

La Constitución de las islas de San Cristóbal y Nieves, de 1983, recién adquirida la independencia, contempla la posibilidad de que la isla de las Nieves pueda separarse de San Cristóbal (pero, sin embargo, no de que San Cristóbal pueda separarse de las Nieves, lo que contrasta con los casos de la República de Chequia y Eslovaquia o el de la República de Serbia-Montenegro). El artículo 113 establece las condiciones para proceder a la secesión de la isla Nieves. Entre estas se hallan las siguientes: en primer lugar la iniciativa debe transcurrir en un plazo de no menos de noventa días entre la presentación de la iniciativa de ley secesión y la segunda lectura de la propuesta legislativa²⁷; en segundo lugar, junto a la iniciativa de secesión debe presentarse un completo y detallado proyecto de la futura Constitución del eventual Estado²⁸; en tercer lugar, que

27 Art. 113.2.a) "such a bill shall not be submitted to the Governor-General for his assent unless: a) there has been an interval of not less than ninety days between the introduction of the bill in the Assembly and the beginning of the proceedings in the Assembly on the second reading of the bill".

28 Art. 113.2.c) "such a bill shall not be submitted to the Governor-General for his assent unless: (...) c) full and detailed proposal for the future constitution of the island of Nevis (whether as a separate states or as part of or in association with some other country) have been laid before the Assembly for at least six months before the holding of the referendum and those proposals, with adequate explanations of their significance, have been made available to the persons entitled to vote on the referendum at least ninety days before the holding of the referendum".

la ley de secesión sea aprobada por el parlamento de las Nieves por no menos de *dos tercios* de sus miembros²⁹; y, en cuarto lugar, que el proyecto de ley sea aprobado en referéndum por no menos de dos tercios de los votantes³⁰.

III. La secesión como revolución: el reconocimiento jurídico-interno no constitucional del derecho de secesión

Junto a los supuestos de reconocimiento constitucional del derecho de secesión encontramos otros casos en los que se introdujo a través del Derecho interno infra o aconstitucional el derecho secesión, aun cuando fuera de modo bastante cuestionable a la luz del Derecho establecido en la Constitución del Estado que reconoció este derecho.

1. México y Texas

La separación de la “Nueva España” se produjo estando en vigor en España la Constitución de 1812, que en su artículo 3 disponía que “La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales”. Sin embargo, en el “Acta de independencia” pronunciada por la Junta Soberana congregada en la Ciudad de México el 28 de septiembre de 1821, se afirma que la “Nación mexicana” “es Nación Soberana, e independiente de la antigua España, con quien, en lo sucesivo, no mantendrá otra unión que la de una amistad estrecha, en los términos que prescribieren los tratados”³¹. Tras esta declaración Juan O’Donojú, jefe político superior y capitán general de Nueva España, invitó a Agustín de Iturbide a una conferencia cuyo resultado fue la firma de los llamados “Tratados de Córdoba” firmados en la ciudad de Córdoba, Veracruz, el 24 de agosto de 1821, en los que se acuerda la Independencia de México y la retirada de las tropas españolas de la capital del país. Sin embargo, las Cortes españolas no reconocieron validez a ese documento y el 12 de febrero aprobaron un dictamen que declaraba que “se estimen por de ningún valor ni eficacia todos los tratados que se hayan celebrado entre los gefes españoles y gobiernos de América, que deben conceptuarse nulos, según lo han sido desde su origen relativamente al reconocimiento de la independencia para que no estaban autorizados, ni podía autorizárseles sino por previa declaratoria de las Cortes”³².

Esta separación se produjo mediante el surgimiento de una legalidad interna nueva sin amparo internacional. Sin embargo, el 16 de diciembre de 1836 se aprobó el “Real decreto con la autorización de las cortes para el reconocimiento de la independencia de las Américas” (De Nieva, 1837: 584-585) a cuyo amparo se firmó el “Tratado de paz y amistad celebrado entre España y la República Mexicana en 28 de diciembre de 1836” mediante el que España reconoció la independencia de México.

Cuando ya estaba constituido el Estado mexicano se produjo la crisis de la secesión de Texas. Ya el 6 de abril de 1813 en Texas se proclamó un “acta de

29 Art. 113.2.b) “such a bill shall not be submitted to the Governor-General for his assent unless: (...) b) A bill for the purposes of subsection (1) shall not be regarded as being passed by the Assembly unless on its final reading the bill is supported by the votes of not less than two-thirds of all the elected member of the Assembly”.

30 “after it has been passed by the Assembly, the bill has been approved in a referendum held in the island of Nevis by not less than two-thirds of all the votes validly cast on that referendum”.

31 Texto de la declaración en Ávila, Dym y Pani (2013).

32 *Gaceta de Madrid* núm. 44, de 13 de febrero de 1822, pp. 248-250.

independencia de la provincia de Texas”, pero con el objetivo de separarse de España para integrarse en México (Ávila et alii, 2013). Al poco tiempo de consolidarse la independencia mexicana en 1821 se aprobó la constitución de 1824 que estableció un Estado federal compuesto por 19 estados y 5 territorios federales. Uno de esos estados era el de “Coahuila y Texas” cuya norma básica de organización era el “Decreto para el arreglo y organización provisional del gobierno interior del estado”³³ que operaba como la constitución del estado federado. El artículo 4 de este “arreglo” declaraba que “El estado de Coahuila y Texas se compromete solemnemente a obedecer y sostener a toda costa los Supremos Poderes de la Federación, su unión federal con los demás estados y la independencia constitucional de todos y cada uno de ellos” y en su artículo 2 se proclamaba que este estado era “libre, independiente y soberano en lo que exclusivamente toque a su administración y gobierno interior, con arreglo al Acta Constitutiva y a la Constitución de la República de los Estados Unidos Mexicanos que diere el mismo Congreso General”.

El sistema federal de México tenía adversarios partidarios del centralismo. El 23 de octubre de 1835 se aprobaron las “Bases de Reorganización de la Nación Mexicana” que sustituyeron el sistema federal por un sistema centralista provisional, sistema que posteriormente se confirmaría el 30 de diciembre de 1836 cuando se aprobó el Decreto que expide las “Leyes Constitucionales de la República Mexicana”. Desde que se suprime el sistema federal en octubre de 1835 Texas inicia su doble rebelión, en la que también hay un componente importante anticatólico. Se trató de una doble secesión pues, por un lado, se separa de Coahuila, pese a que el “arreglo” (constitución estadual) de Coahuila-Texas no lo permitía, y, por otro lado, se separa de México.

El 7 de noviembre de 1835 se proclama la “Declaración del pueblo de Texas reunido en Convención General” (redactada en español) que en su punto quinto afirma “*Que se considera con derecho de separarse de la Union á Mejico durante la desorganizacion del Sistema Federal y el regimen del despotismo, y para organizar un gobierno independiente ó adoptar aquellas medidas que sean adecuadas para proteger sus derechos y libertades; pero continuar fiel al gobierno Mejicano en el caso de que la nacion sea gobernada por la Constitucion y las leyes que fueron formadas para el regimen de su asociacion política*”. Esta declaración, aunque proclamaba el “derecho a separarse” y “para organizar un gobierno independiente” dejaba la puerta abierta a continuar la unión con México sobre una base federal. No obstante, constatando que el centralismo se asentaba en México, el 2 de marzo de 1836 se proclama la independencia de Texas. La declaración concluye que su conexión política con la nación mexicana “ha terminado para siempre” y que el “pueblo de Texas” constituye una “república libre, soberana e independiente”³⁴. El 17 de marzo de 1836 aprobó su Constitución que fue ratificada por el primer congreso de la República de Texas surgido tras las elecciones de septiembre de ese año. En 1844 los Estados Unidos, Inglaterra y Francia reconocieron la independencia del Estado texano y un año después, el 29 de diciembre de 1845, Texas se integró en los Estados Unidos de América como el estado número 28. México no llegó a reconocer la secesión de Texas para convertirse en un Estado independiente, pero sí la

33 Texto en Fuentes (2010: 55-56).

34 “We, therefore, the delegates with plenary powers of the people of Texas, in solemn convention assembled, appealing to a candid world for the necessities of our condition, do hereby resolve and declare, that our political connection with the Mexican nation has forever ended, and that the people of Texas do now constitute a free, Sovereign, and independent republic, and are fully invested with all the rights and attributes which properly belong to independent nations”.

anexión de este territorio a los Estados Unidos a través del artículo V del Tratado de Guadalupe Hidalgo entre la República Mexicana y los Estados Unidos de América de 2 de febrero de 1848³⁵.

2. Argelia

Argelia, de acuerdo con el Derecho nacional francés, no disponía del mismo estatuto jurídico que los demás territorios africanos franceses pues era considerado territorio nacional francés. Así, por ejemplo, en el norte de África, la mayor parte de Marruecos y Túnez estaban bajo control francés mediante título de “protectorado” y en Mauritania bajo título de “colonia” por ocupación. A diferencia de estos otros países norteafricanos Argelia fue conquistada a partir de 1830 y terminó siendo anexionada como “territorio nacional” de Francia. Esto significaba que, a diferencia de lo que ocurría con los otros territorios franceses norteafricanos, en principio, el Derecho de la descolonización creado en el marco de Naciones Unidas no era de aplicación a Argelia.

No obstante, o quizá precisamente por ello, Argelia fue la posesión francesa donde estalló el conflicto más cruel para obtener su independencia. El 1 de noviembre de 1954 se inició una violenta guerra dirigida a separar Argelia de Francia para crear un Estado árabe e islámico. La guerra, excepcionalmente sangrienta, provocó el fin de la IV República francesa y el acceso al poder de Charles de Gaulle que impulsó una nueva Constitución, en 1958, con la que se inauguró la “V República” aún en vigor, con las reformas realizadas en estos años.

La Constitución no reconocía el derecho de autodeterminación a partes del territorio francés, antes bien, el territorio francés estaba calificado como “indivisible” (artículo 2). Tampoco estaba Argelia considerada por Naciones Unidas como una “colonia”. La Asamblea General de Naciones Unidas dedicó tres resoluciones a la cuestión de Argelia. En virtud de la primera, de 1957, mostró su “esperanza” en que “en un espíritu de cooperación” se podría encontrar una “solución pacífica, democrática y justa” que estuviera “en conformidad con los principios de la Carta de Naciones Unidas”³⁶. Poco después, ese mismo año, la Asamblea General expresó nuevamente su “preocupación” y su deseo de que “con espíritu de cooperación efectiva” se iniciaran “conversaciones” y se utilizaran “medios apropiados” para “lograr una solución en conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”³⁷. Sin embargo, la Asamblea General de Naciones Unidas, en 1960 reconoció por primera (y única) vez el “derecho del pueblo argelino a la autodeterminación y a la independencia”³⁸.

El triunfo diplomático de la causa argelina, sumado a la imposibilidad francesa de doblegar militarmente a los argelinos llevó a que el presidente De Gaulle decidiera abrir una vía para facilitar la secesión argelina. Esa vía, en rigor, era de dudosa constitucionalidad. Para sortear el obstáculo que suponía para sus propósitos el artículo 2 de la Constitución (que establecía la indivisibilidad del territorio), el presidente De Gaulle utilizó el artículo 11 de la Constitución (redactada bajo su inspiración), que le habilitaba para convocar referéndums.

35 *“La línea divisoria entre las dos Repúblicas comenzará en el golfo de México, tres leguas fuera de tierra frente a la desembocadura del río Grande, llamado por otro nombre río Bravo del Norte, o del más profundo de sus brazos, si en la desembocadura tuviere varios brazos: correrá por mitad de dicho río, siguiendo el canal más profundo donde tenga más de un canal, hasta el punto en que dicho río corta el lindero meridional de Nuevo México (...).”* El texto del Tratado puede verse en Soberanes y Vega (1998: 31 y ss).

36 A/RES/1012, de 15 de febrero de 1957.

37 A/RES/1235, de 10 de diciembre de 1957.

38 A/RES/1573, de 19 de diciembre de 1960.

Invocando ese artículo 11, el presidente francés aprobó el 8 de diciembre de 1960 un decreto para convocar un referéndum en toda Francia para que el pueblo decidiera si debía aprobarse una ley de referéndum de autodeterminación de Argelia³⁹. En dicha convocatoria el presidente no aludió en ningún momento a la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas situando el marco de la cuestión sólo en el Derecho interno. El referéndum se celebró en toda Francia el 8 de enero de 1961 arrojando una amplísima mayoría favorable a la autodeterminación. Curiosamente los únicos distritos electorales donde el resultado fue opuesto a aceptar una ley de autodeterminación de Argelia fueron los de Argel y Orán, precisamente en Argelia⁴⁰.

Con ese aval, De Gaulle aprobó una ley autorizando la convocatoria de un referéndum de autodeterminación en Argelia⁴¹. De Gaulle llegó a un acuerdo con los rebeldes argelinos (los “acuerdos de Évian”) el 18 de marzo de 1962⁴², tras lo cual convocó un nuevo referéndum, para toda Francia, para que el pueblo francés decidiera si apoyaba su iniciativa de reconocer la independencia de Argelia para el caso de que el referéndum celebrado en este territorio arrojara un resultado favorable a la independencia. Ese referéndum se celebró el 8 de abril de 1962 y los resultados fueron ampliamente favorables votando a favor del “sí” el 90’80% de los votantes que suponían el 64’77% de los electores. Con este aval se aprueba el 8 de junio un decreto convocando a los electores de Argelia a un referéndum de autodeterminación⁴³, que se celebró el 1 de julio con el resultado de un abrumador “sí” a la independencia con el apoyo de un 91’23% de los electores inscritos, que suponían el 99’72% de los votos. Finalmente, la independencia de Argelia fue reconocida por Francia mediante una declaración del presidente de la república de 3 de julio de 1962⁴⁴.

3. El no derecho a la secesión en Canadá

La Constitución de Canadá, contenida fundamentalmente en la “ley constitucional”

39 Decreto nº 60-1299, de 8 de diciembre de 1960, decidiendo someter a referéndum un proyecto de ley. La pregunta fue “Approuvez-vous le projet de loi soumis au peuple français par le Président de la République et « concernant l’autodétermination des populations algériennes et l’organisation des pouvoirs publics en Algérie avant l’autodétermination » ?”.

40 17.447.669 votos a favor y 5.817.775 votos en contra (*Journal Officiel de la République Française*, 15 de enero de 1961, páginas 621-623).

41 Ley 61-44, de 14 de enero de 1961, sobre la autodeterminación de las poblaciones argelinas y la organización de los poderes públicos en Argelia antes de la autodeterminación.

42 Los “acuerdos de Évian” se componen del “Acuerdo de alto el fuego en Argelia” y de las “Declaraciones gubernamentales del 19 de marzo de 1962 relativas a Argelia”. Los textos se publicaron en el *Journal Officiel de la République Française*, de 20 de marzo de 1962, pp. 3019-3032.

43 Decreto nº 62-649 de 8 de junio de 1962, (*Journal Officiel de la République Française*, 9 de junio de 1962, p. 5539).

44 « Déclaration du 3 juillet 1962 portant reconnaissance de l’indépendance de l’Algérie. Par le référendum du 8 janvier 1961, le peuple français a reconnu aux populations algériennes le droit de choisir leur destin politique par rapport à la République française.

Par le référendum du 8 avril 1962, le peuple français a approuvé les déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 qui prévoient le cas où les populations algériennes consultées en vertu de la loi du 14 janvier 1961 choisiraient de constituer l’Algérie en État indépendant coopérant avec la France.

Par le scrutin d’autodétermination du 1er juillet 1962, le peuple algérien s’est prononcé pour l’indépendance de l’Algérie coopérant avec la France.

En conséquence, les rapports entre la France et l’Algérie étant désormais fondés sur les conditions définies par les déclarations gouvernementales du 19 mars 1962, le président de la République française déclare que la France reconnaît solennellement l’indépendance de l’Algérie » (*Journal Officiel de la République Française*, 4 de julio de 1962, p. 6483).

de 1867, reformada fundamentalmente en 1982, establece una “unión” que incluye explícitamente a Quebec, sin que se establezca de forma explícita un “derecho de secesión”. El artículo 52 de esta Constitución contiene dos declaraciones fundamentales: en su párrafo primero afirma que la Constitución es la “ley suprema” de Canadá y en su párrafo tercero que “toda ley que no sea conforme con los preceptos de la Constitución no tendrá validez ni eficacia en la medida en que no tenga esa conformidad”⁴⁵. Las disposiciones sobre la reforma constitucional (“deberán hacerse únicamente de acuerdo con la autoridad contenida en la Constitución de Canadá” y los diversos procedimientos de reforma (artículos 38 a 49 de la Constitución) no contemplan la posibilidad de la disolución de la Unión.

Desde los años sesenta se desarrollan cambios sociopolíticos en Quebec que terminarán cristalizando en un movimiento secesionista, con un componente terrorista (el “Front de libération du Québec”), que pretendía convocar un referéndum para decidir sobre la separación del territorio. En un momento de máxima tensión el Gobernador de Canadá decidió en 1996⁴⁶ solicitar una opinión consultiva al Tribunal Supremo de Canadá sobre la eventualidad de la secesión de Quebec, planteando al efecto tres preguntas. En su decisión del 20 de agosto de 1998 evacuando el dictamen solicitado⁴⁷ el Tribunal Supremo comenzó aclarando que, aunque no estaba explícitamente previsto, sí tenía competencia para emitir ese dictamen sobre la cuestión. A partir de ahí el Tribunal entró a examinar el fondo de la cuestión. Este dictamen, que ha sido objeto de muchísima atención por la doctrina nacional e internacional resuelve fundamentalmente las dos preguntas planteadas. La segunda cuestión fue la de si el Derecho Internacional otorga a la Asamblea nacional, al parlamento o al gobierno de Quebec el derecho para proceder unilateralmente a la secesión de Quebec respecto a Canadá. A este respecto, se preguntaba si el derecho de autodeterminación del Derecho Internacional podría dar a la Asamblea nacional, al parlamento o al gobierno de Quebec el derecho de proceder unilateralmente a la secesión a lo que el tribunal respondió claramente que no. La primera cuestión, más interesante para el objeto de nuestro estudio, era si, al amparo de la Constitución de Canadá, la Asamblea nacional o el gobierno o el parlamento de Quebec podían proceder unilateralmente a la secesión de este territorio de Quebec. La respuesta fue nítida (parágrafo 104): no es posible esa iniciativa unilateral, pues la iniciativa de secesión de una parte exige una negociación con todos los componentes de la federación. El Tribunal introdujo así una posibilidad que no se hallaba prevista en la Constitución.

Después de emitida esta opinión consultiva por el Tribunal Supremo de Canadá, se dictó el 29 de junio del año 2000 una ley para dar efecto a la exigencia establecida por el Tribunal de que un referéndum de secesión de una

45 *“The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.*

(...)

Amendments to the Constitution of Canada shall be made only in accordance with the authority contained in the Constitution of Canada”.

46 Decreto C.P. 1996-1497, de 30 de septiembre de 1996.

47 [1998] 2 S.C.R. 217].

provincia deba contar con la necesaria “claridad”⁴⁸. La ley tiene dos contenidos básicos. El primero, y al que más atención ha dedicado la doctrina, es el de establecer las condiciones para que la Cámara de los comunes de Canadá pueda considerar válido el referéndum a la vista de la “claridad” con la que se ha formulado. Pero el segundo, al que se ha prestado menos atención, cuando no ha sido malinterpretado, es el que se halla en el artículo 3.2 de la ley según el cual en caso de que se estime como válido el referéndum de secesión, debe procederse a una reforma de la Constitución de Canadá por los procedimientos establecidos en la misma puesto que “no existe bajo la Constitución de Canadá el derecho a efectuar unilateralmente la secesión de una provincia de Canadá”⁴⁹. Es decir, si bien es lícito un “referéndum de secesión” no existe, contra lo afirmado por algún autor⁵⁰, un “derecho de secesión” pues no puede calificarse como “derecho” a una facultad que no puede decidirse unilateralmente por su supuesto titular. Dicho de otro modo, no existe un “derecho de secesión”, ni de fuente constitucional ni de fuente legal, en Canadá pues, en caso de que se constate una eventual voluntad política de secesión lo que se requiere es que entonces, y sólo entonces, se pueda proceder a una eventual reforma constitucional para entonces, y sólo entonces, articular esa secesión.

4. Kosovo

Es notorio que Kosovo es un territorio que hasta su separación de Serbia en 2008 nunca había formado un Estado independiente. Su situación demográfica era la de un territorio con población mayoritariamente albanesa, pero jurídicamente era una provincia de Serbia. La guerra de Kosovo (de finales de febrero de 1998 hasta el 10 de junio de 1999) supuso la separación de facto de Serbia y su sometimiento a la tutela de la OTAN, una situación que continúa hoy en día a pesar de la proclamación de un Estado kosovar “independiente”.

Tras la guerra de Kosovo, el Consejo de Seguridad aprobó una resolución que, en el párrafo 10 de su parte dispositiva establecía que:

*“Autoriza al Secretario General a establecer, con la asistencia de las organizaciones internacionales competentes, una presencia internacional civil en Kosovo a fin de que Kosovo tenga una administración provisional bajo la cual su pueblo pueda gozar de una autonomía sustancial en la República Federativa de Yugoslavia y la cual se encargará de administrar la transición al tiempo que establecerá y supervisará el desarrollo de instituciones provisionales de gobierno democrático autónomo a fin de crear condiciones propicias para que todos los habitantes de Kosovo puedan vivir una vida pacífica y normal” (negritas mías)*⁵¹.

A tal efecto la resolución decidió “el despliegue en Kosovo, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, de presencias internacionales eficaces, una civil y otra de seguridad, con un mandato que se determinará conforme al Capítulo VII de la Carta, capaces de garantizar el logro de objetivos comunes”. Esa “presencia internacional eficaz” fue, fundamentalmente la KFOR (“Kosovo Force”), una

48 An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference [S.C. 2000, c. 26].

49 “It is recognized that there is no right under the Constitution of Canada to effect the secession of a province from Canada unilaterally and that, therefore, an amendment to the Constitution of Canada would be required for any province to secede from Canada, which in turn would require negotiations involving at least the governments of all of the provinces and the Government of Canada”.

50 “la Ley sobre la Claridad, pese a que reconoce que Québec posee un derecho constitucional de secesión” (Calonge, 2013: 122).

51 S/RES/1244, de 10 de junio de 1999.

fuerza militar multinacional liderada por la OTAN que entró en Kosovo el 12 de junio de 1999, dos días después de la aprobación de la resolución del Consejo de Seguridad.

Aunque la resolución del Consejo de Seguridad era muy clara al hablar de que Kosovo debía tener una “autonomía” dentro de la “República Federativa de Yugoslavia”, en 2007 el expresidente de Finlandia y enviado especial de la ONU a Kosovo, Matti Ahtisaari, recomendó como “solución” al conflicto que “El estatuto de Kosovo debe ser la independencia, supervisada por la comunidad internacional”⁵², lo que obviamente no estaba amparado en la resolución del Consejo de Seguridad 1244.

Poco después de esta “recomendación” y bajo la tutela de la KFOR, el 17 de noviembre de 2007 se celebraron elecciones legislativas y municipales en Kosovo. El nuevo primer ministro de Kosovo, Hashim Thaçi, inició los pasos para separarse de Serbia y el 17 de febrero de 2008, 109 diputados, de los 120 que componían el Parlamento de Kosovo (no participaron los 10 diputados de los distritos serbio-kosovares ni el diputado de la minoría “Gorani”) votaron a favor de la declaración de independencia unilateral respecto a Serbia. La declaración no se publicó en la Gaceta Oficial de las instituciones provisionales del autogobierno de Kosovo⁵³. Esta declaración no se apoyó, por tanto, en ningún referéndum.

Tras la declaración de independencia la inmensa mayoría de los países de la OTAN (con escasas excepciones) reconocieron la secesión y la independencia del nuevo “Estado” que seguía bajo la tutela de la KFOR. La Asamblea General de Naciones Unidas formuló una consulta al Tribunal Internacional de Justicia para que contestase a esta pregunta: “¿Se ajusta al derecho internacional la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo?”⁵⁴ que fue resuelta por el Tribunal el 22 de julio de 2010⁵⁵. El Tribunal, obviamente, no resolvió acerca de si esa secesión era conforme al Derecho Constitucional serbio, pues nadie duda de que no existía esa conformidad. Se limitó a contestar si un acto interno (“la declaración unilateral de independencia”) era o no ajustado al “derecho internacional”. El Tribunal resolvió que esa declaración “no era contraria al Derecho internacional” ni tampoco al “acuerdo constitucional” establecido por la Misión de Naciones Unidas para Kosovo (UNMIK) el 15 de mayo de 2001... pero no contestó si era conforme con el Derecho Constitucional del Estado al que seguía perteneciendo Kosovo. A mi juicio, sin embargo, el problema fundamental fue que la pregunta formulada por la Asamblea General era insuficiente, pues se omitió la cuestión fundamental, a saber, si es conforme con el Derecho Internacional el RECONOCIMIENTO por TERCEROS ESTADOS de un Estado nacido rompiendo la integridad territorial de otro Estado miembro de Naciones Unidas. Ahora bien, es un hecho que la mayoría de los Estados de la comunidad internacional, aunque no todos, han reconocido a ese Estado nacido de la ruptura de la integridad territorial de otro Estado miembro. Y lo más interesante del caso, es que los primeros y más importantes son, precisamente, los que más

52 *Informe del Enviado Especial del Secretario General sobre el estatuto futuro de Kosovo*, contenido en Carta de fecha 26 de marzo de 2007 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General de Naciones Unidas (S/2007/168).

53 *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010*, p. 403 (para. 76).

54 A/RES/63/3, de 8 de octubre de 2008.

55 *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, cit. En la literatura española, sobre esta decisión pueden consultarse a Bermejo y Gutiérrez (2010) y a Jiménez Piernas (2011).

han denunciado la independencia de Crimea y su posterior unión a Rusia, asunto del que se tratará a continuación. En definitiva, se preguntó si un acto “interno” (la declaración de independencia) era o no contrario al Derecho Internacional, en lugar de plantear si lo que era contrario al Derecho Internacional era el acto “externo” de reconocer un Estado surgido rompiendo la integridad territorial de un Estado miembro de Naciones Unidas. De todas formas, examinada la cuestión desde un punto de vista del Derecho Constitucional, la posición del Tribunal Internacional se explica considerando que el Derecho interno y el internacional son dos esferas separadas. Así pues, la secesión de Kosovo se articuló, no sobre el Derecho Internacional, ni tampoco sobre el Derecho Constitucional, sino sobre un Derecho interno infra y anticonstitucional desde la perspectiva del Derecho del Estado serbio al que pertenecía Kosovo.

5. Crimea⁵⁶

Crimea nunca había formado parte de un Estado ucraniano independiente hasta después de la disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). En su historia fue parte de Rusia, o del Imperio otomano o incluso ella misma fue el centro de una organización política independiente, el “Janato” tártaro de Crimea. Tras la Segunda Guerra Mundial, fue transformada en una “región autónoma” de la Federación Rusa (principal miembro) por decisión del Soviet Supremo de la (URSS) de 30 de junio de 1945. Posteriormente, y en circunstancias sin duda singulares (se llega a hablar del efecto de la embriaguez), por iniciativa del máximo dirigente soviético Nikita Jruchev, Crimea fue incorporada a la república soviética de Ucrania como una región administrativa de la misma el 19 de febrero de 1954, por supuesto, sin consultar a la población ucraniana.

Esta incorporación a Ucrania no resultó especialmente traumática para la población rusa mientras Ucrania formó parte de la URSS, pero con la independencia de Ucrania, el problema de Crimea empezó a tomar relevancia. La independencia de Ucrania se proclamó el 19 de julio de 1990, menos de un año después de la caída del muro de Berlín, pero no se hizo aún efectiva. El 20 de enero de 1991, la población de Crimea decidió en referéndum la unión a Rusia si Ucrania se independizara de la URSS; sin embargo, cuando el parlamento ucraniano aprobó la independencia (mediante Acta de 24 de agosto de 1991), en un nuevo referéndum celebrado en toda Ucrania apenas unos meses después (el 1 de diciembre de 1991), la población, incluida la de Crimea, apoyó esa independencia de Ucrania. En este contexto se firmó el tratado ruso-ucraniano de 19 de noviembre de 1990 que afirmó la “integridad territorial” y la “intangibilidad de las fronteras” de los Estados firmantes. Ante la creciente tensión en Crimea, el 29 de abril de 1992, el parlamento de Ucrania aprobó una ley que restituyó a Crimea el estatuto de «república autónoma» que había perdido en 1954. Sin embargo, poco después, el 5 de mayo de 1992, el parlamento de Crimea proclamó su independencia, adoptando una Constitución y convocando un referéndum de independencia para el 2 de agosto, que fue anulado tras un acuerdo de Crimea con Ucrania el 15 de mayo de 1992.

En este contexto, y a pesar de estar ya firmado el tratado ruso-ucraniano de 19 de noviembre de 1990, el Parlamento ruso aprobó una resolución, de 21 de mayo de 1992, que declaraba nula y contraria a las leyes vigentes en aquel momento, la cesión de Crimea operada en tiempos de la URSS en 1954. Un año

⁵⁶ En español una buena exposición sobre el caso de Crimea que, aunque centrada en el Derecho Internacional, ofrece numerosos datos jurídico-constitucionales se encuentra en Bermejo (2015).

después, el 9 de julio de 1993, el Soviet Supremo de Rusia aprobó declarar a Sebastopol (la ciudad en cuyo puerto se halla la flota rusa) como «ciudad federal rusa», lo que suscitó una reacción del presidente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, a iniciativa de Ucrania. Que aprobó una «Declaración» apoyando la «integridad territorial» de Ucrania y declarando que el decreto del Soviet Supremo de 9 de julio de 1993 era contrario al tratado ruso-ucranio de 19 de noviembre de 1990 y a la Carta de las Naciones Unidas⁵⁷. Ciertamente, en esa Declaración de 20 de julio de 1993 se menciona la carta del ministro de Asuntos Exteriores de Rusia, fechada el día anterior, en el que el Gobierno ruso declaró no compartir el contenido del decreto del parlamento ruso y proclamó su adhesión al Derecho Internacional.

Pero la tensión estaba lejos, muy lejos, de amortiguarse. El nacionalista Yuri Mechkov obtuvo la victoria en las elecciones crimeas de 30 de enero de 1994, y restauró la Constitución independentista de 1992. Poco después, en mayo de 1994 el parlamento crimeo aprobó una nueva declaración de independencia que fue anulada por el parlamento ucranio. Poco después, en marzo de 1995, el Parlamento ucranio suprimió la Constitución ucranio de 1992, lo que provocó que el 21 de septiembre de 1995 el Parlamento de Crimea aprobara una nueva Constitución (reformada el 1 de noviembre de ese año) en la que quedaba proclamada su pertenencia a Ucrania. Parecía que el conflicto se apagaba y en este clima el 31 de mayo de 1997, Rusia y Ucrania firmaron un nuevo tratado que volvió a recoger el principio de la inviolabilidad de las fronteras, además del arriendo a Rusia de la base naval de Sebastopol, unas contrapartidas financieras y el compromiso de Ucrania de no firmar ningún tipo de acuerdo con países terceros que pusieran en peligro la relación de vecindad con Rusia (o sea, acuerdos con la OTAN, Estados Unidos o la UE).

Este clima, relativamente pacificado, se complicó con la llamada “revolución del Maidán” que condujo a la irregular destitución del presidente ucraniano pro-ruso, Yanukovich, y la introducción de una dirigencia y una política hostil a Rusia, simbolizada en la supresión de la oficialidad del idioma ruso, lengua materna de más de un tercio de la población de Ucrania en ese momento. El problema de Crimea volvió a emerger. El 27 de febrero, un grupo armado pro-ruso toma el Gobierno y el parlamento crimeo, tras lo que se convocó un referéndum para el 16 de marzo de 2014. Mientras tanto, el 4 de marzo, el presidente ruso, Vladimir Putin, proclama su apoyo al derecho a la autodeterminación tal y como se había configurado en el caso de Kosovo, y una semana después, el 11 de marzo, siguiendo el modelo de Kosovo y citando los argumentos del Tribunal Internacional de Justicia, en una sesión secreta, el parlamento de Crimea aprobó la «Declaración de independencia». Una vez declarada independiente y soberana, el 16 de marzo, se celebró un referéndum de autodeterminación con dos opciones: una era la reunificación con Rusia, y la otra la unión con Ucrania en los términos de la Constitución de 1992. Con una participación del 83'1% de la ciudadanía ganó la primera opción por un 96'77%. El referéndum, ciertamente, no se hizo en las mejores condiciones posibles. Tras el referéndum, el 17 de marzo, el parlamento crimeo proclamó una nueva declaración de independencia y después solicitó su adhesión a la Federación Rusa, la cual se consumó el día 18 de marzo con un tratado internacional entre Crimea y Rusia. Unos días después,

57 Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad de 20 de julio de 1993 (S/26118). Adviértase que ese mes la presidencia del Consejo de Seguridad correspondía al Reino Unido y que para la aprobación de una “declaración”, a diferencia de lo que ocurre con una “resolución” no existe la posibilidad de veto por los miembros permanentes del Consejo.

la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución sobre la «Integridad territorial de Ucrania» «afirmó su determinación de preservar la soberanía, la independencia política, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente» y «exhorta a todos los Estados a que desistan y se abstengan de cometer actos encaminados a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de Ucrania»⁵⁸. La resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas tras el inicio de la guerra de Ucrania no ha mencionado explícitamente el caso de Crimea⁵⁹.

Aunque la separación de Crimea de Ucrania fue justificada jurídicamente internacionalmente por Rusia, en un momento muy tardío (2014), apelando al precedente de Kosovo, lo cierto es que todo el proceso que terminó con la separación de Crimea y su posterior incorporación a la Federación Rusa se basó en el Derecho interno. Las normas creadas para legalizar las iniciativas de Crimea tuvieron, ciertamente, un status constitucional pero sólo en el nivel de Crimea, pues es incuestionable que no eran conformes con la Constitución de Ucrania. Cuestión distinta es la de en qué medida las respuestas del Estado de Ucrania a la afirmación de la soberanía de Crimea puedan considerarse que legitiman la separación, como, por ejemplo, el cierre del canal que suministraba agua a la península de Crimea desde el río Dniéper y que fue reabierto por Rusia al tomar el control de la parte del territorio ucraniano en la que se encuentra dicho canal. Es una cuestión relacionada con la llamada “secesión garantía” (*remedial secession*) que es una teoría planteada en el ámbito del Derecho Internacional, no en el del Derecho Constitucional y que, en todo caso, no ha sido asumida por el Tribunal Internacional de Justicia (Ruiz Miguel, 2015: 287-288). El hecho es que se han consumado la secesión de Crimea y su posterior incorporación a la Federación Rusa, aunque no hayan sido reconocidas por la Unión Europea y por la mayor parte de los Estados, que, contradictoriamente, sí han reconocido la secesión de Kosovo. La guerra en curso en Ucrania no parece que vaya a revertir esta situación.

IV. Conclusiones

Es conceptualmente necesaria una distinción entre el “derecho de secesión” y el “derecho de autodeterminación”. El primero, a diferencia del segundo, presupone que la entidad que busca crear su propio Estado nunca tuvo ese Estado (u organización política independiente) antes de la creación del Estado en el que se halla integrado y del que busca separarse. Precisamente porque es una entidad integrada en un Estado la separación no puede tener su fundamento en el Derecho Internacional, sino sólo en el Derecho interno y, principalmente, en el Derecho Constitucional.

El Derecho Constitucional reconoce de forma absolutamente excepcional el derecho de secesión que, por tanto, sólo puede calificarse como una anomalía. Dejando al margen los Estados que en el pasado han reconocido constitucionalmente y el supuesto actual de Uzbekistán, donde no hay previsión del procedimiento para el ejercicio de este derecho que se proclama, el derecho constitucional de secesión hoy en día sólo se encuentra en cuatro Estados del mundo: dos en Europa (Liechtenstein y Dinamarca, esta última sólo respecto a Groenlandia), uno en África (Etiopía) y otro en América (San Cristóbal y las

58 A/RES/68/262, de 27 de marzo de 2014.

59 A/RES/ES-11/1, de 2 de marzo de 2022.

Nieves, sólo respecto a la isla de las Nieves). La regulación no es uniforme, pero en los cuatro casos se exige la intervención directa del electorado mediante dos referenda (Liechtenstein, Groenlandia, isla Nieves) o uno (Etiopía) exigiéndose en el caso de la isla Nieves una mayoría especialmente reforzada. Además, en todos los casos, se exige que el Estado del que se separa la entidad dé su conformidad bien mediante la aprobación de una ley, bien mediante la concertación de un tratado.

Muy diferentes son los casos en los que la proclamación de un “derecho” de secesión se hace mediante un acto revolucionario contrario al ordenamiento fundamental del Estado del que la entidad en cuestión busca separarse. Dejando al margen el caso de Canadá donde, a nuestro juicio, no se ha reconocido tampoco en la ley un “derecho” de secesión, no existe un patrón común en estas secesiones revolucionarias. En algún caso (Francia-Argelia) el reconocimiento del derecho se procuró hacer con el consentimiento de todo el pueblo del Estado afectado, aun cuando fuese al margen de la Constitución, en otro supuesto se hizo con el consentimiento (si quiera fuera discutible) de la población de la entidad secesionista (Crimea), y en otros supuestos la proclamación del “derecho” de secesión se hizo sobre la base del uso de la fuerza, ya fuera propia de la entidad secesionista (México, Texas), ya sea ajena (Kosovo) sin consulta directa a la población de la entidad que se pretende convertir en Estado.

Es digna de atención la incoherencia de muchos Estados ante el fenómeno de la proclamación y ejercicio del derecho de secesión al margen de la Constitución, siendo quizá el de los Estados Unidos el más relevante pues reconoció la secesión inconstitucional de Texas y luego admitió a este Estado en su federación norteamericana pero se niega a reconocer la secesión de Crimea y su admisión en la Federación Rusa.

Bibliografía

- Ávila, A., Dym, J., y Pani, E. (2013) (coords.). *Las declaraciones de independencia: los textos fundamentales de las independencias americanas*. México D.F: El Colegio de Mexico AC.
- Bermejo García, R. (2015). *La vuelta de Crimea a la madre-patria. Algunas reflexiones a la luz del Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Bermejo García, R., y Gutiérrez Espada, C. (2010). La declaración unilateral de independencia de Kosovo a la luz de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010 y de las declaraciones, opiniones individuales y disidentes a la misma. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 26, 7-59.
- Calonge Velázquez, A. (2013). El derecho de secesión en Canadá: una regulación jurídica completa y un problema político sin resolver. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 25, 107-124.
- Cassese, A. (1995). *Self-determination of peoples. A legal reappraisal*. Cambridge (UK): Cambridge University Press.
- De Nieva, J. M. (1837). *Decretos de S.M. la Reina Doña Isabel II dados en su real nombre por su augusta madre la Reina gobernadora y reales órdenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos por las secretarías del Despacho Universal desde 1o. de enero hasta fin de diciembre de 1864*. Tomo XXI. Madrid: Imprenta Nacional.
- Donnison, F. S. V. (1970). *Burma*. Londres: Ernest Benn Limited.
- Fuentes García, J. (2010). *Coahuila. Historia de las instituciones jurídicas*. México: UNAM/Senado de la República.

- Jiménez Piernas, J.C. (2011). Los principios de soberanía e integridad territorial y de autodeterminación de los pueblos en la opinión consultiva sobre Kosovo: una oportunidad perdida. *Revista Española de Derecho Internacional*, 63 (1), 29-54.
- Ruiz Miguel, C. (2015). El principio y derecho de autodeterminación y el pueblo saharauí. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 31, 267-296.
- Ruiz Miguel, C. (2018). El “derecho a decidir” o el fraudulento disfraz de un inexistente “derecho a la soberanía”. *Razón Española*, 207, 67-76.
- Ruiz Miguel, C. (2019). Sobre la insostenible pretensión de la existencia de un «derecho de autodeterminación» para separarse de España al amparo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 35, 103-126.
- Soberanes Fernández, J.L., y Vega Gómez, J.M. (1998). *El tratado de Guadalupe Hidalgo en su sesquicentenario*. México: UNAM/Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

La emergencia en el sistema jurídico y la conjetura de Poincaré. Una revisión crítica de la literatura¹

The emergency in the legal system and the Poincaré conjecture. A critical review of the doctrine

LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo
leonardo@uniovi.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.3.25722>

Fecha de recepción: 28/07/2022

Fecha de aceptación: 31/10/2022

Resumen

Este trabajo analiza el tratamiento de la emergencia en el sistema jurídico desde la perspectiva de la conjetura planteada por Henri Poincaré en el ámbito de la topología en 1904. Una conjetura que fue resuelta finalmente en tres trabajos publicados en los años 2002 y 2003 por el matemático ruso Grigori Perelman. También la emergencia en el sistema jurídico nace también como un conjunto de hipótesis materialmente similares a las presentadas por la conjetura de Poincaré. Sin embargo, este trabajo quiere demostrar que, contrariamente a lo que ha sucedido con dicha conjetura, los poderes de emergencia no aún han sido objeto de adecuada demostración científica. Y ello por dos motivos. Primero, porque sus hipótesis de desarrollan en el contexto de teorías del conocimiento distintas y porque han querido introducir en su demostración una premisa no necesariamente compatible con las hipótesis que se erigen en su punto de partida.

Palabras clave

Poderes de emergencia, derecho de excepción, *ius eminens*, normalidad, excepción, conjetura de Poincaré, flujo de Ricci.

Abstract

This paper analyses the treatment of emergence in the legal system from the perspective of the conjecture posed by Henri Poincaré in the field of topology in 1904. A conjecture that was finally resolved in three papers published in 2002 and 2003 by the Russian mathematician Grigori Perelman. Emergence in the legal system was also born as a set of hypotheses materially similar to those presented by Poincaré's conjecture. However, this paper aims to show that, contrary to what has happened with the Poincaré conjecture, the powers of emergence have not yet been the subject of adequate scientific demonstration. There are two reasons for this. First, because their hypotheses belong to different theories of knowledge and because they have sought to introduce into their demonstration a premise that is not necessarily compatible with the hypotheses that are their starting point.

Keywords

*Emergency powers, law of exception, *ius eminens*, normality, exception, Poincaré conjecture, Ricci flow.*

¹ Este trabajo se ha realizado en el contexto del proyecto de investigación *La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y del sistema político* (PID2020-117503GB-I00).

Sumario

I. El tratamiento de la emergencia en el sistema jurídico y la conjetura de Poincaré. 1. Similitudes formales y materiales entre la doctrina de la emergencia y la conjetura de Poincaré. 2. Disimilitudes funcionales entre la doctrina la emergencia y la conjetura de Poincaré. II. El ius eminens y el Estado como argumento. La ratificación y la quiebra de la conjetura de Poincaré. 1. Hipótesis 1: “El Estado como único fundamento de los poderes de emergencia”. La ratificación de la conjetura de Poincaré. 2. Hipótesis 2: “El derecho debe de juridificar los poderes de emergencia fundamentados en el Estado”. La quiebra de la banda elástica de Poincaré. III. La emergencia y el derecho. La conjetura de Poincaré y la instrumentalización de la teoría del flujo de Ricci. 1. Hipótesis 3: “no hay más emergencia que la prevista en el derecho”. 2. Hipótesis 4: “no hay más emergencia que la prevista en el derecho salvo la necesaria para garantizar su eficacia”. IV. Demostración científica de las hipótesis de la emergencia en el sistema jurídico y el flujo de Ricci. 1. Las hipótesis de la emergencia y la distinción de la teoría del conocimiento. 2. Las hipótesis de la emergencia y su homeomorfía. La conjetura de Poincaré y el flujo de Ricci. V. Conclusiones. *Bibliografía.*

El premio era completamente irrelevante para mí. Todos comprenden que si la demostración es correcta no se necesita ningún otro reconocimiento

Grigori Perelman²

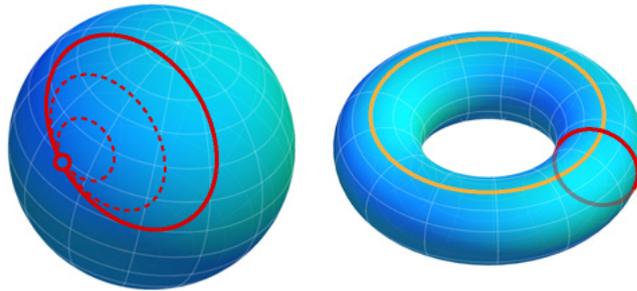
I. El tratamiento de la emergencia en el sistema jurídico y la conjetura de Poincaré

1. Similitudes formales y materiales entre la doctrina de la emergencia y la conjetura de Poincaré

En el año 2000, el Clay Mathematics Institute de Massachusetts enunció los que consideró los 7 problemas matemáticos del milenio, siendo la resolución de cada

2 Palabras formuladas por Grigori Perelman al rechazar el millón de dólares por haber resuelto uno de los problemas matemáticos del milenio y la medalla Fields, el premio nobel de matemáticas, al entender que los llamados a concederlo no estaban capacitados para valorar su trabajo, ni siquiera positivamente.

uno de ellos premiada con un millón de dólares.³ El único de los problemas matemáticos resueltos a el día de hoy ha sido la denominada *conjetura de Poincaré*, una hipótesis formulada por el matemático francés Henri Poincaré en 1904 en el ámbito de la topología. Como describe el Clay Mathematics Institute, dicha hipótesis afirma que si se deslizara una banda elástica sobre una esfera siempre podría reducirse hasta un único punto, sin rasgarla y sin permitir que saliera de la superficie (véase abajo la figura 1). Por el contrario, si la banda elástica se deslizara sobre una superficie con un agujero en un interior —representada explicativamente por el Clay Institute en su página web con una rosquilla—, la banda giraría permanentemente sobre su superficie, pero no sería posible reducirla a un punto, a menos de que se rompiera la banda o la rosquilla (véase abajo la figura 2, Milnor, 2004: 1-8).



A pesar de lo que pudiera parecer a simple vista —y más allá de otros motivos que motivaron esta opción metodológica para acometer la redacción de este trabajo—, lo cierto es que pudiera encontrarse un cierto paralelismo entre la aludida formulación de la conjetura de Poincaré en el plano de las matemáticas y el tratamiento de los poderes de emergencia en el sistema jurídico. Ambas construcciones tienen similitudes formales y materiales, como se tratará de demostrar a continuación.

a) Formalmente, la teoría de la emergencia en sistema jurídico y la conjetura de Poincaré surgen, en realidad, como meras hipótesis o, si se quiere, como *topoi* (Kaiser, 2020: 24). En efecto, la emergencia no aparece en la ciencia jurídica como una norma, esto es, como la manifestación de una voluntad del sistema jurídico. Constituye, más bien, una categoría doctrinal que presume de manera respectiva la capacidad o incapacidad lógica del derecho para poder regular situaciones que ponen en peligro su existencia misma (Koja, 1993: 399). Las teorías sobre la emergencia han partido, en su esencia, de dos grandes hipótesis.

La primera hipótesis defiende que las normas jurídicas han de regular tanto la normalidad como la emergencia. Parten, por tanto, del trinomio norma/normalidad/excepcionalidad (Kelsen, 1925: 157). La segunda hipótesis entiende, por el contrario, que las normas solo podrían regular la normalidad, como magnitud estadística que expresa lo que acontece en la mayoría de supuestos (Finke, 2015: 522). Esta identificación entre norma/normalidad entiende que las normas no podrían regular situaciones excepcionales, en tanto no resultan previsibles (Schmitt, 1934: 19).

b) Materialmente, la doctrina de los poderes de emergencia en el sistema jurídico y la conjetura de Poincaré también presentan semejanzas porque las

3 <https://www.claymath.org/millennium-problems>. Las imágenes utilizadas en este trabajo, salvo que en él se aluda a una fuente específica, han sido obtenidas de la web del Clay Mathematics Institute de Massachusets.

dos hipótesis expuestas representan, a grandes rasgos, las dos perspectivas de la conjetura de Poincaré. En efecto, la primera hipótesis, que entiende que el derecho debe regular tanto la normalidad como la excepcionalidad, presume que el derecho sería una superficie esférica y los poderes de emergencia la banda elástica que podrían deslizarse y estirarse a través de aquella, sin romperse (véase el anterior gráfico 1). Los poderes de emergencia siempre comenzarán y finalizarán en un único punto. En efecto, el derecho sería el fundamento y el límite de la situación de emergencia.

La segunda hipótesis, que entiende que el derecho solo puede regular situaciones que sean previsibles, esto es, la normalidad, defiende que la emergencia y la excepcionalidad en el derecho integrarían una laguna jurídica. El derecho podría representarse con la rosquilla del Clay Mathematics Institute (véase el anterior gráfico 2), cuyo agujero se correspondería con la ausencia de regulación jurídica de la emergencia. Los poderes para la superación de las situaciones excepcionales hallarían, más bien, su fundamento en categorías externas al derecho, como en la idea de Estado (Möllers, 2000: 260).

De esta manera, la banda elástica que expresan los poderes de emergencia se deslizaría permanentemente sobre la superficie externa de la rosquilla, delimitada por el concepto de Estado. Y ello sin poder encontrar ni su fundamento jurídico ni su límite lógicamente dentro del derecho (la superficie interna de la rosquilla) en tanto, como ha quedado dicho, presenta una laguna en el ámbito de los poderes de emergencia. Si el fundamento y el límite de los poderes de emergencia trataran de apoyarse de algún modo dentro del derecho —lo que se ha intentado paradójicamente de manera reiterada— sucedería lo que predijo Henri Poincaré, que la banda elástica no podría estirarse y llegar a un solo punto sin romperse.

2. Disimilitudes funcionales entre la doctrina la emergencia y la conjetura de Poincaré

A pesar de las similitudes formales y materiales existentes entre las hipótesis de las que parte el tratamiento de la emergencia en el sistema jurídico y la conjetura de Poincaré tienen, sin embargo, relevantes disimilitudes funcionales. Gracias a tres contribuciones del matemático ruso Grisha Perelman publicadas en 2002 (2002a: 1-39, 2002b: 1-22) y 2003 (1-7), la conjetura de Henri Poincaré ha podido ser demostrada científicamente. Como consecuencia de ello, dejó de ser considerada como una simple conjetura y pasó a tener la condición de teorema.

Sin embargo, el detenido estudio de la doctrina de emergencia en el sistema jurídico arroja la sensación de que su tratamiento sigue estando integrada por un conjunto de hipótesis o de topoi que no han podido ser todavía demostrados científicamente. En efecto, la ciencia jurídica no ha sido aún capaz de llegar a una conclusión unánime y objetivada acerca de si el sistema jurídico puede o no resolver la situación de emergencia, y en su caso, de qué manera podría llegar a hacerlo (Jakab, 2016: 260). Quizás dos sean las principales razones que explican este fenómeno.

a) En primer lugar, lo que permitió al matemático ruso Grigori Perelmann demostrar científicamente la conjetura formulada por Henri Poincaré en 1904 fue que fue presentada desde su inicio hasta su final conforme a unas premisas metodológicas compartidas por todos los actores. El Clay Mathematics Institute proclamó en el año 2000 la conjetura de Poincaré como uno de los 7 problemas matemáticos del milenio en los mismos términos que fueron los formulados en

1904. Sin embargo, ello no ha sucedido con la interpretación de la doctrina de la emergencia en el sistema jurídico.

Las primeras construcciones de la emergencia en el derecho público, desvinculadas ya de la teoría del derecho natural, se remontan a las contribuciones de Carl Friedrich von Gerber y de Georg Jellinek de finales del siglo XIX y de principios del siglo XX. Estas construcciones surgieron, como se detallará, al amparo de la hipótesis norma-normalidad y de la consecuente construcción de los poderes de emergencia más allá del derecho (entre otros, Gerber, 1880:42). Sin embargo, Hans Kelsen (1925: 157) construyó por primera vez la hipótesis norma-normalidad-excepcionalidad, negando la existencia de poderes de emergencia más allá del derecho. Como se puede apreciar, la imagen de la doctrina de la emergencia en el derecho no ha sido la misma a lo largo del tiempo, y a aquellas distintas hipótesis se han alineado respectivamente las posteriores posiciones doctrinales, según se verá seguidamente.

Sin embargo, quizás en ello no resida el verdadero problema ya que, como se verá, aquellas hipótesis, aunque contradictorias entre sí, pueden considerarse válidas desde sus propios presupuestos (Stolleis, 1999: 153-202). Y pueden serlo porque, en realidad, a aquéllas subyace una diferente teoría del conocimiento científico. La hipótesis que defiende el binomio norma-normalidad parte, en el fondo, de que el objeto de estudio es el que define el método. Sin embargo, la hipótesis que identifica norma-normalidad-excepcionalidad toma como punto de partida de que es el método el que define el objeto de estudio (Lepsius, 2008: 262). Por ello, si la literatura jurídica quisiera demostrar la validez científica de la doctrina de la emergencia, esto es, aclarar si la hipótesis correcta para acometer su estudio ha de ser a) norma/normalidad o b) norma/normalidad/excepcionalidad, tendría que responder primero a la pregunta de si es el objeto el que debe de definir el método o a la inversa. Sobre ello se volverá más adelante.

b) Prueba de que el problema que plantea la concepción de la emergencia en el sistema jurídico se vincula, sobre todo, a la teoría del conocimiento es que la ciencia jurídica ha llegado finalmente y de manera inevitable al resultado que ya anticipaba Henri Poincaré. En concreto, que si la banda elástica se deslizara sobre la superficie con un agujero en un interior —representada por el Clay Mathematics Institute de Massachusetts con una rosquilla— no sería posible reducirla a un punto sin romper la banda o la rosquilla. Sin embargo, el tratamiento característico de la doctrina del estado de emergencia lo hace.

En efecto, como ha puesto de manifiesto acertadamente Hasso Hofmann, ello ha sido el resultado de una constante confusión de planos metodológicos consistente en construir la emergencia al margen del derecho y tratar de fundamentar en él su existencia (2005: 176). Por ello, es inevitable que suceda lo que afirmara Poincaré. En efecto, si se pretende construir la emergencia al margen del derecho, en la idea de Estado, lo lógico sería que los poderes de emergencia se deslizaran continuamente entre la superficie externa de la rosquilla —representada por el Estado— y la interna —expresada por la laguna del derecho—. Sin romper la banda elástica.

Sin embargo, cuando lo que se intenta es legitimar los poderes de emergencia —fundamentados externamente en la idea de Estado— internamente en el derecho, que sería el punto de inicio y fin de la emergencia, se rompe o bien la banda (la función de la emergencia) o la rosquilla (el sistema jurídico mismo). Como se verá, algunos planteamientos matemáticos aplicados por Grigori Perelman para la demostración científica de la conjetura de Poincaré —en particular, los desarrollos del flujo y la curvatura de Ricci— podrían contribuir a soslayar aquellos perniciosos resultados y sentar las bases en favor de una adecuada concepción científica de los poderes de emergencia en el

sistema jurídico. Naturalmente no es éste el lugar para desarrollar una teoría de tales características, aunque sí dejar constancia de una de las maneras en las que podría hacerse.

II. El *ius eminens* y el Estado como argumento. La ratificación y la quiebra de la conjetura de Poincaré

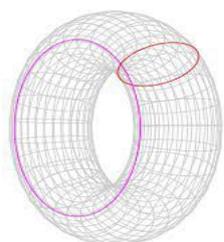
1. Hipótesis 1: “El Estado como único fundamento de los poderes de emergencia”. La ratificación de la conjetura de Poincaré

Carl Friedrich von Gerber afirmó en su *Gründzüge des deutschen Staatsrechts* que “(e)n el reconocimiento del estado de necesidad reside la idea de que el derecho a la existencia del Estado existe sobre su vida constitucional normal y surge en las situaciones de emergencia anormales” (1880: 42). Así lo había expresado Rudolf von Jhering en su trabajo *Der Zweck im Recht*, que determinó que “al igual que la existencia humana individual, también el Estado tiene un derecho de necesidad cuando su existencia se encuentra amenazada” (1877: 330). Esa idea de necesidad es la que inspira la tradicional doctrina del *ius eminens* (Schröder, 1978: 132).

Es fácil constatar cómo la construcción del *ius eminens* parte de la hipótesis que identifica norma y normalidad, cuya función última es ubicar la situación de emergencia al margen del derecho. No cabe desconocer que el dualismo entre Estado y derecho sobre el que se construye la idea de necesidad durante la época de la monarquía constitucional del siglo XIX tuvo como trasfondo político frenar los avances de la democratización, reconociendo al monarca zonas libres de la sujeción al derecho (Möllers, 2000: 261). Así resulta posible entender por qué se defiende la existencia de una laguna en el ámbito del derecho, el agujero de la rosquilla que figuraba en los planteamientos de Poincaré. Desde luego, para poder ser “rellenado” con elementos externos al derecho (Bolsinger, 2001: 23) e imputados a lo que no constituyen más que una ficción: el Estado.

Este agujero con el que se expresan los resultados de la conjetura de Poincaré se aprecia también en el trabajo de Georg Jellinek, *Gesetz und Verordnung* en el que afirmó que “existen siempre relaciones de poder... que no pueden ser enjuiciadas conforme a las reglas del derecho”. Situaciones que son “imprevisibles para cualquier sistema jurídico” (1887: 300). Es en ese ámbito de estas lagunas cuando, como afirmó Jellinek, “las relaciones fácticas de poder ocupan el lugar del orden jurídico” (1887: 300).

Es evidente que la teoría del *ius eminens* resulta coherente con los planteamientos de la conjetura de Poincaré y nadie podría cuestionar coherentemente sus resultados. La banda elástica que expresan los poderes de emergencia circulan de manera permanente rodeando la superficie externa del Estado que rodea al agujero: la laguna que presenta el derecho en el plano de la emergencia. Y es de ese modo que se legitiman para la defensa del Estado poderes que “rellenan” las lagunas del derecho. Sin embargo, también puede entenderse compatible con la conjetura de Poincaré las teorías que se apoyan en la idea de Estado, no ya para rellenar la laguna del derecho, sino la infracción de las normas del mismo.



Así lo afirmó Jellinek “la necesidad de actuar *contra legem*, no se deduce naturalmente de la ley, sino de la naturaleza del Estado que precede al orden jurídico”. “Como la existencia del Estado como orden fáctico de los factores de poder social precede a cualquier orden jurídico, la necesidad implacable en la lucha contra sus fuerzas enemigas, busca afirmarse incluso contra el derecho, cuando su formulación positiva entra en contradicción con las condiciones de existencia del Estado” (1887: 300). Como se puede ver, no existe en la construcción del *ius eminens* del Estado intención alguna ni de justificar ni de limitar la existencia de los poderes de emergencia dentro del derecho, rompiendo la banda elástica de Poincaré.

Eso sucedería si fuera cierto lo que la literatura ha imputado equivocadamente a Jellinek, que su tratamiento de la emergencia —a pesar de que paradójicamente niegue su existencia— constituye la plasmación de la fuerza normativa de lo fáctico. Sin embargo, aquellos poderes de los que hablaba Jellinek para rellenar las lagunas del derecho ni crean nuevo derecho ni modifican el existente (Möllers, 2000: 29). Si lo hiciera romperían, en efecto, al mismo tiempo la banda elástica (los poderes de emergencia) y la misma rosquilla (la idea de derecho).

Algunas teorías han dejado constancia del anacronismo que podría parecer que supone mantener en la actualidad esta doctrina del *ius eminens*, pero lo cierto es que es probablemente una de las pocas que, como se verá, resulta coherente con sus propios presupuestos. Esta teoría ha seguido defendiéndose con el transcurso del tiempo. Esto es lo que han venido a defender, con diferentes argumentos y categorías, Carl Schmitt (1921: XI) durante el constitucionalismo de Weimar o en la actualidad Klaus Stern (1980: 1337), Giorgio Agamben (2004: 62), Herbert Krüger (1966: 31) o Ulrich Scheuner (1950: 318).

2. Hipótesis 2: “El derecho debe de juridificar los poderes de emergencia fundamentados en el Estado”. La quiebra de la banda elástica de Poincaré.

Más paradójicas resultan otro tipo de construcciones que, asumiendo también de alguna manera el dualismo entre Estado y derecho, pretenden partir (falazmente, como se verá) de la hipótesis norma-normalidad-excepcionalidad. Quienes han defendido esta hipótesis mantienen, como la tesis del *ius eminens* que acaba de analizarse, que el Estado tiene, por sí mismo, el derecho y el deber metajurídico de autodefenderse ante situaciones de emergencia. Sin embargo, a diferencia de las anteriores posiciones —que asumen la hipótesis norma/normalidad— sí aceptan que el derecho, bajo determinadas condiciones, podría llegar a regular la emergencia, sin que sea necesario en todo caso acudir a la idea de Estado para poder justificar la existencia de los poderes excepcionales.

Lo que justifica el intento de estas posiciones de apoyar la emergencia dentro del derecho es responder frente a dos teóricos problemas en los que incurre la doctrina del *ius eminens*: a) la inseguridad jurídica de definir cuáles son los poderes de emergencia fundamentados en la abstracta idea de Estado y b) evitar el riesgo del abuso como resultado de la concepción de aquellos poderes como consustancialmente ilimitados (Flor, 1954: 126). Sin embargo, hay que reparar en que el intento de construir la excepcionalidad a partir del derecho se encuentra, en realidad, condicionada. Es decir, estas posiciones afirman que los poderes de emergencia podrían entenderse plenamente juridificados por el derecho —siendo innecesario acudir a la idea de Estado— cuando sus normas positivas han sido capaces de regularlos brindando una defensa eficaz del Estado. En caso de que ello no fuera así, siempre cabría recurrir a la construcción metapositiva de la emergencia, de lo que partían las teorías del *ius eminens* (Böckenförde, 1978: 1886).

Para aclarar estos postulados se puede recurrir a una de las teorías más



relevantes desarrolladas en este ámbito, la defendida por Ernst-Wolfgang Böckenförde. Este autor fijó 4 condiciones para aceptar la plena juridificación de los poderes de emergencia por el derecho, sin necesidad de tener que acudir a la idea de Estado: a) la necesidad de que exista un acto que declare la situación de emergencia, b) la regulación de los fines que debe de satisfacer y la duración temporal, c) la introducción del parlamento como “señor de la excepción” y d) la existencia de un control político y jurisdiccional (1981: 265). Es evidente que esta construcción que parte de la hipótesis de que “el derecho debe de juridificar los poderes de emergencia fundamentados en el Estado” quiebra la conjetura de Poincaré, al romper ad intra y ad extra la banda elástica.

En efecto. Se rompe, en primer lugar, *ad intra*, cuando ubicada la banda elástica en la superficie externa del Estado, pretende acabar llegando al terreno del derecho, no para encontrar en él su fundamento (que siempre permanecerá en el Estado), pero sí su contenido y límites. Y se rompe, en segundo lugar, *ad extra*, cuando, reubicada la banda elástica en la superficie interna del derecho, demostrándose éste insuficiente para garantizar una defensa eficaz del Estado, se desliza de nuevo hacia su superficie externa para fundamentar a partir de él todos los poderes de emergencia basados en la idea de necesidad. Esto es lo que ha sucedido también en las posiciones defendidas por Theodor Maunz (1977: 203) o Günter Dürig (1992:412).

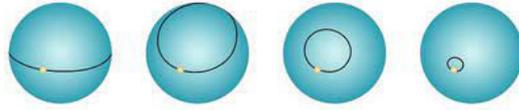
III. La emergencia y el derecho. La conjetura de Poincaré y la instrumentalización de la teoría del flujo de Ricci

1. Hipótesis 3: “no hay más emergencia que la prevista en el derecho”.

Hans Kelsen criticó abiertamente en su obra *Allgemeine Staatslehre* la construcción metajurídica del *ius eminens*. Como afirmó el citado autor, para las posiciones antes descritas “el Estado tiene que vivir y si no es posible que esto suceda por la vía jurídica, los órganos superiores del Estado, en particular el monarca, están obligados a hacer lo necesario para garantizar el mantenimiento del Estado. Naturalmente, esto no es más que un razonamiento político-iusnaturalista”. “Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que vivir suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva en la forma que estiman justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares de la justificación del estado de necesidad política” (1925: 157).

Como se puede ver, Kelsen, a la hora de abordar la situación de emergencia parte de la hipótesis que vincula norma-normalidad-excepcionalidad. Sin embargo, a diferencia de las posiciones anteriores vinculadas a la hipótesis 2, que aceptan una regulación jurídica condicionada de la excepcionalidad —en el sentido ya visto de que la capacidad del derecho para regular la emergencia se somete a ciertas condiciones—, el autor austriaco defiende una excepcionalidad incondicionada. Es decir, no hay más emergencia que la definida por el derecho. Y si la emergencia no está regulada en el derecho tiene la consideración de un simple hecho y carece de toda relevancia jurídica, como afirmó ya en sus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1923: 247).

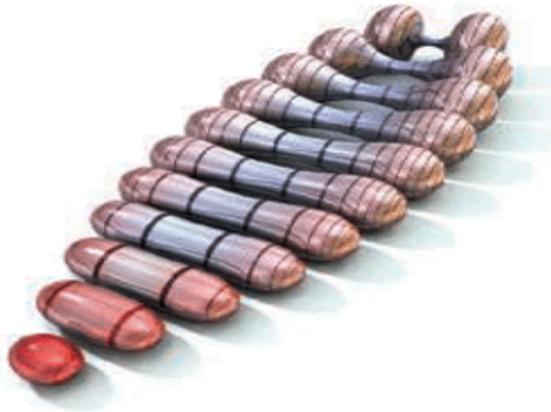
Como se puede apreciar, la tesis de Kelsen se acomoda plenamente a los desarrollos de la conjetura de Poincaré. El derecho sería la superficie esférica y los poderes de emergencia la banda elástica que podrían deslizarse y estirarse, sin romperse, sobre tal superficie, iniciando y terminando en un solo punto. En efecto, el derecho sería el fundamento y el límite de la emergencia en el sistema jurídico.



Como se puede ver, esta hipótesis 3 representada por el pensamiento de Hans Kelsen y la hipótesis 1 desarrollada, sobre todo, por Georg Jellinek reflejan, con coherencia, las dos caras de la moneda de la conjetura formulada por Poincaré. Sin embargo, en el ámbito del derecho, las hipótesis 1 y 3 resultan claramente incompatibles entre sí y no pueden ser consideradas como las dos caras de una misma moneda. En efecto. La hipótesis 1 trata de justificar la emergencia fuera del derecho y la hipótesis 3 únicamente dentro (Kelsen, 1928: 365). Si la hipótesis 1 es correcta, la 3 no puede serlo y a la inversa.

Con todo, si se consiguiera desarrollar una teoría capaz de explicar científicamente la emergencia en el sistema jurídico sería posible demostrar que, en realidad, las hipótesis 1 y 3, esto es, los topoi norma/normalidad y norma/normalidad/excepcionalidad también representan las dos caras de la misma moneda. Al igual que sucede con las dos hipótesis contradictorias que explican la misma conjetura de Poincaré. Como se verá, los desarrollos del matemático ruso Grigori Perelman para demostrar su validez pueden ser de utilidad también para una construcción científica de los poderes de emergencia en el sistema jurídico.

En particular, la aplicación de los planteamientos del flujo de Ricci para la demostración de la conjetura y que, en su esencia, concluye que dos superficies que sean materialmente distintas, pero que no tengan agujeros en su interior, son topológicamente homeomorfas (Topping, 2006). Es decir, son la misma forma. Eso es lo que sucede con la variedad de superficies que aparecen en el siguiente gráfico.



Fuente: Dana Mackenzie, *The Poincaré Conjecture-Proved-*, Science, 304.

Como se puede ver, son todas ellas formas materialmente distintas, pero formalmente son idénticas (homeomorfas) desde un punto de vista de la topología porque una banda elástica podría deslizarse sobre su superficie y, sin romperse, comenzar y finalizar en un único punto. Formalmente todas ellas son esferas. Si se aplica esta teoría al ámbito de la emergencia en el sistema jurídico, se podrá ver que la hipótesis 1 que parte del dualismo norma/normalidad y la hipótesis 3, que afirma el trinomio norma/normalidad/excepcionalidad son, cierto, materialmente distintas, pero pueden ser formalmente homeomorfas. Dicho en otros términos, las teorías de Jellinek y de Kelsen son las dos caras de una misma moneda. Más adelante se verá por qué ello debe de considerarse así.

2. Hipótesis 4: “no hay más emergencia que la prevista en el derecho salvo la necesaria para garantizar su eficacia”.

Probablemente lo que ha sido más paradójico para explicar la situación de emergencia en el sistema jurídico no haya sido partir de la distinción entre Estado y derecho (como hacía abiertamente la hipótesis 1), sino ver cómo incluso las teorías que han negado tal dualismo, y han defendido, una mayor o menor identificación entre el Estado y el derecho, han acabado llegando a muy parecidos resultados. Es interesante, en este punto, la teoría de Niklas Luhmann que mantiene una diferenciación funcional entre la política y el derecho (1997: 437), sobre la que se había construido la doctrina de la emergencia en el sistema jurídico al amparo de la identificación entre Estado y derecho. Eso ya sido objeto de análisis.

En similares términos a los de Kelsen, Luhmann niega la construcción de la emergencia al margen del sistema jurídico: “el sistema jurídico no puede aceptar ningún estado de excepción” (1995: 414). En efecto, la doctrina del *ius eminens* diluye la denominada *autopóyesis* del sistema jurídico y los códigos del derecho: lícito/ilícito, que pasan a ser definidos por el sistema político (Holzinger, 2010: 73). Sin embargo, no deja de sorprender que Luhmann, a pesar de concebir al derecho como un círculo cerrado, como la esfera de Poincaré, deja abierta una válvula de escape.

En efecto, como afirmó en su trabajo *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, de 1990, “en el sistema político ha de haber alguien, que en supuestos de excepción pueda ir más allá de los límites jurídicos. Soberano es, por tanto, aquél que en tales supuestos define lo que exige el interés general, y puede decidirse políticamente. Si el texto constitucional no lo admitiera, ello tiene lugar incluso *contra legem*” (1990: 200). Como se puede ver, esta hipótesis 4 es prácticamente idéntica a la hipótesis 2. Difieren en que la hipótesis 2 quiebra la conjetura de Poincaré, rompiendo la banda elástica, al intentar estirla desde el Estado hacia el interior del derecho y la hipótesis 4, por estirla desde el interior derecho hasta la idea de eficacia, como condición externa de validez del mismo.

Parecidos presupuestos comparte la doctrina austriaca que es la que probablemente aún siga con mayor intensidad los presupuestos normativistas de Hans Kelsen. En uno de los trabajos de referencia sobre los poderes de emergencia en el derecho, Friedrich Koja afirmó que el derecho no es más que un sistema de reglas y de excepciones (1993: 398), asumiendo que dentro del mismo texto constitucional debe de encontrarse una Constitución de la normalidad y una Constitución de la excepcionalidad (1979: 14). Sin embargo, al igual que Luhmann acaba quebrando la conjetura de Poincaré al afirmar que “si las previsiones de la Constitución de excepción son insuficientes ... para afrontar una crisis y salvaguardar el Estado debiera hacer necesario el tránsito hacia la ilegalidad” (1975: 209).

IV. Demostración científica de las hipótesis de la emergencia en el sistema jurídico y el flujo de Ricci

1. Las hipótesis de la emergencia y la distinción de la teoría del conocimiento

Pudiera parecer, efectivamente, que la hipótesis 1, vinculada al *ius eminens*, y la hipótesis 3, que defiende que solo cabe hablar de la emergencia dentro de derecho, no son formalmente homeomorfas en los términos de la teoría del flujo

de Ricci. Al fin y al cabo, ello hay que reconocerlo, se construyen a partir de dos teorías del conocimiento que son diametralmente opuestas. Es cierto, la hipótesis 1: “El Estado como único fundamento de los poderes de emergencia”, que se construye sobre el dualismo norma-normalidad, parte de que el objeto es el que define el método.

La teoría de Jellinek parte de que el Estado, como objeto de estudio de la teoría del Estado posee una parte fáctica —formada por un territorio, una población y un poder— y una parte jurídica —el derecho creado por él mismo— (1914: 12). Esta denominada por Kelsen (1928: 12) teoría de las dos caras del Estado asumida de von Gerber (1880: 1) es para Georg Jellinek el presupuesto de la cientificidad de la doctrina del Estado (1905: 13). Y ello porque permite distinguir ya el método sociológico, que ha de encargarse del estudio de la cara fáctica del Estado, del método jurídico, que ha de estudiar la vertiente jurídica del Estado, esto es, el derecho creado por él mismo.

De esta manera se ha conseguido poner fin a lo que Paul Laband denominó el diletantismo en la teoría del Estado (1906: XI), que había fusionado hasta el momento en su estudio elementos morales, sociológicos y políticos (Jakab, 2016: 299). No cabe desconocer que esta teoría de las dos caras del Estado, como objeto de la teoría del Estado, llevó a que su método contribuyera a lo que fue uno de sus objetivos políticos: garantizar al monarca ámbitos decisorios libres de derecho (Möllers, 2000: 261). En efecto, la teoría del Estado utilizó la hipótesis norma/normalidad para, por así decir, “encerrar” el derecho en la regulación de lo previsible, y encomendar a la ciencia jurídica su estudio. Y consecuentemente, vincular la emergencia a la vertiente fáctica, a la idea de necesidad, por definición no limitable jurídicamente.

Por su parte, la teoría de Kelsen parte de una teoría del conocimiento distinta, a la que no le queda más remedio que negar, por definición, la teoría del *ius eminens* y la idea de necesidad como elemento fáctico. En efecto, el punto de partida para el autor austriaco era construir una ciencia jurídica basada en la interdisciplinariedad que, vinculada a planteamientos neokantianos, permitiera diferenciar la ciencia jurídica de otras disciplinas (Lepsius, 2008: 273-275). De ahí que niegue la existencia del Estado como algo distinto al derecho. Como afirmó en su *Allgemeine Staatslehre*, de manera parcialmente distinta a sus afirmaciones de sus *Hauptprobleme* (1923: 406), el Estado se identifica con el derecho (1925: 44). Como se puede ver, mientras para Jellinek es el objeto el que predetermina el método de estudio, para Kelsen es el método el que predetermina el objeto de análisis de la ciencia del derecho.

Tampoco puede desconocerse el trasfondo político de la teoría de Hans Kelsen. Como trató de demostrar el prestigioso historiador del derecho Michael Stolleis, Kelsen trató de sacar el método científico del derecho de la influencia de la iglesia católica y del pujante antisemitismo, a la par que tratar de encontrar un elemento de cohesión a una sociedad políticamente fragmentada, algo que solo era posible a través del derecho (1999: 159-171). Era lógico, por tanto, que Hans Kelsen partiera de la hipótesis norma-normalidad-excepcionalidad y negara que los poderes de emergencia pudieran encontrar explicación más allá del derecho, en una idea de necesidad apoyada en el Estado como argumento.

Como se puede ver, las dos hipótesis sobre la emergencia en el sistema jurídico que han sido estudiadas a lo largo de este trabajo: a) norma-normalidad y b) norma-normalidad-excepcionalidad no se sostienen sobre los mismos presupuestos científicos, sino que se mueven en distintos planos de la teoría del conocimiento. En la conjetura de Poincaré, las dos hipótesis, como expresara el Clay Mathematics Institute, se mueven en el mismo plano de la teoría del conocimiento. Recuértese, la hipótesis 1 afirmaba que si se desliza una banda

elástica sobre una esfera siempre podría reducirse hasta un punto, sin rasgarla y sin permitir que saliera de la superficie. Por el contrario, la hipótesis 2 afirma que si la banda elástica se deslizara sobre la superficie con un agujero en un interior no sería posible reducirla a un punto sin romper la banda o la rosquilla.

Es evidente en la conjetura de Poincaré que la hipótesis 1 es válida porque la hipótesis 2 también lo es desde los mismos presupuestos. Sin embargo, en el ámbito de los poderes de emergencia, la hipótesis 1, al menos tal y como se enuncia, es válida si la hipótesis 2 no lo es correcta y a la inversa. En efecto, la hipótesis 1 que identifica norma-normalidad ubica los poderes de emergencia fuera del derecho porque en éste “se presupone” —con acierto o no— la existencia de una laguna jurídica. Por eso tiene que ser falsa la hipótesis 3 que exige que la norma deba de regular tanto la normalidad como la excepcionalidad. Y a la inversa, también sucede lo mismo.

Una de las maneras posibles de avalar la científicidad de las diferentes hipótesis que se han difundido en el tratamiento de la emergencia podría ser, cierto es, desde la perspectiva de la teoría del conocimiento. Si se optara por esta perspectiva, habría que demostrar si es el objeto el que ha de definir el método o a la inversa. Eso es lo que se ha podido ver en ciertas construcciones (Kelsen, 1928: 365). Sin embargo, otra de las maneras es tratar de explicar por qué las hipótesis 1 y 3, como las que definen la conjetura de Poincaré, a pesar de ser materialmente distintas son formalmente homeomorfas desde la perspectiva del flujo de Ricci y, por lo tanto, deben de considerarse, en realidad, las dos caras de una misma moneda.

2. Las hipótesis de la emergencia y su homeomorfia. La conjetura de Poincaré y el flujo de Ricci

Efectivamente, la hipótesis que parte del binomio norma-normalidad y la que defiende el trinomio norma-normalidad-excepcionalidad son materialmente distintas. La primera, como se ha visto, defiende la existencia de una laguna dentro del derecho en la regulación de la emergencia y la segunda niega tal laguna y postula que el derecho sí debe de regular la situación de emergencia. Sin embargo, como demostró el matemático ruso Grigori Perelman, aplicando los planteamientos del flujo de Ricci para la demostración científica de la conjetura de Poincaré, dos superficies materialmente distintas, que carezcan de agujeros en su interior, son topológicamente homeomorfas.

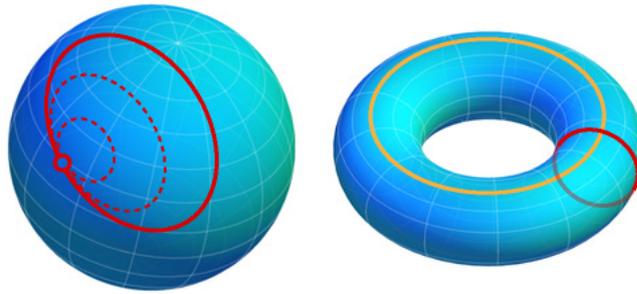
Así se puede apreciar en el gráfico que se muestra a continuación que pone de manifiesto que formalmente todas las superficies son esferas, porque en todas ellas la banda elástica se desliza sobre su superficie y se reduce, en último extremo, a un único punto, sin romperse (imagen obtenida de Donal O’Shea, *The Poincaré Conjecture. In search of the shape of the Universe*).



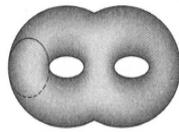
FIGURE 7. These are all homeomorphic to the two-dimensional sphere.

Reparando en estas conclusiones resultantes de la aplicación de la teoría del flujo de Ricci a la resolución de la conjetura de Poincaré, lo cierto es que también las hipótesis 1 y 3 desarrolladas en el ámbito de la emergencia, en el fondo, son formalmente homeomorfas. Al comienzo de este trabajo se utilizó el gráfico del Clay Mathematics Institute de Massachusetts —que aparece debajo de estas líneas— para ilustrar la conjetura de Poincaré, que parecerían ser quizás

las más adecuadas para poder comprender las hipótesis 1 y 3 adoptadas por las teorías sobre la emergencia.



Materialmente son correctas para indicar, eso, lo que materialmente implican. Pero ambas figuras pueden llegar a ser formalmente homeomorfas si se representan con esta figura extraída del trabajo de Donal O'Shea, antes citado



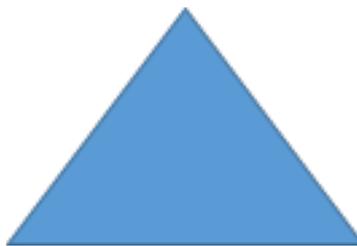
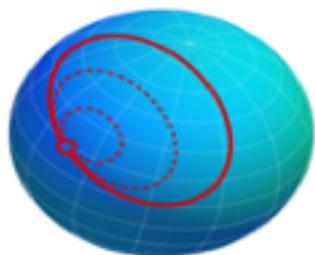
Tanto Jellinek como Kelsen podrían aceptar seguramente que esta nueva figura es válida para representar respectivamente sus planteamientos sobre la emergencia. Formalmente puede considerarse una esfera en aplicación del flujo de Ricci. En efecto, la banda elástica de Poincaré podría deslizarse a lo largo de su superficie externa y estirarse, sin romperse, comenzando y finalizando en un único punto. De izquierda a derecha. Eso es lo importante para Kelsen, que la emergencia tenga el fundamento y el límite en el derecho. Pero, a su vez, la figura contempla asimismo la laguna exigida por Jellinek en materia de emergencia. La figura deja claro cómo es posible satisfacer materialmente las hipótesis 1 y 3 y desde un punto de vista formal ser idénticas.

En efecto, el derecho no tiene por qué contener una regulación completa sobre la emergencia. Al fin y al cabo, puede haber situaciones que sean previsibles, pero las situaciones excepcionales generalmente no lo son, como reconocía Georg Jellinek. Lo que el derecho sí puede regular son las condiciones bajo las cuales tal regulación podría introducirse. Esta conclusión ha sido plenamente validada por Kelsen. En su *Allgemeine Staatslehre* determinó que los poderes de emergencia debían de estar regulados en el derecho (Kelsen, 1925, 157). Partía aquí de la idea de orden, en el sentido de que el derecho debe de ordenar y regular una realidad.

Sin embargo, en obras anteriores reconoció que la aprobación de las denominadas ordenanzas de necesidad podría delegarse en el ejecutivo (1913: 73, 1923: 557). Es decir, que la Constitución no tendría por qué regular ni ordenar el contenido de los poderes de emergencia —podría presentar en ese sentido una laguna— sino las condiciones bajo las cuales tales ordenanzas debieran de crearse. Como se puede apreciar, una teoría escalonada del orden jurídico, vinculada a la dinámica jurídica kelseniana, es plenamente compatible con la idea de lagunas en el derecho que proclamó Georg Jellinek para la construcción de los poderes de emergencia. Lo relevante es que una norma superior determine quién y cómo puede decidir sobre la emergencia.

En definitiva, la conjetura de Poincaré y la teoría del flujo de Ricci sirve para demostrar que no solo la figura de la izquierda y la de la derecha, que refleja la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico de Merkl y de Kelsen

son formalmente homeomorfas. En último extremo, una banda elástica puede recorrer su superficie y comenzar y finalizar en un único punto. Ambas son formalmente esferas.



Pero también son homeomorfas estas otras dos figuras que aparecen en el gráfico inferior. Incluso con lagunas en su interior, sería posible deslizar una banda elástica a lo largo de su superficie y reducirla a un único punto sin romperse.



Evidentemente esta conclusión no pretende pasar por alto que, desde el punto del método, las teorías de Georg Jellinek y de Hans Kelsen son materialmente distintas. Sin embargo, son formalmente homeomorfas, ya que en el fondo pueden ser compatibles con una misma conclusión: que el derecho no tiene por qué regular las medidas de emergencia (presentando una laguna), sino regular quién y cómo puede decidir sobre ellas. Esta conclusión puede ser la segunda vía para poder contribuir a la científicidad de la teoría de la emergencia en el sistema jurídico.

V. Conclusiones

Este trabajo ha querido rendir homenaje y aplicar las conclusiones desarrolladas por el matemático ruso Grigori Perelman para solventar la denominada conjetura de Poincaré, uno de los problemas matemáticos del milenio. En particular, su conclusión, desarrollada a partir de la aplicación de la teoría del flujo de Ricci, de que dos superficies materialmente distintas pueden ser formalmente homeomorfas. Es decir, representarse con una misma forma. Este resultado puede servir para solventar los tradicionales problemas que ha tenido el tratamiento de la emergencia en el sistema jurídico. Efectivamente, pareciera que aún hoy esta categoría se encuentra plagada de hipótesis o de topoi que son utilizados para la interpretación del sistema jurídico, pero, como tales, no han sido objeto de validación científica.

Hasta la actualidad no se ha desarrollado aún una teoría que sea capaz de explicar de una manera coherente, con pretensión de validez para cualquier sistema jurídico, cómo el derecho puede regular la manera en la que responde frente a circunstancias que ponen en peligro su propia existencia. Esto puede llevarse a cabo de dos maneras. En primer lugar, desde el plano de la teoría del conocimiento. Es cierto, las dos tradicionales hipótesis utilizadas en el tratamiento de la emergencia: a) el derecho solo puede regular la normalidad –y por

tanto no la excepcionalidad-- y b) el derecho ha de regular tanto la normalidad como la excepcionalidad han sido construidas a partir de una distinta manera de articular la relación entre objeto y método de estudio.

En efecto, la primera hipótesis parte de que es el objeto lo que define el método, mientras que la segunda tiene su origen en la idea de que el método delimita el objeto. De ahí que para poder avalar la validez científica de aquellas hipótesis materialmente contradictorias —y construir una teoría con pretensión de validez para cualquier sistema jurídico— sería necesario adentrarse en la cuestión de la relación entre objeto y método de estudio. Esta sería una de las maneras de validar científicamente lo que aún a día de hoy son solo hipótesis o conjeturas.

Sin embargo, existiría otra posibilidad de demostrar la validez científica de tales hipótesis. Como se ha afirmado, inspirándose en la teoría del flujo de Ricci que ha demostrado, gracias a Grigori Perelman, que dos superficies pueden ser materialmente distintas, pero formalmente homeomorfas. En realidad, las hipótesis a y b antes expuestas son materialmente distintas. Es cierto, la primera afirma que el derecho no puede regular la excepcionalidad y la segunda que sí debe regularla. Pareciera que si la primera es válida, la segunda no puede serlo y a la inversa. Sin embargo, atendiendo a las consideraciones de Perelman, estas dos hipótesis, a pesar de ser materialmente opuestas, pueden ser formalmente homeomorfas. Y, en efecto, este trabajo ha querido demostrar que las dos hipótesis de la emergencia no son contradictorias, si no que representan las dos caras de una misma moneda.

En efecto, la hipótesis que parte del binomio norma y normalidad y la que defiende el trinomio norma-normalidad-excepcionalidad son equivalentes, ya que ambas son plenamente compatibles con la idea de lagunas en el derecho que, en apariencia es lo que opone materialmente —no metodológicamente— a ambas construcciones. Para la hipótesis a, la existencia de una laguna jurídica en el derecho a la hora de regular la emergencia es imprescindible. Sin embargo, puede ser compatible con la hipótesis b, ya que ésta puede admitir que el derecho puede no regular la emergencia, sino quién puede decidir sobre ella. De esta manera, ambas perspectivas son homeomorfas, ya que la emergencia tiene su fundamento y límite en el propio derecho. Este podría ser quizás un planteamiento para poder construir una teoría de la emergencia en el sistema jurídico

Bibliografía

- Agamben, G. (2004). *Ausnahmezustand. Homo sacer II.1*. Frankfurt am Main: Suhrkamp
- Bolsinger, E. (2001). Autonomie des Rechts?, Niklas Luhmanns soziologischer Rechtspositivismus — Eine kritische Rekonstruktion, *Politische Vierteljahresschrift*, 42, 3-29.
- Böckenförde, E.-W. (1978). Der verdrängte Ausnahmezustand. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1881-1890.
- Böckenförde, E.-W. (1981). Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat en Vogel, H. J., Simons, A y Podlech, A, (edits.), *Die Freiheit des Anderen. Festschrift für Martin Hirsch*. Baden-Baden: Nomos, 259-272.
- Dürig, G. (1992). Art. 87 en Maunz, T y Dürig, G, *Grundgesetz Kommentar*. München: CH Beck.
- Finke, J. (2015). Funktion und Wirkung der Ausnahme im Recht. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 140, 514-541.

- Flor, G. (1954). Fragen des Ausnahme- und Staatsnotrechts. *Juristische Rundschau*, 4, 125-128.
- Flor, G. (1958). Staatsnotstand und rechtliche Bindung. *Deutsche Verwaltungsblatt*, 73, 149-152.
- Gerber, C. F. v. (1880). *Gründzüge des deutschen Staatsrechts*. Leipzig: Bernhard Tauchnitz.
- Hofmann, H. (2005). Souverän ist wer über Ausnahmezustand entscheidet. *Der Staat*, 44, 171-186.
- Holzinger, M. (2010). Regel und Ausnahme: Zur Theorie des Ausnahmezustands en Holzinger, M., May, S., Pohler, P. *Weltrisikogesellschaft als Ausnahmezustand*. Göttingen: Velbrück, 21-119.
- Jakab, A. (2016). *European Constitutional Language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jellinek, G. (1887). *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf Rechtsgeschichtlicher und Rechtsvergleichender Grundlage*. Freiburg: JCB Mohr.
- Jhering, R. v. (1877). *Der Zweck im Recht*. Leipzig: Breitkopf & Hartel.
- Kaiser, A.-B. (2020). *Ausnahmeverfassungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kelsen, H. (1913). Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 31, 53-98.
- Kelsen, H. (1923). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. München: JCB Mohr.
- Kelsen, H. (1925). *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Max Gehlen.
- Kelsen H. (1928). *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*. Tübingen: JCB Mohr.
- Koja, F. (1993). *Allgemeine Staatslehre*. Wien: Manz.
- Koja, F. (1979). *Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff*. Salzburg: Anton Pustet.
- Krüger, H. (1966). *Allgemeine Staatslehre*. Stuttgart: Kohlhammer.
- Laband, P. (1895). *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*. Leipzig: JCB Mohr.
- Lepsius, O. (2008). El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal. *Revista Electrónica de Derecho Constitucional*, 9, 259-295.
- Luhmann, N. (1990). Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *Rechtshistorisches Journal*, 9, 176-220.
- Luhmann, N. (1995). *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Luhmann, N. (1997). *Der Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Milnor, J. (2003). *The Poincaré Conjecture* en <https://www.claymath.org/sites/default/files/poincare.pdf>
- Möllers, C. (2000). *Der Staat als Argument*. München: CH Beck.
- Maunz, T. (1977). *Deutsches Staatsrecht*. München: CH Beck.
- O'Shea, D. (2007). *The Poincaré Conjecture. In search of the shape of the Universe*. New York: Walker & Company.
- Perelman, G. (2002). The entropy formula for the Ricci flow and its geometric applications. *ArXiv.org*, November 1
- Perelman, G. (2003) Ricci flow with surgery on three-manifolds. *ArXiv.org*, March 10.
- Perelman, G. (2003) Finite extinction time for the solutions to the Ricci flow on certain three-manifolds. *ArXiv.org*, July 17.
- Scheuner, U. (1950). Verfassungsschutz in bonner Grundgesetz en E. Kaufmann, *Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erick Kaufmann*. Aalen: Scientia.
- Schmitt, C. (1921). *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. Duncker & Humblot: Berlin.

- Schmitt, C. (1934), *Politische Teologie*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schröder, M. (1978). Staatsrecht an der Grenzen des Rechtsstaates. Überlegungen zur Verteidigung des Rechtsstaates in aussergewöhnlichen Lagen. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 103, 127-148.
- Stolleis, M. (1999). *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Band III*. München: CH Beck.

La integración de la Casa del Rey en la regulación de la Administración del Estado

The integration of the Royal Household of Spain into the State Administration

MIGUEL CABANILLAS SANZ

Doctorando en Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid
Responsable de Comunicación de la
Delegación del Gobierno en Canarias
miguel.cabanillas@correo.gob.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.3.25828>

Fecha de recepción: 26/05/2022

Fecha de aceptación: 04/11/2022

Resumen

La racionalización de la Monarquía parlamentaria española que ha traído la Constitución de 1978 cuenta aún con terreno normativo por desarrollar en la búsqueda de una mayor seguridad jurídica. La realidad de los últimos 45 años y, sobre todo, los cambios registrados por los propios sistemas democráticos en el siglo XXI, ponen sobre la mesa la necesidad de avanzar en la inclusión de la Casa del Rey, como institución, dentro de la regulación del Estado al que representa. El siguiente estudio analiza el nivel de integración normativa actual, incluidos los cambios aprobados en abril de 2022, y propone ámbitos en los que la Casa del Rey puede aproximarse aún más en su regulación a la Administración General del Estado.

Palabras clave

Monarquía, rey, Gobierno, administración, regulación, transparencia, control, rendición de cuentas, Constitución, democracia.

Abstract

The rationalization of the Parliamentary Monarchy achieved by the Constitution of Spain in 1978 has a regulatory field still to develop in the search for greater legal security. The reality of the last 45 years and, above all, the changes within the democratic systems themselves registered during the first two decades of the 21st century, brings to discussion the need to make some progress in the integration of the 'Casa del Rey' (Royal Household), as an institution, in the regulation of the State it represents. The following study analyses the level of current regulatory integration, including the changes approved in April 2022, and proposes different areas in which the Royal Household can come even closer in its regulation to the General Administration of the State.

Keywords

Monarchy, king, Government, administration, regulation, transparency, control, accountability, constitution, democracy.

Sumario

I. Introducción. II. La naturaleza jurídica de la Casa del Rey. III. Ámbitos de regulación estatal sobre la Casa del Rey. 1. El control de la gestión. 2. Transparencia y buen gobierno en la Casa del Rey. 3. El personal al servicio de la Casa del Rey. 4. Actividad comercial. 5. Asistencia jurídica a la Casa del Rey. IV. Ámbitos de regulación estatal por integrar. 1. Los contratos de la Casa del Rey. 2. El ejercicio de la función de alto cargo en la Casa del Rey. V. Conclusiones. *Bibliografía.*

I. Introducción

La posición del rey en la cúspide de la estructura del Estado ha sido objeto de una evolución continua desde el propio nacimiento de la organización estatal en todos los países que, en algún momento de su historia, han tenido la Monarquía como sistema de gobierno. En el caso español, tal evolución se ha hecho aún más presente desde el advenimiento del constitucionalismo, con el impulso que supuso la aprobación de la Constitución gaditana de 1812, si bien ese proceso no ha sido ni pacífico ni lineal, pues ha habido progresos y regresos hasta alcanzar la actual forma de gobierno.

La Constitución española de 1978 viene a racionalizar el sistema monárquico democrático como pocas en los países de nuestro entorno, introduciendo en su articulado el término Monarquía parlamentaria¹. El artículo 1.3 determina que ésa es nuestra “forma política”, con lo que, instituido el paso del principio monárquico al democrático, se traslada el peso del rey y de la institución de la Corona hacia el Parlamento, en calidad éste de órgano representativo de la soberanía nacional.

El Título II de la Constitución de 1978 sostiene la racionalización de nuestra Monarquía parlamentaria², sobre los pilares de la determinación de las funciones del monarca, bastante tasadas, y los mecanismos e institutos jurídicos que regulan su actividad y la del órgano unipersonal del que es titular, la Jefatura de Estado³. Pero los acontecimientos de estos 45 años de democracia han puesto sobre la mesa que, aunque el articulado de nuestra Carta Magna ha sabido responder a las distintas necesidades de la Corona (entre ellas la abdicación de 2014), se ha de seguir dando pasos adelante en la racionalización del sistema,

1 Sobre la Monarquía parlamentaria y la racionalización de nuestro sistema véase a García Canales (1991: 57), González-Trevijano (2008), Tajadura Tejada (2022: 38) y Torres del Moral (1983: 39-84).

2 STC 5/1987, de 27 de enero. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 35, de 10 de febrero de 1987. El Tribunal Constitucional ha caracterizado también la racionalización de nuestro sistema monárquico: “La Monarquía parlamentaria prevista en nuestra Constitución es una Monarquía parlamentaria ‘racionalizada’ en la medida en que la Constitución así lo ha querido, sin que al intérprete de la misma, cualquiera que éste sea, le esté permitido completar esa racionalización en la dirección o con la extensión que él estime más adecuadas” (FJ3).

3 Aragón Reyes (2018, 51) habla en estos mismos términos.

en particular ante una realidad como es la del siglo XXI, en la que la posición vitalicia de los reyes no ha de darse por descontada y la sociedad demanda mayores estándares de transparencia y rendición de cuentas.

Una de las cuestiones relacionadas con el papel de la Corona en nuestro ordenamiento constitucional que ha generado mayor inseguridad jurídica es precisamente el funcionamiento de la institución, y particularmente su aparato administrativo y las normas a las que ha de estar sujeto. La definición que el Tribunal Constitucional hace de la Casa del Rey como una organización estatal que no se inserta en ninguna de las Administraciones Públicas y el amplio margen de discrecionalidad que el artículo 65 de la Constitución le concede al monarca para dirigir su funcionamiento plantean aún hoy una serie de cuestiones por resolver, particularmente por la inviolabilidad y la no sujeción a responsabilidad de la persona del jefe del Estado que determina nuestra Carta Magna (art. 56.3 CE).

La integración en la regulación del Estado de la Corona como órgano constitucional, de la Casa del Rey como aparato administrativo, y del propio monarca, constituye uno de los asuntos pendientes que tenemos en España en lo relativo a la total racionalización del sistema. Teniendo presente la teorización planteada por Benjamin Constant (1820: 33-41) y siguiendo la estela de los postulados de Georg Jellinek⁴, no podemos sino apuntalar la naturaleza del rey como miembro u órgano del Estado, desde su posición cupular, una posición simbólica y de representación, pero también moderadora del regular funcionamiento de las instituciones (56.1 CE).

En las siguientes páginas analizaremos, por ello, tanto la propia naturaleza jurídica de la Casa del Rey, a través de la regulación ya existente, y también desde la propia interpretación que ha dado el Tribunal Constitucional. Y nos detendremos en la normativa estatal que actualmente es de aplicación para la Corona en su funcionamiento, así como el ámbito de convencionalidad con el que Felipe VI, en aras de la transparencia y la ejemplaridad que promueve, ha querido regular algunos aspectos de la colaboración entre la Administración General del Estado y la Jefatura del Estado. Un marco regulatorio al que se ha añadido el Real Decreto 297/2022, que ha venido acompañado, por primera vez, de la publicación del patrimonio personal del rey.

Avanzando en nuestro estudio llegaremos a algunos aspectos en los que, a nuestro juicio, la regulación ya existente para las Administraciones Públicas, y en particular la del Estado, puede extenderse con una mayor intensidad y determinación jurídica a la Corona, particularmente en el ámbito de contratación, que, con base en la “cantidad global” que los Presupuestos Generales del Estado destinan al sostenimiento de la Familia y la Casa del Rey (artículo 65.1 CE), se lleva a cabo con dinero público.

Estas cuestiones nos plantean ya no solo la oportunidad de intensificar la relación (también normativa) entre el rey y la propia Administración del Estado para avanzar en una mayor racionalización de nuestra Monarquía parlamentaria, sino que también nos ponen ante la necesidad de seguir dando pasos para alcanzar una mayor seguridad jurídica, eficiencia, eficacia y economicidad en

4 Jellinek (2000: 587-596) diferencia dos modos de establecer la relación del monarca con el Estado. Una primera -en líneas generales anterior en el tiempo- es la que sitúa al rey sobre o fuera del Estado, que se traduce, a su vez, en una doble variante: o bien en la caracterización del monarca como una autoridad superior al Estado, o bien como propietario del mismo. Y existe un segundo modo de abordar el vínculo Estado-Corona, desde la posición de un rey como miembro u órgano del Estado. Esta última es la actual, y no solo atribuible a la Monarquía constitucional, sino que puede ya observarse en un estadio muy inicial siglos antes.

el uso de los recursos públicos. Todo ello sin cuestionar la independencia y autonomía que la propia Constitución garantiza al rey para la estructuración de la organización administrativa que lo asiste.

II. La naturaleza jurídica de la Casa del Rey

La integración del rey, y, por tanto, de la Corona, en el Estado pasa, entre otras cosas, por dotar al monarca de un aparato administrativo que le asista en el ejercicio de las funciones que la Constitución le atribuye. Hoy la Constitución española⁵ vigente hace referencia expresa a la Casa de Su Majestad el Rey en el artículo 65, precepto con el que nuestra Carta Magna dota de los márgenes más amplios de discrecionalidad a la acción del jefe del Estado. De hecho, el artículo 56.3 de la Constitución exime de la exigencia de refrendo a los actos del rey relacionados con el apartado dos del artículo 65, es decir, los relativos al nombramiento y relevo de los miembros de su Casa.

El contenido del artículo 65 CE no es más que el reconocimiento constitucional de una entidad institucional existente previamente a la aprobación de la Constitución de 1978. El propio devenir de los acontecimientos tras el fallecimiento de Francisco Franco y el ascenso al trono de Juan Carlos I de Borbón motivó que se tuviera que crear de manera urgente la Casa de Su Majestad el Rey por Decreto⁶ solo cinco días después de la muerte del dictador. A la norma le siguió, ya con amparo constitucional y democrático, la regulación de 1979⁷, manteniéndose vigente en la actualidad el Real Decreto 434/1988⁸, con una última modificación en abril de 2022⁹ con la que se pretende seguir avanzando en transparencia.

La justificación de la necesidad de dotar al monarca de una organización administrativa propia viene de mucho atrás, más allá, incluso, de los orígenes de nuestro constitucionalismo. Pero en lo que se refiere a nuestras Constituciones, Javier Cremades (1998: 40) recuerda que en la de Cádiz de 1812¹⁰ ya se hablaba de la Casa del Rey como una especie de organización de intendencia. En un momento en el que comenzaba a despojarse al rey de los poderes que había

5 Constitución española de 27 de diciembre de 1978. Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 311.1, de 29 de diciembre de 1978. *Artículo 65: 1. El rey recibe de los Presupuestos Generales del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa, y distribuye libremente la misma. 2. El rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa.*

6 Decreto 2942/1975, de 25 de noviembre, por el que se crea la Casa de Su Majestad el Rey. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 284, de 26 de noviembre de 1975.

7 Real Decreto 310/1979, de 13 de febrero, por el que se reorganiza la Casa de S. M. el Rey. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 47, de 23 de febrero de 1979.

8 Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, sobre reestructuración de la Casa de S.M. el Rey. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 112, de 10 de mayo de 1988.

9 Real Decreto 297/2022, de 26 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, sobre reestructuración de la Casa de Su Majestad el Rey. En su exposición de motivos, puede leerse: "El presente real decreto pretende consolidar las reformas enumeradas anteriormente llevadas a cabo en los años precedentes, continuar el proceso de modernización iniciado en el año 2014, y ahondar en el reforzamiento de los principios de transparencia, rendición de cuentas y publicidad, en línea con el compromiso de la Corona con la sociedad de observar una conducta íntegra, honesta y transparente". La aprobación de este Real Decreto ha suscitado algunas críticas entre constitucionalistas por el hecho de que las novedades que introduce no supongan tal avance jurídico en la regulación de la Corona para avanzar en transparencia como se anunció en el momento de su aprobación. En este sentido, puede leerse a Miguel Ángel Presno Linera y a Gerardo Pérez Sánchez en «Mucho ruido y pocas nueces: juristas cuestionan un avance en transparencia sobre el patrimonio del rey», publicado en *El periódico de España* el 29 de abril de 2022.

10 En concreto en el Capítulo V del Título IV.

concentrado con anterioridad, la lógica llevaba a dividir la Corte Real absolutista en dos¹¹: una Casa de Su Majestad para dar apoyo al monarca y una Administración del Estado para sostener la acción del Gobierno.

Javier Cremades justifica la necesidad de la existencia de la Casa de Su Majestad el Rey sobre tres pilares: garantizar la independencia y cumplimiento de funciones del monarca, asegurar la irresponsabilidad e inviolabilidad que determina la Constitución de 1978 en su artículo 56.3, y ofrecer asistencia de orden doméstico al rey.

En el Real Decreto de 1979 se caracterizaba a la Casa del Rey como un “instrumento administrativo” para dotar al monarca del apoyo para el ejercicio de sus funciones como jefe del Estado, utilizando, incluso, el término Gabinete Real sobre la base de la naturaleza que le otorga de manera muy concisa el artículo 65 CE. Y ya en el Real Decreto 434/1988 el artículo 1 la define como “organismo que, bajo la dependencia directa de S.M., tiene como misión servirle de apoyo en cuantas actividades deriven del ejercicio de sus funciones como jefe de Estado”.

El mismo Real Decreto le atribuye expresamente cometidos de carácter administrativo y económico¹², pero también la mandata, entre otras, para la función de “atender especialmente” a las relaciones del rey con los organismos oficiales, entidades y particulares, a su seguridad y la de la Familia Real, así como encargarse de la organización y funcionamiento del régimen interior del Palacio de la Zarzuela (art. 1.2).

Teniendo en cuenta esta caracterización jurídica¹³ y la autonomía que la propia Constitución reconoce al monarca para la dirección de este “organismo” financiado por los Presupuestos Generales del Estado, la cuestión nuclear que se plantea es la forma en la que la Casa de Su Majestad el Rey ha de insertarse en el entramado de entidades del sector público en pos de una mayor seguridad jurídica y una mejor racionalización de nuestra Monarquía, con la que evitar controversias constitucionales.

El Tribunal Constitucional¹⁴ ha venido a señalar que la Casa del Rey “es una organización estatal, pero que no se inserta en ninguna de las Administraciones Públicas”. Y, con base en lo establecido por el artículo 65 CE, además ha advertido de la “nítida separación de la organización de la Casa Real respecto de las Administraciones Públicas”, al tiempo que recuerda que en su gestión ha de garantizarse un marco de independencia.

En la línea con esa independencia y nítida separación a la que alude el TC, Luis María Díez-Picazo (1982: 128) insiste en que la Casa de Su Majestad el Rey queda fuera de las Administraciones Públicas “en sentido formal”, entre otras razones porque no está dotada de poderes exorbitantes frente a los ciudadanos, diferenciándose así “notablemente” y quedando al margen “en principio” del Derecho Administrativo. Y destaca la importancia de que, de este modo, se garantice la independencia interna en su gestión:

11 Véase Cremades (1998: 14). En el prólogo de esta obra, Antonio Torres del Moral señala lo siguiente: “Las cosas de la Monarquía responden menos a la Teoría pura del Derecho que a la decantación histórica de usos y formas que la práctica ha ido puliendo y adaptando al nivel de los tiempos” (pág. 14).

12 Díez-Picazo (1982: 128), considera que el aparato burocrático de la Casa del Rey tiene un carácter fundamentalmente instrumental, sin una función pública primaria, “sino que es accesorio o auxiliar con respecto a la misión que el ordenamiento asigna a la Corona”.

13 Vacas García-Alós (2000: 386 y 395) caracteriza a la Casa del Rey como “administración medial integrada en una organización administrativa estatal”, dado que carece de fines generales y directos al servicio de los ciudadanos.

14 STC 112/1984, de 28 de noviembre. FJ 2.

«Su finalidad es protegerlas de posibles injerencias de la todopoderosa y siempre temida Administración del Estado, detrás de la cual está el Gobierno. Si se encomendara a la Administración del Estado la gestión interna de dichas organizaciones podría interferirse en sus funciones sustantivas. Existiría el peligro de una preponderancia de hecho del órgano constitucional Gobierno» (Díez-Picazo, 1982: 116).

Pero el ya citado Real Decreto 297/2022 de reciente aprobación va más allá, y en su exposición de motivos incluye una caracterización de la Casa de Su Majestad el Rey, que, paradójicamente, no es la misma incluida en el Real Decreto 434/1988 al que modifica, ni la establecida por el Tribunal Constitucional. En el texto normativo aprobado por el Consejo de Ministros a finales de abril de 2022 se llega a definir a la Casa del Rey como un “órgano de relevancia constitucional integrado en el Estado”¹⁵. Aunque el Tribunal Constitucional¹⁶ ha venido a rechazar el valor normativo del preámbulo (si bien reconoce que se ha de tener en cuenta en la interpretación de la norma), la exposición de motivos del último Real Decreto esbozaría -en una redacción quizá desafortunada, quizá demasiado imprecisa- una equiparación categórica, por ejemplo, al Consejo de Estado.

Sea como fuere, con base en todas las premisas normativas, jurisprudenciales y doctrinarias de las que tenemos constancia, queda aún abierto el interrogante en torno a la justificación del hecho de que la organización estatal no administrativa (utilizando las propias palabras de Díez-Picazo) que da asistencia a la Jefatura del Estado no forma parte, al menos formalmente, del sector público estatal. Sobre todo, teniendo en cuenta que es el Gobierno, en la cúpula de la Administración del Estado, el encargado de dictar su normativa reguladora mediante Real Decreto, estableciéndose, por tanto, una estrecha vinculación -más allá de la refrendaria- que no es tal en otros órganos de relevancia constitucional (recurriendo al nuevo cuño), como el Consejo de Estado, que cuenta con su propia Ley Orgánica¹⁷.

Llama la atención, cuanto menos, que el organismo dependiente directamente del jefe del Estado que ha sido regulado por un Real Decreto a propuesta y refrendado por el presidente del Gobierno, previa deliberación en el Consejo de Ministros¹⁸, no integre el sector público institucional estatal. Existe un silencio absoluto al respecto en el artículo 84 de la Ley del régimen jurídico del sector público¹⁹.

Paradójico que la institución que asiste al órgano cupular del Estado y que cuenta con recursos humanos y materiales estatales no encuentre cobijo en la relación de entidades pertenecientes al sector público institucional, es decir, aquello que no es Administración General del Estado²⁰. Y que, al mismo tiempo que se registra tal ausencia, se incluya de manera expresa en esta categoría, por

15 En el Convenio entre el Tribunal de Cuentas y la Casa de Su Majestad el Rey de 2 de junio de 2022 para la realización de auditorías de cuentas, suscrito tras la aprobación del Real Decreto 297/2022, se recurre, sin embargo, al concepto “organismo de relevancia constitucional”.

16 STC 36/1981, de 12 de noviembre. FJ 7.

17 Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 100, de 25 de abril de 1980.

18 Bassols Coma (1983: 908) afirma que la Constitución excluye “cualquier intervención” del Poder Ejecutivo y Legislativo en la institucionalización y configuración de la Casa del Rey. Esta afirmación contrasta con la aprobación de un Real Decreto, refrendado por el presidente del Gobierno, para estructurarla y reestructurarla.

19 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

20 Cazorla Prieto y Fernández-Fontecha (2021: 146) apuntan en esta misma línea.

ejemplo, sociedades mercantiles estatales, en las que puede existir participación de capital privado, o, incluso, las Autoridades Administrativas Independientes.

Y, si lo que subyace es una voluntad de marcar la separación con respecto a la Administración del Estado, excluyéndola del sector público institucional y elevándola a la categoría de “órgano de relevancia constitucional”, difícilmente puede encajar tal determinación con el hecho de que el Gobierno siga normativizando la regulación de la Casa del Rey. La carencia de potestas del monarca y la imposibilidad de que éste dicte normas con efectos *ad extra* requiere que algún poder le asista en esta tarea²¹. Pero ha de cuestionarse si el Ejecutivo está capacitado para hacerlo mediante una norma de tal rango dejando a un lado al Parlamento cuando hablamos, como pudiera pensarse haciendo caso al preámbulo del Real Decreto 297/2022, de un órgano de relevancia constitucional.

Es necesario, en primer lugar, terminar de definir la naturaleza jurídica de la Casa de Su Majestad el Rey. Y, en el caso de que se mantenga como hasta ahora en la definición de un “organismo” (artículo 1 del Real Decreto 434/1988) u “organización estatal no inserta en ninguna de las Administraciones Públicas” (STC 112/1984) que puede ser regulada por norma de rango reglamentario por el Gobierno, categorizarla dentro del sector público al que, sin duda, pertenece.

La posible salvaguarda de la autonomía, independencia y discrecionalidad que la Constitución otorga al rey para la gestión de su Casa, a nuestro juicio, no encuentra obstáculo en el hecho de que ésta sea incluida dentro del marco normativo que supone la Ley 40/2015. No en vano, la norma se aplica también al ámbito de las Comunidades Autónomas, por cuanto la Carta Magna²² atribuye al Estado la competencia de regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, y, con ello, las Autonomías no quedan sometidas al aparato estatal. Además, dentro del sacrosanto principio de la división de poderes, algunos aspectos del Estatuto Básico del Empleado Público²³, por ejemplo, son de aplicación de manera subsidiaria también al personal de las Cortes Generales y del Poder Judicial.

Coincide en esta necesidad de apuntalar una sujeción “extrema y puntillosa” al ordenamiento jurídico por parte de la Casa del Rey, particularmente en lo relativo a la gestión económica, Luis María Cazorla (2018: 43). En su opinión ha de romperse el “aislamiento normativo”, el “complejo de isla”, que acusa la Casa de Su Majestad el Rey y ajustarse al régimen jurídico-público general. Más explícitamente:

«Las técnicas formales y materiales que se han ido implantando en las Administraciones Públicas en sentido estricto se han ido perfeccionando con el trascurso de los años, y, por contar con identidad de naturaleza y fundamento, todo abona que, sin perjuicio de particularidades justificadas, se vayan extendiendo al resto del sector público no incluíble dentro de las Administraciones Públicas en sentido estricto, como es la Casa del Rey» (Cazorla Prieto, 2018: 53).

En la línea de Luis María Cazorla, entendemos además que no puede justificarse en la libertad y la no exigencia de refrendo que la Constitución garantiza para el rey

21 Aragón Reyes (2018: 52) precisa que el rey “no puede innovar, por sí solo, el ordenamiento, ni producir, por su sola voluntad, actos jurídicos estatales de aplicación de ese ordenamiento”.

22 Así el artículo 149.1 18ª.

23 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 261, de 31 de octubre de 2015. Artículo 4.

en aspectos relativos a su Casa la tan deficitaria integración de ésta en el marco regulatorio de las entidades públicas. Hemos de recordar que la Constitución impone la sujeción al ordenamiento jurídico tanto para ciudadanos como para poderes públicos (art. 9.1 CE) y que tal libertad de un monarca dotado de inviolabilidad y no sujeto a responsabilidad no obliga a una actividad interna de la Corona *praeter legem*.

No cabe duda de que, en una forma de Gobierno monárquica sometida al principio democrático, el ordenamiento jurídico ha de alcanzar a todo el entramado institucional del Estado, desde la cúspide hasta la entidad pública empresarial con la menor dotación presupuestaria. Y, en este caso, la Corona no ha de estar sujeta únicamente al articulado de la Constitución, también al resto del ordenamiento. Ésta es una cuestión, entre otras, de salud democrática. Un órgano cuya titularidad se basa en el principio hereditario, puede y debe regularse por las leyes y normas que aprueben tanto las Cortes Generales como el Ejecutivo, máxime cuando este último asume la responsabilidad de los actos del rey a través del refrendo. Avanzando por este camino, la Corona estará ganando en legitimidad democrática.

Luis Vacas²⁴ insta a la aprobación de lo que define como un Estatuto de la Casa del Rey de rango legal (más propio, a su juicio, de una Monarquía parlamentaria), que supere la regulación mediante Real Decreto y que comprenda ocho líneas básicas, entre ellas el régimen de refrendo de los acuerdos y disposiciones dictados en el seno de la misma.

En una línea contraria a esta posición se sitúan tanto Javier Cremades como Luis María Díez-Picazo. Este último defiende como un “acierto” que las relaciones entre el rey y las Administraciones Públicas estén “muy someramente reguladas” (Díez-Picazo, 1982: 133). Por su parte, Cremades (1998: 135-136) considera que el encaje de la Monarquía en el Estado de Derecho conlleva que, en ciertas ocasiones, incluso, se pueda “bordear el positivismo constitucional”, manteniendo la regulación de la Casa de Su Majestad el Rey en el ámbito reglamentario, al margen de las Cortes Generales, con unas normas que podrían también entenderse como dotadas de fuerza de ley. Se trataría de posicionar esta normativa reglamentaria directamente por debajo de la Constitución, como ocurre con los Reglamentos de las Cortes Generales, órgano que, sin embargo, sí tiene una legitimación democrática directa en cuanto representación de la soberanía nacional (art. 66.1 CE, en relación con el art. 1.2 CE).

Pero, a nuestro juicio, se ha de cuestionar que se haya recurrido al Real Decreto para la estructuración de la Casa de Su Majestad el Rey, en lugar de haberse utilizado la Ley, tipo normativo que pasa por el Parlamento y que no tiene por qué minar la independencia, autonomía, libertad y discrecionalidad que le otorga la Constitución al monarca. En esta cuestión coincidimos con Xavier Arbós²⁵, aunque reconocemos la falta de consenso en torno a la oportunidad, pertinencia, e, incluso, posibilidad jurídica de la aprobación de una Ley de la Corona²⁶.

24 Vacas García-Alós (2000: 407) afirma lo siguiente: “Ni la Corona merece ese tratamiento (regulación por Real Decreto), ni una Monarquía parlamentaria debe hacer compatible su verdadero significado con una situación normativa como la todavía vigente. Demandamos, pues, como de imperiosa necesidad la promulgación de un Estatuto de la Casa del Rey que, con el debido rango normativo, dé respuesta a cuantos aspectos puedan plantearse con respecto a la organización y al funcionamiento de la misma”.

25 Arbós (2022: 22) apuesta abiertamente por la aprobación de la Ley Orgánica de la Corona: “Es importante integrar más a la Corona en el entramado normativo de nuestro ordenamiento jurídico, con las leyes correspondientes. Entre las normas constitucionales y los decretos están las leyes”.

26 Cazorla Prieto y Fernández-Fontecha (2021: 150) incluyen la Casa de Su Majestad el Rey entre los asuntos que podrían incluirse en una eventual Ley de la Corona. En lo que respecta al artículo 65 CE, concluyen que el desarrollo normativo del segundo apartado es ya suficiente, pero no consideran que esto sea así en el caso del 65.1 CE, que debe ser mejorado, particularmente en lo referente al procedimiento de elaboración y ejecución presupuestaria.

Y también se ha de cuestionar el recurso al Real Decreto para los nombramientos del personal de Alta Dirección y Dirección de la Casa del Rey²⁷, que aprueba el Gobierno y debe ser refrendado, si en este caso el artículo 56.3 CE exige de tal refrendo al monarca. Se ha llegado a considerar en este último aspecto la existencia de una mutación constitucional.

Carmen Fernández-Miranda es muy crítica con el tipo de normas elegidas:

«Ninguna de las normas que regulan la Casa del Rey, tanto en relación con su organización interna como a los nombramientos efectuados por Su Majestad son adecuadas. No responden a una Monarquía parlamentaria, sino quizá por inercia histórica, a la Monarquía de nuestro siglo XIX y principios del XX en la que el rey era parte del Ejecutivo y el Gobierno estaba sometido a la doble confianza y en la que el uso del Real Decreto por parte del monarca era adecuado» (Fernández-Miranda Campoamor, 1991: 148-150).

Por el contrario, Enrique Belda (2015a: 168) estima “coherente” el marco regulador al que está sometida la Casa del Rey, por lo que no encuentra en este organismo una de las prioridades para avanzar en la racionalización de nuestra Monarquía parlamentaria²⁸. Sin embargo, sí estima oportuno mejorar en la normativa referente, entre otros, al control presupuestario y la fiscalización contable de la Corona.

III. Ámbitos de regulación estatal sobre la Casa del Rey

La conveniencia de seguir avanzando en la integración o, cuanto menos, la aproximación de la Corona y la Casa del Rey a la regulación de la Administración del Estado²⁹ puede justificarse desde varias perspectivas, más allá de la seguridad

27 Así lo establece el artículo 9.3 del RD 434/1988.

En este sentido, Torres Muro, I. (2009: 58-59) pone de relieve la progresiva extensión del refrendo para actos del rey como los nombramientos de la Alta Dirección de su Casa. Estima que es una ampliación del refrendo, que algunas voces califican de mutación constitucional, que ha de considerarse “oportuna y deseable”, así como “una práctica prudente”.

Por su parte, Belda Pérez-Pedrero (2015a: 166-167) refiere opiniones “comunes y asentadas” sobre el “carácter práctico más restrictivo” de una interpretación de los nombramientos de la Alta Dirección de la Casa del Rey con un refrendo necesario por parte del Gobierno. “Es restricción -indica- no es una gratuita consecuencia de la desaparición genérica de potestas en un monarca democrático: tan solo se trata de tener que determinar algún otro centro de imputación de decisiones, sean cuales fueren las consecuencias tanto de los nombramientos como de los actos de la Casa del Rey, que trascienden al propio monarca, lo que ocurre, de nuevo, por su propio régimen de no responsabilidad”. Bajo esta argumentación, podríamos plantearnos el sentido de que la Carta Magna incluya algún tipo de exención a la necesidad del refrendo en los actos del rey con trascendencia constitucional, es decir, que legitima la Constitución, como puede ser nombrar y relevar al personal civil y militar de su Casa, ex artículo 65.2 CE.

28 Belda Pérez-Pedrero (2015b: 72) afirma: “Que vayamos a excluir de una propuesta de reforma constitucional, al término de estas líneas, a la Casa del Rey por estar sometida a un marco regulador coherente, no significa que, como se ha visto, sea un campo oportuno para mejorar las disposiciones que le atañen”. Enrique Belda señala en concreto la oportunidad de mayores avances en el control de los actos internos de la Casa del Rey, entre ellos la fiscalización contable.

29 Real Decreto 772/2015, de 28 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, sobre reestructuración de la Casa de Su Majestad el Rey. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 207, de 29 de agosto de 2015. Un año después de la llegada de Felipe VI al trono, se aprueba esta norma para introducir en el RD de reestructuración de la Casa del Rey algunos de los principales cambios hacia la aproximación de la Corona a la regulación de la Administración General del Estado.

jurídica. Una de esas motivaciones es la eficiencia económica, por cuanto una estrecha colaboración entre la AGE y la Casa de Su Majestad el Rey puede evitar la creación de órganos con funciones paralelas.

Esta cuestión fue puesta de relieve ya en el preámbulo del RD 434/1988, donde se contempla la posibilidad de que, desde la Administración General del Estado, se dé asesoramiento y asistencia directa a la Casa del Rey. La citada norma también alude a la necesidad de que este organismo que asiste al monarca aplique a su organización y funcionamiento “determinados principios y criterios” de la AGE, manteniendo el “mayor espíritu de colaboración y armonía” posible.

Es en el artículo 13 del Real Decreto sobre reestructuración de la Casa de Su Majestad el Rey en el que se desarrolla esta cuestión. El precepto habilita para el uso de medios personales y patrimoniales de Patrimonio Nacional, del Parque Móvil del Estado u otros organismos por “razones de economía administrativa”. Y, para evitar la duplicidad a la que antes aludíamos, se establece la posibilidad de que se suscriban convenios de colaboración entre la Administración General del Estado y la Casa del Rey. Todo esto no redundaría sino en el argumento de la vinculación que debe seguir existiendo con el Gobierno, más allá de por razones referendarias, por la doble naturaleza de los ministros, quienes, además de figuras políticas, son también máximos responsables de la organización administrativa de los Ministerios.

Las novedades introducidas en el Real Decreto por el reglamento aprobado en abril de 2022 amplían el contenido del citado artículo 13, en lo que supone una clara consagración del convenio como instrumento jurídico para regular en lo específico la concreta colaboración entre unidades de la Administración General del Estado y la Casa del Rey. Pero no solo, pues en los tres apartados que añade el Real Decreto 297/2022 al citado artículo, además de especificarse la asistencia jurídica de la Abogacía del Estado, se introduce la auditoría externa anual por parte del Tribunal de Cuentas, a lo que nos referiremos más adelante.

El nuevo artículo 13 del Real Decreto 434/1988 establece que ya no solo los convenios podrán firmarse para evitar órganos con funciones paralelas en la Administración del Estado y la Casa de Su Majestad el Rey, sino que también se suscribirán por motivos organizativos o funcionales. El texto además introduce la posibilidad de que tales convenios no solo se firmen con la AGE, sino también con “otras entidades públicas”. Con ello parece despejarse el camino para que la Corona, a través de la Casa del Rey, pudiera autorregular sus relaciones con órganos relevantes para el funcionamiento de nuestro sistema democrático sin necesidad, sobre el papel, de llamar en causa al Gobierno, que, por regla general, ha de refrendar los actos del rey³⁰.

1. El control de la gestión

En lo referente al control de la gestión de la Casa de Su Majestad el Rey, el mismo se ha de sustanciar en un plano estrictamente económico-financiero y para cumplir con las exigencias de publicidad, visto que, a diferencia de lo que ocurre con la cúpula de la Administración General del Estado, no cabe un control político, dada la no sujeción a responsabilidad de la persona del monarca, ni tan siquiera judicial, por su inviolabilidad. Tal control de la gestión económica

30 Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, sobre reestructuración de la Casa de S.M. el Rey. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 112, de 10 de mayo de 1988. Artículo 13.3: *La Casa de Su Majestad el Rey podrá también suscribir convenios de colaboración en el ámbito de la Administración General del Estado o con otras entidades públicas, tanto por razones organizativas como funcionales, cuando en el ejercicio de sus actividades se requiera una colaboración continuada.*

se lleva a cabo desde dos ámbitos, uno externo y otro interno, como también ocurre en la AGE.

En el ámbito interno, el artículo 3.3 del RD 434/1988 instituye una Oficina de Intervención, directamente dependiente del jefe de la Casa del Rey, que ejerce las funciones de control de la gestión económico-financiera, presupuestaria y contable, siguiendo, como así se indica, las normas de auditoría aplicadas en la Administración del Estado. El artículo explica brevemente el procedimiento de fiscalización anual: al finalizar cada ejercicio económico, la Oficina de Intervención de la Casa del Rey eleva al jefe de la institución un informe³¹. El Real Decreto 297/2022 establece la obligación de que el titular de la Oficina de Intervención pertenezca al Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado.

En el ámbito externo, nos encontramos con uno de los convenios de colaboración con la AGE firmados en virtud del artículo 13 del RD 434/1988: el suscrito con la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE)³² en mayo de 2019 por una duración de cuatro años prorrogables a otros cuatro. El instrumento jurídico establece que es la Casa de Su Majestad el Rey la que “voluntariamente” decide someter sus cuentas a la auditoría (gratuita) de la IGAE, que a su vez formula su compromiso de llevarla a cabo anualmente, aplicando los principios de autonomía, independencia y objetividad. Dada la naturaleza de la auditora y de la auditada, la Intervención General de la Administración del Estado aplica las Normas de Auditoría del Sector Público³³.

Llama la atención los principios presupuestarios y contables que se aplicarán para la formulación y aprobación de las cuentas anuales de la Casa de Su Majestad el Rey, vistas las aparentes reticencias doctrinarias, jurisprudenciales y normativas para terminar de integrarla en el entramado del sector público institucional del Estado. La cláusula cuarta del convenio explica que son de aplicación los principios previstos en la Ley General Presupuestaria³⁴ para “las entidades integrantes del sector público administrativo”.

Pero además en este ámbito de control externo encontramos la que se ha destacado como una de las grandes novedades en el funcionamiento de la Casa del Rey introducidas por el Real Decreto 297/2022: la posibilidad de que el Tribunal de Cuentas verifique la gestión de esta institución. Como establece la Constitución (art. 136 CE) y su propia Ley Orgánica³⁵, el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica, no solo del Estado, sino también del sector público.

La actual redacción de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas no comprende esta fiscalización, dado que la Casa del Rey no se encuentra dentro de ninguna de las figuras que integran el sector público de acuerdo con el artículo 4.1 de la

31 No es la pretensión de este trabajo llevar a cabo un desarrollo exhaustivo del mecanismo de control económico-financiero en la Casa de Su Majestad el Rey. Hay que tener en cuenta además que lo aprobado a finales de abril de 2022 por el Gobierno abre una nueva vía al control externo a través del Tribunal de Cuentas aún no concretada. Para información más detallada sobre los procedimientos establecidos antes de la aprobación del Real Decreto 297/2022, vide Cazorla Prieto (2018: 87-117).

32 Convenio entre la Administración General del Estado (Ministerio de Hacienda, Intervención General de la Administración del Estado) y la Casa de Su Majestad el Rey para la realización de auditorías de cuentas de 30 de mayo de 2019. Disponible en la página web de Casa Real (<https://www.casareal.es/ES/Transparencia/InformacionJuridica/Paginas/convenio-auditorias.aspx>).

33 Resolución de 1 de septiembre de 1998, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se ordena la publicación de la Resolución que aprueba las Normas de Auditoría del Sector Público. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 234, de 30 de septiembre de 1998.

34 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 284, de 27 de noviembre de 2003.

35 Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 121, de 21 de mayo de 1982.

LOTCu. Por ello, se ha habilitado esta opción a través de la modificación del Real Decreto de reestructuración de la Casa del Rey con una remisión a un convenio, finalmente suscrito con el Tribunal de Cuentas el 2 de junio de 2022³⁶.

La extensión de la actividad del Tribunal de Cuentas a la Casa del Rey se ha de centrar particularmente en términos de exigencia de transparencia económica, y siempre desde el punto de vista de que tal control externo sea de tipo formal, es decir, en el cumplimiento de los procedimientos y los compromisos adquiridos (principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, sostenibilidad ambiental e igualdad de género, tal y como lo establece el artículo 9.1 de la LOTCu). No puede, en ningún caso, derivarse de él un debate político o enjuiciamiento con exigencia de responsabilidades. La distribución libre por parte del rey de los fondos de los Presupuestos Generales del Estado que marca el artículo 65.1 y la inviolabilidad y la irresponsabilidad de su persona (artículo 56.3 CE) suponen el principal límite a tener en cuenta.

El nuevo artículo 13.5 del Real Decreto 434/1988 se encarga de precisarlo:

«El informe de auditoría se circunscribirá a reflejar si las cuentas anuales expresan en todos sus aspectos significativos la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera del organismo, así como de sus resultados y flujos de efectivo y del estado de liquidación del presupuesto, de conformidad con los principios y criterios contables según lo dispuesto en el artículo 16 de este Real Decreto».

Y también lo recoge de este modo el convenio suscrito entre la Casa de Su Majestad el Rey y el Tribunal de Cuentas³⁷, convenio que se aplicará por primera vez para el balance anual correspondiente al ejercicio económico siguiente a la fecha de su firma (en este caso 2023). Este instrumento jurídico se prorrogará por anualidades mediante acuerdos suscritos anualmente, y en él se establece que la Presidencia del Tribunal de Cuentas es la encargada de designar un equipo de auditoría entre funcionarios de los Cuerpos que prestan su servicio en él para llevar a cabo la comprobación del balance de la Casa del Rey.

Lo que el Real Decreto aprobado en abril de 2022 por el Gobierno viene a consagrar es el nuevo rol que asume el Tribunal de Cuentas, similar al de las grandes corporaciones privadas de auditoría encargadas de supervisar y respaldar el balance económico que las sociedades empresariales tienen obligación de presentar en cada periodo contable. Y a ello se suma el hecho de que son el propio Tribunal de Cuentas y la Casa del Rey quienes fijan el procedimiento mediante un convenio de colaboración³⁸, instrumento jurídico en el que se precisa además que la naturaleza y el alcance de la auditoría sobre dicho balance “no tiene consideración de fiscalización”.

Según lo establecido en el convenio, la Casa del Rey pondrá a disposición del

36 Convenio entre el Tribunal de Cuentas y la Casa de Su Majestad el Rey para la realización de auditorías de cuentas, 2 de junio de 2022. Disponible en la página web de Casa Real (<https://www.casareal.es/ES/Transparencia/InformacionJuridica/Paginas/convenio-con-el-tribunal-de-cuentas.aspx>).

37 La Cláusula Quinta del convenio entre el Tribunal de Cuentas y la Casa de Su Majestad el Rey señala que el informe de auditoría “reflejará si las cuentas anuales expresan en todos sus aspectos significativos la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera del organismo, así como de sus resultados y flujos de efectivo y del estado de liquidación del presupuesto, de conformidad con los principios y criterios contables establecidos en la Cláusula Cuarta del presente convenio”.

38 La disposición transitoria única del Real Decreto 297/2022 establecía ya que la auditoría externa del Tribunal de Cuentas se aplicaría por primera vez para el balance del ejercicio económico siguiente al de la fecha de firma del convenio de colaboración con la Casa del Rey, lo que ha sido recogido también en el propio convenio.

Tribunal de Cuentas su balance antes del 31 de marzo del ejercicio siguiente al que correspondan, y éste, que “actuará con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico”, emitirá un informe de auditoría en un plazo máximo de tres meses desde que sea puesto a su disposición. Una vez entregado el informe al jefe de la Casa del Rey, el resultado se publicará en la web de Casa Real.

Llama la atención ya no solo el procedimiento -propio del sector privado- con el que el Tribunal de Cuentas va a controlar las cuentas de la Casa del Rey³⁹, sino también el recurso, una vez más, a la fórmula del convenio, por mucho que esta colaboración se normativice explicitándola en el citado artículo 13.5. La cuestión relativa al uso ejemplar del dinero público, más allá de la discrecionalidad que constitucionalmente se le reconozca al rey y de que esto suponga un condicionamiento, ha de ser muy tenida en cuenta⁴⁰.

2. Transparencia y buen gobierno en la Casa del Rey

La transparencia, junto a la honestidad y la integridad, son tres de los principales compromisos de actuación para la Corona asumidos por Felipe VI en su discurso de proclamación como rey de España en junio de 2014, lo que el monarca ha tratado de cumplir desde su llegada al trono, como puede observarse en la página web de Casa Real, entre otros canales de comunicación.

La Ley sobre transparencia⁴¹ aprobada en 2013 incluye a la Casa de Su Majestad el Rey como parte obligada en la tarea de publicidad activa que ha de llevar a cabo todo el sector público. Las obligaciones que marca la Ley 19/2013 para la Casa del Rey la equiparan así a órganos constitucionales, como puede ser el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial. Por lo tanto, podemos decir que en esta materia existe ya una integración de la Casa del Rey en la regulación aplicable a las instituciones públicas.

La Ley de transparencia cita expresamente a la Casa de Su Majestad el Rey en su artículo 2 f) en el ámbito subjetivo de aplicación de las disposiciones del Título I de la norma⁴², es decir, lo referente ya no solo a la transparencia entendida desde el sentido de publicidad activa (obligación de difundir información), sino también desde el plano de la publicidad pasiva, es decir, el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública (art. 105 b) CE). Pero la norma precisa que tales obligaciones son referentes a las actividades sujetas a Derecho Administrativo.

La publicidad activa supone, como señala el artículo 5 de la Ley 19/2013, la obligación de difundir “de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”. Tal información

39 El convenio entre el Tribunal de Cuentas y la Casa del Rey explica que se aplicarán “técnicas convencionales de auditoría y muestreo con el fin de obtener evidencia justificativa de la información contenida en las cuentas anuales formuladas, así como la evaluación de los principios con que han sido elaboradas por los responsables de Casa de Su Majestad el Rey y la presentación global de la citada información de conformidad con el marco de información financiera establecido en la Cláusula Cuarta”.

40 Cazorla Prieto (2018, 32) afirma: “La legitimación monárquica funcional o de ejercicio en la sociedad compleja de hoy reclama imperiosamente algo que va más allá de la actuación del Rey conforme a Derecho. Va más allá de que tal actuación sea correcta y oportuna (...) Exige que la gestión de todos los asuntos de carácter económico que afecten a aquél sea impecable”.

41 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

42 Cazorla Prieto y Fernández-Fontecha (2021, 169) consideran que la Casa del Rey cumple “a satisfacción” con las obligaciones de publicidad activa que le impone la Ley 19/2013.

se concreta en las siguientes categorías: institucional, organizativa y de planificación; de relevancia jurídica, así como económica, presupuestaria y estadística.

En su portal web, la Casa de Su Majestad el Rey ofrece toda esta información, incluidos los contratos y convenios en vigor, lo que supone un ejercicio de transparencia que, entendemos, va más allá de las obligaciones que marca la Ley 19/2013, dado que la contratación de esta institución tiene naturaleza privada, y está sometida al orden jurisdiccional civil, no al Derecho Administrativo.

En la búsqueda de mayores concreciones en la transparencia de la Casa del Rey, el Real Decreto 297/2022 introduce un nuevo artículo, el 17, en el Real Decreto 434/1988 con la información que obligatoria y periódicamente será publicada en la página web de Casa Real, más allá de lo que pueda establecer la Ley 19/2013. Entre esta información obligatoria figuran los estados trimestrales de ejecución presupuestaria, así como la memoria anual de actividades institucionales, que había quedado en el olvido, dado que su última edición publicada correspondía a 2017.

En lo referente a la otra derivada de la transparencia, la llamada publicidad pasiva, la disposición adicional sexta de la Ley de transparencia establece que la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno es el órgano que tramitará las solicitudes de acceso a la información de la Casa del Rey para dar cumplimiento a este derecho constitucionalmente reconocido (la vinculación entre la AGE y la Administración de la Corona es evidente).

La Corona queda al margen de lo relativo al buen gobierno, al que dedica la Ley de transparencia su Título II. Este ámbito es de aplicación a altos cargos de la Administración General del Estado y también del sector público estatal (tanto de Derecho público como privado), en el que, como ya vimos, la Ley 40/2015 no incluye a la Casa de Su Majestad el Rey.

En este sentido, consideramos que el artículo 25 de la Ley 19/2013 debería incluir de manera expresa en un cuarto punto a la Casa de Su Majestad el Rey y a su personal de Alta Dirección (jefe de la Casa, secretario general y jefe del Cuarto Militar), dado que están asimilados, respectivamente, a ministros, secretarios de Estado y subsecretarios de Estado, tal y como señala el artículo 9 del RD 434/1988. Sería incluso conveniente, en términos de higiene democrática, ampliarlo hasta el propio monarca como un marco de actuación en su Reinado, frente a la inviolabilidad y no sujeción a responsabilidad que le protege.

Entendemos muy complicado, por no decir jurídicamente de difícil o imposible encaje, que las exigencias de buen gobierno a la Casa de Su Majestad el Rey y sus altos cargos pudieran someterse, incluso, al escrutinio necesario para sancionar los incumplimientos y disponer una serie de sanciones. Pero sí que podría extenderse de una manera explícita a través de la Ley a la Casa del Rey los principios de buen gobierno del artículo 26 de la Ley 19/2013, entre los que se incluye como principio de actuación el no valerse “de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales” (art. 26.2 b) 9º).

De hecho, hay principios de buen gobierno recogidos en esta norma sobre los que la Casa del Rey ha materializado un compromiso expreso claro por su propia iniciativa. Así, figura la prohibición de aceptar para sí regalos que superen los “usos habituales, sociales o de cortesía”, o favores que puedan condicionar sus funciones. La norma señala lo siguiente: “En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional, se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente” (art. 26.2 b) 6º).

Pues bien, la Corona ha querido someterse a esta obligación de ejemplaridad en la actuación voluntariamente, aprobándose en enero de 2015, seis meses después de la proclamación del rey Felipe VI, la *Normativa sobre regalos a favor de los miembros de la Familia Real*. El texto deja muy clara la fuente inspiradora de esta normativa interna:

«Aun cuando a los miembros de la Familia Real no les resulte de aplicación el mencionado precepto, se considera procedente adaptarse a la regulación que, con carácter general, han aprobado en esta materia las Cortes Generales. En el supuesto de que la legislación estatal reguladora de esta materia fuese objeto de modificación o la legislación vigente fuese desarrollada reglamentariamente, se procederá en coherencia a adaptar estas normas a la modificación legislativa o al desarrollo reglamentario respectivamente».

Este compromiso da muestras de que existe una voluntad por parte del rey y su Casa de aproximarse en la medida de lo posible a la regulación del Estado. De hecho, el contenido del artículo 1 de la *Normativa sobre regalos a favor de los miembros de la Familia Real*, es prácticamente idéntico a la redacción del principio de buen gobierno de la Ley 19/2013, estableciéndose Patrimonio Nacional como destinatario de los obsequios de carácter institucional recibidos.

La norma de aplicación a la Familia Real establece además que los regalos de carácter personal que excedan los usos sociales o de cortesía o bien irán destinados a Patrimonio Nacional o habrán de cederse a una entidad sin ánimo de lucro o a una entidad pública del ámbito del obsequio recibido⁴³.

3. El personal al servicio de la Casa del Rey

La estrecha relación entre la Casa de Su Majestad el Rey y la Administración General del Estado es particularmente evidente en el ámbito del personal a su servicio, que, recordemos, puede ser nombrado y relevado libremente por el monarca, como señala el artículo 65.2 de la Constitución. El Real Decreto 434/1988 establece en su artículo 8 las clases de trabajadores que integran el personal de la Casa de Su Majestad el Rey:

- a) De Alta Dirección: jefe de la Casa, secretario general y jefe del Cuarto Militar, asimilados, respectivamente, a ministros, secretarios de Estado y subsecretarios de Estado.
- b) De Dirección: consejero diplomático, jefes de las Unidades en que se divide la Secretaría General, y el interventor de la Casa de Su Majestad el Rey.
- c) Funcionarios de carrera del Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales.
- d) Funcionarios eventuales.
- e) Personal laboral.

Tanto el personal de Alta Dirección como el de Dirección es nombrado por Real Decreto, es decir, norma de rango reglamentario que aprueba y requiere el refrendo del Gobierno. Y además el régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades de este tipo de personal es el correspondiente a los altos cargos de la Administración General del Estado.

La asimilación normativa se extiende también a los funcionarios eventuales, a los que será de aplicación el régimen previsto para este tipo de personal en la Administración General del Estado. Y el personal civil y militar de la Casa del Rey, en términos generales, queda asimismo sometido a las incompatibilidades

43 En este sentido, cabe hacer mención a la constitución en 2010 por parte de Felipe VI y la reina Letizia, entonces príncipes de Asturias, de la Fundación Hesperia, tras asumir el encargo de un empresario menorquín de constituir una entidad con fines sociales con su herencia, de la que les hacía en parte titulares. Los actuales reyes de España han seguido haciendo donaciones a la misma. La información relativa a esta Fundación puede encontrarse en la web de Casa Real.

del personal al servicio de las Administraciones Públicas⁴⁴.

De igual manera que opera la Administración General del Estado y bajo los mismos criterios, la Casa de Su Majestad el Rey dispone de una Relación de Puestos de Trabajo, que figura como un apéndice en la RPT del Ministerio de la Presidencia. No en vano, los funcionarios que pasen a prestar servicios en la Casa del Rey serán dados de alta en este Ministerio, del que percibirán además sus retribuciones.

Para tratar de unificar los principios éticos y de conducta por los que se ha de regir un personal de tan diversa procedencia, en diciembre de 2014 se aprobaba el *Código de conducta del personal de la Casa de S.M. el Rey*. Esta normativa de régimen interno se establecía como de obligado cumplimiento y, sobre la base de la “dignidad de la Corona”, imponía una conducta “leal, íntegra, honesta y transparente” al personal de la Casa del Rey.

La norma hacía referencia expresa a los principios de buen gobierno a los que aludíamos en el apartado anterior y también asumía los deberes de los empleados públicos que, en la actualidad, se recogen en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP).

Como novedad, el Real Decreto 297/2022 ha procedido a la normativización de los principios que rigen dicho *Código de conducta del personal de la Casa de S.M. el Rey*, que pasa a ser expresamente referido en el artículo 12.3 del Real Decreto 434/1988. Tal código integra ya una serie de principios generales de buena conducta explicitados en ese artículo y unos criterios de actuación.

Llama la atención la fórmula utilizada por la nueva redacción del Real Decreto 434/1988 para introducir como causa de cese el incumplimiento de este código⁴⁵. Constitucionalmente el rey es libre para nombrar y cesar a su personal, pero, tras los cambios en vigor desde abril de 2022, una norma de rango reglamentario le conmina a cesar a quien no cumpla con el código de su Casa. Entendemos que este cambio habrá sido introducido por la propia voluntad de Felipe VI.

El nuevo artículo 12.4 del Real Decreto 434/1988 introduce los principios generales de conducta del personal de la Casa del Rey y el 12.5 establece que será el jefe de la Casa del Rey quien aprobará los criterios de actuación, en aplicación de tales principios generales, como ya se ha hecho y se encuentran publicados desde el 6 de mayo de 2022 en la web de Casa Real.

44 Hay que atender, por tanto, a la aplicación al personal de la Casa del Rey, en sus distintas condiciones, entre otras las siguientes disposiciones:

- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 261, de 31 de octubre de 2015.
- Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 185, de 3 de agosto de 1984.
- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 4, de 4 de enero de 1985.
- Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 85, de 10 de abril de 1995.

45 Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, sobre reestructuración de la Casa de S.M. el Rey. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 112, de 10 de mayo de 1988. Artículo 12.3: *El personal al servicio de la Casa de Su Majestad el Rey ejercerá sus funciones con sujeción a su Código de Conducta, que está integrado por los principios generales que se recogen en este real decreto y los criterios de actuación que se deberán aprobar en su desarrollo. Su vulneración determinará la pérdida de confianza a los efectos previstos en el artículo 65 de la Constitución, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias o penales que procedan en los casos en que, además de incumplir el Código de Conducta, se contravengan también disposiciones legales.*

4. Actividad comercial

Al igual que ocurre con la IGAE, la Casa de Su Majestad el Rey ha firmado un convenio con el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Se trata del Convenio de asistencia y apoyo técnico en materia comercial entre la Administración General del Estado (Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Secretaría de Estado de Comercio) y la Casa de Su Majestad el Rey de 30 de mayo de 2019⁴⁶. Este instrumento jurídico encuentra su base en el artículo 13 del Real Decreto 434/1988 y viene a sustituir al firmado en septiembre de 2014, por cuatro años de duración, prorrogables por máximo otros cuatro.

El convenio garantiza la asistencia a la Casa del Rey por parte de la Secretaría de Estado de Comercio en lo relativo al comercio exterior e interior (también dentro de la Unión Europea), “así como a la estrategia competitiva de la política de internacionalización, las inversiones exteriores y las transacciones exteriores, y a las actividades de promoción e internacionalización de las empresas españolas que en estas materias corresponden a la Administración General del Estado”.

El instrumento jurídico, por lo tanto, se centra en uno de los ámbitos de acción de mayor relevancia para el conjunto del Estado que lleva a cabo la Corona, particularmente el rey como primer diplomático y embajador de España también desde un plano económico y comercial, en los que fomenta la proyección en el exterior de las empresas españolas. Así, en virtud de este convenio, la Secretaría de Estado de Comercio garantiza a la Casa del Rey el asesoramiento, apoyo y la emisión de informes de carácter económico-comercial para la preparación de las visitas y viajes oficiales del jefe del Estado.

5. Asistencia jurídica a la Casa del Rey

El tercer convenio suscrito entre Casa del Rey y la Administración General del Estado se centra en la asistencia jurídica. Este instrumento jurídico se suscribe también en virtud del artículo 13 del RD 434/1988, aunque en el planteamiento del mismo no se alude a tal disposición, sino a la habilitación de la Abogacía General del Estado para ofrecer asistencia jurídica:

«La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado es el Centro Directivo que tiene legalmente atribuidas las competencias de asistencia jurídica al Estado y sus organismos autónomos y a los órganos constitucionales. Para el resto de entidades y organismos que constituyen el sector público estatal, se prevé legalmente que la Abogacía del Estado pueda prestar asistencia jurídica mediante la oportuna formalización de un convenio».

De este primer punto del Convenio de asistencia jurídica entre la Administración General del Estado (Ministerio de Justicia, Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado) y la Casa de Su Majestad el Rey, de fecha 30 de mayo de 2019⁴⁷, pueden ponerse sobre la mesa dos cuestiones. En primer

46 Convenio de asistencia y apoyo técnico en materia comercial entre la Administración General del Estado (Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Secretaría de Estado de Comercio) y la Casa de Su Majestad el Rey de 30 de mayo de 2019. Disponible en la página web de Casa Real (<https://www.casareal.es/ES/Transparencia/InformacionJuridica/Paginas/convenio-comercio-exterior.aspx>).

47 Convenio de asistencia jurídica entre la Administración General del Estado (Ministerio de Justicia, Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado) y la Casa de Su Majestad el Rey, de fecha 30 de mayo de 2019. Disponible en la página web de Casa Real (<https://www.casareal.es/ES/Transparencia/InformacionJuridica/Paginas/convenio-asistencia-juridica.aspx>).

lugar, una redacción algo confusa en la que se habla de “competencias de asistencia jurídica al Estado”, cuando en realidad quiere hacerse referencia a la Administración General del Estado, dado que justo a continuación se habla de aquellas entidades pertenecientes a la órbita del Estado pero que no son Administración Pública.

Y, en segundo lugar, el texto, al anclar la justificación jurídica de la firma del convenio en la regulación de la Abogacía del Estado y no en la habilitación del Real Decreto 434/1988, da a entender que la Casa de Su Majestad el Rey queda incluida dentro de ese “resto de entidades y organismos que constituyen el sector público estatal”, en el que, como venimos insistiendo, no se integra de manera expresa en la Ley 40/2015.

Con la entrada en vigor del Real Decreto 297/2022, la asistencia que la Abogacía del Estado hace a la Casa del Rey queda además instituida en norma de rango reglamentario, a través del artículo 13.4 del Real Decreto 434/1988:

«La asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento, representación y defensa en juicio de la Casa de Su Majestad el Rey, corresponde al Servicio Jurídico del Estado cuyo centro directivo superior es la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico, mediante la formalización del oportuno convenio en los términos previstos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas, y su normativa de desarrollo».

El último convenio de la Casa del Rey con la Abogacía del Estado se ha suscrito por una duración de cuatro años, prorrogable por un máximo de otros cuatro (el anterior databa de septiembre de 2014). El asesoramiento jurídico de la Administración General del Estado a la Casa del Rey se contempla sobre cualquier asunto relativo tanto a las funciones, como a la estructura, organización o funcionamiento de este organismo.

Con todo, la cláusula segunda del convenio contempla la facultad de la Casa de Su Majestad del Rey de elegir un asesoramiento, representación y defensa por abogado, y en su caso, procurador diferente al Servicio Jurídico del Estado, de acuerdo con las normas procesales comunes.

IV. Ámbitos de regulación estatal por integrar

La autonomía que la Constitución reconoce al rey para la gestión de su Casa no suscita ningún tipo de debate en las cuestiones que se refieren a las disposiciones con efectos *ad intra*. Podría aplicarse también para la Casa de Su Majestad el Rey la teoría de los *interna corporis acta*, en los que la propia ordenación de la institución proyectada por el monarca sirva de base reglamentaria para llevarse a efecto. Pero, como venimos analizando, la actividad de la Casa del Rey tiene también una proyección *ad extra*, que es donde entra en juego el marco de regulación establecido por órganos con legitimación democrática más directa, en el que consideramos que ésta ha de integrarse.

Son, en particular, ámbitos que afectan al uso de recursos públicos materiales y humanos los que exigen una mayor integración en el sistema general estatal. Luis María Cazorla, que ha profundizado en la gestión económica de la Corona, apunta en esta dirección:

«Todo lo que tenga que ver con la gestión económica tocante al monarca debe zambullirse plenamente en las reglas del Estado de Derecho y su

pormenorización jurídica, sin que la autonomía jurídico-institucional sirva de excusa para evitarlo, y, llegado el caso, solo sirva de argumento para incorporar tales reglas a través de fuentes jurídicas autónomas» (Cazorla Prieto, 2018: 43).

Reconociendo el trabajo que ha podido realizarse en este sentido en los últimos ocho años en la Corona, en colaboración con el Ejecutivo, incluido el Real Decreto de abril de 2022, la propia naturaleza jurídica de la Casa del Rey y su relación con la Administración del Estado sigue siendo aún una ecuación con incógnitas por resolver o, cuanto menos, desarrollos por aclarar.

1. Los contratos en la Casa del Rey

La contratación pública es uno de los ámbitos de mayor complejidad del Derecho Administrativo, por cuanto a través de ella se canaliza el dinero público al sector privado, con la consiguiente y necesaria exigencia de transparencia y pulcritud en el respeto de las normas. A pesar de que los fondos que se usan para la contratación en la Casa de Su Majestad el Rey proceden del mismo lugar que los empleados en la Administración General del Estado (los PGE), la institución administrativa de la Corona no se integra dentro del ámbito de aplicación de la Ley de contratos del sector público⁴⁸.

El artículo 2 de la Ley 9/2017 señala que son contratos del sector público y quedan sometidos a su regulación “los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3”. Entre ellas, no figura la Casa de Su Majestad el Rey, una ausencia que ya vimos en la Ley del régimen jurídico del sector público. Y resulta llamativo, por cuanto en la norma hay alusión expresa tanto a partidos políticos como a organizaciones sindicales.

A nuestro juicio, la integración de la Casa del Rey dentro del ámbito de aplicación de la Ley de contratos del sector público es necesaria y no ha de suponer un importante desafío en términos de encaje jurídico, por cuanto la norma en sí contempla distintas categorías de entidades a las que se les aplican unas u otras disposiciones: se va desde la regulación más tasada para las consideradas como Administraciones Públicas, al sector público no considerado como poder adjudicador.

En esa gradación que establece la norma, aprobada para transponer a nuestro ordenamiento interno dos Directivas comunitarias, puede encontrar un lugar la Casa de Su Majestad el Rey, máxime cuando en la Ley se contempla también la inclusión de contratos de naturaleza privada, como son los que celebra en la actualidad la organización administrativa de la Corona. De hecho, el artículo 26 de la Ley 9/2017 reconoce dentro de los contratos privados tanto los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas que sean poder adjudicador, como aquéllas que no sean poder adjudicador.

En este último tipo de entidades, las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos son competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Sin embargo, en lo que se refiere a los efectos, modificación y extinción de los contratos, quedan regulados por las normas de derecho privado que resulten de aplicación, y, por tanto, bajo la jurisdicción civil.

48 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 272, de 9 de noviembre de 2017.

En la actualidad, los contratos de la Casa del Rey se rigen por unas Instrucciones⁴⁹ aprobadas el 16 de abril de 2015, de aplicación a partir del 1 de octubre siguiente, y que asumen gran parte de lo establecido en la normativa de contratación pública, comenzando por la aplicación de los principios de concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Tras la aprobación del Real Decreto 297/2022, a tales principios se ha añadido también el de publicidad⁵⁰. Esto supondrá, tal y como señala la exposición de motivos, la aprobación de unas nuevas Instrucciones, que en esta ocasión deberán llegar además con un informe previo del órgano al que le corresponde el asesoramiento jurídico. Pero es solo un artículo, el 15, con dos apartados, el que contiene toda la regulación relativa a la contratación de la Casa del Rey en su Real Decreto de estructura y funcionamiento.

Luis María Cazorla (2018: 82) reconoce que la aprobación de estas Instrucciones ha supuesto “un paso importante” en la incorporación a la actividad de la Casa del Rey de las técnicas y procedimientos propios del sector público, “en beneficio de la ejemplaridad en la gestión económica”, lo que representa además un elemento clave en la legitimidad monárquica funcional o de ejercicio, concepto que acuña como justificador de la supervivencia de la Monarquía en los sistemas democráticos actuales. Pero advierte sobre el hecho de que los contratos de la Casa del Rey sigan sujetos al derecho privado:

«Esta calificación de la naturaleza jurídica de la modalidad contractual examinada chirría con respecto a la regla general competencial propia de los contratos de las Administraciones Públicas, que canalizan su impugnación jurisdiccional hacia la jurisdicción contencioso-administrativa. Estamos ante una opción posible dentro de la autonomía organizativa de la Casa del Rey, aunque sea de dudosa congruencia con la pertenencia de la Casa del Rey al sector público y con la naturaleza del gasto público de la financiación presupuestaria que nutre la contratación» (Cazorla Prieto, 2018: 83).

Más allá del espíritu y los procedimientos que caracterizan las Instrucciones de contratación de la Casa de Su Majestad el Rey, la aproximación a la Administración del Estado, o, cuanto menos, las señales que determinan que nos encontramos ante el uso de fondos públicos, son evidentes. Así, entre las prohibiciones de contratar con la Casa del Rey (tal y como se refleja en las actuales Instrucciones) se encuentran aquellas personas físicas o jurídicas que hubieran dado lugar a la resolución firme de un contrato también con una Administración Pública por culpa imputable a ella. O el hecho de que la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado es tenida como acreditación de la aptitud de un empresario para contratar con la Casa del Rey.

Las Instrucciones vigentes (punto XVII) establecen asimismo dos clases de procedimientos de contratación: uno general, para contratos con valor estimado superior a 18.000 euros (salvo para adquisiciones para actividades protocolarias y de representación para las que haya crédito adecuado, lo que podría decirse que es gran parte de la actividad de la Corona); y otro para contratos de gastos menores, de valor estimado igual o inferior a esa cantidad,

49 Instrucciones de contratación de la Casa de S.M. el Rey, de 16 de abril de 2015. Disponibles en la página web de Casa Real (<https://www.casareal.es/ES/Transparencia/InformacionJuridica/Paginas/Normas-de-Contratacion.aspx>).

50 Los principios se encuentran recogidos en el artículo 15.1 del Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, sobre reestructuración de la Casa de S.M. el Rey. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 112, de 10 de mayo de 1988.

para el que se solicitarán ofertas de tres empresas, como ocurre en el ámbito de la Administración del Estado. Se contemplan asimismo una serie de supuestos por los que no será necesaria la concurrencia.

2. El ejercicio de la función de alto cargo en la Casa del Rey

Otra de las cuestiones que podría ser objeto de análisis para la integración de la Casa del Rey en la regulación estatal es el ejercicio de la función de alto cargo. Ya hemos visto que, en cualquier caso, el *Código de conducta del personal de la Casa de S.M. el Rey* comprende la imposición de estándares para una actuación leal, íntegra, honesta y transparente. Pero bien podría del mismo modo extender su aplicación a la Casa del Rey algunos aspectos de la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado⁵¹.

Como establece el artículo 9.5 del RD 434/1988, el jefe de la Casa del Rey, el secretario general y el jefe del Cuarto General, así como el personal de Dirección, se equiparan en las relaciones con la Administración General del Estado a ministros, secretarios de Estado, subsecretarios y directores generales, respectivamente. Y tal es el ámbito de aplicación de la Ley 3/2015 en la AGE. Por ello, podrían también incluirse de manera expresa los equivalentes de la Casa del Rey, como ya ocurre con los altos cargos de entidades del sector público que no son Administración General del Estado como tal.

Una vez más la libertad que ofrece al rey el artículo 65.2 de la CE, para el que no es necesario el refrendo en el nombramiento y cese de los miembros civiles y militares de su Casa, restringe el ámbito de aplicación de esta norma. Pero su contenido sí puede suponer un marco legal sobre el que el monarca, con una base jurídica expresa, apoyar las decisiones que tome a este respecto.

Como se indica en el preámbulo, la Ley 3/2015 aclara las condiciones para proceder al nombramiento del alto cargo, introduciéndose como novedad el requisito de la idoneidad, sobre la base de los criterios de mérito, capacidad y honorabilidad. Se trata de criterios básicos que, en fin, han de exigirse desde el primero hasta el último de los servidores públicos. La Ley entiende que una falta de honorabilidad sobrevinida durante el ejercicio del alto cargo ha de ser motivo para el cese.

La norma también incluye como novedad el procedimiento de examen de la situación patrimonial del alto cargo tras su cese. La Oficina de Conflictos de Intereses, adscrita al Ministerio de Hacienda y Función Pública, elabora un informe mediante un procedimiento contradictorio con el alto cargo en cuestión para comparar su situación patrimonial antes y después de asumir el puesto y así detectar posibles irregularidades.

Un paso adelante en este sentido, y lo que entendemos que es una aproximación a esta normativa por la vía del Real Decreto 434/1988, es la inclusión de un nuevo párrafo en el artículo 9.4. En él precisamente se extiende al personal de Alta Dirección y Dirección de la Casa del Rey la obligación de presentar la declaración de bienes y derechos patrimoniales en el plazo de tres meses desde su nombramiento y también desde su cese.

Hay que tener en cuenta además que los funcionarios que pasen a prestar servicio en la Casa del Rey causan alta en el Ministerio de la Presidencia, por lo que, por tal condición, se entiende que pueden ser objeto de la actividad de la Oficina de Conflictos de Intereses. Pero quizá sería conveniente, en este sentido,

⁵¹ Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

que la Casa de Su Majestad el Rey suscribiera un convenio con este órgano de la AGE, al igual que ha sucedido con la IGAE o con la Abogacía del Estado, para resolver cualquier tipo de duda o controversia que se suscitase, con todo tipo de personal, incluido el de Alta Dirección y Dirección. La actualización del *Código de conducta del personal de la Casa de S.M. el Rey* a 6 de mayo de 2022 incluye en las letras i y j de sus principios de actuación algunos aspectos relativos a los conflictos de intereses.

Además, la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo en la AGE contempla (artículo 3) para este tipo de puestos una serie de principios que se añaden a los ya exigidos por el buen gobierno que regula la Ley 19/2013, que, recordemos, han servido de base para el *Código de conducta del personal de la Casa de S.M. el Rey*. Son los principios de servicio al interés general, integridad, objetividad, transparencia y responsabilidad, y austeridad. E incluye la obligación de dedicación exclusiva al cargo, así como limitaciones patrimoniales en participaciones societarias y en el ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese.

Si hablamos de ejercicio de alto cargo en la Casa del Rey no podemos obviar al propio Felipe VI. Y, en este sentido, hemos de valorar y hacer referencia a la decisión de hacer público su patrimonio el 25 de abril de 2022 mediante un comunicado, iniciativa que el monarca considera que ha de añadir a sus “responsabilidades constitucionales”, guiado por su “espíritu de servicio y compromiso cívico”.

V. Conclusiones

La racionalización de nuestra Monarquía parlamentaria en lo referente a la Jefatura del Estado tiene aún asignaturas pendientes, que deben abordarse más pronto que tarde para apuntalar el sistema democrático que España ha construido en las últimas cuatro décadas. Son cuestiones cuyo análisis, desde un punto de vista técnico-jurídico, no pueden sino aportar garantías y seguridad ante las incertidumbres por la propia imposibilidad de prever toda la casuística. Más si cabe cuando la respuesta constitucional a estas incertidumbres se concentra en solo diez artículos. Los diez artículos del Título II de nuestra Constitución.

Lo referente a la mayor integración en la regulación del Estado del rey y la organización administrativa que lo asiste es un importante cimiento sobre el que asentar la imagen de una Corona comprometida con el respeto al Estado de Derecho, única posición que los monarcas pueden mantener en el siglo XXI en los sistemas democráticos. Los compromisos adquiridos por Felipe VI desde que asumió la titularidad de la Jefatura de Estado del Reino de España en junio de 2014 dan muestra de que la Corona es consciente de esta necesidad, en la búsqueda de una mayor transparencia y ejemplaridad como reclama la ciudadanía.

Pero tal compromiso ha de encontrar también desde la otra parte una voluntad de materialización de avances concretos en la racionalización, que, a la postre, no van a suponer el cuestionamiento sobre la propia Monarquía parlamentaria. Todo lo contrario, precisamente van a contribuir a que se confirme que la actual forma de gobierno sigue siendo absolutamente compatible con la democracia en el siglo XXI.

Y, sobre todo, tal compromiso de transparencia y ejemplaridad ha de encontrar los cauces en materia de técnica normativa más adecuados y que ofrezcan las mayores certidumbres jurídicas posibles. En esta cuestión aún queda mucho trabajo y sobre ella se puede centrar el debate de la tantas veces

postergada legislación sobre la Corona, sobre la que, al menos en lo relativo a las cuestiones planteadas en las páginas anteriores, puede alcanzarse un mayor consenso para su aprobación.

Un primer paso en esa dirección sería incluir, de manera expresa, a la Casa de Su Majestad el Rey dentro del conglomerado de entidades que integran el sector público institucional del Estado. Convendría además, en cualquier caso, definir de una manera mucho más clara la naturaleza jurídica de la Casa del Rey como órgano, organismo o institución. Pero, incluso en el caso en el que se pretenda conservar la calificación dada por el Tribunal Constitucional (organización estatal no inserta en ninguna de las Administraciones públicas), bien valdría que ésta fuera asumida por la propia Ley 40/2015 como punto de partida para aproximar la regulación estatal a la Casa del Rey. Puede servir esta norma para dejar claramente establecida su autonomía y distinta naturaleza respecto al resto de entidades.

Es evidente que, si hay alguna vinculación normativa que la Corona deba reforzar, ésta es con la Administración General del Estado, ya no solo por términos de eficiencia en el uso de los recursos materiales y humanos, sino por su propia integración dentro de la arquitectura institucional como Jefatura del Estado, más allá de los vínculos que unen a través del refrendo al rey con los ministros, quienes, a su vez, se encuentran en la cúspide administrativa y no solo política de sus distintos departamentos.

Un reforzamiento de los vínculos jurídicos de la Corona con el Gobierno no implica una vuelta a los postulados que caracterizaban a la Monarquía en tiempos predemocráticos. Todo lo contrario. Con la superación del principio monárquico por el principio democrático, la integración de la Corona en la regulación estatal -ya sea promovida por el Gobierno o por las Cortes Generales- no puede sino reforzar la legitimación democrática de la actividad del rey. Una actividad que no tiene por qué perder ni un ápice de autonomía en los términos en los que lo permite la Constitución de 1978 y se viene realizando hasta ahora.

La ausencia de *potestas* del rey y su no inclusión formal en ninguno de los tres poderes que establece la clásica división de Montesquieu no quiere decir que la actividad de la organización administrativa que lo asiste deba actuar *praeter legem*, al margen de las disposiciones que emanan los órganos del Estado con potestades normativas, tanto en el ámbito legislativo como reglamentario.

De facto, tal vinculación normativa se produce ya en algunos ámbitos, gracias a la propia transposición voluntaria que desde la Corona se ha querido hacer de la regulación estatal a la Casa del Rey. Y también a través de tres convenios para la asistencia por parte de la Administración General del Estado que establecen los mecanismos y principios por los que la IGAE, la Abogacía del Estado y la Secretaría de Estado de Comercio ofrece sus servicios a la Casa del Rey.

La reciente mención de algunas de estas relaciones convencionales en la regulación de carácter no dispositivo, a nuestro juicio, va en la línea de incrementar la seguridad jurídica. Pero no termina de zanjar el problema, por cuanto el contenido de las mismas sigue quedando a disposición de la voluntad normativa de una institución cuya naturaleza jurídica aún no ha quedado claramente definida y que asiste a un órgano unipersonal, como es el rey, carente de *potestas*.

Puede, incluso, plantear nuevos problemas el hecho de que la otra parte firmante en los convenios que suscriba la Casa del Rey ya no tenga por qué ser necesariamente la Administración del Estado. Mayores garantías en términos de seguridad jurídica y legitimidad democrática se alcanzarían si fueran los Ministerios los únicos capacitados para suscribir tales convenios, puesto que los departamentos ministeriales tienen como titulares a los mismos órganos, los ministros, que refrendan la actividad del rey.

Además, y reconociendo el esfuerzo en el ámbito de la transparencia que la Corona lleva a cabo en lo referente a la contratación, se debería avanzar lo antes posible en la inclusión, en una u otra medida, de la Casa del Rey en la Ley de contratos del sector público, entendiendo que la financiación de los mismos procede de los Presupuestos Generales del Estado, de igual manera que los que conciertan la AGE y, por ejemplo, los organismos autónomos. Y esto, aunque somos conscientes de que las actuales Instrucciones de la Casa de Su Majestad el Rey en este ámbito (y las que se aprueben tras la entrada en vigor del Real Decreto 297/2022 con la obligatoriedad del principio de publicidad) ya hacen propio gran parte del contenido de la Ley 9/2017.

Las circunstancias que rodean en la actualidad a la Corona, con una serie de controversias muy presentes relacionadas con hechos del pasado más reciente, pueden suponer una oportunidad para seguir colmando algunas de las lagunas existentes en la configuración jurídica de la Jefatura de Estado de nuestra Monarquía parlamentaria. Todo, a través de una mayor racionalización que siga reforzando el papel que a la Corona y al rey se ha querido dar a través de la Constitución de 1978.

Como hemos planteado en este estudio, ese incremento de la racionalización de nuestra Monarquía parlamentaria a través de una más exhaustiva regulación normativa puede llevarse a cabo de una manera mucho más rápida y efectiva a través de la integración, de la incorporación, de la Casa de Su Majestad el Rey en la legislación ya existente para el sector público, y, en concreto, para la Administración General del Estado. Pero pudiera abordarse también a través de una Ley de la Corona que *a priori* podría suscitar mucho más amplio consenso entre la doctrina si ésta se remite a la regulación del funcionamiento ordinario del aparato administrativo que asiste al jefe del Estado.

Bibliografía

- Aragón Reyes, M. (2018). "Artículo 1", en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.E. (dir), *Comentarios a la Constitución española* (Tomo 1). Madrid: Fundación Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.
- Arbós, X. (4/5/2022). "Cambios en la Casa del Rey", en diario *La Provincia*. Las Palmas de Gran Canaria: Prensa Ibérica.
- Bassols Coma, M. (1983). "Instituciones administrativas al servicio de la Corona: dotación, Casa de S.M. el Rey y Patrimonio Nacional", *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, 891-933.
- Belda Pérez-Pedrero, E. (2015a). "La evaluación y el control de los actos del rey, como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la Corona", en *Revista catalana de dret públic*, 51, 2015, 155-173.
- Belda Pérez-Pedrero, E. (2015b). *¿Qué le falta a la Monarquía española para estar plenamente racionalizada?* Valladolid: Fundación Aranzadi Lex Nova.
- Cazorla Prieto, L.M. (2018). *Legitimidad monárquica y gestión económica de la Corona*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- Cazorla Prieto, L.M., y Fernández-Fontecha, M. (2021). *¿Una Ley de la Corona?* Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- Constant, B. (1820). *Curso de política constitucional*. Madrid: Imprenta de la Compañía.
- Cremades, J. (1998). *La Casa de S.M. el Rey*. Madrid: Editorial Civitas.
- Díez-Picazo, L.M. (1982). "El régimen jurídico de la Casa del Rey (Un comentario al

- artículo 65 de la Constitución)", *Revista española de Derecho Constitucional*, año 2, 6, 1982, 115-140.
- Fernández-Miranda Campoamor, C. (1991). "La dotación de la Corona. La Casa del Rey", *Revista de Derecho Político*, 33, 1991, 125-150.
- García Canales, M. (1991). *La Monarquía parlamentaria española*. Madrid: Editorial Tecnos.
- González-Trevijano, P. (2008). "La Corona", *Diario La Ley*, 7.066-7.072, 2008.
- Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de cultura económica.
- Tajadura Tejada, J. (2022). "Ensayo de una teoría de la Jefatura de Estado parlamentario", en Tajadura Tejada, J. (dir), *La Jefatura de Estado parlamentario en el siglo XXI*. Sevilla: Athenaica Ediciones.
- Torres del Moral, A. (1983). "La Monarquía parlamentaria como forma política del Estado español", en Lucas Verdú, P. (dir), *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*. Madrid: Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (UCM).
- Torres Muro, I. (2009). "Refrendo y Monarquía", *Revista española de Derecho Constitucional*, 87, 2009, 43-70.
- Vacas García-Alós, L. (2000). "Aproximación a un nuevo régimen jurídico de la Casa del Rey", *Revista de Derecho Político*, 48-49, 2000, 383-410.



II. DERECHO CONSTITUCIONAL EXTRANJERO

El rechazo en el plebiscito chileno de 4 de septiembre de 2022: perspectivas constitucionales

The rejection in the Chilean plebiscite of September 4, 2022: constitutional perspectives

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Chile
Presidente Asociación Chilena de Derecho Constitucional
fzuniga@derecho.uchile.cl

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.3.25721>

Fecha de recepción: 29/09/2022

Fecha de aceptación: 25/10/2022

Resumen

El resultado del plebiscito de salida del 4 de septiembre de 2022 dio término en Chile a un proceso constituyente diseñado en el *Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución* de 15 de noviembre de 2019; y, en consecuencia, con el “rechazo” en urnas se desecha la propuesta de nueva Constitución elaborada por la Convención Constitucional. Pero ello no significó el término del “momento constitucional”, el que se inició en 2011, con momentos débiles y momentos fuertes. En el presente, sobre el proceso constituyente, existe un inquietante *status quo*. Por ello, se hace necesario abordar, en este marco, cuáles serían los nuevos escenarios que se proyectan desde este hito de cierre: actualmente, Chile se encuentra en la disyuntiva entre dos hipótesis: una “diabólica”, que frustra los afanes de cambio, y una “angelical”, que permite encauzarlos.

Palabras clave

Nueva Constitución, Convención Constitucional, plebiscito de salida, proceso constituyente, momento constitucional.

Abstract

The result of the exit plebiscite of September 4, 2022, ended in Chile a constituent process designed in the Agreement for Social Peace and the New Constitution of November 15, 2019; and, consequently, with the “rejection” at the ballot box is discarded the proposal for a new Constitution elaborated by the Constitutional Convention. But this did not mean the end of the “constitutional moment”, which began in 2011, with weak moments and strong moments. At present, on the constituent process, there is a disturbing status quo. Therefore, it is necessary to address, in this framework, what would be the new scenarios that are projected from this closing milestone: currently, Chile is in the dilemma between two hypotheses: a “diabolical”, which frustrates the efforts of change, and an “angelic”, which allows them to be channeled.

Keywords

New Constitution, Constitutional Convention, exit plebiscite, constituent process, constitutional moment.

Sumario

I. Preliminares.- II. Iter del “rechazo”: a. Hipótesis “diabólica”; 1. Artículo 142 inciso final de la C.P.R.: regla de cierre del proceso constituyente; 2. Hipótesis “diabólica”: la “astucia de la razón” secularizada. b. Hipótesis “angelical”; 1. Hipótesis “angelical”: una simulación; 2. Acuerdo de la oposición acerca de una reforma a la nueva Constitución (“Una Nueva Constitución para Chile – Compromiso de Chile Vamos con una Casa para Todos”); 3. Iter temporal de un nuevo proceso constituyente; 4. Estándares de un nuevo proceso.- III. Hipótesis de por-venir: la trampa de los países de ingreso medio.- IV. Conclusiones. Bibliografía. Anexo: Estadísticas plebiscito de salida del 4 de septiembre de 2022.

I. Preliminares

1. El resultado en las urnas del plebiscito de salida del 4 de septiembre de 2022 es una derrota política histórica del Gobierno del Presidente de la República Gabriel Boric Font y de las coaliciones que le sirven de soporte (*Apruebo Dignidad – Socialismo Democrático*); e incluso para un segmento de la sociedad (movimientos sociales), expresada en su diversidad en la Convención Constitucional, es una “*derrota cultural*”. Y es también un proceso fallido endilgado casi unánimemente a la hora de los balances a la Convención Constitucional, a “*independientes*”, escaños reservados de pueblos indígenas, *Apruebo Dignidad* y a quienes encarnaron posiciones identitaristas, vanguardistas y maximalistas. En alguna medida y con cierta liviandad (el órgano constituyente tenía 60 abogados entre sus integrantes, de un total de 155) las “*cabezas de turco*” del “*juicio público*” de responsabilidades son convencionales constituyentes con mucha figuración multimedial, como Fernando Atria L., Amaya Álvez M., Jaime Bassa M., Bárbara Sepúlveda H., Christian Viera A., entre otros, pues por su versación como juristas, roles y protagonismo político desde *Apruebo Dignidad*, tendrían una responsabilidad “*calificada*” en un estrepitoso fracaso. Es sobre todo el fracaso de la política, en parte por falta de “*políticos*”. En efecto, la política requiere de “*políticos*” revestidos de tres cualidades preeminentes: pasión, responsabilidad y sentido de las proporciones, y, por ende, la actividad política tiene “*dos tipos de pecado mortal*”: la falta de objetividad y la irresponsabilidad (Weber, 1982; 1985a: 60). Pues la política, nos recuerda en su célebre conferencia Weber (1982; 1985b: 67), se hace con la cabeza, “*no con otras partes del cuerpo o el alma*”; debiendo el político superar la vanidad, más bien vulgar, que en ámbitos académicos es “*casi una enfermedad profesional*”. Por ende, la rendición de cuentas de los “*políticos*” corresponde a la específica ética que dirige esta actividad, que consiste precisamente en deber rendir cuentas de las “*consecuencias previsibles de las propias acciones*”.

Adicionalmente, refuerza el fracaso de la política y la falta de “políticos”, el despliegue de una política constitucional dominada por identidades socio-culturales diferentes que imponen una lógica agregativa en el debate y decisión constituyente que contribuye al maximalismo y a la frondosidad (sobreescrituración) del texto resultado del proceso. La dificultad o imposibilidad de hacer política desde las identidades, estriba en la idea básica de que solo es posible la agregación-articulación de intereses (posiciones) desde proyectos nacionales, que encarnan en partidos políticos, en democracias modernas, que inevitablemente son democracias de partidos; y los partidos usualmente persiguen la *salus publica* y los intereses generales de una comunidad política estatal.

2. Una consecuencia inmediata del resultado del referéndum es la frustración del proceso constituyente y una nueva Constitución fallida, proceso que albergaba esperanza y natural incertidumbre, y que se enfrenta a un balance electoral en el plebiscito de salida apabullante.¹ Es un juicio crítico de un amplio segmento de la ciudadanía, que se expresa en las urnas y que refiere, en primer lugar, a un juicio crítico de la Convención Constitucional; en especial desde su accidentada instalación el 4 de julio de 2021, a la labor desplegada en la fase de organización y funcionamiento del órgano constituyente, su prolongada discusión reglamentaria inicial, y después las distintas etapas de participación ciudadana, trabajos de comisiones, deliberaciones, y final decisión constituyente. En el año de funcionamiento la Convención Constitucional adquiere un *ethos*, lenguaje, usos y prácticas de convencionales constituyentes caracterizadas por incivilidad, sectarismo, ánimo circense, etc.; todo lo cual excede a su composición plebeya, que era precisamente uno de sus rasgos potencialmente positivos para la democracia y el éxito del proceso. El resultado es, con todo, una Convención Constitucional deficitariamente republicana. La ciudadanía termina no distinguiendo el producto (nueva Constitución) del proceso constituyente y en el producto se visibilizó, por el cerco multimedial, los contenidos “contraculturales” del texto. La Convención Constitucional fracasó en el empeño de llegar a expedir y obtener aprobación de una nueva Constitución, que fuera una “Constitución digna, decente y moderada” (Gargarella, 2022a: 70-72).²

En la Convención Constitucional falló la política y la política constitucional, en la deliberación y decisión constituyente. Política en el sentido de desplegar “esfuerzos para compartir el poder, o esfuerzos para influir sobre la distribución del poder,(...) entre grupos de un Estado” (Weber, 1985a). Paradójicamente, la política sectaria conducente a la elección de sus autoridades, aprobaciones de normas reglamentarias y decisiones constituyentes en comisiones y en pleno en la Convención Constitucional se origina en la irrelevancia de la derecha en dicho órgano. En efecto, la derecha de la Convención Constitucional (reunida en varios colectivos) al no obtener el tercio más uno de la asamblea, adquiere prontamente conciencia de su irrelevancia y con ello se apodera de toda la derecha la “disonancia cognitiva”, encarnada en los convencionales constituyentes más ultras o radicales (cargados de sectarismo e incivilidad), que eran caras

1 Véanse los cuadros respectivos en el Anexo.

2 En este sentido, compartimos lo expresado por el académico argentino Roberto Gargarella, quien señala: “La Convención resultó así compuesta por pocos representantes de los partidos tradicionales (lo que dificultó en extremo la formación de consensos) y un amplio archipiélago de activistas, militantes, líderes de movimientos sociales y, cabe admitirlo también, personajes más bien caricaturescos que terminaron por ocupar lugares protagónicos en las diversas comisiones en que quedó dividida la Convención”. La opinión pública miró con desconfianza a esta asamblea.

visibles de la primera campaña del “rechazo” en 2020, lo que precipita la toma de posición de la derecha por el “rechazo”, y actitudes de sabotaje o simple filibusterismo en la asamblea. Adicionalmente, los colectivos de *Apruebo Dignidad* (PC-FA-FRVS), escaños reservados, más la ex “Lista del Pueblo”, con un sectarismo ciego y grosero excluyó a la derecha y demonizó cualquier acuerdo con dichos colectivos. Ello transformó de facto al *Colectivo Socialista* (y en parte, a *Independientes No Neutrales* y *Colectivo del Apruebo*) en la fuerza de centro, contención y moderación; y, por ende, destinatario de funas y descalificaciones mediante.

Por último, la Convención Constitucional y la mayoría de sus colectivos no se percató de factores relevantes a su función constituyente y a la percepción de la ciudadanía, a saber: de la fragilidad de la legitimidad democrática y de la confianza depositada en la asamblea, y de la importancia de las formas, del riesgo de un cerco multimedial en conexión con poderes fácticos hostiles, del daño que el caso del “impostor” le causó (“impostor” que fue una figura símbolo de los independientes y de cierta izquierda ultra, postulado en la instalación del órgano a integrar su mesa y que de hecho ocupara brevemente una de sus vicepresidencias);³ y las señales potentes de la elección parlamentaria y presidencial de noviembre de 2021; que razonablemente invitaban a rectificar el rumbo antes de la decisión constituyente. Siguió dominando en una parte muy significativa de la Convención Constitucional la pulsión del “octubrismo”; expresada en un maximalismo, vanguardismo e identitarismo exacerbado, un sectarismo subyacente y un conjunto de conductas poco republicanas frente a la unidad del Estado, sus emblemas nacionales, sus instituciones históricas, sus exjefes de Estado. Esta pulsión del “octubrismo” terminó opacando los esfuerzos de la mayoría de los convencionales constituyentes, y de algunos de sus colectivos, en orden a obtener una decisión constituyente que aquilatara en una propuesta de nueva Constitución que obtuviese una sólida aprobación en el plebiscito de salida; lo que se vio frustrado finalmente.

3. En las urnas el resultado es apabullante, más una altísima participación ciudadana gracias al sufragio universal obligatorio en el plebiscito de salida (conforme a las cifras dadas por el Servicio Electoral [SERVEL] (2022) votaron en total 13.021.063 personas [85.8% del padrón electoral]: considerando los votos válidamente emitidos, éstos se inclinaron en un 61,86% por el “rechazo” y 38,14% por el “apruebo”).⁴ La opción “rechazo” ganó en 338 comunas y “apruebo”, en 8. La participación ciudadana le dio voz y voto (sufragio universal obligatorio) a una “mayoría silenciosa”, que en los últimos treinta años había dejado de participar en política; profundamente despolitizada y despreocupada de los asuntos públicos, amarga cosecha de nuestra modernización capitalista. Esa “mayoría silenciosa” encarna un cierto “sentido común” de la opción “rechazo”:

3 El convencional “impostor” Rodrigo Rojas Vade, que se postulase como parte de la *Lista del Pueblo*, podría ser calificado como un personaje de novela de Javier Cercas, en el sentido que no es un impostor con relato *heroico*, sino uno cuyo relato es calificable de *esperpéntico*. En este sentido, véase Cercas (2014); historia inspirada en el caso de Enric Marco Batlle, sindicalista español que había falsificado documentos para hacerse pasar por superviviente de los campos de concentración nazis, y cuyo fraude se descubrió en 2005. El “impostor” dejó en evidencia que colectivos independientes y ultras no constituían una fuerza reparadora en el sistema político, sino un grupo con comportamientos intelectuales deplorables y ninguna definición de política constitucional general; sino demandas identitarias en conexión a “territorios” y grupos específicos.

4 Expresado en números, de un total de 12.743.051 votos válidamente emitidos, 4.860.093 se inclinaron por la opción “apruebo” y 7.882.958, por la opción “rechazo”. A ellos se suman 200.722 votos nulos (1,54%) y 77.290 votos en blanco (0,59%).

deseaba cambios, pero no tantos, y en especial es muy crítica de los cambios contraculturales consignados en la propuesta de nueva Constitución (v.gr.: plurinacionalidad, pluralismo jurídico, justicia indígena, consulta indígena, tratamiento de la naturaleza, antiextractivismo, extensión de los bienes comunes naturales, estatuto de las aguas, estatuto de los minerales, derecho de propiedad y expropiaciones, vivienda y su propiedad, fondos de pensiones, educación particular subvencionada, salud privada, estados de excepción eliminados -como el estado de emergencia-, etc.).

4. Por otra parte, la desinformación, y bulos al por mayor en torno al contenido normativo del proyecto de nueva Constitución, se alimenta de un debate sobre iniciativas de normas maximalistas y otras francamente descabelladas o estrambóticas; que no llegan (por quorum reforzado de 2/3 del pleno) la mayoría de ellas a cuajar en “*normas permanentes*” (388 artículos) estructuradas en 11 capítulos del texto, en la decisión constituyente, o en la labor de la comisión de armonización y en la atemperación e itinerario de una transición esbozado en las “*disposiciones transitorias*” (57 en total) obra de la comisión del rubro y finalmente aprobadas por el pleno. Pero con todo ese maximalismo verboso, dado a la “*grafomanía constitucional*” (Sartori, 1994: 213), expresión del “*asalto al cielo*” (Marx, 1981a: II, 444-445) de ciertos sectores de la Convención Constitucional también termina alimentando el cerco multimedial; al igual que sus locuaces y destemplados exponentes. De esta manera, se produce una confusión lamentable entre el texto del proyecto de nueva Constitución con las mentadas iniciativas maximalistas o descabelladas; todo lo cual hizo difícil la pedagogía en relación al texto y su juicio atemperado, reflexivo, que pusiere de relieve los grandes e innovadores aportes que contiene. Y las opiniones de los abogados y juristas “*expertos*” no siempre eran serias, fundadas; terminaban confundiendo o alimentando campañas de desinformación, de miedo o de catástrofes por-venir, en demasiadas ocasiones (Zúñiga y Alvarado, 2021). Con todo, es menester observar que en ocasiones juristas, abogados e intelectuales incursionan en política, no como una actividad profesional o “*vocación*”, sino como una “*distracción*”, confundiendo los planos de la ética de la responsabilidad del político de la ética de la convicción del científico (Weber, 1985b: 79-114).

5. Finalmente, el plebiscito de salida estuvo asociado a una evaluación de la ciudadanía de la marcha del Gobierno y sus coaliciones políticas de sustento, lo que es refrendado por el inevitable compromiso gubernamental con la campaña a favor de la opción apruebo en el plebiscito del 4 de septiembre de 2022. Y el Gobierno ha tenido, en este periodo de seis meses, una compleja instalación y dificultades para su despliegue en sus tareas de servicio público y administración general; siendo un tema más complejo aún el de cuidar eficientemente el orden público y la seguridad pública en la macrozona sur del país (regiones del Biobío, de la Araucanía y de los Ríos), tema en que la izquierda siempre tiene problemas por sus prejuicios en torno al uso de la fuerza y rol de las fuerzas de orden y fuerzas armadas.

6. Un cambio de gabinete el día 6 de septiembre de 2022, de cara a próximas elecciones administrativas de 2024, orientado a la gestión, abocado principalmente a reformas tributaria y de pensiones, y que retoma, materialmente, el proceso constituyente. El Gobierno está desafiado a retomar iniciativa política y constituyente. Al mismo tiempo, el Gobierno es timorato, cuidadoso con los escenarios de futuro próximo, se ofrece como “*acompañante*” del proceso constituyente a retomar, pero traslada al Congreso Nacional y a los partidos políticos la responsabilidad del acuerdo y viabilización del nuevo proceso. Probablemente por prudencia política, el Gobierno no está dispuesto a asumir un nuevo fracaso, si el proceso constituyente finalmente no fuere retomado o

este fracasar en esta etapa inicial. De lo contrario, es un Gobierno acabado prematuramente.

7. Finalmente, el Gobierno debe hacer frente a la crisis económica: recesión en la mira en el cortísimo plazo, que obliga a priorizar reformas, gozar de flexibilidad y rigor presupuestario fiscal y mejorar la gestión-coordinación de su gabinete y de la Administración.

8. Por otra parte, el Gobierno también deberá afrontar la anomia general en la sociedad, restableciendo el principio de autoridad y el imperio de la ley, siendo ello una tarea central del nuevo gabinete, y en lo inmediato abordar la crisis migratoria y sus problemas; y también la crisis de orden público y seguridad pública en la macrozona sur, restaurando el pleno imperio del Estado de derecho.

II. Íter del “Rechazo”

A continuación, analizamos el escenario político electoral luego de ganar la opción “rechazo” el 4 de septiembre de 2022, en sus dos hipótesis (“diabólica” y “angelical”) esbozadas tempranamente con motivo de promulgarse la primera reforma constitucional de habilitación del proceso constituyente (Ley N°21.200, de 24 de diciembre de 2019); ello, con una simulación asociada a la hipótesis “angelical” de darle continuidad al proceso constituyente:

A. Hipótesis “diabólica”

1. Artículo 142 inciso final de la C.P.R.: regla de cierre del proceso constituyente

“Si la cuestión planteada a la ciudadanía en el plebiscito ratificatorio fuere rechazada, continuará vigente la presente Constitución.”

En un plano formal, esta regla iusfundamental, incorporada en la primera reforma constitucional que habilita el proceso constituyente de diciembre de 2019, lo que hace, habiendo ganado el “rechazo” en el referéndum, es preservar el *status quo* constitucional.

2. Hipótesis “diabólica”: la “astucia de la razón” secularizada

Transitamos de una Constitución otorgada (DL N°3.464 de 1980) revestida de seudo “legitimidad” por un plebiscito fraudulento (11 de septiembre de 1980), y a pesar de incorporar un total de 61 leyes de reformas constitucionales desde 1989, es una Carta muerta, sin legitimidad de origen ni de ejercicio. La Constitución de 1980 obtuvo en el proceso político alguna legitimidad de ejercicio en la transición (1990-2010). Pero paradójicamente la Constitución de 1980, con el referéndum o plebiscito de salida y un apabullante “rechazo” obtendría una “legitimidad democrática” que no tenía en su origen y devenir. Y, por ende, la “Constitución” otorgada de 1980 debe, para una parte de los partidos de derecha (a la luz del balance electoral), preservarse relegitimada.

Es una paradoja brutal, una revancha de la “razón de la historia” con nuestro pasado histórico reciente, que reinstala el estatuto del poder heredado de la dictadura cívico militar y su horizonte ideológico autoritario en lo político, neoliberal en lo económico y tradicionalista en lo valórico. La hipótesis “diabólica” es una expresión secular (de lo contrario sería un designio de la divina providencia) y vulgar de la astucia o “ardid de la razón” de Hegel; en que una suerte de “razón de la historia” se termina imponiendo a la praxis humana, sus

pasiones y racionalidad o cálculo (Hegel, 1999).

Pero, además la hipótesis “*diabólica*”, asociada a la resaca electoral de una derecha que se siente vencedora en el plebiscito comparando participaciones: el 85.8% del padrón electoral en el plebiscito de salida con el 41.5% del padrón en la elección de la Convención Constitucional o el 51% del padrón en el plebiscito de entrada; instala un escenario sin salida institucional. Es menester precisar que la derecha, que se siente vencedora en el plebiscito de salida, estuvo ausente en la campaña del rechazo, la que tuvo por caras visibles a “*amarillos*” y personalidades de “*centroizquierda*”; es decir, un conjunto de personas públicas ligadas a la antigua *Concertación Democrática* y a la función pública de los gobiernos de la Transición (1990-2010) y de la Nueva Mayoría (2014-2018). En efecto, “*amarillos*” y “*centroizquierda*” (un conjunto de exfuncionarios gubernamentales, ministros, subsecretarios, jefes de servicio, embajadores, parlamentarios, directores de empresas públicas, etc., más una abigarrada pléyade de intelectuales biempensantes o “*celebridades*”, que ahora buscan constituir nuevos partidos: “*Amarillos*” y “*Demócrata*”) contaron con aportes para subvenir a la campaña del “*rechazo*”, y de acceso generoso en las plataformas multimediales (prensa escrita, radio, televisión y medios digitales); y todo con el beneplácito de los poderes fácticos.

De imponerse la hipótesis “*diabólica*”, Chile queda inmerso en un atolladero institucional, pues la reforma constitucional con quórum reforzado de 4/7 (Ley N°21.481 de 23 de agosto de 2022) hace posible el “*veto players*” de los parlamentarios y partidos extremos que bloquean un proceso reformista (Tsebelis, 2002).

B. Hipótesis “*angelical*”

1. Hipótesis “*angelical*”: una simulación

En esta hipótesis “*angelical*” importa asumir el “*día después de mañana*”; hacerse cargo de la necesidad de pactar para hacer posible una salida institucional y democrática de continuidad abreviada de un proceso constituyente limitado (y por consiguiente distinto al anterior que nace del *Acuerdo por la Paz Social y la nueva Constitución* de 15/11 de 2019), para expedir una nueva Constitución que cierre la “*cuestión constitucional*” definitivamente.

2. Acuerdo de la oposición acerca de una reforma a la nueva Constitución (“*Una Nueva Constitución para Chile – Compromiso de Chile Vamos con una Casa para Todos*”)

Este documento (Chile Vamos, 2022), suscrito por los partidos de oposición de la coalición *Chile Vamos*, es un piso de contenidos propuestos para el “*día después de mañana*”; aunque sus contenidos ex post plebiscito de salida han sido matizados y la apertura de un nuevo proceso ralentizada o racionalizada:

a. Estado social y democrático de derecho

“Urge avanzar en la definición constitucional de Chile como un Estado social y democrático de derecho. Debemos garantizar el acceso y adecuado ejercicio de derechos sociales en educación, salud, pensiones, vivienda y seguridad social en general, que haga posible una vida verdaderamente libre y digna. Esto exige la participación activa de la sociedad civil organizada y un Estado moderno y eficiente que asegure la paz social y la calidad de vida de los chilenos.”

b. Modernización y ampliación de los derechos fundamentales

“Un nuevo texto constitucional debe considerar compromisos ambiciosos

respecto de prioridades ciudadanas ampliamente compartidas, como lo son el acceso a una mejor educación, salud, pensiones, vivienda y seguridad social en general. La mejora sostenida y responsable en cada uno de estos derechos debe ser el eje prioritario sobre el cual se estructure nuestra convivencia futura. Además, es necesario ampliar y robustecer nuevos derechos en materias como el respeto irrestricto a las libertades básicas; la igualdad ante la ley; el derecho humano al agua; el derecho a la seguridad individual; y el derecho a una buena administración pública, entre otros. Asimismo, debemos incorporar derechos fundamentales y deberes del Estado respecto de grupos vulnerables e históricamente postergados, como mujeres, adultos mayores, discapacitados, niños, niñas y adolescentes en toda su diversidad, asumiendo compromisos concretos que permitan mayor acceso, integración y dignidad para cada uno de ellos.”

c. Más democracia y participación para contribuir al bien común

“Esto demanda, entre otras cosas, garantizar la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, robustecer el derecho de asociación, reconocer e integrar el aporte público de la sociedad civil, fortalecer la participación democrática en los partidos políticos e incrementar canales para más y mejores mecanismos de democracia directa, que enriquezcan la democracia representativa”.

d. Nuevo presidencialismo y rehabilitación del principio de mayoría

“Junto con afianzar el respeto por la autoridad del Presidente de la República y por su elección directa por sufragio universal, el Congreso debe fortalecer sus atribuciones en el ámbito legislativo. Asimismo, el sistema político debe ser pensado a partir de una visión de conjunto: el objetivo es dar más eficacia y gobernabilidad al sistema, pero siempre respetando los debidos pesos y contrapesos y una adecuada separación de los poderes del Estado. Entre otros elementos, nos comprometemos a defender la existencia del Senado, rehabilitar el principio de mayoría mediante la rebaja de los quórum de tramitación legislativa, y terminar con el control preventivo del Tribunal Constitucional.”

e. Descentralización y desarrollo solidario de las regiones

“Chile requiere avanzar, decididamente y sin más preámbulos, en entregar mayor poder a las regiones y llevar a cabo una profunda descentralización política y administrativa, junto a mayores espacios de autonomía y responsabilidad fiscal. Sin embargo, distribuir el poder en unidades territoriales no puede ser sinónimo de desmembramiento del país, poniendo en riesgo la misma descentralización buscada y caminando hacia un Estado disfuncional. El desarrollo solidario de las regiones debe ser un pilar fundamental de la distribución territorial del poder, de manera de asegurar que todos los sectores del país cuenten con las condiciones para ser protagonistas de su destino sociopolítico y garantizar su bienestar integral.”

f. Reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas en el marco de un Estado unitario y multicultural

“Debemos manifestar con orgullo y de forma explícita y clara que Chile es un Estado multicultural. Como chilenos debemos incorporar expresamente el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y originarios de nuestro país, con un profundo respeto a su aporte en la construcción de lo que somos y al derecho a expresar libremente su tradición, cosmovisión, lengua, con un ámbito de razonable autonomía. En favor de dicha integración es que debemos buscar en conjunto una fórmula de mayor representación y participación en las decisiones de la vida pública, en el marco de la unidad del Estado de Chile y la igualdad ante la ley”.

g. Protección decidida de nuestro medioambiente y diversidad

“Es fundamental conciliar el cuidado del medioambiente con el desarrollo

económico y social —condición necesaria para asegurar los recursos del Estado y mejorar la calidad de vida de las personas—en un marco de justicia y compromiso intergeneracional, poniendo término a las llamadas zonas de sacrificio ambiental”.

h. Igualdad ante la ley, protección de los derechos y fortalecimiento del Poder Judicial

“Nuestro compromiso es fortalecer al Poder Judicial y el acceso a la justicia, en el marco del fomento de estos principios, asegurando a las personas el derecho a un debido proceso, a un juez independiente y a un procedimiento que dé las mismas garantías a todos los chilenos por igual”.

i. Un Estado íntegro, transparente y profesional con mirada de futuro.

“Una nueva Constitución debe incorporar instituciones y normas capaces de combatir con firmeza la corrupción y el mal uso de los recursos de todos los chilenos. Asimismo, debe incorporar principios y normas que aseguren un Estado con un actuar probo, transparente, técnico y profesional, que dé cuenta efectiva y honesta de sus actuaciones ante la ciudadanía. Un Estado que sea devuelto a los ciudadanos, que recupere las confianzas, acercándolos a la toma de decisiones y reestableciendo los principios de eficiencia y servicialidad en la gestión pública. Un Estado con una mirada prospectiva que sea capaz de visualizar y anticiparse a los desafíos del futuro con una mayor inversión de recursos en innovación, ciencia, tecnología y conocimiento para generar un modelo continuo de agregación de valor en las cadenas productivas y en las capacidades de nuestro capital humano, generando así espacios institucionales para el diálogo social con el fin de proyectar un país en el largo plazo”.

j. Economía Social de mercado al servicio del desarrollo, del crecimiento equitativo y del término de los abusos.

“Impulsamos una economía social de mercado con orientación definida hacia el crecimiento y la generación de empleo, el estímulo a los emprendedores y la innovación, para expandir el progreso, superar la pobreza, disminuir las brechas de desigualdad, terminar con los abusos, favorecer la movilidad social y alcanzar el desarrollo con plena responsabilidad con el medio ambiente y con las comunidades locales”.

k. Mecanismo de reforma:

“Junto a estas definiciones queremos ratificar públicamente nuestro apoyo al proyecto de rebaja de quórum a 4/7 para modificar la actual Constitución. De esta manera, comprometemos los votos de nuestros partidos en el Congreso para avanzar desde hoy mismo en los cambios que la ciudadanía demanda.

Finalmente, y en el caso de ganar la opción “Rechazo” en el plebiscito de septiembre próximo, nos comprometemos a llegar a un acuerdo amplio y transversal que permita tener una nueva Constitución para Chile, mediante un mecanismo donde la ciudadanía incida directamente sobre el procedimiento a seguir y sobre el texto que termine rigiendo en el país. Solo así garantiremos una Carta Fundamental ampliamente legitimada, que sí logre ser un punto de encuentro, un marco de diálogo colectivo y una verdadera casa común de todas y todos los chilenos.”

Este documento de la coalición de derecha *Chile Vamos* constituye en el papel el piso de contenido de un eventual pacto o acuerdo para viabilizar retomar el proceso constituyente; pero estamos en un compás de espera que deja abierto el campo a ambas hipótesis. Resta entonces definir en el eventual acuerdo o pacto los contenidos que sean los “*mínimos comunes*”: en este sentido, han presentado el 23 de septiembre un primer esbozo en esa materia, en el cual abogan por una “*mayor presencia de la institucionalidad y distancia con el proceso anterior*”, descartando lo que denominan “*experiencia refundacional*” y señalando como tales “*mínimos comunes*” o “*bordes*”:

“la unidad del Estado de Chile, la existencia de tres poderes del Estado autónomos e independientes; la existencia de un Congreso bicameral compuesto por una Cámara de Diputados y Diputadas y un Senado; la protección del derecho a la vida; la protección del medio ambiente; la protección de la propiedad; haciéndola extensiva a los fondos previsionales y al aprovechamiento de las aguas; la consagración expresa de Carabineros de Chile y las fuerzas de orden, en general, en un título autónomo; la protección del derecho a elegir en materia educacional, de salud y previsional; y la protección de un Banco Central autónomo” (Chile Vamos, 2022b)

En vista de los puntos citados, puede concluirse que *Chile Vamos*, en una lectura poco fina del escenario político-institucional, toma como un triunfo propio el resultado del plebiscito de 4 de septiembre de 2022 -lo cual no se condice con el hecho que sus partidos miembros y sus militantes decidieron autoexcluirse como tales de una franja autodenominada “*ciudadana*”- y ha establecido parámetros que, en los hechos, involucran poner un cepo al nuevo proceso constituyente: con tales “*mínimos comunes*” o “*bordes*”, el proceso constituyente estaría condenado de antemano a la esterilidad, generando un texto que de “*nuevo*” solo tendría las formas o denominaciones, puesto que tales contenidos propuestos solo podrían generar una versión remozada de la Carta otorgada que se busca derogar. Pero independiente de estas pretensiones, que van a contrapelo de las promesas que formulara la coalición de derecha durante la campaña del plebiscito de salida (y que, en vista de sus actos posteriores, hay una duda razonable sobre su real interés en su cumplimiento), hoy el escenario es inestable y los acuerdos son de difícil construcción.

3. Acuerdo de las coaliciones de gobierno y la Democracia Cristiana sobre un nuevo proceso constituyente (“*Propuesta para una Nueva Constitución Democrática y de Derechos*”)

Ante la necesidad de plantear una respuesta a la declaración de “*bordes*” recientemente evacuada por Chile Vamos, las dos coaliciones participantes del gobierno (*Apruebo Dignidad* y *Socialismo Democrático*), en conjunto con el Partido Demócrata Cristiano -todos en su minuto partidarios de la opción “*apruebo*”-, suscribieron el 28 de septiembre de 2022 un acuerdo en el cual reafirman “*el profundo compromiso con los cambios que nuestro país exige y con una nueva Constitución Política que dé cuenta de un nuevo pacto social inclusivo, justo y respetuoso de las distintas miradas de nuestra Patria, y que permita enfrentar los desafíos de hoy y del futuro*”, enfatizando que “[e]s fundamental continuar con el proceso constituyente y entregar prontamente certezas que nos permitan avanzar hacia las garantías públicas que le den un mejor vivir a la ciudadanía” (VV.AA., 2022: 1).

Los puntos base de este acuerdo son relativos al órgano, el cual debe: (1) ser 100% electo, respetando la voluntad popular expresada en el plebiscito de entrada de octubre de 2020; (2) paritario -tanto en la elección de representantes como en la composición total-; (3) con participación de pueblos indígenas -vía escaños reservados proporcionales al registro indígena de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) e independientes -ya no en listas propias, sino integrados a aquellas que conformen en conjunto a los partidos políticos-.

También se hace referencia a que debe mantenerse un quórum supramayoritario para la toma de decisiones, en razón del carácter constitucional de las normas a definir. En materia de principios institucionales, se establecen como “*bordes*”:

(1) el carácter de república unitaria democrática del Estado; (2) existencia, autonomía y plena independencia de sus tres poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial); (3) el respeto a: (3.1) sentencias firmes y ejecutoriadas; (3.2) tratados internacionales ratificados por Chile, con particular énfasis en los derechos humanos en ellos contenidos;⁵ y (4) el respeto y conservación de los emblemas patrios y el Himno Nacional.

Respecto al desarrollo del proceso en sí mismo, se recalca la necesidad de incorporar procesos de participación que otorguen una mayor articulación con municipios o gobiernos regionales, en pos de permitir mayor injerencia ciudadana tanto en la obtención de información como al concretarse el debate en sí mismo. También se muestra de acuerdo con incorporar un comité técnico, paritario y no deliberativo, de expertos y expertas, *“abogados a la preparación de la instalación del órgano constitucional mediante la sistematización de insumos y el acompañamiento permanente del debate en todas sus fases”* (VV. AA., 2022: 3), cuya integración quedaría en manos del Congreso Nacional. Este comité de expertos y expertas tendría a su cargo igualmente la sistematización de los insumos de debate, *“entendiendo el proceso constituyente como uno que se construye sobre la base de la propia historia institucional de la República, incluyendo el proyecto constitucional de la ex Presidenta Bachelet, la propuesta de texto de la ex Convención Constitucional, los insumos de las consultas ciudadanas realizadas por las municipalidades el 2019 y el trabajo de la academia”* (VV.AA., 2022: 3), lo cual implica limitar de facto una posible *“hoja en blanco”* como punto de partida, aún sin hacer mención el acuerdo a esta circunstancia.

Finalmente, en lo relativo al itinerario constitucional en sí mismo, el acuerdo propone abril de 2023 como fecha alternativa para la elección de nuevos representantes, y diciembre del mismo año para la realización de un nuevo plebiscito de salida con voto obligatorio, sesionando el nuevo órgano constituyente en máximo seis meses: *“Para que esto sea posible, el reglamento de funcionamiento del órgano democrático deberá ser aprobado como parte de la reforma que habilite el proceso constitucional”* (VV.AA., 2022: 3).

4. Iter temporal de un nuevo proceso constituyente

A continuación, sobre la base de la hipótesis *“angelical”* que abre un nuevo proceso constituyente limitado, en que probablemente contenidos y reglas de procedimiento serán fijadas en el acuerdo o pacto subyacente a la reforma constitucional necesaria que suscriban los partidos políticos.

A efectos explicativos, aunque montados en una hipótesis, se recoge una simulación del *iter* temporal del nuevo proceso constituyente:

4.1. Plazo mínimo para convocar a una nueva elección de convencionales: 125 días. Entre las razones para dar ese plazo, el presidente del Consejo Directivo del SERVEL, Andrés Tagle, señaló que *“hay que cerrar el registro, hay que hacerle una auditoría al padrón. Toda elección tiene un padrón nuevo”*. Agregó que *“a los 90 días se publica el padrón a efecto de que se reclame en tribunales, y se presentan reclamos en los tribunales que dicen que no está o que está incorrecto”* (Reyes, 2022)

⁵ Se menciona expresamente que se respetarán el derecho a la libertad de religión, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el derecho a la propiedad y el derecho a la igualdad.

4.2. Aprobación de una nueva reforma constitucional (4/7) que fija un nuevo proceso constituyente: septiembre u octubre de 2022.

4.3. Elección de convencionales: marzo o abril de 2023.

NOTA. Si se incluye un plebiscito de entrada nuevamente, las fechas que siguen se retrasan en 6 meses. La distancia entre el plebiscito de entrada y la elección de convencionales era originalmente de 6 meses (un mes para la calificación del plebiscito, dos meses para buscar candidatos y tres meses desde la inscripción a la elección). A mi juicio, es imposible.

4.4. Período de calificación de la elección de convencionales: 30 días (mismo plazo que el establecido para la elección anterior).

4.5. Instalación de la nueva Convención: hasta 15 días después de comunicada la calificación por el TRICEL (mismo plazo que el establecido para la elección anterior). Es decir, fines de abril o principios de mayo de 2023.

4.6. Plazo de funcionamiento:

4.6.1 6 meses: termina en octubre de 2023.

4.6.2 9 meses: termina en enero de 2024.

4.6.3 12 meses: termina en mayo de 2024.

4.7 Plebiscito de salida (mismos plazos que el establecido en el plebiscito anterior): dos meses después de despachada la propuesta de texto de la nueva convención. Es decir:

4.7.1 Si dura 6 meses (hasta octubre de 2023): diciembre de 2023.

4.7.2 Si dura 9 meses (hasta enero de 2024): marzo de 2024.

4.7.3 Si dura 12 meses (hasta mayo de 2024): julio de 2024.

4.8. Elección municipal, de gobernadores regionales y de consejeros regionales: 27 de octubre de 2024.

5. Estándares de un nuevo proceso

Con todo, de verificarse la hipótesis "*angelical*", en un nuevo proceso constituyente limitado, sin "*hoja en blanco*" y con contenidos basales (consenso constitucional) y reglas de procedimiento fijadas por un eventual pacto de partidos y la ley de reforma constitucional que habilite este proceso; se deberá recoger estándares nuevos que hacen a la legitimidad procedimental y de fondo, tales como las técnicas del referéndum, el sufragio universal obligatorio para elecciones políticas, administrativas y referéndum o plebiscito y la paridad; estándares que persistirán en su diseño. Sin embargo, en materia de participación de "*independientes*" con reducidas barreras de ingreso o el aseguramiento de un número fijo supernumerario de bancas reservadas a todos los pueblos indígenas, probablemente no sean parte del acuerdo subyacente a este proceso o lo sean con reglas diversas a las vigentes en el proceso constituyente cerrado el 4 de septiembre de 2022.

Un tema distinto, difícil de abordar, es el espacio que los expertos o comisión de expertos puede tener en el proceso constituyente limitado que se abra y en la fórmula que se llegue a concordar. Es un tema difícil de abordar pues se cifra en el rol de los expertos la garantía de una "*buena*" Constitución, lo que es una ilusión, pues los expertos tienen pre-comprensiones o adscripciones ideológicas, adscripciones a familias del constitucionalismo diversas (liberal, democrático social, popular, crítica, entre otras), visiones distintas sobre el arreglo político

institucional en conexión con la historia y el futuro, y no tienen habilidades políticas necesarias, pues la Constitución es fruto de la política. Como hemos expuesto antes, en un sentido weberiano la actividad del político y la actividad del intelectual se someten a usos y ética distinta, y su combinación no siempre es virtuosa. Y, por ende, el rol de los expertos es *staff* o auxiliar proporcionando la técnica constitucional.

En suma, la defensa de la inclusión de los expertos, adoptando decisiones en el proceso constituyente, no deja de ser escapismo políticamente correcto, para acoplarse complaciendo a encuestas y una manera elitista de obviar la necesaria elección general mediante sufragio universal obligatorio, directa por la ciudadanía de los constituyentes que integren el órgano que asuma el encargo de una nueva Constitución. En suma, el recurso a los expertos en la decisión constituyente es una manifestación de “*sofocracia*” o “*expertocracia*”, antiguo constructo que merma el principio democrático.

III. Hipótesis de por-venir: la trampa de los países de ingreso medio

Chile es un país en un largo tránsito al desarrollo económico (ingresos medios), con una modernización capitalista que muestra su peor cara en momentos de crisis; y que a lo largo de su historia conoce solo frustración en cuanto a la meta de saltar al desarrollo; y que Aníbal Pinto Santa Cruz (1959) retratará brillantemente a mediados del siglo XX.

Es menester observar que desde 2014 los países de América Latina y Chile están en retroceso, en comparación con países OCDE.

Los factores de esta *trampa* de los ingresos medios se agrupan en cuatro:

- a) Desaceleración del crecimiento por incapacidad de lograr mejores condiciones en competitividad y productividad;
- b) Baja calidad de la educación y lenta transferencia de conocimiento e ideas innovadoras;
- c) Excesiva desigualdad y desprotección social;
- d) Incapacidad del sistema político institucional para asegurar estabilidad, transparencia y buena gestión estatal (Foxley, 2012).

Hoy existe una *cuestión generacional*, asociada a un cambio epocal, y es el clivaje del sistema político (viejo/nuevo, pasado/futuro). Y no es un problema de edad, sino de sensibilidad y de actitud frente al futuro. Sin embargo, la generación del poder hoy tiene un espíritu redentor y por ello es moralizante, generación que mira con desprecio a una decadente élite añosa, cerrada, cicatera y ambiciosa; y por añadidura hace suyo un cierto, en cuanto nueva élite, abajismo: un pueblo virtuoso o abusado. Esta contraposición de élites, situadas en puntos polares, hace más difícil un pacto o acuerdo para darle continuidad y viabilidad a un muy necesario proceso constituyente.

También, se observa la cuestión de expectativas insatisfechas de la nueva clase media, despolitizada, aspiracional, moderna y desamparada en una sociedad con poca igualdad de oportunidades y dominada por el mercado. Ello permite observar un péndulo electoral izquierda-derecha, ubicuo a la nueva clase media, péndulo que se agiganta cuantitativamente con la incorporación a los procesos electorales de clases bajas o populares gracias al sufragio universal obligatorio.

Existe hoy un Estado (Gobierno y administraciones) acosado-desbordado por demandas sociales de clase e identidades, con serias dificultades para hacer frente efectivamente con su actividad servicial a tales demandas.

Se observa, además, una anomia generalizada, aunque débil en su ciclo actual, con una repulsa por las buenas costumbres, el lenguaje cuidado, la conservación del espacio público, la limpieza de la ciudad, el irrespeto por las policías y por la autoridad, entre otras actitudes que visibilizan la mentada anomia. Y más grave, la crisis de orden público y seguridad pública de la macrozona sur del país, y la extensión del crimen organizado y/o formas nuevas de criminalidad más violentas.

Nuestro planteamiento primero es que en nuestro país con una perspectiva de mediano y largo plazo se debe hacer frente a la trampa de los “países de ingreso medio” con nuevas instituciones políticas y un sistema político orientado a la gobernabilidad democrática y a la eficiencia de sus administraciones. Ello exige de una nueva Constitución.

¿Y en este contexto la “cuestión constitucional” se cerró el 4 de septiembre de 2022?

La mentada “cuestión constitucional” consiste en poseer un estatuto político heredado de una dictadura cívico-militar (decreto ley 3464 – Constitución de 1980), que a pesar de sus sesenta y una reformas constitucionales es una Constitución formal carente de legitimidad de origen y de legitimidad de ejercicio. Es una “hoja muerta”, siguiendo al expresidente Ricardo Lagos (y Martínez, 2021). Es ese el dilema de fondo que enfrentamos el 4 de septiembre de 2022 en Chile, y que persiste con el resultado del plebiscito de salida.

En suma, nuestro segundo planteamiento es que, con dificultades, transiciones, crisis económicas, la “cuestión constitucional” debería comenzar a cerrarse el 4 de septiembre de 2022, de imponerse la hipótesis “angelical” de acuerdo o pacto político-constitucional de los poderes constituidos (Gobierno y Congreso Nacional); es decir, un amplio pacto de partidos.

IV. Conclusiones

La opción “rechazo” impuesta en las urnas cierra un proceso constituyente, es un rechazo destituyente, y es casi inédito, dado que en un alto porcentaje (94%), los textos constitucionales sometidos a referéndum -de 1789 a 2016- han sido aprobados, y en ese sentido se corresponde comparativamente al “no” del pueblo francés de 1946 a la Constitución de la *Resistencia*, obligando a la Asamblea a presentar un nuevo texto corregido y más moderado que sí fue aprobado, siendo la Constitución de la IV República (Mirkine-Guetzévich, 1946; García, 2022; Elkins y Hudson, 2022: 47⁶). Y no se corresponde al “no” de Uruguay, dado que en el país oriental la “Asamblea Constituyente” era un órgano designado por la dictadura, que expidió el texto sometido a referéndum; siendo rechazado en 1980 por el pueblo de dicho país. Paradójicamente, el “rechazo” a la nueva Constitución de 2022 en nuestro país ha entrado a la historia constitucional contemporánea, como un fracaso o derrota de la izquierda y del progresismo. Un fracaso o derrota que obliga a la izquierda democrática, a una autocrítica y con prontitud a levantarse para seguir haciendo un aporte al país, encarnando los intereses de las clases populares con un proyecto nacional, para consolidar la democracia y progreso.⁷

6 Elkins y Hudson realizaron el siguiente ejercicio estadístico: de 179 plebiscitos relativos a propuestas de nueva Constitución, en 168 (93,9%) se ratificó el texto respectivo, mientras que en 11 (6,1%) ha sido rechazado. En el caso de propuestas de enmienda o reforma, se ratificaron 277 (61,4%) y se rechazaron 174 (38,6%) de un total de 451 referéndums.

7 Existe, en este punto, un marcado contraste entre las actitudes tomadas por las dos

Hoy los caminos están abiertos a las hipótesis “*diabólica*” y “*angelical*”; y, por ende, estamos de regreso a la política.

Paradójicamente, lo que viene es un compás de espera con alta incertidumbre respecto del por-venir de un proceso constituyente para superar la “*cuestión constitucional*”.

De imponerse la hipótesis “*diabólica*” se deja pendiente la “*cuestión constitucional*” *sine die* y se preserva el *status quo* constitucional. La hipótesis “*diabólica*” se puede verificar también por el fracaso de los poderes constituidos y de los partidos políticos en llegar a un acuerdo o pacto para viabilizar retomar el proceso constituyente. En este caso se combinan análisis político-electorales cortoplacistas, pequeños, no estratégicos acerca de la “*cuestión constitucional*”, una rémora neoliberal y autoritaria, que todavía hoy más de cuarenta años después, sigue pesando en la derecha de nuestro país.⁸

De imponerse la hipótesis “*angelical*” se buscará cerrar la “*cuestión constitucional*” con una nueva Constitución. El riesgo de la hipótesis “*angelical*” es que el acuerdo político constitucional sea modesto, sin mayor profundidad, y resulte en los hechos una “*reforma de macetero*”. Superado ese riesgo en la política constitucional, esta hipótesis “*angelical*” abre la posibilidad de un nuevo estatuto del poder y una nueva carta de derechos moderna y adecuada a la gobernabilidad democrática, incorporándose al procedimiento constituyente la paridad, el sufragio universal obligatorio, el referéndum y los asientos reservados de pueblos indígenas; probablemente con una racionalización que asegure proporcionalidad en la representación política de la ciudadanía.⁹

coaliciones de gobierno ante el resultado del plebiscito de salida; mientras se observa en el entorno del *Socialismo Democrático* una tendencia mayor a la autocritica y enfocar los esfuerzos en delinear el nuevo proceso constitucional (ejemplo de ello son las declaraciones del presidente del Senado el día después del plebiscito, en Riquelme (2002)) desde el sector de *Apruebo Dignidad* la reacción ha sido tendiente a una emotividad desbordada, que ha llevado a malinterpretar tanto el resultado electoral en sí como las motivaciones de los votantes, postergando la necesaria reflexión sobre los actos propios y generando cierta disociación, abordando el proceso como si hubiesen sido meros observadores. Gráfico en ese sentido ha sido el análisis distante y de fondo acrítico del exconvencional y jurista Fernando Atria (2022: 21): “*En una elección o plebiscito se manifiesta una voluntad popular que decide (...) una derrota electoral no es el tipo de cosas que puede cambiar convicciones políticas, que descansan en argumentos (...). Análogamente, el resultado del plebiscito no obliga a quienes creíamos que la propuesta era una buena Constitución para Chile a pensar que estábamos equivocados y que era, después de todo, una mala Constitución para Chile*”. Cercana a esta interpretación está la limitada autocritica de quienes fueran miembros de otros colectivos, cual es el caso de Francisco Caamaño, Helmuth Martínez y Giovanna Grandón (conocida como la “*Tía Pikachu*”, por participar disfrazada de las movilizaciones de 2019), todos elegidos como candidatos de la *Lista del Pueblo*, a quienes se suma Alondra Carrillo, de *Movimientos Sociales Constituyentes*, y Lorena Céspedes, de *Independientes no Neutrales*, quienes en una entrevista reciente (Aula Magna, 2022) se centran excesivamente en los efectos del cerco multimedial que existiera en torno a la Convención.

- 8 En este sentido, véase la carta firmada por varios miembros de centros de estudios afines a la derecha [*Instituto Libertad y Desarrollo, Instituto Res Pública, Fundación Piensa, Instituto Libertad y Fundación Jaime Guzmán*] (Horst, Bettina et al., 2022); de igual manera, García (2022). También han sido reveladoras en este sentido las declaraciones dadas por la bancada senatorial de Renovación Nacional (Wilson y Jiménez, 2022), a las que hay que sumar la oposición expresa del Partido Republicano inmediatamente post-plebiscito (León, 2022). El único partido del sector que apoya hasta ahora una nueva elección de constituyentes, por medio de una declaración de su directiva nacional, es Evópoli (2022).
- 9 En este sentido, concordamos con Jordán (2022), quien considera los siguientes elementos rescatados del texto rechazado como basales para un nuevo proceso: (1) Estado social y democrático de derecho; (2) derechos sociales; (3) principios de responsabilidad y sostenibilidad fiscal y progresividad; (4) paridad; (5) descentralización; (6) un modelo de desarrollo que equilibre libertades económicas, naturaleza y trabajo; (7) normas sobre buen gobierno;

Asimismo, debemos destacar la formación, en este último tiempo y al calor de los momentos constitucionales débiles (2011) y fuertes (2019), de un acervo de nuevas normas y principios constitucionales que se sitúan en el horizonte ideológico del proceso constituyente que se retoma en el por-venir. El peso efectivo de esas nuevas normas y principios va a depender de la “*política constitucional*”, pero emergen, a pesar de su evidente derrota, como nuevas tendencias constitucionales (identitarismo crítico decolonial, constitucionalismo popular, nuevo constitucionalismo latinoamericano, constitucionalismo verde) que se suman a los tradicionales constitucionalismos liberal y democrático-social, que probablemente adquirirán centralidad en el debate que se inicia, si finalmente cristaliza un nuevo proceso constituyente.

Se suma a este acervo jurídico-cultural y constitucional que deja el proceso constitucional fallido, también un acervo de normas y principios relativas a una carta de derechos y a un estatuto del poder moderno. En efecto, el proyecto de nueva Constitución es un producto iusfundamental contemporáneo, desarrollado, ideológicamente abierto, innovador en el diseño de una “*sala de máquinas*” en línea con un Estado social y democrático de derecho, nuevos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en sintonía con un cosmopolitismo y latinoamericanismo en materia de derechos humanos y relaciones internacionales. La nueva Constitución fallida es también fruto de un procedimiento democrático e inédito históricamente, y que proporciona al debate de hoy un plexo de estándares de legitimidad democrática para retomar el proceso constituyente (paridad, referéndum, sufragio universal obligatorio, participación ciudadana) y asegurar una plural deliberación y decisión constituyente.

Incluso, puestos a examinar el contenido normativo de la propuesta de nueva Constitución del proceso constituyente fallido, puede observarse la influencia de constituciones modernas inspiradas en el constitucionalismo liberal y, especialmente, en el constitucionalismo democrático y social. En este sentido, el trabajo colectivo del Centro de Estudios Públicos (CEP) que va en busca del “ADN” del texto de nueva Constitución, intentando fijar la trazabilidad por similitud “semántica-estructural” vía conceptos agrupados de sus normas e instituciones, concluyendo en un primer punto:

“(...) la prueba de ADN del proyecto constitucional chileno revela aportes de distintas especies y linajes. Sin duda tiene más cercanía semántica con las constituciones latinoamericanas que con las europeas, pero esto no es definitorio. Hay contribuciones genéticas múltiples. Lo que sí puede indicarse es que el proyecto constitucional chileno reclama un sitial semántico en el constitucionalismo latinoamericano; no el principal, ocupado por Bolivia y Ecuador en forma de constitucionalismo andino, pero sí uno propio que se combina con otras influencias” (Mascareño et al., 2022).

(8) democracia participativa y directa; (9) reconocimiento de los pueblos indígenas, y; (10) presidencialismo atenuado. En este sentido, su diagnóstico del escenario tiende a ser favorable: “*Todo lo anterior nos muestra dos cosas. La primera, que el debate chileno de los últimos años –mediando el proceso inconcluso de la ex Presidenta Bachelet y el final poco feliz de la Convención– ha permitido avanzar hacia una discusión de los temas constitucionales básicos de un eventual texto fundamental. La segunda, que es necesario poder cerrar el ciclo constitucional recurriendo a lo que los procesos constituyentes exitosos tienen y que es un pacto constitucional, a lo que debemos entrar prontamente. De esta forma, la nueva Constitución de Chile está más cerca de lo que nosotros creemos.*”

Profundiza en lo anterior este estudio al realizar un desglose de la relación que existe entre los conceptos más utilizados por el proyecto de nueva Constitución y su presencia en siete equivalentes de derecho comparado, recurrentemente citados en la discusión del texto constitucional, tanto de Latinoamérica (Bolivia, Ecuador, Colombia, Venezuela) como de Europa (España, Francia, Alemania):

“Los 4 conceptos con mayor frecuencia del texto chileno (ley, derecho, constitución, derechos) tienen presencia en todas las constituciones analizadas;

Las constituciones en las que hay más presencia de los 15 conceptos principales chilenos son Colombia, Venezuela y Francia, aunque en el caso de Francia las frecuencias son menores;

Un segundo grupo que comparte los 15 conceptos chilenos son Ecuador y España, aunque España con menor frecuencia que Ecuador;

Bolivia y Alemania comparten con Chile solo los 4 conceptos principales, aunque las frecuencias de Bolivia son mayores que las de Alemania;

Conceptos del proyecto chileno que no presentan frecuencia entre los primeros 30 de otras constituciones son: regional, diputadas/os, regiones.

Esto no significa que no aparezcan, sino que están bajo los 30 primeros.” (Mascareño et al., 2022).

Ante ello, concluimos que del proceso constituyente fallido queda superviviente un acervo de normas e instituciones propias del siglo XX, que enriquecen el añoso constitucionalismo liberal en nuestro país; acervo del cual difícilmente en el por-venir podemos prescindir.

Con todo, prospectivamente una nueva Constitución democrática emprendida en el camino de la hipótesis “angelical”, va a ser resultado de un poder constituyente derivado, y en cuanto proceso constituyente limitado (en sus reglas de procedimiento como en sus contenidos), pendiente de los poderes constituidos, e incluso sometido eventualmente al control de constitucionalidad de reformas constitucionales practicado por el Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema. De esta manera, el poder constituyente derivado y un proceso limitado le imprimen su sello al nuevo órgano constituyente, y abren una compleja dialéctica de poder.

El riesgo de un proceso constituyente limitado y de un poder constituyente derivado es que cuaje finalmente, insistimos, en una “*reforma de macetero*”; y, por ende, retomar el proceso constituyente pueda ser un nuevo fracaso. El fracaso, la derrota del 4 de septiembre de 2022 y el reinicio de un proceso constituyente limitado puede parecer una suerte de repetición de la historia; pero como bien advierte Marx (1981b: I, 408): “*Hegel dice en alguna parte que todos los grandes hechos y personajes de la historia universal aparecen, como si dijéramos, dos veces. Pero se olvidó de agregar: una vez como tragedia y la otra como farsa.*”

En la hipótesis “angelical” los riesgos son variados y deben ser asumidos: composición del órgano constituyente dependiente del resultado electoral en circunscripción nacional, regional o distrital, rol de los expertos, poderes efectivos del órgano constituyente (competencia); contenidos fruto de una deliberación y decisión constituyente acotada, y riesgo de un referéndum “*ratificatorio*” a fardo cerrado (Gargarella, 2015: 347-366; 2020a: 1-23).

El “*referéndum ratificatorio*” es un riesgo inevitable, pues el referéndum es una técnica de participación directa en decisiones normativas, en ocasiones binaria, y que difícilmente puede admitir deliberación o diálogo ciudadano, en línea con el ideal de una “*conversación entre iguales*”, como críticamente

pretende Gargarella, opinión que no compartimos completamente (Gargarella, 2021: 295-312; 2022b).

Pero es menester advertir otro riesgo mayor, atingente al contenido del acuerdo o pacto que viabiliza retomar el proceso constituyente y que se extiende a la deliberación y decisión constituyente final, estriba en que el “consenso” se abra a incorporar al catálogo de derechos un importante contingente de nuevos y viejos derechos, como los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, que sirvan de complemento necesario de un Estado social y democrático de derecho, pero sin modificar la organización y funcionamiento del Estado (formas de Estado y sistema político); se desatienda la “sala de máquinas” y los viejos y nuevos derechos sean “derechos como sobornos” (Dixon, 2018) para responder demandas sociales (trabajadores, mujeres, indígenas, minorías sexuales), pero manteniendo una “democracia semisoberana” o simplemente un sistema político que no funcione; condenando a una Constitución inactuada (Calamandrei, 2013; Huneeus, 2014).

De esta manera, paradójicamente de no superarse los riesgos antes enunciados, la nueva Constitución resultante de este nuevo proceso constituyente limitado se inscribe en el ámbito de una más de las constituciones de América Latina: generosa en derechos fundamentales y derechos humanos, y elitista o tradicional en materia de sistema político; y la izquierda, una vez más, desatendería la “sala de máquinas” (Gargarella, 2020b: 96-106).

Lo expuesto nos obliga a poner especial atención en los contenidos del acuerdo o pacto referido, y a la deliberación y decisión constituyente; para conjurar el doble riesgo de una “reforma de macetero” para retomar el proceso constituyente y de una “nueva” Constitución que realmente sea “vieja” e inadecuada para abordar gobernabilidad y eficiencia de la actividad estatal.

Atender la “sala de máquinas” nos permite enfocarnos en la distribución del poder en el sistema político, que deviene en desafiante para la izquierda democrática con sufragio universal obligatorio, en orden a articular y representar intereses de la “mayoría silenciosa”, para avanzar a una plena democracia; y, al mismo tiempo, un sistema político con un régimen que permita la gobernabilidad democrática y la eficacia-eficiencia de las administraciones públicas, que esté en línea con un Estado social y democrático de derecho. El complemento de este nuevo arreglo institucional es un Estado regional efectivo, para tener descentralización administrativa y política en la distribución territorial del poder; que acerque el Estado a la ciudadanía de la región y comunas del país.

Y finalmente, la inclusión de un referéndum de salida en el nuevo proceso constituyente también tiene un riesgo: refuerza una legitimidad democrática refrendaria, sacrificando la deliberación, la participación y la representación. Pero este riesgo de un referéndum “ratificatorio” es inevitable en el cierre del nuevo proceso.

Por último, es menester mencionar que “pasar la página”, después de un duro resultado en las urnas (plebiscito de salida), es difícil, dado que la coyuntura política de hoy es un momento constitucional débil con asiento en compromisos lábiles, entregado a los usos de la política y la determinación de “lo posible”. Con todo, un largo y fallido proceso constituyente, una nueva cultura constitucional ideológicamente diversa, con un horizonte abierto, ha corrido definitivamente el cerco de lo políticamente posible en materia constitucional.

El por-venir del proceso constituyente y una nueva Constitución están abiertos.

Bibliografía

- Aula Magna (2022). *REPORTAJE - El triunfo del rechazo: perspectivas críticas de cinco exconvencionales comprometidos con el apruebo*. Aula Magna blog [blog] 28 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3Rh1jbu>.
- Atria, F. (2022). *El proceso constituyente y su futuro después del plebiscito*. Santiago: La Casa Común. Disponible en: <https://bit.ly/3DSStha>
- Calamandrei, P. (2013). *La constitución inactuada*. Estudio preliminar y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Tecnos.
- Cercas, J. (2014). *El Impostor*. Barcelona: Literatura Random House.
- Chile Vamos (2022a). *Una Nueva Constitución para Chile – Compromiso de Chile Vamos con una Casa para Todos*. 08 de julio de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3wVt9Tx>.
- _____.- (2020b). *Acuerdo Constitucional. Cambios con seguridades y principios claros para Chile*. Disponible en: <https://bit.ly/3r9pXA5>.
- Dixon, R. (2018). "Constitutional rights as bribes". *Connecticut Law Review*, 50 (3): 53 p. Disponible en: <https://bit.ly/2M3Bgo7>.
- Elkins, Z. y Hudson, A. (2022). "The Strange Case of the Package Deal: Amendments and Replacements in Constitutional Reform". En R. Albert y R. Stacey (editores), *The Limits and Legitimacy of Referendums*. Oxford: Oxford University Press. DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198867647.003.0002>.
- Evópoli (2022). *Evópoli ratifica la continuidad del proceso para una nueva y buena Constitución a través de una convención electa con reglas distintas que eviten los errores de la anterior*. 9 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3L4AYM9>
- Foxley, A. (2012). *La trampa del ingreso medio. El desafío de esta década para América Latina*. Santiago: Cieplan.
- Gargarella, R. (2015). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires: Katz Editores.
- _____.- (2020a). "Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile". *Nueva Sociedad*, (285), enero-febrero 2020: 1-23. Disponible en: <https://bit.ly/3L5dhmY>.
- _____.- (2020b). "La "sala de máquinas" de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo". *Nueva Sociedad*, (257), julio-agosto 2015: 96-106. Disponible en: <https://bit.ly/3DgC1Xw>.
- _____.- (2021). *El derecho como una conversación entre iguales. Que hacer para que las democracias contemporáneas se abran -por fin- al diálogo ciudadano*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- _____.- (2022a). *ADN Constitucional. Radiografía de un nuevo texto. Iusta Causa, Boletín n°2*, pp. 70-72.
- _____.- (2022b). *El "plebiscito de salida" como error constituyente*. IACL-AIDC Blog. 6 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3BgBGl3>.
- García, J.F. (2022). "Apuntes constituyentes: balance y perspectiva futura (final)". *El Mercurio Legal*, 6 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3qokvZY>.
- Hegel, G. W. F. (1999). *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal* (Prólogo de Ortega y Gasset, advertencia de J. Gaos). Madrid: Alianza Editorial.
- Horst, B. et al (2022). "Comprender y conducir el Rechazo". *El Mercurio*, 9 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3AVC9Jm>.
- Huneus, C. (2014). *La democracia semisoberana: Chile después de Pinochet*. Santiago: Penguin Random House Grupo Editorial Chile.
- Jordán, T. (2022) "El largo y pedregoso camino hacia la nueva Constitución de



- Chile". *El Mostrador*, 25 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3RcXPqA>.
- Lagos, R. y Martínez, J. (2021). *Conversaciones para la Nueva Constitución*. Santiago: Editorial Catalonia.
- León, R. (2022). "Partido Republicano descarta iniciar un nuevo proceso constituyente". *El Dínamo*, 5 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3KZOjaB>.
- Ley N°21.481 "Modifica quórum de reforma de la Constitución Política de la República", *Diario Oficial de la República de Chile*, 23 de agosto de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3PNJsrP>
- Marx, K. (1981a). "Cartas a Kugelmann de 12 de abril de 1871". *Obras Escogidas. C. Marx – F. Engels*. 3 v. Moscú: Editorial Progreso.
- _____.- (1981b). "El dieciocho brumario de Luis Bonaparte". *Obras Escogidas. C. Marx – F. Engels*. Moscú: Editorial Progreso.
- Mascareño, A., Rozas, J., Lang, B. & Henríquez, P.A. (2022). *La prueba de ADN*. Notas de Investigación C22 - Centro de Estudios Públicos. Disponible en: <https://bit.ly/3fvqkl>
- Mirkine-Guetzévich, B. (1946). *La quatrième république*. New York: Éditions de la Maison Française.
- Pinto Santa Cruz, A. (1959). *Chile, un caso de desarrollo frustrado*. Santiago: Editorial Universitaria S.A.
- Reyes, C. (2022). "En caso de ganar el Rechazo: Servel afirma que se requieren 125 días tras el plebiscito para convocar a una nueva elección de convencionales". *La Tercera*. 23 de Agosto de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3wycXXP>
- Riquelme, J. (2022). "Elizalde dice que "se plebiscitó la Constitución, no la evaluación del Gobierno" pero agrega que hay que "tomar la lección". *EMOL*, 5 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3UBac2z>
- Sartori, G. (1994). *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Servicio Electoral (2022). *Votación Plebiscito Constitucional 2022*. Disponible en: <https://bit.ly/3rhvuVA>
- Tsebelis, G. (2002). *Veto players. How political institutions work*. New York: Princeton University and Russel Sage Foundation.
- VV.AA. (2022). *Propuesta para una Nueva Constitución Democrática y de Derechos*. 28 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3UPiaW0>.
- Weber, M. (1982). "La política como vocación". *Escritos políticos II*. México: Folios Ediciones.
- _____.- (1985a). "La política como vocación". *Ensayos de sociología contemporánea I*. Barcelona: Planeta-De Agostini.
- _____.- (1985b). "La ciencia como vocación". *Ensayos de sociología contemporánea I*. Barcelona: Planeta-De Agostini
- Wilson, J.M. y Jiménez, L. (2022). "Nueva Convención tambalea: senadores de RN no apoyarán otra elección de constituyentes". *La Tercera*, 8 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3L2TpAT>.
- Zúñiga, F. y Alvarado, E. (2021). *Nueva Constitución y Política Constitucional*. Santiago: Thomson Reuters.

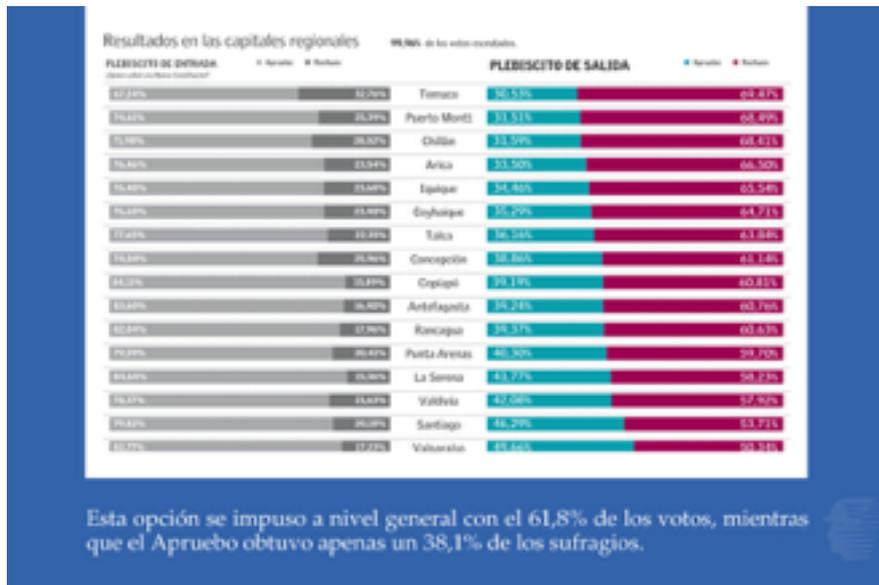
Anexo: Estadísticas plebiscito de salida del 4 de septiembre de 2022 ¹⁰

¹⁰ Fuente: El Mercurio.

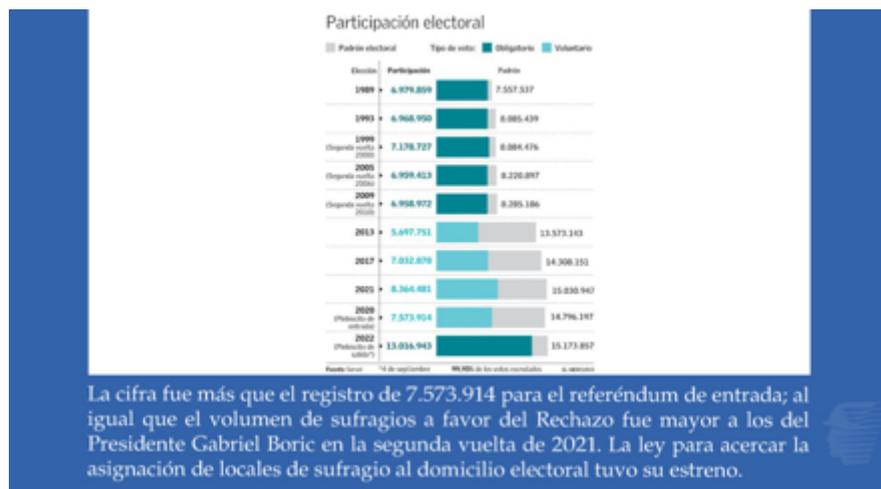
1) Votación del plebiscito de salida en el Gran Santiago y comparación con distribución de resultados en el plebiscito de entrada



2) Resultados en las capitales regionales chilenas: comparativa entre plebiscitos de entrada y salida



3) Participación electoral en el plebiscito: comparación con el plebiscito de entrada y elecciones presidenciales/parlamentarias



Consideraciones constitucionales de la participación migrante: una mirada italo-española¹

Constitutional Considerations of Migrant Participation: An Italian-Spanish Perspective

JORGE CASTELLANOS CLARAMUNT
 Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional
 Universitat de València
 jorge.castellanos@uv.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.3.25486>

Fecha de recepción: 01/09/2022

Fecha de aceptación: 27/10/2022

Resumen

Las sociedades italiana y española tienen muchos puntos en común, siendo uno de ellos la problemática derivada de la integración de las personas inmigrantes en los entornos sociales. Principalmente por la presión de los flujos migratorios en algunas localizaciones de ambos países.

La respuesta del derecho, y en concreto del derecho constitucional, para integrar y facilitar el reconocimiento de derechos a estas personas también es notoria, pero pese a ello siguen produciéndose hechos que dificultan una integración real y efectiva. Paralelamente, ambos países han desarrollado reciente normativa para implementar políticas participativas a través de las nuevas tecnologías. Por ello, la combinación de ambas realidades es un punto de partida para fomentar una más y mejor integración de los inmigrantes en ambos países, promoviendo políticas de integración que posibiliten la participación de los inmigrantes en asuntos públicos, a través de los avances tecnológicos.

Palabras clave

Inmigración, participación, democracia, tecnología, integración.

Abstract

Italian and Spanish societies have many points in common, one of them being the problems derived from the integration of immigrants in social environments. This is mainly due to the pressure of migratory flows in some parts of both countries.

The response of the law, and specifically constitutional law, to integrate and facilitate the recognition of the rights of these people is also notorious, but despite this, there continue to be situations that hinder real and effective integration. At the same time, both countries have developed recent regulations to implement participatory policies through new technologies. Therefore, the combination of both realities is a starting point to foster more and better integration of immigrants in both countries, promoting integration policies that enable the participation of immigrants in public affairs through technological advances.

Keywords

Immigration, participation, democracy, technology, integration.

¹ El presente trabajo se ha desarrollado gracias a la estancia de investigación realizada en la Università degli Studi di Bari con el profesor Pannarale entre mayo y agosto de 2022, en el marco de la ayuda BEST/2021/236 de la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital de la Generalitat Valenciana. Asimismo, este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación de grupos emergentes CIGE/2021/123 "Garantías, límites constitucionales y perspectiva ética ante la transformación digital: Big data, inteligencia artificial y robótica" de la Conselleria de Innovación, Universidad, Ciencia y Sociedad digital de la Generalitat Valenciana.

Sumario

I. Introducción. II. Un apunte tecnológico tanto en España como en Italia. III. Sobre la participación política de los inmigrantes. 1. Situación en España. 2. Italia. Análisis principal de Apulia. IV. Una respuesta jurídico-constitucional. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Toda la humanidad, por su propia definición, desde el principio de los tiempos ha sido migrante (Campesi, Pannarale y Pupolizio, 2018: 209). Así, cuando se habla de los de fuera respecto de los de aquí, siempre hay que ser extremadamente prudente puesto que los de casa lo son dependiendo del lapso temporal que se emplee. Más allá de consideraciones de falta de empatía o de solidaridad, el tratamiento diferenciado de las personas por su procedencia solo es, y relativamente, útil cuando fijamos un claro periodo de tiempo.

Así, todas las sociedades se forman con personas que en algún momento han decidido instalarse en algún espacio concreto. Las agrupaciones humanas se van estabilizando conforme los procesos de agregación de personas se van construyendo en asentamientos. La inmigración, por su propia definición, va nutriendo estos asentamientos. Y con el paso del tiempo, la propia organización va derivando en un proceso de tipo político en el que los individuos que forman esa agrupación se reconocen derechos y obligaciones, estipulan unas normas de convivencia y alcanzan la posición de ciudadanos.

Pero ese proceso no es finito. Las sociedades van evolucionando, se van reconociendo nuevos derechos, pero también se van ampliando los grupos sociales con nuevos integrantes. Esos nuevos integrantes, los inmigrantes, ya tienen unos mimbres sobre los que integrarse en la estructura social prefijada, y para ello deben ser partícipes del entorno político al que ingresan. Así, la participación política, la participación de los nuevos ciudadanos, es un elemento básico de integración de los inmigrantes. El mero reconocimiento de derechos, si no es posible participar en su defensa y extensión, no conduce a una integración plausible. El inmigrante, en cierta manera, deja de serlo cuando se arraiga en el nuevo escenario, y para ello necesita participar en el contexto político.

La participación ciudadana es, por tanto, el elemento clave en la labor de integración de las personas migrantes. Participar políticamente en nuestro entorno lleva consigo un deseo de mejora global, de potenciar los aspectos públicos que generan una vida en común de mayor calidad, de decidir entre todos aquello que consideramos que es mejor. Si la persona migrante quiere asentarse en un país también va a querer desarrollar lo anteriormente expuesto, y conviene que tanto la ciudadanía como, por supuesto, los poderes públicos, sean conscientes de esta situación para propiciar una mejor y mayor integración (Castellanos, 2019: 51).

Una de las cuestiones será, por el propio avance tecnológico de las sociedades, cómo la proliferación de normativa que introduce las nuevas tecnologías en el quehacer democrático de los ciudadanos puede posibilitar una mejor inserción de los ciudadanos inmigrantes en las sociedades. En el contexto español, la perspectiva iusfundamentalista del derecho de participación política en España, derivada del artículo 23 de la Carta Magna, resulta clave en este planteamiento.

La materia a incorporar será la manera en que las nuevas tecnologías se abren en ese proceso de integración de los extranjeros, de forma que habrá que realizar un estudio de la situación concreta en el escenario de la investigación en la cual se estudian las capacidades de acceso a internet y en procesos participativos de esta población, teniendo en cuenta la reciente normativa italiana que aboga por los derechos de los ciudadanos en internet, así como la española relativa a la Carta de Derechos Digitales.

Los objetivos de toda investigación sobre esta materia residirán en observar, estudiar y analizar la manera en que se potencia la integración de la población migrante si se los inserta en procesos participativos favorecidos por las nuevas tecnologías. La reciente normativa italiana en la cual se pone de manifiesto el empuje de las nuevas tecnologías y en el reconocimiento de derechos que comporta la misma se pone en relación con la manera en que la población migrante se asienta e introduce en las sociedades en las cuales se acomoda.

Los objetivos, por lo tanto, inciden en la mejora democrática que se produce ampliando los procesos tecnológicos de participación ciudadana a un espectro concreto de la sociedad: la población migrante. Esto tiene una relevancia extrema porque la incorporación de nuevos ciudadanos provenientes de otros países es fundamental para el desarrollo de los Estados europeos, tal como demuestran todos los estudios relacionados con las pirámides poblacionales. Al punto que Lant Pritchett, economista y profesor en Harvard, propone una receta radical contra el suicidio demográfico de Occidente llegando a afirmar que “Europa necesita más de 200 millones de inmigrantes en los próximos 30 años”. De forma que estamos ante un desafío inaplazable para las sociedades europeas, especialmente longevas como la española y la italiana: establecer enclaves de adaptación de la población migrante. Es más, la Comisión Europea ha reconocido la contribución de los migrantes en situación regular para competir eficazmente por el talento a escala mundial y para ello ha desarrollado el Pacto por las Capacidades², que requiere impulsar a escala europea una política migratoria regular orientada a reducir la carencia de determinadas capacidades. Dentro de este contexto, los Estados Miembros, son conscientes de que las medidas en el ámbito migratorio, y no solo las de formación, constituyen una palanca estratégica para agilizar la respuesta que requiere el mercado laboral en este contexto

Además de lo antedicho, hay que poner de relieve que mediante procesos de participación ciudadana los inmigrantes muestran un mayor compromiso y adaptación a los escenarios a los cuales llegan. De aquí la importancia de poner en relación las nuevas tecnologías con procesos participativos con especial acomodo para la población migrante.

De hecho, muchos de los problemas de aceptación de los ciudadanos extranjeros cuando llegan a una determinada ciudad, especialmente si partimos de escenarios socioculturales muy diversos, derivan de la falta de involucración en las cuestiones locales o públicas. La barrera física que se salva mediante la utilización de las nuevas tecnologías puede ser una categoría nueva sobre la

2 <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=1517&moreDocuments=yes>

cual trabajar para agilizar los procesos de inserción de las personas migrantes, por lo cual un objetivo subyacente en todo este estudio es la manera en que se mejora la democracia insertando a ciudadanos inmigrantes en procesos de participación ciudadana amparados por las nuevas tecnologías.

Los resultados esperados son que la más rápida adaptación de las personas migrantes se dará a través de procesos participativos en los cuales se involucran, y la proliferación de nuevos derechos digitales es un elemento clave para potenciar estas situaciones que, a fin de cuentas, proporcionen un progreso democrático.

Además, si hay algo sobre lo que existe poca discusión es que la inmigración en España y en Italia es y va a ser un fenómeno creciente, tal y como se desprende de los bajos índices de natalidad europeos y de la necesidad de importar mano de obra joven que haga lo que nuestra longeva sociedad no va a poder resolver. Y también es de notorio conocimiento que las políticas favorables a la inmigración también tienen una repercusión positiva en la natalidad (Castro-Martín et. al., 2022: 129).

Por otra parte, la Resolución 70/1, de 25 de septiembre de 2015, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se aprueba la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, se fija, entre otros objetivos y metas, que se debe potenciar y promover la inclusión social, económica y también la política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición. Por tanto, debemos partir de la base de que la participación política de las personas migrantes constituye una parte fundamental en las políticas de inmigración puesto que sin ello no se puede aspirar a la integración política y, en consecuencia, no hay sentimiento de identidad ni pertenencia (Castellanos, 2019: 55).

II. Un apunte tecnológico tanto en España como en Italia

La digitalización tampoco ha pasado de largo de la participación ciudadana (Arce, 2021: 261). La incorporación de las tecnologías digitales en los procesos de participación ciudadana se trata de una herramienta de integración insuperable porque reúne todos los condicionantes para que la sociedad progrese democráticamente: inserción de ciudadanos extranjeros e implementación de políticas activas de expansión de las nuevas tecnologías a todo el espectro poblacional.

La novedad y relevancia del tema abordado radica en la rabiosa actualidad de documentos que abogan por la participación política de los ciudadanos a través de las nuevas tecnologías y su correspondiente mejora en la igualdad social. Así encontramos la Dichiarazione dei diritti in internet³, de 28 julio 2015, en Italia, en la cual se pone de manifiesto la importancia de la participación política a través de medios digitales, tal como encontramos en su Preámbulo:

“Internet si configura come uno spazio sempre più importante per l’auto-organizzazione delle persone e dei gruppi e come uno strumento essenziale per promuovere la partecipazione individuale e collettiva ai processi democratici e l’eguaglianza sostanziale”.

Y, por otro lado, el todavía más reciente relativo a la Carta de Derechos Digitales⁴ en España, insertada en la Plan de Recuperación, Transformación y

3 Disponible en el siguiente enlace: https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf

4 Disponible en el siguiente enlace: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/>

Resiliencia, el artículo XVI de la cual⁵, del Derecho a la participación ciudadana por medios digitales, dispone lo siguiente:

1. De acuerdo con las leyes, se promoverán entornos digitales que contribuyan a un derecho de acceso efectivo a la información pública, la transparencia, la rendición de cuentas, así como a la propuesta de iniciativas y a la implicación de las personas en las actuaciones de las Administraciones públicas en sus respectivos ámbitos competenciales, de acuerdo con la Constitución Española. Cuando al acceso a información, la propuesta de iniciativas y la implicación en las actuaciones de las Administraciones requieran la identificación de las personas, esta se realizará con pleno respeto al derecho a la identidad en el entorno digital a que se refiere el apartado II.

2. Cualquier proceso de participación política, pública o privada, llevado a cabo por medios tecnológicos:

a) Deberá permitir el pleno y efectivo acceso a la información del proceso en cuestión.

b) Deberá permitir y garantizar la plena transparencia y rendición de cuentas de las personas implicadas, tanto si son Administraciones públicas en sus respectivos ámbitos competenciales, como otro tipo de entidades públicas o privadas.

c) Deberá garantizar las condiciones de igualdad y no discriminación participativa, lealtad institucional y justa y equilibrada competitividad.

d) Garantizará la accesibilidad de los sistemas digitales de participación pública.

3. Los entornos digitales destinados a la participación ciudadana garantizarán un elevado estándar de seguridad. Cuando en ellos se desarrollen procedimientos que impliquen la votación en procesos regulados por la legislación electoral se garantizará la seguridad, fiabilidad, accesibilidad, usabilidad, eficacia y eficiencia.

Sin duda, ambos Estados, el italiano y el español, abogan por una mayor implementación de mecanismos digitales enfocados a la participación ciudadana. Y, a su vez, es notoria la permanente actualidad de los problemas relacionados con la inserción de inmigrantes en ambos países. La cuestión de Lampedusa o Ceuta y Melilla, respectivamente, son de sobra conocidos. Así, ante este problema latente conviene remediarlo con situaciones que asimilan de forma más ágil y con un barniz democrático la entrada de estos inmigrantes.

La actualidad de la situación de la inmigración y la necesidad de su tratamiento también desde una perspectiva jurídica es permanente, de aquí viene que la manera en que se focalice el problema para derivar de él una situación democráticamente aceptable es especialmente relevante para ambos enfoques, italiano y español, siendo coincidentes en su mayoría los problemas a los cuales se enfrentan y se enfrentarán en los próximos años en materia de migración y de aplicación de nuevas tecnologías a procesos participativos.

III. Sobre la participación política de los inmigrantes

Estamos ante una cuestión de primer orden que afecta a muchos países, aunque a España y a Italia con especial incidencia por su ubicación geográfica. De ahí que la inclusión de los migrantes y de los extranjeros naturalizados de origen migrante es imprescindible para asegurar la convivencia en una sociedad

[Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf](#)

5 Para un estudio profundo sobre esta cuestión concreta, vid. Castellanos (2022: 225-249).

cohesionada. Si se quiere afrontar con éxito un proceso de tanta complejidad este se ha de abordar asumiendo un enfoque integral, en el que, apostando por la interculturalidad, la orientación no sea otra que la promoción de los derechos. Se propugna así la construcción de sociedades más inclusivas en las que se apueste por el empoderamiento de quienes se encuentren en situación de desventaja. Sólo así se alcanzará el grado de consenso y de percepción de pertenencia a una misma comunidad por parte de cuantos la integran. La construcción de ese marco de referencia común exige afrontar los retos y amenazas que afectan a los migrantes y reconocer a los mismos no sólo derechos de prestación, sino también de participación política, a fin de garantizar su conversión en ciudadanos plenos en un marco o modelo de democracia inclusiva.

En esta línea, la profesora Faggiani apuesta por la ciudadanía sustantiva como medio para facilitar el complejo proceso de integración de los inmigrantes, y con ello se pretende volver a desarrollar el debate sobre la cuestión de manera más incisiva, con el fin de impulsar las reformas pertinentes que permitan atribuir los derechos de participación política también a quien, aun no siendo nacional, lleva años viviendo en el país de acogida. Así, el reconocimiento y efectivo ejercicio de los derechos políticos de los extranjeros, en particular del derecho a sufragio en las sociedades de acogida, sigue representando una asignatura pendiente. La extensión de tales derechos no solo a los ciudadanos de la Unión Europea sino también a las personas procedentes de terceros países, que llevan años residiendo en el territorio de la Unión, permitiría superar los límites derivados de la noción formal de ciudadanía, apostando por su dimensión sustantiva a través de la supresión del último obstáculo a la construcción de un estatuto de la persona migrada tendencialmente equivalente al estatuto del ciudadano (Faggiani, 2022).

1. Situación en España

Desde el punto de vista normativo, observando la regulación constitucional, el artículo 13.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), dispone que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la misma, en los términos que establezcan los tratados y la ley». Así, se colige que la condición jurídica de extranjero no es única para todos los no nacionales que se encuentran en España, sino que muestra significativas modulaciones introducidas por los tratados internacionales y las leyes, siendo la norma fundamental y mínima, en cuanto al reconocimiento de los derechos de los extranjeros en España, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por la que se regulan los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LODLEE). Sobre ello hay que subrayar que la pertenencia o no a la Unión Europea, así como la situación administrativa, marcan el proceso y ritmo de la integración (Consejo Económico y Social de España, 2019).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2013, de 31 de enero, realizando una “interpretación sistemática del precepto constitucional aludido impide sostener que los extranjeros gozarán en España solo de los derechos y libertades que establezcan los tratados y el legislador (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2), dejando en manos de éste la potestad de decidir qué derechos del Título I les pueden corresponder y cuáles no pues ha de tenerse también presente la conexión del derecho fundamental afectado con la garantía de la dignidad humana. Por otra parte, existen en ese título derechos cuya titularidad se reserva en exclusiva a los españoles (los reconocidos en el art. 23 CE, con la salvedad que contiene), prohibiendo la misma Constitución (art. 13.2 CE) que el legislador los extienda a los extranjeros (en este sentido, por todas STC 236/2007, de 7 de noviembre, FFJJ 3 y 4)” (STC 17/2013, FJ 2).

Es más, respecto del derecho de reunión y asociación, regulados en los artículos 7 y 8 de la LODLEE, hay que indicar que, en un principio, excluían de su ejercicio a las personas en situación irregular. Con posterioridad estos preceptos fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional (en la ya aludida STC 236/2007) argumentando que la distinción entre extranjeros residentes y extranjeros en situación irregular vulneraba los respectivos preceptos constitucionales en su contenido constitucionalmente declarado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) y por los tratados y acuerdos internacionales.

Esta interpretación se puede engarzar con una de las primeras menciones que contiene la LODLEE que es la obligación de que las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpreten de conformidad con la DUDH y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

Además, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.2 CE⁶ y a la concreción legal que del mismo realiza el artículo 6.1 LODLEE⁷, los extranjeros residentes en España pueden ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales, atendiendo a criterios de reciprocidad, según lo que se establezca por ley o tratado⁸. Sobre ello, Eliseo Aja consideraba que la reciprocidad opera como un “obstáculo al voto de los extranjeros, porque no sirve reconocer en principio el derecho de voto si después mediante esta condición se reduce enormemente el número de inmigrantes que pueden participar en las elecciones” (Aja, 2012: 422-423). A su vez, Arce califica, en general, de fracaso la vía convencional bajo el criterio de reciprocidad aplicada hasta ahora como estrategia para impulsar el reconocimiento material del ejercicio de los derechos políticos por parte de los residentes extranjeros en España en el ámbito municipal (Arce, 2019: 152).

Por su parte, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) regula en su artículo 176 este ámbito en materia de sufragio activo⁹.

6 Artículo 13 CE

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

7 Artículo 6. LODLEE. Participación pública.

1. Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio, en las elecciones municipales, en los términos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales, en su caso, y en la Ley.

2. Los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que disponga la normativa de aplicación.

3. Los Ayuntamientos incorporarán al padrón a los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a los mismos.

4. Los poderes públicos facilitarán el ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en los procesos electorales democráticos del país de origen

8 Son 12 los países con los que España tiene acuerdos de reciprocidad: Bolivia, Cabo Verde, Chile, Colombia, Corea, Ecuador, Islandia, Noruega, Nueva Zelanda, Paraguay, Perú y Trinidad y Tobago. Las condiciones establecidas en todos los casos, con excepción de Noruega, son estar en posesión de la autorización de residencia en España y haber residido de forma legal e ininterrumpidamente durante, al menos, los cinco años anteriores a su solicitud de inscripción en el censo electoral. También tiene que figurar inscrito en el padrón del municipio de su residencia habitual que es donde podrá ejercer el derecho de voto. En el caso concreto de Noruega, se debe haber residido en España, legal e ininterrumpidamente, más de tres años.

9 Artículo ciento setenta y seis. LOREG.

Solo con la reforma legal de 2009 (Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) se recoge el mandato expreso para los poderes públicos de promover la plena integración de los extranjeros en la sociedad española en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas (Cebolla y González Ferrer, 2013: 77). Por ello, el artículo 6 LODLEE tras la redacción dada por la LO 2/2009, reitera lo ya establecido en el artículo 18 de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local (en adelante, LRBRL), al señalar que los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos en la misma, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que disponga la normativa. Estos derechos se concretan en la posibilidad de audiencia en los asuntos que sean de su interés, y más en concreto en la información pública y de audiencia cuando se tramiten ordenanzas o reglamentos municipales que incidan en un colectivo determinado (Solanes y La Spina, 2015: 1119-1154).

En consecuencia, como indican Ruiz-Rico y Castel Gayán (2013:10), cabe indicar que los inmigrantes que hayan adquirido la condición de ciudadanos pueden ser titulares del derecho constitucional a participar en los asuntos públicos al desplazarse el criterio de nacionalidad por el de vecindad civil. Si bien la jurisprudencia constitucional imposibilita que los inmigrantes residentes legales puedan ser titulares del derecho fundamental a participar al no formar parte del cuerpo electoral, excepcionalmente, el Tribunal Constitucional admite la posibilidad de que el derecho otorgado a los ciudadanos se extienda también a quienes no lo son¹⁰.

1. Sin perjuicio de lo regulado en el Título I, capítulo I, de esta Ley, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado.

Asimismo, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española:

a) Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

b) Reúnan los requisitos para ser elector exigidos en esta Ley para los españoles y hayan manifestado su voluntad de ejercer el derecho de sufragio activo en España.

2. El Gobierno comunicará a la Oficina del Censo Electoral la relación de Estados extranjeros cuyos nacionales, residentes en España, deban de ser inscritos en el censo.

10 Pleno. Declaración de 1 de julio de 1992. Requerimiento 1.236/1992 del Gobierno de la Nación en relación con la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 de la C.E. y el art. 8 B, apartado 1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del art. G B, 10, del Tratado de la Unión Europea.

2. Italia. Análisis principal de Apulia¹¹

Hay que poner de relieve los principales problemas jurídicos, políticos y sociales que plantea la realidad italiana sobre la materia. Especial importancia tuvo el hecho ocurrido a finales de julio de 2022 con el trágico asesinato del vendedor nigeriano Alika Ogorchukwu a plena luz del día en la ciudad italiana de Civitanova Marche, sobre todo por la “indiferencia” de quienes asistieron al crimen sin intervenir. Ello provocó un intenso debate público sobre la realidad social de las personas inmigrantes y de la necesidad de generar una integración que evite luctuosos sucesos como el aludido. Debate que se extendió por todo el país, pero especialmente en aquellos lugares en los que la sensibilidad respecto de la inmigración está más desarrollada, especialmente el sur de Italia.

Así, uno de los lugares donde con mayor tradición se ha tratado de solucionar la cuestión relativa a la inmigración es la región de Apulia. De hecho, hasta 2001 Apulia fue la región italiana más afectada por los desembarcos y, por tanto, el laboratorio de las prácticas de acogida de inmigrantes y de control de fronteras que en los años siguientes adoptaría el Ministerio del Interior en otras regiones, especialmente Calabria y Sicilia, más afectadas por el fenómeno. Y al hablar en concreto de la región Apulia, objeto principal de la investigación que da origen a este trabajo académico, hay que hacer una mención obligada a la encomiable labor realizada en el *Osservatorio sulla detenzione amministrativa degli immigrati e l'accoglienza dei richiedenti asilo in Puglia*¹², liderado por el profesor Pannarale, y que detallamos a continuación.

Las actividades de observación y seguimiento del *Osservatorio* comenzaron en enero de 2013, una vez obtenidas las acreditaciones institucionales necesarias.

11 Apulia en español, Puglia en italiano, alberga centros de detención dedicados a los inmigrantes irregulares en proceso de deportación desde su creación en 1998. Los dos primeros Centros de Residencia Temporal, según la denominación en uso en ese momento, en abrir sus puertas fueron el centro de Brindisi Restinco y el centro de San Foca (LE), dos instalaciones con 83 y 180 camas, respectivamente. El centro de San Foca, gestionado por la Fundación “Regina Pacis”, emanación directa de la archidiócesis de Lecce, estuvo en el centro de algunos acontecimientos judiciales graves y cerró sus puertas en 2005. El centro de Brindisi, actualmente en proceso de renovación, siguió funcionando bajo la gestión de la asociación de carabinieri retirados “Fiamme d’Argento” durante unos diez años, antes de pasar a la gestión actual confiada a Connecting People en 2008. Finalmente, en 2006, abrió sus puertas el centro de detención de Bari Palese, situado en la periferia norte de la ciudad, cerca del cuartel de la Guardia della Finanza. El CIE de Bari Palese es una instalación que puede albergar hasta 196 personas según la capacidad original fijada por el decreto de creación. Inicialmente confiada a la gestión de la asociación “Misericordie d’Italia”, de 2007 a 2013 fue gestionada por la organización sin ánimo de lucro “Operatori Emergenza Radio” de Bari. En 2013, fue asumido por la actual entidad gestora, Connecting People.

Estos centros funcionaban inicialmente como una rama de los centros de acogida que estaban activos en la región, acogiendo a los extranjeros que habían aterrizado en el territorio de Apulia y que eran rechazados inmediatamente por las autoridades de seguridad pública. Con el aumento de la población extranjera que vive en la región, los actuales CIE empezaron a acoger un porcentaje cada vez mayor de ciudadanos extranjeros que ya llevaban tiempo en suelo italiano y que habían sido objeto de una orden de expulsión. El centro de Bari Palese, por ejemplo, tiene ahora una población similar a la típica de otros CIE situados cerca de grandes aglomeraciones urbanas del centro y el norte de Italia, con un alto porcentaje (más del 25%) de ciudadanos extranjeros procedentes de la cárcel.

Los CIE de Bari Palese y Brindisi Restinco han acogido a más de 8.900 extranjeros en los últimos siete años, con una media de más de 1.200 ingresos al año y una estancia media que oscila entre los 60 y los 100 días. Demostrando la inutilidad de la angustia sufrida por los extranjeros dentro de estas instalaciones, el porcentaje de inmigrantes irregulares realmente repatriados se ha mantenido en general muy bajo, con un máximo del 51% en 2008 y una media del 37% durante el período.

12 <https://www.osservatoriomigranti.org/cie-puglia/>

La primera fase de la actividad de investigación consistió en una serie de visitas selectivas a las instalaciones de los CIE (Centro de Identificación y Expulsión)¹³ y CARA (Centro de Acogida de Solicitantes de Asilo)¹⁴ de Apulia, durante las cuales los investigadores implicados recogieron una serie de datos cuantitativos y cualitativos relacionados con las características sociodemográficas de los huéspedes de las instalaciones, con los aspectos de gestión y con la vida cotidiana dentro de los centros (Campesi, Donadio, Pannarale, y Pupolizio, 2018).

El informe sobre las condiciones de detención y el respeto de los derechos humanos en el CIE y las prácticas de acogida de los solicitantes de asilo en el CARA de Bari, Foggia y Brindisi y en las instalaciones del Sistema SPRAR (Servicio

13 Los Centros de Identificación y Expulsión (CIE), son centros de internamiento creados en 1998 por la ley “Turco-Napolitano” y originalmente llamados Centros de Residencia Temporal (CPT), cuya finalidad es “retener” a los extranjeros destinados a la expulsión en espera de la ejecución de esta medida. Por lo tanto, dentro de los CIE, los extranjeros son privados de su libertad personal sin haber violado la ley penal, por razones directamente relacionadas con la administración de las políticas migratorias. Estos centros han sufrido varias transformaciones desde 2002, hasta las últimas reformas dictadas por la transposición a la legislación italiana de las disposiciones de la Directiva 2008/115/CE, conocida como “Directiva de Retorno”.

A la luz de las reformas de 2009 y 2011, los CIE son centros de internamiento en los que los inmigrantes irregulares que esperan ser deportados pueden permanecer hasta 18 meses. Aunque ahora existe la posibilidad de medidas de control alternativas, como la obligación de entregar documentos, la obligación de firmar o la obligación de permanecer, los requisitos de fiabilidad social que debe cumplir el extranjero para acceder a una de las medidas de no detención son tantas (posesión de documentos, fuentes de ingresos adecuadas, un domicilio o residencia fija, no ser considerado socialmente peligroso, etc.) que la detención sigue siendo la medida más habitual.

Los CIE (en su momento los CPT) han adquirido claramente las características de los centros cerrados desde su creación, hasta el punto de que la misma ley Turco-Napolitano y su reglamento de aplicación, al tiempo que afirmaban que “el internamiento debe realizarse respetando la dignidad del extranjero” y que a éste se le garantiza en todo caso “la garantía de los contactos, incluidos los telefónicos, con el exterior”, establecían la prohibición absoluta de salir de estos centros y encomendaban a la policía la responsabilidad de la vigilancia y la seguridad interior. La discrecionalidad concedida a la autoridad de seguridad pública en la gestión de los CPT estaba limitada por la aprobación de una serie de reglamentos y directivas ministeriales que especificaban el régimen de detención y las normas de gestión de estos centros.

14 Los Centros de Acogida de Solicitantes de Asilo (CARA) se crearon en 2002 con el nombre de Centros de Identificación (CDI) y finalmente se regularon mediante el Decreto Presidencial nº 303/2004 y el Decreto Legislativo nº 25/2008, al que deben su nombre actual. Estos centros están llamados a acoger a los solicitantes de asilo admitidos o presentes en el territorio nacional a la espera del resultado del procedimiento de solicitud de protección internacional. Según las disposiciones promulgadas en 2002 y 2004, los CDI adquirieron el carácter de “centros abiertos” de los que los huéspedes pueden salir libremente durante las horas del día y ausentarse, previa autorización del prefecto, durante períodos más largos. Este derecho no se concedía originalmente a todas las categorías de solicitantes de asilo y, en cualquier caso, solo podía ejercerse en la medida en que no pareciera incompatible con el curso ordinario del procedimiento simplificado y previa notificación al director del centro. La expulsión no autorizada del centro implicaba también la pérdida del derecho a solicitar protección internacional. En esencia, el solicitante de asilo seguía sometido a una forma de control ejercida tanto por la autoridad encargada del centro como por la policía, que podía restringir su libertad de movimiento a su discreción.

Según la normativa vigente, al entrar en el CARA, el extranjero recibe un certificado a su nombre que acredita su condición de solicitante de asilo y de huésped en el centro, así como un folleto que explica la organización de la vida en el interior de la instalación. También se le informa de su derecho a ponerse en contacto con el ACNUR, del reglamento de visitas y de la estancia en el centro. El periodo de “acogida” no debe exceder de 35 días, tras los cuales el solicitante de asilo debe recibir un permiso de residencia de tres meses, renovable de tres en tres hasta que la solicitud de asilo haya finalizado. De hecho, debido a los retrasos de las Comisiones Territoriales en la definición de las solicitudes de protección internacional recibidas, la duración de la estancia suele superar los seis meses.

de Protección de Solicitantes de Asilo y Refugiados) fue objeto de estudio e investigación coordinada por el profesor Luigi Pannarale de la Universidad de Bari.

Las conclusiones mostraron el fracaso de las políticas nacionales de rechazo y acogida. La gestión de los inmigrantes como si se tratara de un problema de orden público y seguridad ha demostrado ser un fracaso, al igual que mantener a los detenidos en los CIE ha demostrado el poder judicial que es inhumano, incívico e inútil, además de costoso. Los inmigrantes son un recurso y tratarlos como personas es solo el primer paso para aplicar políticas de acogida generalizadas en todo el territorio y útiles tanto para ellos como para quienes los reciben. El informe de la Universidad de Bari confirma el juicio político negativo sobre la gestión de los fenómenos migratorios que hasta ahora ha tenido el Gobierno nacional (Pannarale, 2014).

A todo ello cabe agregar algunas consideraciones sobre la inmigración que perturban el debate público y ocasiona una mayor confrontación entre italianos. En esta línea, las fuerzas políticas de derecha, en particular los Fratelli d'Italia, plantean la necesidad de un bloqueo naval para frenar a los migrantes y la creación de puntos calientes en el continente africano. Pero según el artículo 42 de la Carta de las Naciones Unidas, un Estado no puede activar un bloqueo naval unilateralmente, salvo en casos de legítima defensa, es decir, en casos de agresión o guerra. La lucha contra la inmigración no entra en ninguno de estos casos y, por tanto, sería ilegal. Viendo estas disparatadas propuestas cabe concluir que la reciente victoria electoral de Giorgia Meloni no augura nada bueno en cuanto al progreso en la implementación de políticas que promuevan la participación ciudadana de los inmigrantes y, así, su mejor y más rápida adaptación al país transalpino.

IV. Una respuesta jurídico-constitucional

Las organizaciones no gubernamentales comprometidas con la inmigración constituyen un colectivo de actores de estratégica importancia, dada su proximidad al inmigrante, su conocimiento de los problemas de estos, la confianza que despiertan entre ese colectivo humano y la experiencia acumulada en materia de formación e inserción social. Pero la cuestión no se agota solo con ello. Y es que los derechos de los inmigrantes son un referente del Estado de Derecho. Cómo trata la sociedad y el derecho de un territorio a las personas que vienen a él dice mucho, y no siempre bueno, de la agrupación humana que se consolida de modo institucional en cada país.

Para dar respuesta a los problemas sociales y jurídicos que encontramos en el desarrollo normal de las sociedades tenemos como último elemento la materia constitucional. Así, el Estado constitucional establece límites a las mayorías: el constitucionalismo "es la técnica jurídica a través de la cual se les asegura a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos individuales y al mismo tiempo el Estado es colocado en posición de no poderlos violar" (Matteucci, 1982: 389) y busca el equilibrio entre la sujeción a la Constitución y la autodeterminación, de modo que el Estado constitucional de Derecho no anula sino que perfecciona el estado legal de Derecho.

No estamos ante una discusión de corte academicista sino ante una cuestión de indudables consecuencias prácticas que afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes y son fundamento del orden jurídico y de la paz social (art. 10.1 CE). Estos, como señala la STC 107/1984, corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación con los españoles.

El reconocimiento y el respeto de los derechos de los inmigrantes evalúa la calidad moral de nuestros Ordenamientos que se debaten entre el imperativo ético del respeto y la extensión de los derechos a todos y el mantenimiento de los injustificados privilegios que implican la defensa de nuestro modelo de vida y de nuestra civilización y evalúan la legitimidad de los sistemas democráticos (Vidal, 2003: 47).

Cualquier política de inmigración debe tomarse en serio los derechos de los inmigrantes en cuanto seres humanos. Así, una verdadera política de inmigración ha de garantizar unos mínimos de dignidad para los inmigrantes: ha de resolver problemas sanitarios, de vivienda, de educación, pero también ha de contar con los derechos políticos. La dignidad humana que reclamamos significa "reconocimiento del otro" y, en definitiva, es igualdad de trato también en el terreno político. Los inmigrantes también forman parte de nuestra sociedad, tienen problemas y, en definitiva, se ven afectados por nuestras políticas. Es hora de pensar en serio el concepto de ciudadanía. Desde el prisma democrático no podemos negar el derecho a participar de individuos que ya forman parte de nuestra sociedad. Posiblemente habrá que hacer distinciones. No es lo mismo la situación del recién llegado que la del que lleva tres años, tiene abierto un negocio y paga los impuestos en nuestro país. Habrá que tener esas diferencias en cuenta, pero no podemos negar de plano el derecho a la participación política (Martín Cubas, 2003: 81).

Además hay unos intangibles que hay que tener en cuenta antes de parapetarse en cuestiones burocráticas o estrictamente jurídicas, en la peor acepción posible de la expresión. Y es que la ley hace difícil ser legal, aunque parezca una contradicción (Soler Sánchez, 2003: 196). Además de que nuestra Norma Fundamental fue elaborada en un periodo histórico en el que la migración que afectaba a nuestro país era de tipo interno (entre las regiones españolas) y hacia los países de la entonces Comunidad Económica Europea (aunque estos flujos ya empezaban a descender fruto de la crisis económica que afectaba a las principales economías europeas), de lo que es buena prueba el artículo 42 de la Carta Magna, apenas contiene referencias a los inmigrantes que llegan a nuestro país (Garrido, 2003: 145).

En este sentido, suele afirmarse que la Constitución española es obra de españoles, pero no solo para españoles, como expresamente reconoce la STC 99/1985. Con ello, se quiere indicar que nuestro ordenamiento jurídico parte de la constitucionalización de un principio igualitario entre españoles y extranjeros, que no se encuentra en otros textos constitucionales de nuestro ámbito cultural, el cual debe tener, ineludiblemente, una serie de consecuencias jurídicas, entre otras que los derechos de los extranjeros deben interpretarse desde los mismos parámetros hermenéuticos que los derechos de los españoles. Y ello porque el artículo 13 CE parece contener una regulación progresista, lo cual no quiere decir que el desarrollo normativo del mismo haya presentado siempre este carácter (Álvarez Conde, 2003: 133).

Los derechos y libertades de los extranjeros son derechos constitucionales, pero todos ellos "sin excepción", en cuanto a su contenido, son derechos de configuración legal (STC 107/1984). El desigual trato entre españoles y extranjeros resulta constitucionalmente admisible. Esto es, es posible establecer diferencias de trato entre españoles y extranjeros, pese al carácter igualitario desde el que parece partir el artículo 13 CE. Así, la STC 24/2000, dice expresamente "el Estado dispone de una amplia potestad para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de sus extranjeros en su territorio". El que quepa la posibilidad de una desigualdad de trato entre españoles y extranjeros no quiere decir que el legislador disponga de una absoluta libertad a la hora de establecer esa

hipotética igualdad de trato, sino que también el legislador, autor de la norma, se encuentra limitado por una serie de premisas de carácter constitucional como es el contenido esencial de los derechos y libertades, y como son los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país. El legislador no es el que otorga el goce de los derechos y libertades públicas a los extranjeros, sino el que establece los términos en que estos disfrutan de dichos derechos y libertades en los términos reconocidos en el Título Primero de nuestra Constitución (Álvarez Conde, 2003: 137).

Esa vocación igualitaria de nuestra Norma Fundamental ha sido matizada no solo por la legislación de desarrollo, con la excepción de la Ley 4/2000, sino también por nuestra jurisprudencia constitucional, especialmente en la STC 115/1987. Así, el Tribunal considera que los derechos y libertades de los extranjeros podrían agruparse en los siguientes bloques:

El primero de ellos sería el compuesto por aquellos derechos y libertades que se predicen, en un régimen de absoluta igualdad, a los españoles y a los extranjeros, con independencia de la situación de legalidad o ilegalidad de estos últimos en nuestro país. Y ello porque el Tribunal entiende que son derechos que están en función de nuestra condición de persona humana, de los cuales no se puede privar a los extranjeros ilegales. Entre ellos, se encuentran los siguientes: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la libertad personal y a la seguridad, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, etc.

En segundo lugar encontraríamos aquellos derechos que únicamente se pueden predicar de los españoles que vienen expresamente establecidos en la propia Constitución, como sería el caso del derecho de sufragio, aunque de este también son titulares, para las elecciones municipales, determinados extranjeros.

El tercero de los bloques corresponde a los derechos que solo se pueden predicar de los extranjeros, con independencia de su situación. Es el caso del derecho de asilo.

Y, por último, el cuarto bloque sería el correspondiente a aquellos derechos y libertades que permiten una diferencia de trato entre españoles y extranjeros. En este caso, donde su condición de derechos de configuración legal alcanza su más amplio sentido, pues la Constitución se remite a lo que dispongan los Tratados y las leyes, nos encontraríamos con derechos tales como los de reunión, manifestación, asociación, derecho de residencia y circulación, etc. En este supuesto, el legislador o bien puede prescindir de la nacionalidad o ciudadanía del titular, o también puede configurarla como un elemento para la definición del supuesto de hecho. Pero la libertad del legislador no es absoluta, encontrándose limitada por el contenido esencial que impone el artículo 13.1 CE. Es decir, el legislador puede establecer "condicionamientos adicionales" (SSTC 197/1994, 99/1985, 115/1987, 130/1955), respetando las prescripciones constitucionales existentes.

Aunque nuestro ordenamiento constitucional parta, como premisa general, de un tratamiento igualitario en el régimen jurídico de los derechos de los españoles y los extranjeros, es posible una distinta modulación de este principio de igualdad. Así, es perfectamente constitucional la solución ofrecida por la Ley Orgánica 4/2000 al establecer la absoluta igualdad de unos y otros, con independencia de la situación de legalidad o no de los extranjeros. Pero también es constitucional la diferenciación de trato, es decir, la modulación del principio de igualdad establecido por la Ley Orgánica 8/2000, cuando señala que la situación de ilegalidad de los extranjeros puede restringir el ejercicio de determinados derechos y libertades. Otra cosa muy distinta, aunque ya sea una

cuestión de técnica jurídica, es que se acuda a la ficción de distinguir entre la titularidad y el ejercicio de los derechos, asimilando a los extranjeros ilegales a los incapaces o a los menores de edad. Y ello porque si bien el extranjero ilegal es una persona y como tal titular de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos por la Constitución, también es cierto que, además, es ilegal, y la ilegalidad no puede transformarse en un privilegio. O dicho en otras palabras, si bien la ilegalidad puede ser o no imputable al extranjero, lo que resulta evidente es que puede producir, desde el punto de vista del derecho, la posibilidad de que el legislador establezca determinadas restricciones en el ejercicio de ciertos derechos y libertades (Álvarez Conde, 2003: 137-139).

En cuanto a Italia, la Constitución italiana es aún más concisa, al establecer en su artículo 22 que “ Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome”¹⁵. El silencio del texto constitucional, por un lado, otorga al legislador una amplia discrecionalidad; por otro lado, requiere una interpretación conjunta con los artículos 10.2, 2 y 117 de la Constitución. El art. 10, párr. 2, de la Constitución reconoce que “la condición de los extranjeros se regula por ley de acuerdo con las normas y tratados internacionales”, previendo una reserva reforzada de la ley en función garantista. Por consiguiente, las normas que afectan al estatuto de los extranjeros deben ser establecidas por la ley, que a su vez debe respetar las disposiciones de las normas y tratados internacionales generales, estipulados por Italia. El respeto a las obligaciones derivadas del derecho internacional y europeo se reafirma también, más adelante, en el artículo 117 de la Constitución e implícitamente en el artículo 2 de la misma, que consagra el principio personalista, que, en su proyección universalista, ha permitido superar una lectura meramente formal de los derechos fundamentales, extendiéndolos, con algunas excepciones, a todas las personas, incluidos los extranjeros (Faggiani, 2019).

La diferencia que observamos de forma directa entre los dos ordenamientos jurídicos es la que puede deducirse de las disposiciones constitucionales en relación con los derechos políticos. De una lectura combinada del artículo 13.2 con el artículo 23 CE, se observa que la Constitución española, aunque reserva a los ciudadanos el derecho de sufragio en las elecciones nacionales y autonómicas y el acceso a los cargos públicos, reconoce expresamente el derecho de los extranjeros al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales de acuerdo con el principio de reciprocidad.

Las constituciones española e italiana se limitan a establecer una distinción meramente formal entre ciudadano y extranjero, sin captar los matices que presentan estas categorías. Para entender el nivel real de protección concedido, es necesario integrar el marco insuficiente trazado a nivel constitucional tanto con el ámbito constitucional como con la normativa aprobada por el poder legislativo (estatal o autonómico, según el caso), que debe respetar las obligaciones derivadas del orden internacional y de la pertenencia a la de la UE, y con la jurisprudencia, en particular, de los Tribunales Constitucionales (Faggiani, 2019).

En cualquier caso, proponer medidas viables para crear riqueza física y humana en los lugares de origen es el primer reto al que es preciso responder cuando se habla de la inmigración. Solo así será posible favorecer una inmigración verdaderamente voluntaria, libremente querida, y no una inmigración obligada por necesidades perentorias (Cortina, 2003: 29). Con estas condiciones, la respuesta que dé el derecho, y en concreto el derecho constitucional, será

15 Nadie puede ser privado, por razones políticas, de su capacidad jurídica, de su ciudadanía o de su nombre.

en mayor medida satisfactoria con el respeto de la dignidad humana, barrera inquebrantable sobre la que edificar cualquier construcción teórica que trate de resolver los problemas que se puedan ocasionar.

Y es un hecho que el derecho sigue dando pasos hacia adelante en la regulación de las condiciones de los inmigrantes. Este mismo verano se aprobó el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril¹⁶. Esta reforma se ha planteado con el objetivo de mejorar el modelo migratorio español y sus procedimientos, en muchos casos lentos e inadecuados, lo que genera periodos prolongados de irregularidad, con altos costes sociales y económicos. Ante los hechos que muestran una falta de sintonía entre la regulación y la realidad, las modificaciones normativas indicadas persiguen favorecer la incorporación al mercado laboral de las personas que se encuentran en España, reforzar las vías de migración regular y mejorar el sistema de gestión. Con ello se pretende, al menos en el marco teórico, fomentar una más y mejor integración social, laboral y económica de los inmigrantes.

V. Conclusiones

Las migraciones constituyen una de las cuestiones centrales entre las preocupaciones de todos los gobiernos y, en consecuencia, de las organizaciones internacionales, por la significativa y doble relación de causa y efecto entre estos movimientos de población y el desarrollo, y por las importantes consecuencias que los movimientos de población tienen para los territorios de origen y los de destino. De ahí que sea preciso afrontar el fenómeno migratorio como un proceso de enriquecimiento de la convivencia, de fortalecimiento y de mixtificación de las bases culturales y de mejora de las condiciones de vida de unas personas procedentes de ámbitos y sociedades tan plurales, al menos en la esfera individual, como la española y la italiana. Y es que una política migratoria eficaz constituye un activo de gran relevancia a la hora de maximizar el impacto positivo y los efectos de la movilidad humana internacional en economías interdependientes.

Hay que tener presente que los flujos migratorios constituyen un fenómeno antiguo y complejo, pero a la vez estrechamente relacionado con tendencias actuales como la globalización económica que, además, lleva aparejada importantes repercusiones sociales, con todo lo que supone de diversidad cultural, pluralidad social, marginación e integración social y alrededor del cual pueden integrarse beneficiosos avances sociales y, en el caso que estudiamos, tecnológicos.

Esa ambivalencia de la inmigración como elemento antiguo, pero a la vez, motivo actual de desarrollo social, permite la interacción de lo viejo con lo nuevo, siendo lo viejo la necesidad de integrar al recién llegado, y lo nuevo tratar de satisfacer esas nuevas necesidades a través de la tecnología. Y es que la participación de los ciudadanos por medios tecnológicos se presenta como un elemento más con el que superar la discriminación y los impedimentos que encuentran algunas personas para participar de los asuntos comunes. Esas notas se predicán, sin discusión, de las personas inmigrantes que, aunque quieran integrarse y facilitar su inserción social y de su familia, sufren considerables

trabas. Así, la respuesta jurídica se presenta como un elemento sobre el que construir un abanico de posibilidades, de derechos, sobre los que hilvanar una sociedad plural e integradora. Y para ello los medios tecnológicos aparecen como unas herramientas privilegiadas.

De ahí que sostengamos que con ocasión de las recientes normativas tanto española como italiana en materia de participación digital, se dé un paso hacia adelante y se empleen, precisamente, para posibilitar la integración mediante la participación de las personas inmigrantes. Es un punto de partida que, combinado con la educación de los menores y la posibilidad de acceder a un trabajo con el que sustentarse, previene de situaciones aberrantes como la sucedida este verano en Civitanova Marche. El respeto y el trato cordial es la premisa inexorable para una sociedad pacífica y desarrollada, y para dotar de normalidad a la integración de los inmigrantes el uso de la tecnología, cuya razón de ser es facilitar las tareas humanas, debe presentarse como el elemento clave. La bisagra social del uso de la tecnología para integrar a todos los ciudadanos, con independencia de su origen, que tengan un interés en participar y mejorar su entorno, preocuparse de lo público y tratar de protegerlo y respetarlo, es el lugar de encuentro del avance social. De modo que tecnología y políticas de integración social deben ir de la mano en materia participativa.

Bibliografía

- Aja, E. (2012). *Inmigración y democracia*. Madrid: Alianza Editorial.
- Álvarez Conde, E. (2003). "El Estado social y democrático de derecho ante el reto de la inmigración" (131-142), en V. Garrido Mayol (coord.) *Sociedad civil e inmigración*, Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta.
- Arce Jiménez, C. (2019). Análisis de los tratados internacionales para el reconocimiento del derecho de sufragio local a personas extranjeras residentes en España que no ostentan la ciudadanía europea, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 11, 139-155. <https://doi.org/10.24965/real.v0i11.10591>
- Arce Jiménez, C. (2021). Desafíos para la ciudadanía y el sistema de derechos fundamentales en la era digital, *Derechos y libertades: Revista De Filosofía Del Derecho y Derechos Humanos*, 46, 241-272. <https://doi.org/10.20318/dyl.2022.6520>
- Campesi, G., Pannarale, L. y Pupolizio, I. (2018) *Sociologia del diritto*. Milán: Mondadori.
- Campesi, G., Donadio, P., Pannarale, L., y Pupolizio, I. (2018). La inclusión diferencial de los solicitantes de asilo en Italia. *Soft Power*, 5(1), 78-97. Disponible en: <https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/SoftP/article/view/2624>
- Castellanos Claramunt, J. (2019). Participación ciudadana e inmigración: consideraciones políticas y jurídicas. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 41, 49-64. DOI: <https://doi.org/10.7203/CEFD.41.15445>
- Castellanos Claramunt, J. (2022). "Derecho a la participación ciudadana por medios digitales" (225-249), L. Cotino (coord.) *Carta de Derechos Digitales*, Valencia: Tirant lo blanch.
- Castro-Martín, T., Martín-García, T., Seiz, M., y Cordero, J. (2022). "El desafío de la muy baja fecundidad en España: ¿qué políticas sociales serían deseables?" (119-132), *Informe sobre la democracia en España 2021. El país frente al espejo*, Laboratorio de Alternativas, Fundación Alternativas.
- Cebolla Boado, H., y González Ferrer, A. (coords.) (2013). *Inmigración, ¿integración sin modelo?* Madrid: Alianza Editorial.

- Consejo Económico y social de España (2019). *La inmigración en España: efectos y oportunidades*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Cortina, A. (2003). "Sociedad civil e inmigración: una perspectiva intercultural" (27-38), en V. Garrido Mayol (coord.) *Sociedad civil e inmigración*, Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta.
- Faggiani, V. (2019). La cittadinanza sostanziale: un approccio comparato tra Spagna e Italia, *Cittadinanza europea*, XVI (1), 177-221.
- Faggiani, V. (2022). Ciudadanía sustantiva y derechos de participación política en la UE: límites del sistema y necesidad de una mayor inclusión, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 73.
- Garrido Mayol, V. (2003). "Apuntes sobre la inmigración en el Estado autonómico" (143-151), en V. Garrido Mayol (coord.) *Sociedad civil e inmigración*, Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta.
- Martín Cubas, J. (2003). "Reflexiones en torno a la inmigración" (77-83), en V. Garrido Mayol (coord.) *Sociedad civil e inmigración*, Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta.
- Matteucci, N. (1982). "Constitucionalismo", en VVAA, *Diccionario de Política* (2ª ed.), dirigido por N. Bobbio y N. Matteucci. Madrid: S. XXI.
- Pannarale, L. (coord.) (2014). *Passaggi di frontiera. Osservatorio sulla detenzione amministrativa degli immigrati e l'accoglienza dei richiedenti asilo in Puglia*. Pisa: Pacini editore, I Quaderni de L'altro diritto.
- Ruiz-Rico Ruiz, C., y Castel Gayán, S. (2013). "El derecho autonómico de participación ciudadana: un enfoque constitucional y su desarrollo legislativo", *Revista de Estudios Jurídicos*, 13, 2013 (Segunda Época).
- Solanes Corella, Á., y La Spina, E. (2015). "Construyendo ciudadanía inclusiva y movimientos sociales de participación desde España e Italia: una perspectiva comparada", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, 144, 2015, 1119-1154.
- Soler Sánchez, M. (2003). "Las limitaciones del derecho como solución a los nuevos retos de las migraciones" (193-197), en V. Garrido Mayol (coord.) *Sociedad civil e inmigración*, Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta.
- Vidal Gil, E.J. (2003). "¿Por qué los derechos de los inmigrantes? Las razones del derecho" (39-51), en V. Garrido Mayol (coord.) *Sociedad civil e inmigración*, Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta.

La mentira entre estados y la seguridad nacional¹

Lies between states and national security

CARLA SENTÍ NAVARRO

Profesora contratada predoctoral (FPU) de Derecho Constitucional
Universitat de València
carla.senti@uv.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.3.25827>

Fecha de recepción: 14/07/2022

Fecha de aceptación: 02/11/2022

Resumen

La creación, difusión y consumo de desinformación y contenidos fabricados en las redes sociales y difundidos a través de Internet es una preocupación creciente, especialmente por la facilidad de acceso a tales fuentes y la falta de conocimiento de la existencia de tal información falsa. Esta preocupación resulta mucho más grande cuando los responsables de la diseminación de *fake news* guían sus actuaciones con fines políticos y se implican en esta problemática las instituciones y autoridades, incluso los propios Estados. En este trabajo se hace un recorrido de los orígenes de la desinformación como injerencia ilegítima por parte de terceros países, se estudia cómo la mentira es usada con fin político, y, por ende, la desinformación puede utilizarse como arma de guerra, y finalmente se hace un repaso por algunas medidas que al respecto ha tomado la UE.

Palabras clave

Desinformación, manipulación informativa, arma, democracias, seguridad, amenaza, libertad de expresión, información veraz.

Abstract

The creation, dissemination, and consumption of disinformation and fabricated content on social media and spread through the Internet is a growing concern, especially with the ease of access to such sources, and the lack of awareness of the existence of such false information. This concern is all the greater when those responsible for disseminating fake news are used for political purposes by institutions and authorities, even by the states themselves. This communication traces the origins of misinformation as unlawful interference by third countries, studies how lies for political purposes, and therefore disinformation, can be used as a weapon of war, and finally a review of some measures taken by the EU in this regard.

Keywords

Disinformation, information manipulation, weapon, democracies, security, threat, freedom of expression, truthful information.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación "Tiempos y espacios para una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos. IN_JUSTICE". Ref. PID2021-126552OB-I00.

Sumario

I. Introducción. II. Los orígenes de la desinformación. III. La información: una herramienta básica. IV. Desinformación: un reto para la seguridad. V. La mentira como arma. VI. Soluciones desde la Unión Europea. VII. Conclusiones. *Bibliografía.*

I. Introducción

Vivimos en la actualidad en la denominada «era de la información», asociada con la revolución digital, que comenzó a eclosionar a partir de la segunda mitad del siglo XX con la llegada de dispositivos como el teléfono, la radio o la televisión. Una revolución basada en la información y comunicación, que ha desbordado las categorías tradicionales del tiempo y espacio del mundo físico, que ha dado lugar a lo que se ha llamado *tercer entorno* (Echevarría Ezponda, 1999)², el virtual. Las redes sociales, que tienen su origen en la segunda mitad de la década de los noventa, supusieron el culmen de esta revolución, puesto que permiten a cualquier persona acceder y producir información, democratizándola.

El paso del formato analógico al formato digital cambió radicalmente el paradigma comunicativo, pues, si bien con anterioridad existía un modelo de comunicación caracterizado por la verticalidad y la unidireccionalidad, donde las noticias pasaban por unos filtros propios de la profesión periodística antes de publicar hechos noticiables, en la actualidad hemos cambiado al modelo horizontal comunicativo. En éste, se multiplica tanto la oferta informativa como los sujetos informadores, y la información viaja y se comparte de forma horizontal y multidireccional, a escala global y sin fronteras ni controles, y con una capacidad ilimitada de almacenamiento (Simón Castellano, 2020: 188). Como consecuencia, hay una enorme cantidad de información circulando globalmente por la red a unas velocidades nunca anteriormente alcanzadas, gran parte de la misma es verídica, pero también hay mucha información falsa que es consumida diariamente. A ésta última, se le denomina comúnmente desinformación y el internet es su principal terreno de juego.

La desinformación es un concepto ambiguo, por las múltiples formas que existen de desinformar y por el hecho de que se ha convertido en un término de uso habitual en el lenguaje político y periodístico, habiéndose incorporado también al acervo popular (Rodríguez Andrés, 2018: 232). De hecho, no sorprende la afirmación de Romero Rodríguez cuando dice que el concepto de desinformación tiene casi tantas acepciones como cantidad de autores que lo han tratado (Romero Rodríguez, 2013: 319). Resulta necesario comprender

2 Sobre esto, véase Echevarría (1999).

sus componentes y significado, por la multiplicidad de formas y técnicas de desinformar que encontramos hoy en día, además de conocer sus elementos constitutivos, antes de entrar a analizar cualquier cuestión en relación con el tema.

Así pues, para entender que una información falsa constituye desinformación se requiere que exista una intencionalidad maliciosa y/o estratégica de engañar al público, o para influir de determinada manera en la opinión pública. Dentro del concepto de desinformación encontramos como elementos constitutivos del mismo, la ocultación explícita de hechos o datos, las falsedades y la mentira o *bullo*. La primera de las mencionadas, la ocultación explícita, hace alusión a la intención de ocultar cierta información para evitar responsabilidades negativas, o para ganar popularidad y es algo que no lo emplean únicamente los gobiernos, sino que también hacen uso de esta técnica de desinformación los grupos de interés, los partidos y los movimientos políticos cuando quieren influir en la opinión pública. Por otro lado, se encontrarían las falsedades, que encajan bien con la idea de “medio verdades”, ya que se trata de crear una apariencia de realidad de algo que no es cierto. Por último, la mentira propiamente dicha implica una destrucción radical de la verdad a sabiendas, faltando a propósito y conscientemente a la verdad con el fin de engañar, y a ésta se la conoce también como bulo (Serra Cristóbal, 2021: 210).

Este trabajo pondrá el foco en las mentiras, puesto que es la modalidad que más preocupa a efectos de la seguridad nacional, y ello pese a que todas las formas de desinformación son nocivas para el conjunto de la población a nivel global. La mentira, especialmente cuando se lleva a cabo por un Estado contra otro (u otra entidad, como la Unión Europea), puede utilizarse como un arma de guerra para desprestigiar y atacar al adversario, desestabilizando al gobierno y el orden público, por lo que hay que tratar con especial atención y delicadeza esta cuestión.

II. Los orígenes de la desinformación

El recurso a la mentira con fines políticos no es un fenómeno nuevo, ni exclusivo de las sociedades digitales. Hannah Arendt nos recuerda que *el secretismo y el engaño, es decir, la deliberada falsedad y la pura mentira como medios legítimos para el logro de fines políticos nos han acompañado desde el comienzo de la historia escrita. La sinceridad nunca ha figurado entre las virtudes políticas, y las mentiras siempre han sido consideradas como medios justificables en los tratos políticos* (Arendt, 2017: 87).

Encontramos referencias en textos tan antiguos como *El arte de la Guerra*, seguramente redactado entre los siglos VI y IV a.C. y atribuido a Sun-Tzu, en el capítulo XVIII de *El Príncipe*, de Maquiavelo o en la disertación de Marqués de Condorcet, titulada *¿Es útil para los hombres ser engañados?*, solo por poner unos ejemplos. En el primero de los textos mencionados, podemos leer que “el principal engaño que se valora en las operaciones militares no se dirige solo a los enemigos, sino que empieza por las propias tropas, para hacer que le sigan a uno sin saber adónde van” (Ramírez Bellerín, 2006: 33-34). Por su parte, Maquiavelo recomienda en su obra al príncipe mostrarse de acuerdo con los valores que desprecia, adaptándose así a las exigencias del vulgo, cuya ignorancia y simpleza, en cierto modo, justifica que se le engañe. Ello nos acerca al fenómeno que ahora denominamos desinformación, porque señala la importancia de la manipulación y del engaño en la razón de Estado (Romero Rodríguez, 2013: 324). Marqués de Condorcet, en contra de las tendencias

de los otros dos textos, hace referencia al uso de la mentira política, pero se opone en su obra a la que llamaron 'mentira noble', que implica el derecho del gobernante a mentir al pueblo por el bien de éste.

No obstante, aunque históricamente se hicieron alusiones al uso de la mentira para manipular al pueblo, no fue hasta entrado el siglo XX que podemos hablar de desinformación, y su origen también viene relacionado con la Guerra Fría. Los neologismos *agitprop* y *kompromat* advierten técnicas utilizadas con asiduidad en la etapa bolchevique. La primera de ellas deriva de las palabras *agitación* y *propaganda* y hace referencia a la concienciación que se empleó hacia la sociedad de la necesidad de luchar por la causa, para defender la revolución. La segunda táctica mencionada, conocida como *kompromat*, describe la táctica de acumulación de información comprometida sobre quien pudiese suponer un riesgo, con el fin de utilizarlo como medida de presión. También se utilizó el recurso a la propaganda y al cierre de medios que fueran contrarios al régimen, junto con una amplia panoplia de medidas manipulativas (Lenoird-Grand Pons, 2017).

La primera vez que se contempló el término fue alrededor del 1949, cuando se editó el *Diccionario de la Lengua Rusa*, donde se recogía la palabra *desinformatzia* y se definía como "la acción de inducir al error por medio de informaciones mentirosas" y se ponía como ejemplo la desinformación de la opinión pública llevada a cabo en los países capitalistas (Volkoff, 1986: 67-68). Tres años más tarde quedó definido en la Gran Enciclopedia Soviética como la distorsión que los Estados Unidos ejercían sobre la opinión pública mundial a través de su enorme potencial informativo.

Vemos que el fenómeno no es innovador, lo que sí es nuevo es el término concreto que usamos para referirnos al engaño deliberado para conseguir ciertos fines políticos, y los canales y la rapidez con la que hoy se difunde la información. La velocidad a la que viaja la información es abrumadora, y viene favorecida por el avance y el desarrollo de los modernos medios de comunicación, y las tecnologías digitales, con lo que la capacidad de difusión es inmensamente más grande que antaño.

III. La información: una herramienta básica

La información es una herramienta que empodera, tanto a la nivel individual y colectivo, como a nivel institucional, en tanto que permite a las personas implicarse en los asuntos públicos y de interés común en función de los conocimientos que sobre ellos se poseen y es el fundamento sobre el que se construye una sociedad democrática madura (Goldzweig et. al., 2019), y en la medida que ello es así, la desinformación es una herramienta que sirve para desempoderar a la ciudadanía.

Entre los requisitos necesarios para crear mayorías decisivas en democracias funcionales, destaca el de que la participación ciudadana sea informada, y no solo eso, sino que además sería ideal el hecho de que todos los individuos posean una información idéntica sobre las alternativas existentes, condición que resulta imposible de cumplir si tenemos en cuenta la cantidad de información falsa que circula por la red dificultando el acuerdo sobre asuntos de interés común. La desinformación pone en riesgo los derechos e intereses de la ciudadanía precisamente porque altera esas premisas sobre las que funciona una democracia, y genera que la sociedad no sea capaz de ponerse de acuerdo sobre hechos básicos (Pauner Chulvi, 2018: 299). No obstante, la sociedad de la información sí que parece un escenario adecuado para que la sociedad tenga el debido

conocimiento sobre asuntos de interés público, y por ello hay que resguardar correctamente los derechos de libertad de expresión y libertad de emitir y recibir información veraz.

Así, estos derechos vienen recogidos constitucionalmente en el capítulo relativo a los derechos fundamentales, concretamente en el artículo 20.1, que reconoce y protege los derechos a *“expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante cualquier medio de reproducción y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”*³. No solo eso, sino que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) han interpretado en reiterada jurisprudencia que la libertad de expresión ostenta un valor fundamental en nuestra sociedad puesto que *constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso (...) La libertad de prensa y de otros medios de difusión de información facilita a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las actitudes de los dirigentes. Corresponde a la prensa la función de transmitir la información e ideas sobre las cuestiones debatidas en el escenario político y otras de interés público*⁴. La libertad de expresión, en un sistema democrático, implica que cualquier información podrá ser discutida (Serra Cristóbal, 2021: 199), y así lo corrobora Revenga Sánchez (2002) cuando dice que *la fortaleza del sistema democrático radica en admitir, más aún, en propiciar, el cuestionamiento permanente de las decisiones que adoptan y ejecutan quienes tienen legitimidad para hacerlo. En democracia no hay verdades oficiales de naturaleza trascendente, ni ámbitos de decisión vedados a la confrontación pública*. También el TC entendió, en su STC 176/2006, de 5 de junio, que la libertad de expresión ampara la libertad de crítica, incluyendo aquellos supuestos en que *«se pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática»*. De hecho, también son admisibles incluso las afirmaciones erróneas, siempre que tras ellas exista buena fe⁵. Sin embargo, tampoco son derechos absolutos y encuentran sus límites en los mensajes hostiles, en los discursos de odio y otros mensajes que atentan contra derechos de la personalidad⁶.

La relevancia que tiene el derecho a la libertad de expresión, incluyendo el derecho a recibir información veraz —que no es lo mismo que el derecho a una verdad objetiva— se acentúa por la prohibición de cualquier tipo de censura previa prevista en el inciso segundo del art. 20 CE⁷, y el máximo intérprete del

-
- 3 También se recoge el derecho a la libertad de expresión en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con la siguiente dicción «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión»; y en el artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).
 - 4 SSTEDH de 1 de julio de 1971, Asunto Handyside c. Reino Unido; Asunto Otegui Mondragón c. España, de 15 de marzo de 2011; asunto Eon c. Francia, de 14 de marzo de 2013; el Asunto Toranzo Gómez c. España, de 20 de noviembre de 2018; asunto Terentyev c. Rusia, de 28 de agosto de 2018; o el asunto Caso Europa 7 R.S.L. Di Stefano c. Italia, 7 de junio de 2021.
 - 5 La STC 6/1988, de 21 de enero, declaró que «las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de manera que, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de seguridad sería el silencio».
 - 6 La STC 176/1995, de 12 de enero no protegió actitudes y difusión de mensajes racistas por ir contra un valor esencial protegido constitucionalmente.
 - 7 El TEDH entiende la censura como *«una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática»* (STEDH caso Feldek vs. Slovakia, de 12

texto constitucional, el TC, establece que dicha prohibición alcanza a cualquier clase de censura previa⁸, incluso las más débiles y sutiles⁹. Esto supone una garantía que sirve para salvaguardar la existencia de una comunicación libre de injerencias gubernamentales centradas en las medidas impeditivas que de forma previa se podrían fijar con el objetivo de frenar la difusión de mensajes comunicativos (Teruel Lozano, 2014: 55).

IV. Desinformación: un reto para la seguridad

La desinformación concebida como el uso de la mentira, bulos o informaciones falsas por autoridades o incluso por los Estados utilizadas con el fin de influir en la opinión pública de otro Estado para desestabilizar y desorientar a la sociedad, supone un reto para la seguridad nacional. Ello, teniendo en cuenta que el contexto en el que está sucediendo este fenómeno es el de la posverdad, en el cual influyen más las emociones que los datos objetivos o los hechos comprobados para la toma de decisiones que afectan a todos. Así, se ha reconocido la *potencial amenaza* que conlleva la desinformación en la Estrategia de Seguridad Nacional 2021, publicada el 31 de diciembre de 2021. El objetivo que tiene el elevar la desinformación a la categoría de “potencial amenaza” es poder localizar con rapidez los agentes externos que pretenden conseguir información sensible de forma ilegítima, atacar la imagen de España, o influir en la opinión pública.

El texto se configura como marco político-estratégico de referencia de la política de Seguridad Nacional, y determina cuáles son los potenciales riesgos y amenazas a los que se enfrenta el Estado, y estudia cómo afrontarlos. Uno de sus objetivos principales es favorecer la dimensión de seguridad de las capacidades tecnológicas y los sectores estratégicos y desarrollar la capacidad preventiva, de detección y respuesta frente a amenazas híbridas. Por ello, se reconoce la necesidad y urgencia de hacer frente a las campañas de desinformación, para evitar la creciente confusión ciudadana y el colapso del Orden Público. Son peligrosas porque socavan la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas, en los gobiernos y sus gobernantes, creando un preocupante ambiente de polarización social. Además, si aceptamos la premisa de que el funcionamiento de una democracia se sustenta sobre una opinión pública correctamente informada, la desinformación supone un reto para la seguridad de la misma, porque si la opinión pública está persuasivamente desinformada, aumentarán exponencialmente las posibilidades de que las decisiones que se tomen sean poco eficientes y generen consecuencias adversas (Lewandowsky et. al., 2017: 353).

A lo largo de los últimos años hemos sido testigo de situaciones en las cuales se han identificado campañas de desinformación llevadas a cabo por países extranjeros para conseguir un resultado determinado, como es el caso de la salida de Reino Unido de la Unión Europea (en adelante, UE), proceso conocido como Brexit, la victoria de Trump en las elecciones presidenciales de Estados Unidos en 2016, el referéndum catalán del 1 de octubre de 2017 o el debate

de julio de 2001, párrafo 54).

8 A esta regla general de prohibición de censura cabe añadir ciertas precisiones, pues el TC ha declarado en su jurisprudencia que «el control de contenidos, entendido como control interno de los medios, no sería una modalidad de censura previa sino una medida de autorregulación interna en ejercicio de responsabilidad» (SSTC 17/1990, FJ 2º; 176/1995, FJ 6º y 187/1999, FJ 5º).

9 SSTC 77/1982, 52/1983, 13/1985, 52/1995, 176/1995, 187/1999.

electoral de las elecciones presidenciales en Brasil, en 2018. Se ha afirmado que en los resultados de los procesos mencionados se utilizaron el desarrollo de las tecnologías para llevar a cabo campañas de desinformación con intereses ideológicos concretos. Mediante la creación de narrativas estratégicas se trató de moldear las percepciones de la sociedad y articular las posiciones de la ciudadanía sobre cuestiones determinadas (Khaldarova y Pantti, 2016: 891).

Aún más recientemente, con el contexto de crisis global a causa de la pandemia de la Covid-19, hemos atravesado una denominada *infodemia masiva*. Este concepto fue acuñado por la Organización Mundial de la Salud para referirse a la sobreabundancia de información, verdadera y falsa, que circulaba en torno a la enfermedad, y a la existencia de una pandemia paralela, la de la información. Se ha comprobado que se aprovechó dicho escenario de crisis, en el que imperaba en términos generales un ambiente de incertidumbre, miedo y de amenaza, para llevar a cabo campañas de desinformación que desestabilizasen el orden público y para minar la confianza en las instituciones democráticas, así como cuestionar la capacidad de los países de la UE para gestionar la crisis sanitaria que atravesamos.

Hay corrientes que entienden que la Unión Europea parece ser un objetivo a desestabilizar por parte de países como Rusia o China (Lenoird-Grand Pons, 2017). Los medios de comunicación rusos de Sputnik, servicio público que combina funciones de agencia de noticias y radio internacional, y Russia Today (RT), cadena internacional de noticias financiada por el Estado ruso han sido señalados como dos medios de comunicación que defienden sus propios intereses. Tanto EUvsDisinfo como East Stratcom Task Force, un proyecto que pertenece al Servicio Europeo de Acción Exterior creado para desmentir aquella información falsa que ronda por la red y que supone un peligro para nuestras sociedades, monitorizan con regularidad la desinformación de los medios de comunicación rusos y destacaron tres tipos de narrativas falsas que se refieren a la UE y parece que representan una nueva variación de los mensajes de la desinformación de la época soviética que venía a decir que “Occidente/Europa/EEUU están en plena decadencia o muertos” (Milosevich Juaristi, 2020)¹⁰. En el contexto de pandemia, este mensaje se transformó en las siguientes narrativas: (1) “La UE está fallando en la gestión de la pandemia; la Unión está a punto de colapsar”. (2) “La UE es egoísta y traiciona sus propios valores”. En Ucrania, por ejemplo, los mensajes catastróficos sobre el inminente colapso de la UE se combinaron con el retrato de Ucrania como un “Estado fallido” que fue “abandonado por sus aliados europeos”. (3) “La UE está aprovechando la crisis para cumplir sus propios intereses”.

Prueba de la tensión que se respira en la actual atmósfera política y social, es que en Rusia se aprobó en 2014 la nueva doctrina militar en sustitución del anterior plan que data del 2010, teniendo en cuenta los cambios geopolíticos y de seguridad, por la presencia de la OTAN en territorios del este. En el nuevo documento se incluye la información como parte de la doctrina militar y se subraya el aumento de la presión informativa sobre la población del país, concretamente sobre la juventud, tratando de socavar los valores espirituales y éticos tradicionales rusos¹¹. El documento reconoce el intento de Rusia de usar medidas de información para defender sus intereses nacionales y los

¹⁰ Para más información al respecto, véase Milosevich-Juaristi, M., (2020).

¹¹ Agencia EFE, 6 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/america/portada/putin-aprueba-nueva-doctrina-sobre-la-seguridad-de-informacion/20000064-3117207>

de sus aliados, lo que puede suponer una amenaza para la estabilidad de las democracias occidentales por la cantidad y sofisticación de los medios que tienen a su disposición para influir en la opinión pública de otros Estados.

En cambio, no ha sido hasta hace unos pocos días, cuando en la Cumbre de la OTAN celebrada el día 30 de junio de 2022, se ha advertido del potencial de influencia que tiene la República Popular de China (RPC). Por vez primera entre las estrategias de guerra híbrida, se mencionan las campañas de desinformación, la instrumentalización de la migración, la manipulación del suministro de energía y el uso de la coerción económica. En el documento también consta la preocupación que existe por “la profundización en la asociación estratégica entre la República Popular de China y la Federación Rusa y sus intentos, que se refuerzan mutuamente, de socavar las normas en que se basa el orden internacional”¹².

V. La mentira como arma

Si comprendemos que el uso de la información tergiversada, como forma de desinformación, supone una amenaza para nuestra estabilidad social, política, económica y para la integridad de nuestros derechos fundamentales, entonces no parecerá descabellada la idea de que la mentira puede ser utilizada como arma, incluso como arma de guerra. El concepto que ilustra esta idea es el mencionado más arriba, la ‘guerra híbrida’. Se trata de un concepto que se ha empleado para referirse a diferentes acepciones según el contexto histórico de que se tratase, aunque últimamente se utiliza para hacer referencia al uso de medios militares y no militares para amenazar a un enemigo, o como una forma de lograr objetivos mediante el uso de actividades subversivas no violentas¹³.

La Comisión Europea elaboró una Comunicación conjunta sobre la lucha contra las amenazas híbridas en abril del 2016, y define el concepto como aquella «mezcla de actividades coercitivas y subversivas, de métodos convencionales y no convencionales (es decir, diplomáticos, militares, económicos y tecnológicos), que pueden ser utilizados de forma coordinada por agentes estatales o no estatales para lograr objetivos específicos, manteniéndose por debajo del umbral de una guerra declarada oficialmente. Suelen aprovecharse las vulnerabilidades del objetivo y generar ambigüedad para obstaculizar los procesos decisivos. Las campañas de desinformación masiva, que recurren a los medios sociales para controlar el discurso político o para radicalizar, contratar y manipular a individuos que actúan por delegación, pueden constituir vectores de estas amenazas híbridas»¹⁴.

12 En el documento consta que “las ambiciones y las políticas coercitivas de la RPC cuestionan nuestros intereses, seguridad y valores – (los de la OTAN). La RPC emplea una amplia gama de herramientas políticas, económicas y militares para aumentar su huella global y proyectar poder, mientras permanece opaca sobre su estrategia, intenciones y acumulación militar. Las maliciosas operaciones híbridas y cibernéticas de la RPC y su retórica de confrontación y desinformación apuntan a los aliados y dañan la seguridad las alianzas. La RPC busca controlar sectores tecnológicos e industriales clave, infraestructura crítica, materiales estratégicos y cadenas de suministro. Utiliza su influencia económica para crear dependencias estratégicas y aumentar su influencia. Se esfuerza por subvertir el orden internacional basado en normas, incluso en los ámbitos espacial, cibernético y marítimo. La profundización de la asociación estratégica entre la República Popular China y la Federación de Rusia y sus intentos de reforzarse mutuamente para socavar el orden internacional basado en las normas son contrarios a nuestros valores e intereses”. Disponible en: https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/2022/6/pdf/290622-strategic-concept.pdf

13 Wavell Room, (07/03/2022).

14 Comisión Europea. Comunicación conjunta sobre la lucha contra las amenazas híbridas. Una

Recientemente también se ha utilizado mucho para describir el conflicto entre Ucrania y Rusia, que estalló en 2014, con la anexión de Crimea al Kremlin y que recientemente se ha reavivado con la invasión militar del pasado 24 de febrero a Ucrania. No obstante, la mentira utilizada con un fin político y desestabilizador se ha utilizado por parte de más Estados, pese a que ahora mismo la mirada pública esté puesta sobre la tensión entre Rusia y otros países del bloque europeo.

Es ineludible que el papel de los medios no militares, como la tergiversación de informaciones, para alcanzar objetivos de índole política y de estrategia ha crecido, y en algunos casos incluso supera el poder de la fuerza de las armas en términos de eficacia¹⁵. De acuerdo con la nueva doctrina militar y de seguridad rusa, antes comentada, el nuevo panorama requiere presencia militar convencional combinada con la introducción de métodos con capacidad de adaptación a las nuevas reglas del juego, es decir, las operaciones de información.

En el año 2013, el General Valeri Gerasimov, Jefe de Estado Mayor de la Federación Rusa publicó un artículo en el cual afirmaba que «...las “reglas de la guerra” han cambiado. El valor de los medios no militares para lograr los fines políticos y estratégicos no solo se ha incrementado, sino que en algunos casos excede la efectividad de las armas» (Colom Piella, 2018), y tres años más tarde, en julio de 2016, Dimitri Kiselyov, director de la agencia de noticias RT decía que «...si puedes persuadir a una persona, no hace falta matarla», lo cual es reflejo de la lógica de las guerras y de las amenazas híbridas.

Milosevich Juaristi (2018), del Instituto Elcano, destaca que las campañas de desinformación no son relevantes si no existe un público predispuesto a incorporar a sus premisas los datos que reciben, por lo que solo será eficaz si existe un público manipulable. Así, achaca el problema al pensamiento relativista posmoderno, diciendo que “el meollo del pensamiento de Occidente, la duda y la conciencia moral de que la verdad no es absoluta, se está convirtiendo en un arma interna contra nosotros que estamos dispuestos a relativizar prácticamente todo”. Con esto se demuestra que el uso de la mentira tiene en el escenario actual todo el potencial para utilizarse como un arma desestabilizadora de la paz social y como amenaza para la seguridad nacional.

VI. Soluciones desde la Unión Europea

Ha sido precisamente el uso sistemático de la desinformación en la articulación de narrativas estratégicas el que ha llevado a la UE¹⁶ a catalogarlas como un peligro para la vida democrática y a redoblar su atención y lucha contra las mismas, especialmente en el marco de los procesos electorales europeos (Tuñón Navarro, 2019: 247). La Unión Europea, como entidad que es objeto de la desinformación por parte de terceros países, ha tenido que buscar medidas para gestionar la crisis actual de los desórdenes informativos.

respuesta de la Unión Europea. Bruselas, 06/04/2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016JC0018>

15 Artículo disponible en: https://vpk-news.ru/sites/default/files/pdf/VPK_08_476.pdf . Recuperado de Lenoird-Grand Pons, R. (2017).

16 Comisión Europea (2018b). La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM (2018) 236 final. Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-236-F1-ES-MAINPART-1.PDF>

La lucha contra la desinformación requiere de un esfuerzo conjunto y en ella participan las instituciones europeas. La primera iniciativa que se tomó desde las instituciones comunitarias referido a la desinformación fue el desarrollo del East StratCom Team y la campaña EU vs Disinformation, en 2015¹⁷. La UE aprobó en 2018 un Plan de Acción contra la desinformación que busca mejorar la detección, el análisis y la exposición a la desinformación, trata de empoderar a la ciudadanía y de promover democracias resilientes tanto en la UE como en el resto del planeta. Ese mismo año, hasta la aprobación del Plan de Acción mencionado, la Comisión Europea impulsó la creación de un grupo independiente de alto nivel encargado de realizar “Informe del grupo independiente de alto nivel sobre fake news y desinformación en línea”, para así definir y cuantificar la problemática, además de estudiar los posibles mecanismos legales y contramedidas para combatirlas. El informe, no vinculante, se vio reflejando en la siguiente comunicación de la UE sobre “La Lucha contra la Desinformación en Línea”¹⁸ en la que se requería la creación de un ecosistema en línea más transparente, fiable y responsable, guiado por un código de buenas prácticas. Así se podría “proporcionar un marco de cooperación eficaz entre las partes interesadas relevantes, incluidas las plataformas, los anunciantes, los medios y la sociedad civil, para garantizar el compromiso de coordinar y aumentar los esfuerzos para combatir la desinformación”. Para aunar esfuerzos, la Estrategia de Seguridad Nacional aprobada por el Real Decreto 1150/2021, dispone en su Capítulo cuarto, que “las iniciativas nacionales estarán coordinadas con los planes existentes a nivel europeo, como el Plan de Acción contra la Desinformación, y el Plan de Acción para la Democracia Europea”¹⁹.

Como parte del Plan de Acción contra la desinformación, en octubre de 2018 la Comisión Europea impulsó el Código europeo de buenas prácticas contra la desinformación (*Code of Practice on Disinformation*), por el cual plataformas digitales, redes sociales o anunciantes en internet como Facebook, Google, Mozilla o Twitter se comprometían de forma voluntaria a unos estándares de auto regulación para hacer más transparente la publicidad política o a introducir mecanismos de verificación de datos para luchar contra la desinformación en el marco de las elecciones europeas de mayo de 2019 y otros futuros procesos electorales. Recientemente se ha publicado, en junio de 2022, un Código reforzado de buenas prácticas²⁰ que tiene por objeto resolver las deficiencias

17 EUvsDisinfo es el proyecto estrella del Grupo de Trabajo East Stratcom, que pertenece al Servicio Europeo de Acción Exterior. Se creó en 2015 para predecir, abordar y responder mejor a las campañas de desinformación de Rusia que afectan a la Unión Europea (UE), sus Estados miembros y sus países vecinos.

El principal objetivo de EUvsDisinfo es lograr una mayor concienciación y familiarización por parte del público acerca de las operaciones de desinformación del Kremlin, así como ayudar a los ciudadanos en Europa y fuera de ella a desarrollar resistencia a la manipulación de la información digital y de los medios de comunicación.

18 Se trata del denominado informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de la Comunicación «La lucha contra la desinformación en línea: Un enfoque europeo». Se trata de un informe acompaña a la Comunicación conjunta «Plan de acción contra la desinformación». En él se expone la evaluación de la Comisión sobre los avances logrados en la aplicación de las medidas establecidas en la Comunicación de abril: Un ecosistema en línea más transparente, fiable y responsable; Plataformas en línea para actuar con rapidez y eficacia para proteger a los usuarios contra la desinformación.

19 Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2021.

20 Concretamente, el nuevo Código consta de compromisos para: **ampliar la participación**: el Código no se destina solo a las grandes plataformas, sino que también implica a diversas

del anterior documento, a través de compromisos y medidas más sólidas y detalladas, resultando un texto más exhaustivo y minucioso.

Las instituciones europeas también han apoyado la iniciativa de creación de redes de verificación de datos. Esta técnica de verificación se conoce también por el término 'fact-check' y se trata de una herramienta que utiliza técnicas del periodismo de datos (Ufarte. Ruiz, 2018: 735), método de lucha contra la desinformación que se lleva a cabo por expertos en la detección de noticias falsas y errores presentes en los medios de comunicación. Existen numerosas páginas web cuyo objetivo es desmentir información falsa que circula sin restricción por la red, como por ejemplo Full Fact, FactChecker, Pagella Política, Maldito Bulo, maldita.es, la Buloteca, Factcheck.org, EEEVerifica, Newtral; o las iniciativas de verificación lanzadas desde los propios medios tradicionales: Désintox y Check News (del diario Libération). En España, la tendencia periodística del fact-checking llegó con el programa *El Objetivo*, de La Sexta, en su sección llamada 'pruebas de verificación' (Pauner Chulvi, 2018: 305)²¹.

Con la experiencia de la infodemia, la Comisión Europea creó una página web que proporciona información en tiempo real sobre el virus, y en una sección dedicada específicamente a la desinformación se presentan de forma periódica refutaciones de los mitos que se están difundiendo sobre la pandemia²². La Comisión Europea intensificó de esta manera sus esfuerzos para apoyar a los verificadores de datos europeos, así como a los investigadores que estudian la desinformación. Recientemente se ha creado un Observatorio Europeo de los Medios Digitales, que contribuye a una comprensión más profunda de la desinformación y cuyo objetivo es constituirse como el centro europeo de lucha contra la desinformación en línea.

El interés de la UE por la desinformación ha desarrollado una preocupación por la vulnerabilidad de las democracias y del proyecto europeo respecto a la manipulación de sus procesos electorales por parte de algunas potencias extranjeras (Tuñón Navarro et. al., 2019: 249). Sin embargo, esto contrasta con las medidas de restricción de los medios de comunicación rusos de Russia Today y Sputnik en el territorio de la Unión, contenidas en el Reglamento (UE) 2022/350 del Consejo de 1 de marzo de 2022²³, relativo a medidas restrictivas

partes interesadas que desempeñan determinado papel en la mitigación de la propagación de la desinformación, e invita a más firmantes a sumarse; **reducir los incentivos financieros a la difusión de desinformación** velando por que los autores de la desinformación no obtengan ingresos publicitarios; **contemplar nuevos comportamientos de manipulación**, tales como cuentas falsas, bots o ultrafalsificaciones profundas malintencionadas que difunden desinformación; **empoderar a los usuarios** con mejores herramientas para reconocer, comprender y señalar la desinformación; **ampliar la verificación de datos** en todos los países de la UE y todos sus idiomas, y velar por que los verificadores de datos reciban una remuneración equitativa por su trabajo; **garantizar una publicidad política transparente** que permita a los usuarios reconocer fácilmente los anuncios políticos gracias a un mejor etiquetado e información sobre los patrocinadores, los gastos y el período de exposición; **Apoyar mejor a los investigadores** facilitándoles un mejor acceso a los datos de las plataformas; **Evaluar su propio impacto** a través de un sólido marco de seguimiento e información periódica por parte de las plataformas sobre la manera en que cumplen sus compromisos; **Crear un grupo de trabajo y un centro de transparencia** a fin de obtener una visión de conjunto inmediata y transparente del cumplimiento del Código, el cual deberá poder adaptarse a la evolución de la situación y mantenerse acorde con sus fines.

21 Sobre esta cuestión, Hernández N., «Estos son los datos, tuyas son las conclusiones», págs. 9-16; Echevarría (2017).

22 La información que en ella se divulga es información acreditada pues procede de la OMS, autoridades nacionales y el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades.

23 Reglamento (UE) 2022/350 del Consejo de 1 de marzo de 2022 por el que se modifica el

motivadas por las acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania. En su artículo 2 septies se prohíbe «a los operadores difundir, permitir, facilitar o contribuir de otro modo a la emisión de cualquier contenido [Russia Today y Sputnik], incluso mediante transmisión o distribución por cualesquiera medios tales como cable, satélite, IP-TV, proveedores de servicios de internet, plataformas o aplicaciones de intercambio de vídeos en Internet, ya sean nuevas o previamente instaladas». Y se añade en el segundo inciso la suspensión de cualquier licencia o autorización de radiodifusión o cualquier acuerdo de transmisión o distribución.

Estas medidas no están en consonancia con los valores democráticos esenciales, puesto que en aras de preservar la seguridad de la UE y de los Estados que lo integran se está socavando radicalmente tanto la libertad de expresión como el derecho de acceso a información veraz, que es un requisito indispensable para que exista una democracia funcional. Más aún, llama la atención la comunicación de la Comisión Europea dirigida a los operadores digitales advirtiendo a los buscadores de Internet que debían bloquear cualquier enlace a estos medios y a los contenidos que pudiesen ser difundidos en el ámbito de la UE. Algunas redes sociales han censurado propaganda rusa sin importar quién las difundía, aunque fueran noticias de medios de comunicación rigurosos (Teruel Lozano, 2022)²⁴.

Esto resulta muy preocupante, pues parecería lógico que en tiempos de guerra y tensión global se requiere fortalecer los valores democráticos, y la democracia en sí misma, fomentando la transparencia de los procesos democráticos y también en las decisiones que se toman en los medios de comunicación, para legitimar las acciones que se toman. Parece evidente que la desinformación se debe contrarrestar con educación, la mencionada transparencia y, sobre todo, con mucha información veraz para permitir a la ciudadanía un conocimiento integral de las cuestiones que le afectan. Sin embargo, la medida que ha tomado la Comisión Europea nada tiene que ver con el respeto a los derechos fundamentales de libertad de expresión mencionados, y se acerca más a las que tomarían Estados o instituciones de corte autoritario y, como afirma Joan Barata²⁵, resulta inaudito en el marco de sistemas jurídicos basados en el principio de legalidad, en la previsibilidad de las normas delimitadoras de derechos fundamentales y en la existencia de controles y balances frente a la arbitrariedad.

VII. Conclusiones

En este artículo hemos estudiado cómo el uso de la mentira para influir en la opinión pública de otros Estados y así conseguir determinados objetivos desestabilizadores supone una amenaza para la seguridad nacional y comunitaria, y también para la seguridad de nuestras democracias. El panorama digital que impera en este siglo XXI tiene un potencial muy beneficioso para los sistemas democráticos y para el orden mundial, puesto que la gran mayoría de la ciudadanía

Reglamento (UE) N.º 833/2014 relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania.

24 Entre estos pupilos aventajados destaca *Youtube* que, por ejemplo, ha censurado las declaraciones del Ministro de Asuntos Exteriores de Rusia donde negaba la invasión de Ucrania, por considerar que violaban su política sobre discurso del odio, que incluye la negación de hechos violentos documentados. Teruel Lozano (2022).

25 Sobre este asunto, véase Barata (2022).

tiene acceso fácilmente a información útil, facilitadora de conocimiento sobre las cuestiones de interés común y sobre hechos noticiables relevantes, puede ser una herramienta más de la democracia y un canal adecuado para ejercer nuestros derechos fundamentales de libertad de expresión, que incluye también el derecho de acceso a emitir y recibir información veraz. No obstante, la otra cara de la moneda es muy peligrosa porque existe un perfecto caldo de cultivo para poder utilizar información engañosa de manera estratégica e influir en otros Estados, concretamente en su opinión pública, de tal forma que se ven afectados la imparcialidad de los procesos democráticos, el orden y la seguridad nacional. Ello requiere de grandes esfuerzos por parte de los Estados, organizaciones internacionales y también por parte de la propia ciudadanía, que debe cuidarse de no dar altavoz a informaciones que son radicalmente falsas.

La lucha contra la desinformación no debe ser a costa de limitar derechos fundamentales (Seijas Costa, 2020: 9). Para ello es esencial la existencia de unos medios de comunicación libres y plurales pues la libre circulación de información veraz contribuye al debate social, y la cohesión política. Además, para que la opinión pública se muestre favorable con las decisiones de los Gobiernos en cualquier ámbito, es necesario que éstos sean abiertos, transparentes y es esencial mantener a la ciudadanía implicada y bien informada, de manera que éstos no pierdan legitimidad.

Tal y como consta en el documento que recoge el Concepto Estratégico de la OTAN 2021, el objetivo por el que merece la pena trabajar y aunar esfuerzos es *vivir en un mundo donde la soberanía, la integridad territorial, los derechos humanos y la legalidad internacional sean respetados íntegramente*. Cada Estado tiene que poder elegir su propio camino, sin agresión coerción o subversión alguna, para de esa manera preservar la paz mundial.

Bibliografía

- Arendt, H. (2017). Verdad y mentira en la política. *Página indómita*.
- Barata, J. (2022). La UE y la prohibición 'ad hoc' de los canales estatales rusos. *El País*, 10-03-2022. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17800/ue-prohibicion-ad-hoc-canales-estatales-rusos>
- Colóm Piella, G. (2018). La doctrina GERASIMOV y el pensamiento estratégico ruso contemporáneo, *Revista Ejército*, 933. Disponible en: https://ejercito.defensa.gob.es/Galerias/Descarga_pdf/EjercitoTierra/revista_ejercito/primer_premio_2019.pdf
- Comisión Europea (2018b). La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM (2018) 236 final. Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-236-F1-ES-MAINPART-1.PDF>
- Echevarría Ezponda, J. (1999). *Telópolis: Los señores del aire y el tercer entorno*. Destino, Barcelona. Disponible en: [10.20350/digitalCSIC/9185](https://doi.org/10.20350/digitalCSIC/9185)
- Goldzweig, R., Lupion, B., Meyer-Resende M. (2019). Social Media Monitoring During Elections: Cases and Best Practice to Inform Electoral Observation Missions. Open Society European Policy Institute: Democracy Reporting International.
- Khaldarova, I. y Pantti, M. (2016). Fake News: The narrative battle over the Ukrainian conflict. *Journalism Practice*. 10(2016)7, 891-901. Disponible en: [10.1080/17512786.2016.1163237](https://doi.org/10.1080/17512786.2016.1163237)
- Lenoird-Grand Pons, R. (2017). Cuando la desinformación busca desestabilizar

- al enemigo. *La Grieta*, 17-04-1. Disponible en: <https://www.lagrietaonline.com/cuando-la-desinformacion-busca-desestabilizar-al-enemigo/>
- Lewandowsky, S.; Ecker, U. y Cook, J. (2017). Beyond misinformation: Understanding and Coping with the 'Post-Truth' Era. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 6(2017), 353-369. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.jarmac.2017.07.008>
- Milosevich Juaristi, M. (2018). El poder de la influencia rusa: la desinformación. En Miguel Ángel Aguilar y Juan de Oñate (coords). *La Guerra Híbrida: la mentira como arma y la verdad como víctima*. XXX Seminario Internacional de Seguridad y Defensa. Toledo, 19 y 20 de junio de 2018.
- Milosevich-Juaristi, M. (2020). ¿Por qué hay que analizar y comprender las campañas de desinformación de China y Rusia sobre el Covid-19? *Real Instituto Elcano*. ARI 58/2020.
- Pauner Chulvi, C. (2018). Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de contenidos informativos en la red. *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, 297 – 318.
- Ramirez Bellerín, L. (2006). El arte de la guerra de Sunzi. [Traducción]. *La Esfera de los Libros*.
- Revenge Sánchez, M. (2002). *Seguridad Nacional y Derechos Humanos. Estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Cizur Menor, Aranzadi.
- Rodríguez Andrés, R. (2016). Fundamentos del concepto de desinformación como práctica manipuladora en la comunicación política y las relaciones internacionales. *Historia y Comunicación Social*, Ediciones Complutense, 23, 231 – 244. Disponible en: <https://doi.org/10.5209/HICS.59843>
- Romero Rodríguez, L. (2013). Hacia un estado de la cuestión de las investigaciones sobre desinformación/misinformación. *Correspondencias & Análisis*, 3, 319-342. Disponible en: <https://doi.org/10.24265/cian.2013.n3.14>
- Seijas Costa, R., (2020), Las soluciones europeas a la desinformación y su riesgo de impacto en los derechos fundamentales. *IDP. Revista de Internet, derecho y política*, 31. <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i31.3205>
- Serra Cristóbal, R. (2021). De falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública. *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, 199-235. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.47.2021.30712>
- Simón Castellano, P. (2020). Internet, redes sociales y juicios paralelos: un viejo conocido en un nuevo escenario. *Revista de Derecho Político*, 104, 198-228. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.110.2021.30332>
- Teruel Lozano, G. (2014). Libertad de expresión y censura en internet. *Estudios de Deusto*, Vol.62/2, 41-72. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-62\(2\)-2014](https://doi.org/10.18543/ed-62(2)-2014)
- Teruel Lozano, G. (2022). Desinformación rusa y libertad de expresión: el caso de la guerra de Ucrania. *Letras Libres*. 30-06-2022. Disponible en: <https://letraslibres.com/politica/desinformacion-rusa-y-libertad-de-expresion-el-caso-de-la-guerra-en-ucrania/>
- Tuñón Navarro, J., Oleart, A. y Bouza García, L. (2019). Actores Europeos y Desinformación: la disputa entre el factchecking, las agendas alternativas y la geopolítica. *Revista de Geopolítica*, 18 (2), 245 – 260. Disponible en: [doi:10.26441/rc18.2-2019-a12](https://doi.org/10.26441/rc18.2-2019-a12)
- Ufarte-Ruiz, M. J., Peralta García, L., Murcia Verdú, S.J. (2018). Fact checking: un nuevo desafío del periodismo. *El profesional de la información*, 27(4), 733-741. Disponible en: <https://doi.org/10.3145/epi.2018.jul.02>
- Volkoff, V. (comp.) (1986). *La désinformation, arme de guerre*. París: Julliard.
- Wavell Room. La Guerra Híbrida: un término, muchos significados. *El Radar*, 07/03/2022. Disponible en: <https://www.elradar.es/la-guerra-hibrida-un-termino-muchos-significados/>

Los poderes privados de dominio social y el surgimiento de una especie de nueva pluralidad de producción jurídica propia de la globalización: el globalismo como efecto político

The private powers of social domain and the emergence of a kind of new plurality of legal production typical of globalization: globalism as a political effect

ANTONIO VILLACORTA CAÑO-VEGA

Doctor en Derecho
antonio.villacorta@yahoo.no

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.3.24338>

Fecha de recepción: 28/04/2022

Fecha de aceptación: 30/05/2022

Resumen

El propósito de este análisis es acercarnos a una comprensión más sistemática de la naturaleza y las consecuencias de la globalización(globalizaciones) contemporánea, en cuanto los cambios políticos que conlleva nos han colocado ante una vasta diversidad histórica, política y cultural que se muestra impermeable a las explicaciones convencionales. La globalización, el globalismo, la mundialización financiera la desregulación de los mercados y su relación con la gobernanza pública, es uno de los temas clave de nuestro tiempo. Se apuntan así algunos significados y consecuencias de estos términos, y quizás lo que es más importante, por contraste, qué no significan.

Palabras Clave

Globalización, globalismo, internacionalización, mercado, poderes sociales de dominio.

Abstract

The purpose of this analysis is to approach a more systematic understanding of the nature and consequences of contemporary globalization (globalizations), insofar as the political changes that it entails have placed us before a vast historical, political and cultural diversity that is impervious to conventional explanations. Globalization, globalism, financial globalization and the deregulation of markets and their relationship with public governance is one of the key issues of our time. Some meanings and consequences of these terms are thus pointed out and, perhaps more importantly, by contrast, what they do not mean.

Key Words

Globalization, globalism, internationalization, market, social powers of domination.

Sumario

I. Para situar la cuestión: proceso globalizador y nueva forma de estructuración social del poder. II. La decadencia de los órganos políticos nacionales en los procesos de configuración jurídica. III. Rasgos estructurales del nuevo marco regulador de ratio esencialmente económica. IV. Una normación generada fuera del ámbito estatal y prácticamente ausente de control. V. El mercado internacional en cuanto paradigma de acción: consolidación de una Comunidad política de individuos privados y aumento de la exclusión social como consecuencias. VI. ¿Cabe aún la reacción? Algún tipo de apunte aun desde una perspectiva escéptica, pero tratando de permitir como posible la ordenación que haga del mundo un lugar accesible para las democracias estables. *Bibliografía.*

I. Para situar la cuestión: proceso globalizador y nueva forma de estructuración social del poder.

Las asombrosas transformaciones operadas en múltiples ámbitos de nuestra existencia durante los últimos decenios causadas por la *hybris* trasgresora de la cultura técnica en permanente transformación, acompañan o más bien son la causa del acelerado cambio de contexto vital en el que vivimos, pues a su través hemos logrado una mayor agilidad en el procesamiento y transmisión de informaciones que influyen, obviamente. las actividades económicas, modifican los mercados y consustancian una realidad diferenciada de organismos multilaterales. En semejante contexto es dónde las esferas pública y privada se interpenetran, con la consiguiente pérdida para las soberanías políticas de los estados nacionales y la merma asimismo de buena parte de su poder de regulación independiente.

Se nos ha advertido así con claridad cómo el avance tecnológico puede ser acarreador de beneficios o de perjuicios, “según como lo encauce la voluntad humana”, por lo que tal progreso “no debe ser considerado como un bien absoluto al que se subordinan o sacrifican todos los demás valores” (Frosini,1996: 91). De la misma manera, lamenta por ejemplo Grimm, la falta de reflexión acerca de nuestra responsabilidad comunitaria en el contexto aludido, poniendo de relieve que detrás de la creciente complejidad de las estructuras y funciones sociales hallamos de nuevo el progreso científico-técnico “como fuerza motriz”, y los aludidos problemas son portadores de diferentes efectos de trascendencia en el ámbito de “los Derechos fundamentales. El primero resulta de la ambivalencia del progreso: todo aligeramiento de las tareas humanas engendra simultáneamente nuevas fuentes de riesgo y una serie de costes para las libertades aseguradas

por los Derechos Fundamentales, en particular para la vida y la salud” (Grimm, 2006: 164). Porque, el progreso es desde siempre una “palabra mítica”, que nos es impuesta como norma del actuar político y humano en general y emerge cual “su más alta calificación moral (...) No obstante, sigue siendo actual también la ambivalencia de este progreso: el progreso comienza a amenazar a la creación, que es la base de nuestra existencia; produce desigualdades sociales entre los hombres y además reporta cada vez nuevas amenazas al mundo y a la humanidad en las que apenas se repara. En este sentido, es indispensable orientar el progreso según criterios morales. ¿Según qué criterios? Este es el problema” (Ratzinger, 2005: 62).

La nueva situación, guiada por las indisimuladas tendencias de difuminación y delegaciones de competencia, privatización, desformalización, desestatización, descentralización, deslocalización, desregulación, desconstitucionalización y deslegalización, atañe singularmente a las instituciones jurídicas y políticas, pues, conforme se evidencia, comenzarían a perder parecido con el prototipo normativo forjado como logro central de la modernidad para los contextos de los Estados Liberal y Social (Paulus, 2013: 69). Marco superado ahora en su cualidad de ser el apropiado para encauzar el proceso globalizador; y proceso que se corresponde con la emergencia de una nueva forma de estructuración desde la dimensión socio-espacial. Ante esta panorámica, denotamos la histórica aparición de una inédita escisión social, acorde a la cual, un modelo predomina sobre el otro, frente a lo que, el Derecho constitucional, en realidad la totalidad del Derecho “se encuentra ante los retos de la globalización” (Stolleis, 2013: 57). Esto es, el patrón jurídico-político articulado por el Estado liberal-democrático, pierde fuerza en favor de un arquetipo político de naturaleza más incierta para con la nueva materialidad de un mundo globalizado e internacionalizado, cuyos pilares básicos, como son la tiranía del dinero y de la información, han terminado por “desvencijar los espacios económico, social y político hasta generar un nuevo Medievo” (Wiederin, 2015: 64). Y de “neofeudalismo jurídico” nos hablará Faria en la realidad globalizada o sencillamente globalización, de la cual se han ofrecido ya innumerables definiciones (Faria, 2001: 262 y ss). Por quedarnos con una estimada bastante caracterizadora del fenómeno, nos referiremos a la ofrecida por el que fuera destacado sociólogo alemán Beck, fuerte defensor de una la sociología reflexiva en cuanto posibilidad del no abandono del análisis crítico frente a los problemas actuales, para quien ha de entenderse por realidad globalizada aquella concepción, conforme a la cual, “el mercado mundial desaloja o sustituye al poder político; es decir, la ideología del dominio del mercado mundial o la ideología del liberalismo. Esta procede de manera monocausal y economicista y reduce la pluridimensionalidad globalizadora a una sola dimensión, la económica, dimensión que asimismo considera, de manera liberal, y pone sobre el tapete (cuándo, y si es que lo hace) todas las demás dimensiones -las globalizaciones ecológica, cultural, política y social- solo para destacar el presunto predominio del sistema de mercado mundial” (Beck, 2007: 2-3).

II. La decadencia de los órganos políticos nacionales en los procesos de configuración jurídica.

El naciente novel orden social pone de relieve las incapacidades de las normas provenientes de los singulares estados y proyecta la problemática de la garantía de los valores y derechos a un contexto mucho más vasto y profundamente transformado, el cual, nos hace que recordemos cómo

uno de los rasgos profundamente caracterizadores del orden medieval de configuración jurídico-político era el carácter “compuesto y pluralista de los cuerpos políticos” (Weckmann, 1993: 21), porque vemos reaparece ahora en otras versiones. Este orden, como acabamos de decir, surgido al socaire de ese proceso pluridimensional consecuencia del fenómeno globalizador, bastante más antiguo de lo habitualmente presumido, si bien, en los últimos decenios presenta como rasgos caracterizadores la profundidad y magnitud del “proceso vivido”, caracteres que quedarían incompletos de no referirnos al rasgo de multicausalidad, o al de la pluridimensionalidad, dicho sea esquemáticamente, el que genera relaciones y vinculaciones de alcance transnacional y elevada complejidad.

A partir de lo que se estima un hecho considerablemente consolidado por importantes sectores doctrinales como es la administrativización del espacio jurídico global, quizá se pudiera construir y aceptar la idea defendida de un eventual Derecho Administrativo Global, como concepto o idea clave, que parte de constatar la existencia de una quiebra de la separación tradicional entre la esfera interna y la esfera externa de actuación de los estados, aunque no sea algo forzosamente a compartir por el momento (Möllers, 2007a: 1-7; incluso má convencido Battini, 2005; 2-31; o Ponce Solé, 2021: 505 y ss). Esta aludida perspectiva contrasta con la mantenida por otros sectores de la doctrina alemana, que manejan la noción de “estatalidad abierta”, y destacan el papel preponderante que aún tienen los estados en la esfera global o internacional, aun con su soberanía flotante” (Di Fabio, 1998a, y 2005b). La tarea de los estados-nación interesados todavía en la autoconservación y la continuación de los valores rectores es la de no permitir el secado de las fuentes de su cultura. El mismo Di Fabio considera necesarias dos cosas para que se de esto: de un lado, la no relativización de los bienes culturales y las instituciones que crean vínculos sociales, y, de otra parte, la provisión de un índice de natalidad suficiente, porque, donde faltan los futuros portadores, los valores relacionados no pueden sobrevivir. En consecuencia, reivindica una reorientación social que se aleje de las ideas y prácticas planas, postulando el trabajo sostenible y el cuidado en lo social, especialmente tocante a los lazos familiares. También hace referencia positivamente a la comunidades religiosas como mediadoras de la cultura y de los lazos sociales acrecidos, en el libro publicado hace un par de años: *Staat im Recht. Mit Kommentaren von Karl-Heinz Ladeur und Christoph Möllers*, donde entiende necesario agudizar la perspectiva de la teoría constitucional contemporánea, acentuando aún la importancia de la institución del Estado como vínculo estructural entre los sistemas sociales del derecho y la política, teniendo eso sí en cuenta que en el contexto de un nuevo orden mundial multipolar y digital, las condiciones funcionales del Derecho diferenciado y abierto están cambiando continuamente, lo que debe ser de plena consideración por el Estado en orden a la readaptación de este (Di Fabio, 2020c: *passim*).

Sucede que, por el momento, el proyecto de funcionamiento del sistema jurídico-democrático más allá de “los confines del Estado nacional” no es en exceso realista, a causa de la falta de “cohesión” suficiente de vínculos “pre-políticos” y en la práctica ausencia de una “identidad colectiva” (Zolo, 2005c: 103; del propio Zolo 2004b: *passim*; y Ferrajoli, 1998a: 21). Se cumple la vieja advertencia formulada por Heller a pesar de su aparente propio escepticismo al efecto, quien viera improbable, “si bien no imposible, que el futuro europeo conduzca a un desplazamiento de la soberanía del Estado mediante una especie de capitalismo feudal, en el que se diluya nuevamente el poder político en un haz de derechos privados patrimoniales” (Heller, 1927: 65). Y nos encontramos actualmente con una organización estatal ya no solo menguada en su soberanía

sino sometida como se halla a presiones y embates de tal envergadura, que se comprueba por doquier el recorte de sus ámbitos de “actuación y comprometidas las propias razones de su existencia” (De Vega García, 1998a: 14), así como acusados déficits de legitimidad (Jestaedt, 2004: 649 ss); precisamente, cuando el constitucionalismo había logrado el control en lo esencial del poder del Estado por medio a de mecanismos políticos y jurídicos “de exigencia de responsabilidad establecidos en las constituciones normativas. El motivo fundamental consiste en que ese poder, antes ejercido en el seno del Estado nacional, se está desvinculando cada vez más del Estado y pasa a ejercerse ahora desde instancias globales. Por tanto, el constitucionalismo viene obligado a diseñar nuevas estrategias que hagan posible la recuperación de las funciones históricas que lo han caracterizado como movimiento civilizatorio, para controlar el poder allí donde está actualmente, en gran medida fuera del Estado y de los circuitos internos de formación de la voluntad estatal” (Balaguer Callejón, 2018: 8).

III. Rasgos estructurales del nuevo marco regulador de *ratio* esencialmente económica.

Dicho lo previo, según resulta posible sostener, las instituciones jurídicas asociadas al proceso globalizador conforman un marco de reglamentación estructuralmente parecido al correspondiente como propio del Medievo (Faccini Neto, 2003: 47). Podemos en tal sentido denotar la aparición de un aludido pluralismo jurídico fuera de los confines tanto del Derecho estatal como del Derecho internacional, encargado de conquistar progresivamente competencias propias de los Estados nacionales, lo que comporta la correspondiente debilidad de estos y conlleva el proceso de cesiones constitucionales de alcance, en nombre del desarrollo económico. Semejante afirmación puede resultar chocante en un primer momento, aun cuando sí pone sobre el tapete el concepto de superior interés y el más pasmoso surgido con el complejo, heterogéneo, multicultural y conflictivo mundo globalizado, caracterizado por los fuertes y turbulentos cambios que ha traído consigo la posmodernidad. Y es que, en efecto, ante ese proceso de debilitamiento por el cual atraviesan las instituciones provenientes del paradigma de la modernidad, observamos el inicio de la consolidación de un nuevo paradigma jurídico-político, y en él, las emergentes instituciones jurídicas surgidas por sí mismas a partir de la autonomía privada e “impulsadas por las exigencias objetivas del intercambio global” (Stolleis, 2013: 41), evidencian un significativo parecido con aquellas de dimensión localista que estuvieron presentes previo al Estado moderno. Es cierta también la existencia de relaciones necesarias entre diversidad y globalización, un tipo diferenciado de discurso que permite superar la tensión particular-universal, pero en esto ahora no podemos detenernos. Por lo cual, salvadas las distancias, podemos hablar de un armazón de reglamentación socio-jurídica de carácter similar a la propia del Medievo, pero carente de apoyo en lugares físicos concretos y ahora de geometría variable (Barcellona, 2003a: 28 y ss). Denominada así entre otros por Irti, como un “*geodiritto*”, o conjunto variable de relaciones y dinámicas jurídicas entre puntos y sujetos diversos dentro del espacio global (Irti, 2006: *passim*), lo que complica el marco normativo, en cuanto expresión de una alta variedad de regulaciones jurídicas provenientes de diversas fuentes y con diferente fuerza normativa, por no entrar en la cuestión reactiva de qué tribunal dirá la última palabra.

De otra parte, solo algunas breves matizaciones. Ciertamente, la Alta Edad Media asimiló la idea geocéntrica del Derecho, pero ahora el geocentrismo es difuso y más acusado. Tampoco se salva el panorama acudiendo a la Baja Edad

Media, pues la misma aceptó una visión jurídica iuscéntrica de la que ahora no disponemos. La tensión entre universalismo y localismo jurídico existe en ambos períodos, pero en el actual momento histórico-concreto es más amplia y dinámica, aunque la línea de conflicto político decisivo renueva en cierta medida la relevancia del viejo dualismo universalismo-particularismo (Dellavalle, 2011: 37 y ss). En efecto, durante la Alta Edad Media -que desde el punto de vista político interno se desarrolla ante una evidente pugna entre poderes con afanes de universalidad- concurría en el plano jurídico la tensión entre un universalismo en forma de "cuerpo místico" a cuya cabeza se sitúa a "Cristo", con lo que era un peculiar localismo, y en ambas manifestaciones vemos al hombre medieval expresar el sentimiento y la necesidad de unirse, asociarse o vincularse con el grupo, sea al universal sea al local: el primero reflejo de la Res-pública cristiana y la vinculación del hombre medieval lo es con el Derecho Romano y el Derecho Canónico de la Cristiandad, esto es, con el Papa y el Emperador; el segundo se caracteriza por la particular vinculación del individuo medieval a su tierra, su fuero, su Derecho grupal o estamento. La formación espontánea del Derecho también seguramente existe en la actualidad, si bien estaría siendo ahogada por la calculada, la cual, sin embargo, debido a su artificiosidad, coincidiría también con postulados del Medievo, pero en este supuesto del Bajo.

La trascendencia adquirida por este desarrollo jurídico de *ratio* esencialmente económica para la estructura del proceso resolutorio, es enorme. En todo caso, la globalización no tiene únicamente cambios significativos sobre cuestiones y cambios de trascendencia de competencia económica en los modos de actuación de las empresas y funcionamiento de los mercados, sino que afecta también, entre otras muchas cuestiones, a los mecanismos conformadores del coste de la mano de obra, o en el funcionamiento global del mercado laboral y la competencia de los gobiernos sobre todas estas cuestiones, que, con frecuencia, sencillamente desaparecen. Como consecuencia, entra evidentemente en crisis la posición de los patrones, la eficacia y objetivos así como la eficacia de las políticas nacionales: fiscal, monetaria, aduanera o comercial, en fin, el nivel de actividad laboral, el empleo o las transferencias internas de rentas. Ahora, desde un plano descentralizado surgido, el proceso viene dominado en múltiples oportunidades por aquellos que retienen el poder macroeconómico y las políticas públicas, así como, sobre todo, la actividad económica privada, que escapan en gran medida a los mecanismos de control jurídico. Para otras numerosas ocasiones, y una vez la gestión económica ha dejado de ser un asunto solo nacional con el correspondiente sometimiento de la soberanía estatal a límites y tensiones, hemos de dejar sentado que son las grandes corporaciones y empresas transnacionales las responsabilizadas de establecer el marco jurídico siempre bien difuso; y lo hacen de modo armónico con sus intereses, a partir de lo cual se produce la regulación social mediante un nuevo tipo de Derecho que rebaja la importancia de la coacción -el denominado "*soft law*" base o parámetro al efecto de la interpretación-comprensión del "*hard law*"-, significando el surgimiento de una especie de neofeudalismo legal. Las categorías y los conceptos jurídicos se destinan cada vez más al baúl de los recuerdos y vemos por doquier la emergencia de un lenguaje tecnocrático e indisimuladamente economicista que deja perplejo a la inmensa mayoría de

Por demás, la institucionalización de la globalización ha supuesto mutaciones de los ordenamientos de tal trascendencia que conllevan la lamentable rebaja e incluso elusión de los mecanismos nacionales de garantía y control democrático y del Estado de Derecho, acentuando con ello la posición subalterna del ciudadano, con crecimiento de las discordancias y las diferencias asociadas a la ideología del globalismo en la que ha culminado el proceso de la globalización. La globalización

no es así la toma del poder por empresas multinacionales “sin Estado”, ni la caótica transformación desestructurada de disolución del orden público que dicen sus más despiadados críticos, aun cuando sí de trata de un proceso escasamente institucionalizado y perjudicial para los más débiles. Esto supone la destrucción de un elemento “definitorio de la Constitución: la dialéctica de la Constitución, su capacidad para albergar el conflicto”, pero, de otra parte, una constitucionalización de Europa, además de generar una “reconstitucionalización de los Estados”, implicaría la traslación al ámbito europeo de lo que ha sido característico de «la Constitución y del sistema constitucional: comprender la totalidad social, lo que supone la capacidad para integrar en la Constitución Europea lo que se ha venido llamando *dialéctica de la Constitución*: la capacidad de la Constitución para albergar el conflicto y admitir nuevas formas de *Pacto*”, un aspecto básico al objeto de sentar “las bases de la construcción europea que debe incluirse en las *tradiciones constitucionales* de Europa y que se mantiene en las todavía vigentes constituciones del Estado social” (De Cabo Martín, 2009: 31 y 47).

Este nuevo escenario, paulatinamente conformándose, exige de las normas de regulación de un sector económico que sean definidas por el lenguaje de los intereses de un puñado de poderes privados con capacidad de dominar esos correspondientes sectores estratégicos, regidos exclusivamente por la lógica del cálculo y de la ganancia, los flujos financieros y la volubilidad del capital especulativo, despreocupados por completo de todo cuanto suene a equilibrio de intereses; la razón es clara. La autonomía privada constituye «redes normativas globales y ve en ellas, de forma optimista, oportunidades para el propio desarrollo y la participación”, sin embargo, todavía resta por echar la cuenta de “lo que los individuos pierden simultáneamente en espacios de libertad y en protección jurídica”, toda vez, en una “palestra sin normas vinculantes para todos, siempre pierden los más débiles”; máxime cuando los actores globales están resultando ser “tan egoístas como los regímenes no democráticos”, pues realmente ninguno de ellos quiere saber absolutamente nada de “participación” (Stolleis, 2013: 51-52). Porque, es cabalmente constatable la importancia del despliegue regulador llevado a cabo por organizaciones de carácter global, particularmente en el ámbito financiero, que inciden de forma directa, por medio de disposiciones normativas de “distinta naturaleza, en los ordenamientos jurídico-públicos nacionales (...) No ha de olvidarse que la falta de una verdadera estructura constitucional en el espacio jurídico global constituye una grave carencia desde el punto de vista democrático, a la que debe hacerse frente mediante un reforzamiento de los Derechos fundamentales en el seno del mismo y mediante la previsión de una mayor participación y transparencia en la regulación de los procedimientos en dicho nivel” (Carro Fernández-Valmayor, 2014: 29).

Es verdad que existen de hecho suficientes justificaciones para la plausibilidad de este modo de mirar las cosas, y, en tal sentido, se ha hecho notar, lamentándolo a su vez, la ausencia de un verdadero “cuerpo de reglas generales” en el ordenamiento global todavía indefinible, de un mundo tan fuertemente cambiado (Cassese, 2009: 25-29). La fragmentación social y económica, observada desde esa perspectiva, evidencia un marco social asimétrico controlado por los poderes sociales de supremacía, siendo estos los encargados de establecer las condiciones conforme a las cuales las reglas del juego social son dictadas. Esto supone la pérdida del monopolio estatal de producción normativa, y el consiguiente creciente protagonismo de las empresas multinacionales, la industria, los expertos y las organizaciones no gubernamentales, para los procesos de elaboración y producción normativos. En múltiples ocasiones enunciadas bajo

la apariencia de contratos, produciéndose un amalgamiento entre relaciones de poder reales y heterogéneas y normas de Derecho, como ocurriera de nuevo en las sociedades premodernas. Reglas, eso sí, carentes de legitimación democrática, elaboradas de modo cada vez más difuso y menos transparente, conformándose a modo de un ordenamiento policéntrico construido por actores privados y por entidades supranacionales. A lo largo de ese proceso terminan por imponerse las reglas favorables a los intereses económicos privados, en notorio perjuicio de la parte más débil, casi siempre individuos consumidores y trabajadores, cuyos derechos básicos resultan constreñidos por normas que se les imponen de modo inmediato, cuando no sencillamente se desconsideran; lo cual no significa que no haya pronunciamientos partidarios de establecer una más estrecha relación producida por la globalización entre Derecho y Economía (Galvano, 2006: 46-47).

IV. Una normación generada fuera del ámbito estatal y prácticamente ausente de control.

No se puede ni debe ignorar que cuando las normas que son generadas fuera de las fronteras estatales, vale decir, en las áreas regidas por medio de la *“lex mercatoria”* propia de la mundialización económica, entran en colisión con las normas producidas democráticamente en los ámbitos del Estado, la tensión entre economía y política, entre razón económica y razón política, queda automáticamente transformada, se quiera o no, en la pavorosa confrontación entre democracia y antidemocracia, entre despotismo y libertad” (De Vega García, 2002b: 21; asimismo, Von Bogdandy y Dellavalle, 2009: 695 y ss). Y hasta el momento, el efecto más visible de este proceso globalizador es poder observar tendencias sociales marcadas hacia la individualización exacerbada, llegándose incluso al egoísmo más grosero, ante la ausencia, dicho de modo sintético, de una “esfera pública mundial, es, por esta razón, un crecimiento exponencial de la desigualdad, señal de un nuevo racismo que da por descontado la miseria, el hambre, las enfermedades y la muerte de millones de seres humanos sin valor. Estamos frente al desarrollo de una desigualdad que no tiene precedentes en la historia” (Ferrajoli, 1998a: 312). Ha denunciado, por ejemplo Ferrajoli, la gravedad de la situación, puesta asimismo de manifiesto ante la ausencia de limitaciones al ejercicio de la actividad a cargo de los “poderes financieros y empresariales privados tal como se manifiestan en el mercado global, unida a su creciente expansión, acumulación, carácter invasivo y capacidad de condicionamiento de la vida civil y política” (Ferrajoli, 2011c: p. 18). Siguiendo en esta dirección, comprobamos nuestra patética conversión en ciudadanos “mundialistas”, a la cual por “necesidad, mandato y exigencia del mercado nos vemos sometidos”, y que únicamente puede producirse a costa de “la renuncia cada vez más pavorosa de nuestra condición de ciudadanos en la órbita política del Estado, dentro de la cual el hombre es, ante todo, portador de unos derechos (*rights holder*) que siempre puede hacer valer frente al poder. Difuminada la ciudadanía en una organización planetaria, difícilmente podrá nadie alegar derechos y esgrimir libertades (a la postre donde radica la esencia ciudadana), ante unos poderes que sigilosamente ocultan su presencia” (De Vega García, 1998a: 17).

La Sociedad de mercado evidencia la progresiva proliferación de centros privados de poder, como las grandes corporaciones y empresas, grupos de presión, oligopolios y resto de poderes sociales, y la enorme magnitud que algunos de ellos alcanzan, realidades ambas fácilmente comprobables, pues resulta suficiente a tal menester reparar con un mínimo de atención sobre la realidad

vital circundante: el poder, en cuanto tal, ya no está concentrado exclusivamente en el Estado nacional actualmente debilitado, una vez amainados sus lazos de soberanía y orden de valores y subordinado a una suerte de constitucionalismo mercantil global, lo hallamos disperso, diseminado en las sociedades. Se ha destacado en este sentido la forzosidad de reconocer la decadencia del Estado nacional, y la consiguiente pérdida a lo largo de ese proceso de ciertas “potestades” típicas suyas, “tanto externas como internas”, de modo que al ordenamiento político único y soberano, legitimado al objeto de proveer los eventuales fines de coexistencia de un “grupo humano ubicado en un territorio, le ha sucedido una multiplicidad de centros de poder, es decir, de organismos dispares, instituidos para la tutela de una sola parte de los intereses colectivos reales” (Graso, 2005: 57-58).

El proceso globalizador comprende el fenómeno de acumulación de poder representado por las grandes fuerzas económicas y sociales de carácter privado, nacionales y sobre todo internacionales, situación ante la cual la crisis financiera ha dejado en claro que “la globalización de los mercados financieros, sin la correlativa regulación globalizada, pueden producir monstruos” (Paulus, 2013: 87). Lo expuso con claridad De Vega, al afirmar que la consolidación de un gobierno técnico mundial del mercado también mundial, no era cosa distinta de la dictadura de las grandes corporaciones, y amenazaba con convertirse en la auténtica “constitución material de todos los Estados” (De Vega García, 1998a: 46). Consiguientemente, la globalización está en el acervo de todos, y, de este modo, la palabra de moda pasa a transformarse rápidamente en “un fetiche, un conjuro mágico, una llave destinada a abrir las puertas a todos los misterios presentes y futuros”. Algunos autores consideran que la globalización es “indispensable para la felicidad; otros, que es la causa de la infelicidad. Todos entienden que es el destino ineluctable del mundo, un proceso irreversible que afecta de la misma manera y en idéntica medida a la totalidad de las personas”. Nos están “globalizando” a todos; y ser “globalizado” significa más o menos lo “mismo para todos los que están sometidos a ese proceso” (Bauman, 1999: 7). Incluso menos complaciente aún se mostraría Bonavides, al denunciar que la globalización política de corte neoliberal -si bien admite estar ante un concepto polisémico e interdisciplinar-, como fenómeno dotado de indudable complejidad y susceptible de diferentes enfoques de análisis, es lo cierto que avanza sin referencia alguna a valores, pero no por ello deja de ser “perceptible un designio de perpetuidad del *statu quo* de dominación” (Bonavides, 2016: 571). En todo caso, desde el estricto sentido político, resulta forzoso reconocer que la propagación de los modelos estatales jurídico-democráticos y de los sistemas de economía de mercado han actuado como catalizadores del proceso de globalización.

Además, los aludidos poderes sociales emergen fundamentalmente en aquellas situaciones caracterizadas por una disparidad substancial o asimetría entre las partes (Ya tempranamente, Lombardi, 1970a: 37). Asimetría permisiva para la parte dominante, situada en esta situación de supremacía por razones económicas o sociales, mediatizar la decisión de la parte más débil, ejerciendo un poder privado en lo concerniente a su naturaleza y a los sujetos implicados, pero cuyo acto de ejercicio es llevado a cabo lejos del electorado, bajo el imperio de la opacidad y del secreto, mediante formas de coacción y autoridad asimilables substancialmente a las categorías propias de los poderes públicos (Lombardi, 2007b: 39), que pierden importante poder de decisión e incluso se resiente claramente su posición soberana (Herdegen, 2015: 192 y ss). Con todo, matiza bien Jáuregui Bereciartu, al señalar cómo el concepto de soberanía de carácter exclusivo y hermético ha sido siempre más un mito que ha servido

para legitimar la supresión de la competencia política, tanto en asuntos internos como internacionales, para poder ejercer un poder real, porque han sido escasos los estados que ejercieron o ejercen una soberanía de estas características (Jáuregui Bereciartu, 2002: 127-128). Los estados sí han perdido progresivamente competencias y se ven incapaces ante la necesidad de adopción de determinadas decisiones que les competen, pero que incluso dentro de su propio territorio no son capaces de tomar ya en la actualidad. Como proceso en sí mismo continuo y dinámico, hemos de reconocer que con la globalización se ha producido una progresiva difuminación de las fronteras, llegando así al desafío de las leyes estatales en cuando a la regulación del funcionamiento de las empresas y de la forma de comportarse económicamente “los individuos a nivel internacional”, pudiendo surgir vulneraciones de “derechos y libertades en el ámbito estatal”. Esto se consigue cuando los centros de producción de las empresas se trasladan de un país a otro para obtener mayores beneficios económicos.

En ese contexto en el que protagonismo de las relaciones internacionales ya no es exclusividad ni de los estados ni de las organizaciones intergubernamentales, otras normatividades también se vienen expandiendo y ocupan al menos parte de su ámbito de modo veloz. De una parte, este proceso se manifiesta por modo de un haz de prácticas, costumbres, usos, reglas, códigos de ética o de conducta, o acuerdos de intenciones (*Memorandums of understanding*), cláusulas contractuales, términos normalizados y principios mercantiles acuñados por empresas de muy variado tipo en el interior de las redes transnacionales de comercialización de insumos, bienes y servicios, con el objetivo de regular el acceso a los mercados, de encauzar y disciplinar las transacciones comerciales o financieras y de propiciar los criterios, métodos y procedimientos para la resolución de conflictos en el comercio internacional, por ejemplo, a través de mecanismos de arbitraje. Tal normatividad-floja dispone de la flexibilidad conveniente cara a su adaptación a las especificidades sectoriales y regionales, siendo aplicada fundamentalmente por las asociaciones empresariales, cámaras de comercio, corporaciones profesionales y otros operadores jurídicos a los que la doctrina científica denomina “artesanos legales”. Esta normatividad conforma la así llamada “nueva” *Lex mercatoria*, en contraposición a la forjada en los tiempos medievales. El capital financiero global, señala puede imponer a la política la ley “del mercado como una nueva *Grundnorm* del Derecho y de las propias constituciones” (Ferrajoli, 2014d: 137-138). Las micro-racionalidades emergentes en esa dinámica caótica de expansión legislativa son potencialmente conflictivas entre sí, e incapaces de converger en la dirección de una racionalidad macro con unidad lógica, coherencia programática y rigor conceptual, y, de esta suerte, en cualquier situación-límite de “hiperjuridicización” o de “sobrejuridificación” (*Verrechtlichung*), el derecho positivo no es capaz de conseguir una jerarquía mínimamente articulada y con principios integradores compatibles entre sí (Vesting, 2004: 639-641).

Excluida la intervención estatal en esas empresas multinacionales, se deja a un lado el objetivo del desarrollo social y “se ocultan los derechos y libertades de la ciudadanía” (Figueroa Burrieza, 2017: 136). Recoge a este propósito Ferrajoli la tesis clásica de Montesquieu, acerca de que el poder carente de límites legales tiende a convertirse en absoluto, y a ello añade la existencia de: un “nexo biunívoco entre poderes jurídicos o no, y desigualdades, formales o sustanciales. El poder tiene el específico efecto de producir desigualdad, disparidad, serialización, disciplina, relaciones de sujeción, y la desigualdad consiste en relaciones asimétricas de poder/deber y en el sentimiento de desigualdad de las identidades propias y de otras que las acompañan” (Ferrajoli, 2014d: 299). De este modo, conformada una auténtica nueva Sociedad de

consumidores de ofertas ausentes de responsabilidad, se ha logrado extender el individualismo al grado extremo, y, así, la elección se transforma de modo proseguido “en hedonismo: el deseo es menos estructurado socialmente y más personal”, y no resta espacio para la reivindicación social (Clarke, 2010: 2).

V. El mercado internacional en cuanto paradigma de acción: consolidación de una Comunidad política de individuos privados y aumento de la exclusión social como consecuencias.

Sin haber soltado lastre material y espiritual acumulados por el proceso globalizador, antes al contrario, se ha ido conformando progresivamente una comunidad política de “individuos privados”, cuyas formas de actuación van perfectamente orientadas a la consecución de intereses particulares, despreocupados respecto de un irreparable para ellos interés de carácter comunitario, en el cual ni se repara, toda vez un rasgo arquetípico de la globalización es la tendencia a la privatización de lo público, al forzamiento de declinaciones a cargo del poder así como a la subjetivización política y jurídica, con la superposición de prácticas de gobierno entre concepciones *soft* y *hard* de la política y del Derecho (Ferrarese, 2000: 65 y ss, entre otros momentos). Una vez producida la institucionalización de la posición dominante, da ello lugar a una auténtica autoridad de supremacía privada que asume relevancia social y, en último término pública, operando de forma invisible y silenciosa, y subordinando a la otra parte a una posición de sujeción; en ocasiones, a una desgarradora ausencia de protección ante la supresión de la participación democrática, incrementando, de este modo, la exclusión social, así como la total falta de respeto para con la Dignidad humana. La globalización económica ausente de reglas ha producido un “crecimiento exponencial de las desigualdades: de la concentración de la riqueza y a la vez de la expansión de la pobreza, del hambre y de la explotación” (Ferrajoli, 2007b: 88).

En cuanto a la posición de Dahrendorf, desde la asociación de la exclusión social debida con toda probabilidad al fenómeno de la globalización, concluye que una parte significativa de la población parece haber perdido toda conexión “con la esfera de la ciudadanía. Se trata de los marginados sociales. En suma, ciertas personas simplemente no sirven: la economía puede crecer lo mismo sin su contribución; desde cualquier perspectiva que sean considerados, no constituyen, para los restantes de la Sociedad, un beneficio, sino un costo. Y a medida que se expande el neoliberalismo que anima la globalización, su número es siempre mayor” (Ralf Dahrendorf, citado por Facchini Neto, 2003: 47). Por eso, como contrapunto a la nueva “Arcadia del crecimiento”, aparece ante nosotros la pavorosa situación de universalización de “la miseria y del hambre que recorre en paralelo a la universalización de los mercados más de las tres quintas partes del planeta (...) incluso dentro de los países más desarrollados, como secuelas lacerantes y corolarios inevitables del sistema, adquieren de día en día más intensidad fenómenos tan hirientes como la marginación y el paro estructural. Si a ello se añaden los hechos generalizados de violencia, corrupción, polución y destrucción del medio ambiente, inseguridad ciudadana, y un largo etcétera que no vale la pena recordar, a nadie en su sano juicio se le ocurriría pensar que su vida transcurre en el mejor de los mundos posibles” (De Vega García, 1998a: 16). Además, los mismos factores que han provocado la transnacionalización de “los mercados de insumos, producción, finanzas, capitales y consumo, también han acarreado la disolución del individuo como única unidad de acción moralmente relevante” (Faria, 2001: 140). Ante semejantes circunstancias, no podemos estar más de acuerdo con la propuesta también

realizada entre nosotros que propugna: “En especial, la construcción de un Derecho fundamental a la garantía de un mínimo existencial, derivado de la dignidad de la persona humana, tendría que estar, en los graves momentos actuales, en el centro de las preocupaciones de los poderes públicos” (Carro Fernández-Valmayor, 2014: 44); en línea con el reconocimiento de un Derecho Fundamental a un mínimo existencial (*Existenzminimum*) o renta mínima de subsistencia que, con apoyo en el Derecho Fundamental de la Dignidad humana (artículo 1.1 de la *Grundgesetz*) concordante con el principio del Estado Social (artículo 20 de la *Grundgesetz*), ha efectuado el Tribunal Constitucional Federal alemán, en sentencia de 9 de febrero de 2010 (BVerfGE, 1 BvL 1/09 del 9/2/2010; BVerfGE 125, 175). En esta misma línea, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, ha conocido de la legislación federal (*Legislación Hartz IV* de 2005) que establecía un apoyo social garante del mínimo vital cuyo importe suponía una especie de renta mínima de subsistencia a recibir por las personas y sus familias necesitadas de ayuda, porque no tuvieran derecho ni a la prestación por desempleo ni a la ayuda para los parados, o quienes sin estar en tal situación no ganan lo suficiente de acuerdo a baremos legalmente establecidos. Al controlar la fijación legislativa de esta renta, el Tribunal Constitucional alemán, en esa decisión muy discutida o aplaudida según los casos, y comentada (Bittner, 2011: 1941-1960; Egidy 2011: 1961 y ss), ha establecido la existencia de un Derecho Fundamental que no había sido declarado hasta la fecha en su jurisprudencia anterior, conectado sistemáticamente el Derecho Fundamental de la Dignidad humana (art. 1 de la Constitución alemana) y el principio estructural del Estado social (art. 20.1 de la Constitución), pues ambos preceptos entendió constituyen fundamento para garantizar un mínimo de subsistencia digno, esto es, a percibir dicha renta o mínimo vital por importes adecuados a tal subsistencia digna; vale decir, la *Grundgesetz* garantiza a todas las personas necesitadas, las indispensables condiciones materiales al objeto de su existencia física, así como una participación de mínimos en la vida social, cultural y política. El ámbito de garantía del Derecho Fundamental tutela inicialmente la existencia física del individuo, a quien debe procurarse alimentos, vestido, ajuar doméstico o, en fin, la disposición de una casa digna; en segundo lugar, comprende la atención a sus relaciones interpersonales, por lo que ha de procurársele una participación mínima en la vida socio-cultural, pues, toda vez su naturaleza es la de un ser socio-político, ha de tener garantizada la existencia o presencia mínima en una Sociedad democrática con opciones de participación en el proceso político, y, dado la persona se concibe como tal ser social, comunicativo, solo puede alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad en sociedad y en comunidad con otros. Ahora bien, estimó el Alto Tribunal alemán que del texto constitucional podía deducirse tal Derecho de rango Fundamental, pero puso también de relieve la inexistencia en el mismo de referencias acerca de los medios necesarios para su disfrute, ni tampoco decidió acerca de cuál debía ser el umbral mínimo a ser satisfecho. Su realización concreta es dejada en manos del Legislador, si bien, tratándose de un Derecho Fundamental de garantía no está a libre disposición de este, por ser sustancialmente indisponible, aunque, reiteramos, el contenido concreto de la prestación en la cual se materializa debe ser actualizado por él: “la concretización y la actualización constante por parte del Legislador requiere que este último deba ajustar periódicamente las prestaciones a devengar al nivel de desarrollo de la comunidad según las condiciones de vida existentes”. Esto es, delegaría en el Legislador a través de una reserva de Ley la función de garantizar a cada uno un mínimo vital digno, y a fin de “determinar la entidad del Derecho, el Legislador debe calcular todos los gastos necesarios para el sustento con arreglo a un procedimiento transparente y objetivo, realista y

susceptible de ser compartido, basado en datos fiables y métodos de cálculo convincentes», porque, en fin, solo mediante un procedimiento correcto y transparente pueden producirse decisiones justas; transparencia que le reprocha no haber seguido previamente, siendo una de las causas principales de la ideología del globalismo: eficiente como portador de ideas e inculcador de intereses, que ha logrado convencer de las bondades de la globalización incluso hasta a muchos de aquellos que son sus víctimas. Asimismo, mantuvo que las cuantías fijadas discrecionalmente por el Legislador podían ser controladas por el propio Tribunal, con la finalidad de valorar su compatibilidad con la Dignidad de la persona.

La globalización también ha tenido un impacto en la privatización de los servicios públicos y bienes como el agua, la salud, la seguridad e incluso la administración penitenciaria, y más recientemente, otros bienes, tales como las semillas o los medicamentos, han recibido la consideración de bienes económicos, pasando a ser integrados en los acuerdos comerciales (Mercado Pacheco, 2003: 316). Ello concuerda (o es consecuencia) con un observable proceso de desestatalización de la Administración pública, que actúa en el ámbito internacional cada vez con mayor autonomía respecto del Estado, y, en consecuencia, dicta normas y actos poseedores de efectos más allá del Estado nacional (Butturini, 2014: 33 y ss). Siendo así que el Estado-nación no está siendo acompañado, manifiesta por todos Sarmiento, *“pelo surgimento de alguma outra instituição que possa legitimamente substituí-lo”* (Sarmiento, 1999: 24). El debate público aparece dominado a cargo de las redes informativas de “la televisión y por un cierto número de grandes periódicos y revistas”, cuya competencia entre “estas instituciones está lejos de ser perfecta”, y resulta ser el propio mercado el encargado de restringir “cuestiones de interés e importancia públicas de dos maneras”: a) de una parte, privilegia “a grupos selectos, por medio de programas, periódicos y revistas especialmente receptivos a sus necesidades y deseos”; b) en segundo término, el mismo mercado incorpora, cara a la adopción de “decisiones editoriales y de programación, factores que pueden estar relacionados con la rentabilidad o la eficiencia que se les asigna (para ver las cosas desde un punto de vista de la Sociedad) pero que tienen poco que ver con las necesidades democráticas del electorado” (Fiss, 2007a: 112-113), quien termina recurriendo al Estado, por ser la “más pública de nuestras instituciones y porque es la única que tiene el poder que necesitamos para resistir las presiones del mercado y así ampliar y vigorizar nuestra política” (Fiss, 2007a: 119; Escobar Roca, 2000: 361 y ss).

Por consiguiente, los impulsos centrífugos de los intereses particulares hacen cada vez más inestable, ciertamente, “la Sociedad globalizada”. De ahí arranca la exigencia de “un espacio jurídico global, basado en la proclamación de derechos válidos para todos los seres humanos, que puedan poner freno al arbitrio del poder” (Ciaramelli, 2009: 165). Esto no habla en contra de los arbitrajes sectoriales privados dentro del ámbito estatal sean de derecho o bien de equidad, pues ha sido la insuficiencia e incapacidad de la vías tradicionales –la jurisdiccional y el procedimiento administrativo sancionador– para dar respuesta a las reclamaciones suscitadas en el ámbito de las relaciones verticales de consumo. No se trata de mostrar una atávica aversión al instituto del arbitraje, pues, como pone de relieve Perlingieri, en fase de profundas transformaciones en las tareas asignadas a los poderes públicos y de las relaciones institucionales por la que atravesamos, el recurso a formas alternativas e innovadoras de producción del Derecho y de la justicia ha encontrado en el arbitraje un fenómeno de apertura en sentido pluralista, lo que supone una revitalización del justo proceso constitucionalmente previsto (Perlingieri, 2002: *passim*; similarmente Eisele, 2003: 556 y ss; asimismo,

Tochtermann, 2005: 131 y ss). En cuanto a la información manejada por los actores económicos, el testimonio a distancia ya no es hoy algo que podamos decir nuevo. Ahora bien, bajo el dominio de los medios de comunicación de masas implementados por el desarrollo científico, en la era de la información y de la reproducción electrónica dominadas por el inmediatez de la imagen y la circulación de simulacros, ese aludido testimonio a distancia opera en un grado mucho mayor que en cualquier momento histórico previo. Con ello, se ha convertido en una poderosa arma política de las sociedades de masas, incrementada por el desenvolvimiento de los citados medios de comunicación de masas. El "arma" que llegaría en último lugar a este escenario ha sido la red global de computadores que, además de transmitir mensajes escritos y audiovisuales, es interactiva y estimula la creación de diferentes comunidades transnacionales imaginadas y virtuales, requiriendo del contraste y diferenciación del concepto de *espacio-público-real* con el de *espacio-público-virtual*, así como la noción de *esfera pública real* con la de *esfera pública virtual* (Valadés García, 2011: 9). En lo concerniente a autores como es caso de Bodin de Morães, defienden la existencia de una correlación estrecha entre el postmodernismo jurídico y el proceso de constitucionalización del Derecho Privado (Bodin de Morães, 2003: 59-61).

Y, frente a ello, puede observarse la interpasividad en general de los miembros de la Sociedad, y la tácita aceptación de la idea de que, habida cuenta de la complejidad de la realidad socio-política actual, el individuo no puede pretender por sí mismo buscar la decisión juzgada más acertada, ante lo cual ha de conformarse con optar por la estimada de inferior riesgo, siendo la única seguida vía a tal fin la de orientarse a través de lo hecho por todos, esto es, aceptar resignadamente la alternativa propuesta desde las instancias globalizadas. La libertad individual parece entenderse mayoritariamente a modo de libertad de "elección entre varios objetos para consumir, ejercida de forma indiferente, tanto respecto de los roles laborales como de los bienes expuestos en un supermercado" (Barcellona, 2003: 104b: 43). Desde nuestra ciencia, a ello contribuye la surgida "disociación" entre "contexto cultural" y "texto constitucional", a partir de la cual, las dimensiones jurídico-culturales están cada vez en mayor medida subsumidas en "las alteraciones objetivas del orden económico del capital", lo cual implica la sustancial variación de las "perspectivas del sujeto, determinando la instalación de una nueva subjetividad desarticulada que implica la pérdida de todo sentido activo de la historia", bien sea como esperanza o sea "como memoria", y ante ello, en cierta manera, "el discurso constitucional habla de una lengua muerta, una lengua de simulacros" (Asensi Sabater, 2002: 747-749). Resume De Sousa refiriéndose a los mercados especulativos al modo de un verdadero "fascismo financiero", que integra uno de los sectores "más salvajes del sistema mundial", quizá el "más salvaje" (De Sousa Santos, 1999a: 26), y la globalización, desde una perspectiva integral, la entiende como un proceso a través del cual una condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales a las entidades rivales: un "orden de caos" mal disfrazado en una época de incertidumbres (De Sousa Santos, 2017b: 37-41).

VI. ¿Cabe aún la reacción? Algún tipo de apunte aun desde una perspectiva escéptica, pero tratando de permitir como posible la ordenación que haga del mundo un lugar accesible para las democracias estables.

Consecuentemente con lo que hemos venido expresado, la democracia de ciudadanos requiere en mayor medida que nunca, de una forma de pensar

contemplativa del proceso democrático a partir de los Derechos Fundamentales. Exige también una reglamentación limitadora “del poder frente a la imposición de la pretensión de dominio de poderes singulares” arropados por un capital que tiene muchas patrias y sus domicilios se hallan por doquier surjan beneficios, así como de una consciente “resistencia constitucional”, desde la decida defensa asimismo de los Derechos Fundamentales; algo bien sabemos más fácil de decir que de hacer, y ha de aceptarse que la historia acontece al final como resultado que nadie ha pretendido que sea tal como finalmente resulta. No debemos echar en saco roto que la legitimidad de un sistema político reposa sobre la prioridad concedida a los Derechos del hombre, y en ello reside asimismo su carácter preferencial.

Para sectores de la doctrina científica, y dado aún estaríamos en cierto modo a tiempo si reaccionamos ya, los poderes estatales deberían organizarse y ponerse de acuerdo al objeto de ser capaces de “constitucionalizar” un ámbito público internacional –el mítico “constitucionalismo planetario” del que habla pero bien duda al mismo tiempo Ferrajoli, en cuanto cambio de paradigma–, alejado de los tentáculos del control llevado a cabo por los poderes privados, propuesta muy loable y hasta muy lógica. Pero a nadie se le ocultan las dificultades de semejante empresa, porque un Estado mundial constitucional solo nos parece concebible en sentido abstracto, pues estamos muy lejos de un pueblo del Estado mundial que en ideas hellerianas fuera un Estado soberano por derecho propio, un Estado/pueblo-activo como unidad política homogénea. Ese pueblo-activo, dirá Müller, como presupuesto de un buen Estado constitucional democrático, responsable de una democracia viva al servicio del logro de metas políticas consideradas deseables y logradas mediante procesos y estructuras políticas aceptadas por estar dotados de homogeneidad social (Müller, 1997a, y más ampliamente 2003b: *passim*). Entre nosotros, disecciona bien Sánchez Ferriz el alcance que en ese sentido activo se hace a la invocación del pueblo por la nueva Constitución suiza, en cuanto es considerado “el órgano supremo de la Confederación, no es una simple formulación grandilocuente sino que halla a lo largo de dicho texto fundamental prescripciones muy claras sobre sus competencias reales en el desarrollo de la vida política ya sea en relación con el poder ejecutivo ya con el legislativo e, incluso, con el judicial. Por ello, se califica al pueblo suizo en forma aparentemente contradictoria: como poder supremo y, a la vez, como oposición a todo poder constituido” (Sánchez Ferriz, 2016a: 14).

Es cierta así la evidencia de que corresponde por tarea a los constitucionalistas la de adaptar los sistemas teóricos de pensamiento a lo diverso y el surgimiento subsiguiente de nuevas problemáticas, al objeto de presentar soluciones funcionales, pero, el Estado, que nace como instrumento de gestión de un territorio concreto, hace tiempo que se encuentra ante el deber de afrontar “*fenomeni di natura globale*” (Azzaritti, 2013: 34, entre otros momentos). Tarea que siempre ha estado presente, pero que hemos visto acentuarse con la crisis sanitaria, que al tiempo ha arrojado suficiente luz sobre el problema de la inadecuación de los instrumentos tradicionales que deben ser revisados y renovados, porque incluso la cláusula de apertura cosmopolita demostró su ineficacia e inseguridad de modo impresionante hasta percibirse que, por demás, se engaña a sí misma. Adicionalmente, estamos ante evidentes elementos de debilidad caracterizadores de las organizaciones internacionales y supranacionales que, con pocas excepciones, carecen de verdadero poder decisorio, lo que es obviamente digno de pensarse. De otra parte, su declaraciones siguen siendo valoradas como excesivamente vagas y poco comprometidas, así como tildadas de un excesivo empleo del denominado lenguaje diplomático, cuando en

realidad el deber ser se resumiría en que toda Declaración internacional está abocada a recoger el principio de “beneficencia (haz el bien). Así, la IA debe desarrollarse para el bien común y el beneficio de la humanidad, mejorar el bienestar individual y colectivo, generar prosperidad, valor y maximizar la riqueza y sostenibilidad. Asimismo, debe buscar una sociedad justa, inclusiva y pacífica, ayudando a aumentar la autonomía de los ciudadanos, con una distribución equitativa de oportunidades económicas, sociales y políticas. También debe tener objetivos como la protección del proceso democrático y el Estado de derecho; la provisión de bienes y servicios comunes a bajo costo y de alta calidad; alfabetización y representatividad de los datos; mitigación de daños y optimización de la confianza hacia los usuarios” (Cotino Hueso, 2019: 37). Si los derechos correspondientes a las posiciones subjetivas de los individuos dimanaban esencialmente de actores empresariales operantes en la política internacional, el poder en términos conceptuales es consolidado a base de formas también más opacas, más específicas de enfoques estructurales e instrumentales en congruencia con las necesidades económicas de los poderes privados externos, toda vez los estatales externos o son extraordinariamente débiles, o meras cadenas de transmisión de los situados fuera del Estado, o incluso inexistentes, por lo que el avasallamiento del individuo se muestra tarea fácil. Urge trabajar en un diseño dinámico de procedimientos racionales de exigencia de responsabilidades internacionales, a fin de interceptar los excesos frecuentes de los poderes privados internacionales; en lugar de un Estado y un gobierno mundial, es preferible un dominio eficaz de la ley capaz de estar vigente ante alianzas cambiantes de estados y organizaciones públicas y privadas de dominio. Un Estado alerta y dinámico puede desarrollar aún funciones importantes, como es por ejemplo la acusatoria, sin embargo, la función juzgadora que comporta la exigencia de responsabilidad, a lo sumo, estará repartida entre los poderes públicos estatales y los supranacionales. En el debate público suele vincularse el acceso a internet con una promesa de igualdad: la mejor disponibilidad del nuevo medio contribuye a la participación política, a la mejora relacionada con la educación o al empoderamiento de grupos de población previamente desfavorecidos. Las investigaciones acerca de la desigualdad digital ponen de manifiesto que los miembros de la Sociedad formalmente mejor formados y de superiores ingresos acceden a internet y disponen de una mayor competencia de usuario con tendencia a la utilización de información política, científica y relacionada con la salud, y reciben mejor el contenido de aquellos asuntos que se valoran beneficiosos. Quienes se hallen en una posición social privilegiada están mejor situados para beneficiarse de la disponibilidad del nuevo medio. Incluso si también hay efectos positivos por parte de los usuarios de internet inferiormente posicionados socialmente, la disponibilidad de internet contribuye sistemáticamente a la ampliación de las desigualdades relativas.

La globalización exige nuevas estructuras de gobierno, y, en la actualidad, este último ha de someterse a procesos de reajuste que vienen denominándose la nueva gobernanza, así como participar en estrategias de cooperación conducentes a una gestión colectiva global; en ese proceso, la democracia representativa ha ido arrinconando progresivamente a la ciudadanía como fuerza electoral y no política. Con ello, se trataría de reivindicar la eficacia horizontal del espacio internacional constitucional, y lograr que los poderes privados en su totalidad se integren en el espacio público a efectos de responsabilidad jurídica exigible. El Estado nacional sigue estando vigente, pero parece evidente que la capacidad del Estado constitucional parece haber llegado a sus límites, porque, en efecto, muchos y muy importante asuntos transfronterizos no pueden ser regulados eficazmente por la legislación estatal, y es necesario enmarcar y

domesticar la “gobernanza privada transnacional” –que se establece por contratos mediante acuerdos entre actores no estatales; el arreglo que asigna dominios en internet ofrece el ejemplo más sofisticado hasta la fecha– obviamente, más allá del Estado (Teubner, 2012: *passim*), y también con cierta frecuencia que el Derecho internacional debe abstenerse de regular asuntos fronterizos debido a una falta de consentimiento o de ritmo entre los estados, todo lo cual requiere de nuevos enfoques para llenar vacíos actualmente existentes a través de un proceso dialéctico que permita unas mejores garantías jurídicas en la Sociedad mundial. A sabiendas de que la democracia cosmopolita en una república mundial federal, como señala Isensee, se contrapone a la evidencia del mundo político actual, “que no parece dar signos de querer adaptarse a ella. Las tendencias globalizantes no tienen carácter cosmopolita. El Estado mundial es una utopía. Podemos decir acerca de ella lo que dijera el mariscal prusiano en referencia a la paz perpetua: es solo un sueño, y ni siquiera bonito” (Von Moltke, citado por Isensee, 2004: 224). Naturalmente no es esta la última palabra. Precisamente en cuanto “utopía” es como adquiere “el cosmopolitismo valor”. Viene a ser una especie de contrapeso moral frente a “los poderes fácticos. La diferencia con la realidad protege a la utopía de verse desfavorecida en su ejecución y protege a la humanidad para que el potencial de desastre que alberga no se descargue. Las contrapropuestas cosmopolitas suponen así un aguijón permanente en la médula de los Estados ya establecidos, como parámetros de crítica que obligan a una justificación. La utopía constituye una isla de esperanza para todos los que sufren la realidad y les ofrece ayuda para por lo menos soportar esa realidad que no pueden neutralizar” (Isensee, 2004: 224-225).

En fin, un par de breves apuntes finales. Como hemos venido verificando, el progresivo avasallamiento de la lógica financiera sobre la economía real ha supuesto el fuerte aumento de la porosidad de las fronteras, de modo que los previos espacios habitualmente reservados a la actividad política y al derecho tienden a no coincidir con el espacio territorial tradicional, y se cuestiona así de modo resuelto el alcance de la efectividad de la soberanía del Estado nacional como ente territorial; en fin, en el plano jurídico, el derecho positivo y las instituciones judiciales se enfrentan a enormes limitaciones estructurales viendo su funcionalidad seriamente comprometida. En este nuevo contexto, la globalización que ahora ha dejado ya de ser un misterio para pasar a tratarse de una “civilización” hecha por el hombre con apoyo en sus progresos técnicos, es obvio que necesita asimismo de la información y de la comunicación modernas, y, en esta medida, surgen abusos, generándose con frecuencia criminalidad contra sistemas de información y comunicación. Por lo tanto, a nadie le es lícito cerrar los ojos frente a los lados más oscuros y tenebrosos del proceso, de indudables efectos criminógenos. La presión migratoria ejercida desde ámbitos regionales que pueden calificarse como perdedores en el proceso globalizador, puesta en marcha hacia las regiones que han salido mejor paradas, produce criminalidad de los emigrantes y tránsito oculto de fronteras, llegando hasta el infame tráfico de personas. A juicio de Zolo, entre otros, la contestación estatal frente al fenómeno migratorio, concretado a través de la negación de la calidad de sujetos a los inmigrantes, parece destinada a escribir en los próximos decenios las páginas más luctuosas de la historia civil y política occidental (Zolo, 1999a: 42).

Estamos, pues, en el plano normativo, ante una situación de fuerte responsabilidad, sobre todo, en lo referido a la cultura de los Derechos que ha de entenderse siempre como una cultura de responsabilidades (De interés, Sánchez Ferriz, 2016a: 160 y ss). Cultura y educación son actualmente consideradas áreas de prioridad en las sociedades del presente cada vez más interconectadas, y que están obligadas a ofrecer adecuadas respuestas ante los desafíos relacionados

con los parámetros contextuales de una “sociedad mundial de mercado” de más en más globalizada, que se enfrenta a los desafíos de realidades interculturales y multiculturales. Desde este punto de partida conceptual, se debe redefinir el rol de la educación en esas nuevas realidades interculturales orientándolas hacia un desarrollo humano integral basado en el derecho a la educación y a la cultura en igualdad de oportunidades para todos. Adicionalmente, se han de implantar modelos educativos equilibrados e inclusivos susceptibles de ofrecer habilidades, procesos y métodos para encarar la vida, capaces de favorecer los estudios de una ciudadanía intercultural, que puedan ofrecerse como herramienta para la convivencia de ese tipo societario aludido, y el asentamiento de esa misma convivencia con una variedad de identidades en la Sociedad globalizada (Di Fabio, 2014c: Intervención. En: *Die Welt (Markt) Gesellschaft, 18, Karlsruher Gespräche, Februar*) Por consiguiente, el Derecho y sus instituciones deberían desarrollar un rol tan importante como el que les corresponde, y renovarse decididamente a fin de dar respuesta a la demanda de una Sociedad más justa, con mayores oportunidades, más equitativa y responsable, con conciencia y en atención del contexto internacional en el que nos encontramos, y si bien reconozcamos que sería ideal pensar de forma global y actuar de modo local, esto hoy por hoy no tiene la requerida respuesta “global” al efecto. Adicionalmente, lo que sí ha quedado evidente es que en el ámbito transnacional resulta extraordinariamente difícil el recurso a los clásicos modelos de solución ofrecidos por el Derecho constitucional de los estados nacionales, y es sumamente fácil la observación y la confrontación con masas globales de reglas jurídicas en el ámbito de un “derecho global” sin “la presencia de un Estado global”, en tanto en el Derecho mundial podemos observar una multiplicación explosiva de tribunales que actúan globalmente y reclaman fallos finales sobre conflictos globales (Fischer-Lescano y Teubner, 2006: 32). Entre otros autores, ha planteado Bello recorrer el camino en amplio modo inverso, eso es, un proceso de desglobalización como como paradigma alternativo a la globalización neoliberal, consistente en llegar más allá de una economía exclusivamente fundamentada y orientada a “la eficiencia, en la cual el criterio clave es disminuir los costos unitarios sin tener en cuenta la desestabilización social y ecológica que este proceso pueda causar” (Bello, 2004: *passim*). Si caracterizamos a determinadas formas de criminalidad con el adjetivo “global” o como “problema global”, está ello implicando que se trata de una criminalidad especialmente grave: el criminal no solo agrede a un individuo o a un Estado, sino que ataca a todo el mundo, realiza con ello un injusto muy grave así como una consecuente grave culpabilidad y demuestra ser especialmente infame, peligroso y nocivo (Hirsch, 2004: 835-838). En lo relativo a los delitos contra el Derecho de gentes, vemos repetida frecuentemente la idea de que se trata de los crímenes más graves conocidos por la Humanidad y la necesidad de estar en alerta al objeto de dar una respuesta que hasta el momento resulta ser insuficiente, mientras el campo de tensión sigue extendiéndose (Tulkens, y Beenaert, 2007: 1005 y ss). En fin, se ha hecho notar la falta de capacidad del discurso dogmático tradicional para ser exportado fuera de la fronteras nacionales, pues al menos ha de renovarse al objeto de hacer frente a la necesidad de aclaración de nuevos conceptos dogmáticos aplicables a otros ámbitos territoriales más amplios (Lepsius, 2021: 86 y ss; similarmente Von Bogdandy, 2021: 141 y ss).

Deben así seguir realizándose análisis y propuestas constructivas a causa de los cambios reales en la delincuencia y las condiciones de inseguridad producidas por la globalización y el globalismo ideológico, los progresos técnicos (especialmente informáticos) y el nuevo marco de relaciones económicas internacionales. Se ha propuesto algo loable pero no fácil de lograr como sería un marco de Derecho penal internacional, integrado por un sistema del hecho

punible podría reclamar validez universal desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del Derecho, un sistema comprensible y capaz de dar resultados satisfactorios: esto es, apertura frente a diferentes ordenamientos jurídicos así como comprensibilidad y practicabilidad de las reglas propuestas en cuanto condiciones fundamentales a fin de que una parte general pueda esperar aceptación en el Derecho penal internacional. La aparente o real fría reticencia del Derecho penal nacional frente a la internacionalización y a la globalización jurídica se explica de ordinario a partir del arraigo moral que esta rama del Derecho tiene en cada Sociedad, así como por el escepticismo frente a una solidaridad de dimensión global, y, en este sentido, tal fuerte condicionamiento cultural, como se recuerda frecuentemente por la doctrina científica alemana, hizo que su Tribunal Constitucional en la decisión sobre el Tratado de Lisboa justificara el significado especial para el Derecho penal del principio democrático, al afirmar que este representa un ámbito jurídico especialmente sensible de exigencia de responsabilidades para “la capacidad de autodeterminación democrática de un Estado constitucional” (BVerfGE 123, 267, 359; apreciaciones de interés sobre la sentencia Möllers, 2009c: *Süddeutsche Zeitung*, 21. August). Conforme mantiene el precitado Alto Tribunal, las condiciones de la punibilidad dependen de “preconcepciones culturales que se desarrollan históricamente” marcadas por el lenguaje, y, de esta suerte, extraíbles “normativamente de forma limitada de los valores y premisas éticas compartidas (BVerfGE 123, 267, 359).

A la sombra de la crisis financiera mundial, muchos ciudadanos se preguntan si las democracias como los astros centrales ideados hasta ahora en cuanto modo de gobierno, aún pueden controlar y dar forma a la nueva situación. O bien, “¿los ciudadanos orgullosos están impulsados sin poder hacer nada por una dinámica que ha surgido como resultado de la globalización de los negocios y la ciencia, la movilidad global, la armonización de estilos de vida y el comportamiento de los consumidores?”. Pues bien, las alianzas regionales de estados como la Unión Europea, una zona transatlántica de libre comercio o instituciones como las Naciones Unidas o la Organización Mundial del Comercio “pueden ser vistas a modo de un intento coordinador de fuerzas políticas de nivel nacional y así ir adaptando el poder político para dar forma a la Sociedad global hipercompleja, pero el ser humano viene mostrando que soporta mal la globalización y que la entiende principalmente como sobrecarga, en fin, paradójicamente, por su estrechez de espacios entre otras razones. La idea de evolución de una fuerte zonificación de lo político puede fracasar por las condiciones del proceso político internacional y de igual modo intraestatalmente debido a las inflexiones del gobierno democrático en el cual el poder se convierte también en una exigencia incesante. Las formas supranacionales e internacionales de gobierno requieren un alto grado de capacidad de compromiso y voluntad de adaptación, lo que puede poner en peligro las democracias” (Di Fabio, 2014c: Intervención. En: *Die Welt (Markt) Gesellschaft*, 18, *Karlsruher Gespräche*, Februar), toda vez en el nuevo escenario donde se actúa con efectos globales surgen actores poderosos en correspondencia a sus fuertes intereses económicos y, por lógica, en el ámbito de la política de poder. Entre los debates de la comunidad académica y científica que se yerguen en sus últimos estadios, apuntan algunos la transformación democrática en “la era de la confusión acentuada por las crisis económicas mundiales”, y el desencanto ha alcanzado así una calidad que pone en cuestión el sistema democrático conocido hasta entonces en uno de los grandes desafíos de la globalización, la sociedad del conocimiento y la complejidad organizada.

Se trata de la confusión en cuanto mezcla inadecuada de diferentes niveles y realidades en un mundo de personas y organizaciones que son el resultado de demandas excesivas e incontroladas sobre sus capacidades cognitivas y

de las consecuencias de una época "post-factual". Un modelo diferenciado de democracia visto en serio por algunos como posibilidad, pero que va a tener demasiados presupuestos como para resultar pronto útil en cuanto paradigma global de socialización. Consistiría, dicho muy básicamente, en la delegación de tareas a las instituciones competentes, y ello promete alguna forma de remedio comunicativamente globalizado que va ganando en anchura y en el sentido de percepción fundamental, aun cuando por el momento nos deja un sentimiento de crisis, extravío, y remordimiento, toda vez la relación entre los individuos y la Sociedad bien ha podido plantearse en su dinámica histórica de modo menos asfixiante, o, al menos, la apertura de "claros" -en el sentido heideggeriano de desocultación y acceso a la verdad- dentro de la "jungla de lo social" a modo de provisorios donde se puede vivir. En lo que se ha visto un modo de llevar la contraria a Rousseau, al situarse frente a la manera de socialización propuesta por este que mutila al hombre y lo arroja a la mentira. La comprensión del pacto contenida en *Del Contrato Social* parte de la idea del hombre entendido como individuo, lo que hunde su fundamentación última en el concepto de "sujeto individual" en cuanto unidad sociopolítica. Argumentación que encuentra su punto partida en el "Estado de naturaleza", donde nos presenta un hombre solo, aislado, impedido de lograr la propia conservación por sus propios medios, con lo cual, busca forzosamente el concurso de otros hombres con la finalidad de subsistir; en tanto, la Sociedad recibe su configuración "por la agregación de una suma de fuerzas que pueda vencer la resistencia, ponerlas en movimiento por un solo móvil y hacerlas obrar concertadamente". El surgimiento de lo común proviene de la convergencia de las voluntades individuales: "semejante suma de fuerzas solo puede nacer del concurso de muchas separadas", y así, la Sociedad se explica desde la individualidad, concebida como lo no social. El modelo explicativo, se ha dicho en múltiples ocasiones, emplea la física, pues desde el inicio el individuo está concebido como "una fuerza", y lo social como una "suma de fuerzas". Esta manera típicamente moderna de pensar, considera Heidegger, no ofrece en modo alguno explicación válida respecto del carácter específico de lo social. Su obra *El Ser y el Tiempo* (varias ediciones) si bien no va aparentemente en esta dirección, sí ofrece, en nuestra opinión, numerosos destellos en tal sentido. Aun cuando tal obra no aborda directamente ni el tema de lo social como tal ni el tema de lo político, tampoco quedan al margen. El objetivo central de la reflexión no es el de determinar el origen de la relación con los otros, sino el de perfilar una caracterización del "Ser-ahí" en su cotidianidad, cuyo punto de arranque es el fenómeno humano ya constituido, tal como lo encuentra el filósofo cuando vuelve su mirada hacia él. Y tal cosa acontece, lo que nos obliga a admitir que "lo social", o "lo político", son fenómenos ineludibles que ya "están ahí": "ante los ojos" (*Vorhandensein*), o el de los entes "a la mano" (*Zuhandensein*).

Quizá hasta ahora hemos fallado en exceso tanto en el ámbito de los sentidos como en el ámbito de la responsabilidad y de la acción, para expresarnos mediante la dicotomía que planteara Von Goethe. Recordemos, en efecto, la reflexión de este último autor contenida en su segunda novela publicada en 1795-96 intitulada *Wilhelm Meisters Lehrjahre*: el hombre ha nacido en una situación limitada, puede ver determinados fines sencillos, cercanos, y se acostumbra a utilizar los medios que tiene a mano en su entorno; pero tan pronto como se encuentra ante un horizonte más amplio, no sabe ya lo que quiere, ni lo que debe hacer, y es completamente igual que se distraiga por el conjunto de los objetos, o que se salga de quicio por la altura y dignidad de los mismos (citamos por la versión española *Los años de aprendizaje de Wilhelm Meister*, 2000, Madrid: Cátedra).

El concepto tradicional de libertad como autodeterminación democrática, se enfrenta a un futuro-presente moldeado por la creación de redes globales y

una amplia digitalización en avance que parece imparable. Ahora, expone Willke, que ve amenazas digitales para nuestro conocimiento y, con ello, también para nuestra libertad (Willke, 2019b). En lugar de celebrar la libertad con renovado optimismo como hacen algunos (Höffe, 2015: 131 y ss), el objetivo aquí es pensar en las aporías de la libertad ampliamente amenazada en un mundo globalizado, para diseñar una “nueva gramática” de la libertad: un concepto de libertad adaptado a la complejidad social, y, por tal, proporcionalmente complejo que ha de tener también muy en cuenta las limitaciones indirectas. Y es que, los espacios individuales de libertad resultado de las condiciones contextuales de su limitación, tienen de hecho un impacto tan masivo como las violaciones directas de los Derechos de libertad: la libertad que está necesariamente parcelada y distribuida en sociedades hipercomplejas no sigue la lógica de un juego de suma cero, sino que los nuevos espacios de libertad para un grupo van acompañados de una libertad limitada para otros grupos, y requiere ello de múltiples consideraciones en esta dirección (Willke, 2003a: 89 y ss). Bajo las condiciones de una libertad compleja, desarrolla Willke las sendas a seguir por la modernidad digital, y refiere la creación de una comunidad no verbal a la que considera carente de comunicación, estando, sin embargo, bajo una presión radical en la era de la modernidad digital: la comunicación sin comunidad es una falsa comunicación (Willke, 2019b: 98). En la “Sociedad de singularidades”, en expresión de Reckwitz, nos conocemos poco entre los grupos, e incluso nos desconocemos, pues nos aislamos y falta comunicamos más allá de nuestro grupo; por demás, existe la idea de la heterarquía de los sistemas y de los grupos altamente complejos; y, el problema central de las actuales sociedades desarrolladas consiste en cómo determinar esas racionalidades divergentes a fin ser traídas a un discurso instructivo, en el cual la racionalidad del sistema tenga oportunidad (Reckwitz, 2017: *passim*). Pero las complejidades de la modernidad digital requieren una comprensión conceptual, lidiar con ellas, y descifrarlas de manera proactiva y resiliente: la tarea del control político sigue siendo proteger la libertad de la opresión y la violencia, y, además, una segunda se impone: expandir y dar forma a nuevos momentos de libertad que amplíen la acción de las personas (Willke, 2019b: 282).

Bibliografía

- ABRAHAM, I. y VAN SCHENDEL, W. (2005). Introduction: the making of illicitness. En: W. Van Schendel e I. Abraham (comps.), *Illicit Flows and Criminal Things*. Bloomington: Indiana University Press,.
- ASENSI SABATER, J. (2002). Recensión al libro de Peter Häberle: El Estado Constitucional, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 10-11.
- AZZARITTI, G. (2013). *Il costituzionalismo moderno potrà sopravvivere?*. Roma-Bari: Laterza.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2018). Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización. *Revista de Derecho constitucional europeo*, nº 30.
- BARCELLONA, P. (2003). *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*. Bari: Dedalo.
- BATTINI, S. (2005). International Organizations and Private Subjects: A Move Toward A Global Administrative Law?, *IIL J Working Paper (Global Administrative Law Series)*, 2005, nº 3.
- BAUMAN, Z. (1999). *La globalización*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- BELLO, W. (2004). *Desglobalización*. Barcelona: Icaria.

- BECK, U. (2007). *Was ist Globalisierung?: Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- BITTNER, C. (2011). Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010, *German Law Journal*, Vol. 12, nº 11.
- BODIN DE MORÃES, M. C. (2003). *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio Janeiro: Renovar.
- BONAVIDES, P. (2016). *Curso de Direito constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros.
- BUTTURINI, D. (2014). L'informazione tra diritto individuale di libertà politico-economica e funzione di servizio pubblico. En: D. Butturini y M. Nicolini (comps.), *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero. La libertà di informazione e la democrazia costituzionale*. Vol. II. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- CARBONELL, M. (2009). Globalización y derecho: algunas coordenadas para el debate. En: M. Carbonell y R. Vázquez (comps.). *Globalización y Derecho*. Quito: Ministerio de Asuntos Exteriores.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (2014). Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho público, en especial del Derecho administrativo, *Revista de Administración Pública*, nº 193.
- CASSESE, S. (2009). *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi.
- CIARAMELLI, F. (2009). *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho*. Madrid: Trotta.
- CLARKE, M. (2010). *Challenging Choices: Ideology, Consumerism and Policy*. Bristol: Policy Press at the University of Bristol.
- COTINO HUESO, L. (2019). Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho, *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 58.
- DE CABO MARTÍN, C. (2009). Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador, *Revista de Derecho constitucional europeo*, nº 11.
- DELLAVALLE, S. (2011). *Dalla comunità particolare all'ordine universale*. Vol. 1: *I paradigmistorici*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- DE SOUSA SANTOS, B. (1999a). *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*. Madrid: Sequitur.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2017b). *Democracia y Transformación Social*. México: Siglo XXI.
- DE VEGA GARCÍA, P. (1998a). Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. *Revista de Estudios Políticos*, nº 100.
- DE VEGA GARCÍA, P. (2002b). Prólogo. En: *Derecho Constitucional de la Integración*, de Laura Dromi San Martino. Madrid-Buenos Aires: Marcial Pons-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Editorial Ciudad Argentina.
- DI FABIO, U. (1998a). *Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechts- theorie Grundlinien einer Staats- und Rechts- Theorie*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- DI FABIO, U. (2005b) *Die Kultur der Freiheit*. München: C.H. Beck.
- DI FABIO, U. (2014c). Intervención. En: *Die Welt (Markt) Gesellschaft, 18, Karlsruher Gespräche, 14-16, Februar*.
- DI FABIO, U. (2020d) *Staat im Recht. Mit Kommentaren von Karl-Heinz Ladeur und Christoph Möllers*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- EGIDY, S. (2011). The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court, *German Law Journal*, Vol. 12, nº 11.

- EISELE, J. (2003). "Außergerichtliche Streitbeilegung und Mediation", *Juristische Ausbildung*, Heft 10.
- ESCOBAR ROCA, G. (2000): Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss, *Revista española de Derecho constitucional*, nº 58.
- FACCINI NETO, E. (2003). Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. En: I.W. Sarlet (comp.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- FARIA, J. E. (2001). *El Derecho en la Economía globalizada*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (1998a). Diritti Fondamentali. *Teoría política*, Vol. XIV(2).
- FERRAJOLI, L. (2007b). Sobre los Derechos fundamentales. En: M. Carbonell (comp.), *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- FERRAJOLI, L. (2011c). *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.
- FERRARESE, M. R. (2000). *Le Istituzioni della Globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnacionales*. Bologna: Il Mulino.
- FERRI, G. (2015). *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Á. (2017). El tríptico liberal y la globalización, *Revista general de derecho público comparado*, nº 20.
- FISCHER-LESCANO, A. y TEUBNER, G. (2006). *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- FISS, O. (2007). ¿Por qué el Estado?. En: M. Carbonell (comp.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM
- FROSINI, V. (1996). Los Derechos Humanos en la era tecnológica. En: A.E. Pérez Luño (comp.), *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons.
- GALGANO, F. (2006). *La globalización nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- GRASSO, P. G. (2005). *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*. Madrid: Marcial Pons.
- GRIMM, D. (2006). *Constitucionalismo y Derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- HERDEGEN, M. (2015). La soberanía de los Estado en épocas de globalización, *Inciso*, Vol. 17, nº 2.
- HELLER, H. (1927). *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*. Berlin: De Gruyter.
- HIRSCH, H. J. (2004). Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft. *Nationale und universale Strafrechtswissenschaft, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116. Jahrgang.
- HÖFFE, O. (2015). *Kritik der Freiheit. Das Grundproblem der Moderne*. München: C.H. Beck.
- IRTI, N. (2006). *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- ISENSEE, J. (2004). Muchos Estados en un mundo. Una apología, *Persona y Derecho*, Vol. 51.
- JÁUREGUI BERECIARTU, G. (2002). Del Estado nacional a la democracia cosmopolita, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 36.
- JESTAEDT, M. (2004). *Demokratische Legitimation- quo vadis?, Juristische Schulung*, 44. Jahrgang, Heft 8.
- LEPSIUS, O. (2021). Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht. En: E. Hilgendorf y H. Schulze-Fielitz (comps.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- LOMBARDI, G. (1970). *Potere privato e Diritti fondamentali*. Torino: Giuseppe Giappichelli.

- MERCADO PACHECO, P. (2003). La Constitución imposible: el gobierno de la economía en la experiencia constitucional española. En J. R. Capella (comp.), *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta.
- MÖLLERS, C. (2007a). Internationales Verwaltungsrecht. Eine Einführung in die Referenzanalysen. En: C. Möllers - A. Voßkuhle y C. Walter (comps.), *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- MÖLLERS, C. (2009 b). En: *Lissabon-Urteil, Interview mit Frank Schorkopf und Christoph Möllers von Johan Schloemann, Süddeutsche Zeitung, 21. August 2009*.
- MÜLLER, F. (1997a). *Wer ist das Volk? Elemente einer Verfassungstheorie VI: Die Grundfrage der Demokratie*. Berlin: Duncker & Humblot.
- MÜLLER, F. (2003b), *Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht. Nationale, staatlose und globale Formen menschenrechtsgestützter Demokratisierung. Elemente einer Verfassungstheorie VIII*. Berlin: Duncker & Humblot.
- PAULUS, A. (2013). Globalización en el Derecho Constitucional. En: M. Stolleis (comp.), *El Derecho constitucional de la globalización*. Madrid: Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- PERLINGIERI, P. (2002). *Arbitrato e Costituzione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- PONCE S. (2021). Un nuevo Derecho administrativo para el siglo XXI. En: J.A. Estévez Araujo (comp.). *El derecho ya no es lo que era: Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*. Madrid: Trotta.
- RATZINGER, J. (2005). *Europa- Raíces, identidad y misión*. Madrid: Ciudad Nueva.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. (2016a). El Pueblo de la Confederación Suiza: su significación constitucional y composición, *Revista de Derecho Político*, nº 95.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. (2016b). Sobre la crisis de los derechos sociales. Interés práctico de un cambio de paradigma, *Revista de Estudios Políticos*, nº 172
- SARMENTO, D. (1999). Constituição e Globalização: a crise dos paradigmas do Direito Constitucional, *Revista de Direito Administrativo*, Vol. 215, jan./mar.
- STOLLEIS, M. (2013). Trayectoria del Estado Constitucional con la perspectiva de la Globalización. En: M. Stolleis (comp.), *El Derecho constitucional de la globalización*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- TEUBNER, G. (2012). *Constitutional fragments: Societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press.
- TOCHTERMANN, P. (2005). Alternative Dispute Resolution- Einführung in die alternative Streitbeilegung, *Juristische Schulung*, 45. Jahrgang, Heft 2.
- TULKENS, F. y BEENAERT, M. A (2007). Dans quelle mesure les juridictions pénales internationales peuvent et/ou doivent-elles prendre en compte le droit international des droits de l'homme?. En: H. Müller - E. Müller - K.L. Kunz - H. Radtke - G. Britz - C. Momsen y H. Koriath (comps.), *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007*. Nomos: Baden-Baden.
- VALADÉS GARCÍA, B. (2011). Conceptualizar el papel de las redes sociales en internet en movimientos sociales y acciones colectivas. Propuesta aplicada a lo digital, *Razón y Palabra. Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación* www.razonypalabra.org.mx, Vol. 77, nº 2.
- VESTING, T. (2004). The Autonomy of Law and the Formation of Network Standards, *German Law Journal*, Vol. 5, nº 6.
- VON BOGDANDY, A. (2021). Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft. En: E. Hilgendorf y H. Schulze-Fielitz (comps.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- VON BOGDANDY, A. y DELLAVALLE, S. (2009). Die Lex mercatoria der Systemtheorie. Verortung, Rekonstruktion und Kritik aus öffentlichrechtlicher Perspektive. En: G.P. Calliess - A. Fischer-Lescano - D. Wielsch y P. Zumbansen (comps.),

- Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009.* Berlin: De Gruyter.
- VON GOETHE, J. W. (2000). *Los años de aprendizaje de Wilhelm Meister.* Madrid: Cátedra.
- WECKMANN, L. (1993). *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional.* 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica.
- WIEDERIN, E. (2015). Comentario. En: D. Grimm (comp.), *Sobre la identidad del Derecho Público.* Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- WILLKE, H. (2003a). *Heterotopia. Studien zur Krisis der Ordnung moderner Gesellschaften.* Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- WILLKE, H. (2019b). *Komplexe Freiheit. Konfigurationsprobleme eines Menschenrechts in der globalisierten Moderne.* Bielefeld: Transcript.
- ZOLO, D. (1999 a). La strategia della cittadinanza. En: D. Zolo (comp.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti.* 2ª ed. Roma-Bari: Laterza.
- ZOLO, D. (2004b). *Globalizzazione. Un mappa dei problema.* Laterza: Roma-Bari.
- ZOLO, D. (2005c). Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli. En L. Ferrajoli (comp.). *Los fundamentos de los Derechos fundamentales.* Madrid: Trotta.

III. HISTORIA CONSTITUCIONAL

Del Rey y su persona. Examinando las previsiones sobre la Corona que contiene la Constitución y revisitando la cuestión de la inviolabilidad

Regarding the king and his person. An examination of constitutional provisions on the Crown and a review of the question of inviolability

MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA

Catedrático emérito de Derecho Constitucional.

UCH-CEU.

sospedra@uch.ceu.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.3.25720>

Fecha de recepción: 12/09/2022

Fecha de aceptación: 27/10/2022

Resumen

En el presente artículo se examinará la inviolabilidad de la persona del Rey. Tras un examen del Derecho Histórico Constitucional relativo a la Corona, se argumentará que la continuidad textual entre dicha Constitución y la vigente redacción del Título II de la Constitución de 1978 no redundan en una equivalencia normativa, pues responden a principios de legitimidad distintos, como también es diferente el sistema de gobierno constitucionalmente prescrito.

Seguidamente se analizará el régimen de la Corona en relación con las potestades de las Cortes, de lo cual concluiremos que en un sistema parlamentario rigurosamente monista, el Rey puede poseer auctoritas, pero carece radicalmente de potestas.

Una vez establecida la diferencia entre los “actos del Rey”, y los “actos de la persona del Rey”, que se dan cuando el monarca opera al margen de su actividad constitucional, se estudiará la figura de la inviolabilidad en la persona del Rey.

Palabras clave

Historia constitucional, Rey, Jefatura del Estado, sistema parlamentario, inviolabilidad regia.

Abstract

This paper will examine the the person of the king's inviolability. After an analysis of the crown-related Historical Constitutional Law, it will be argued that the textual continuity between the aforementioned Constitution and the current wording of the 1978 Constitution's Title II does not result in a normative equivalence, since they each respond to different legitimacy principles and constitutionally prescribe different government systems.

Subsequently the crown's regime will be analyzed vis-à-vis the Parliament's powers, which will lead us to conclude that in a strictly monistic parliamentary system the king can have auctoritas but he entirely lacks potestas.

Upon establishment of the difference between the “acts of the king” and the “acts of the King's person”—occurring when the monarch operates outside his constitutional activity—, the figure of the person of the king's inviolability will be studied.

Keywords

Constitutional history, Head of State, parliamentary system, inviolability.

Sumario

I. Las fuentes del T. II de la Constitución. II. Continuidad Textual y discontinuidad normativa: la cuestión del seudomorfismo en el T. II de la Constitución de 1978. III. El régimen de la Corona y las potestades de las Cortes. IV. La Corona y la persona del Rey: el Jefe del Estado como magistrado y como individuo y su confusión. V. La inviolabilidad de la persona del Rey. VI. Conclusión. *Bibliografía.*

I. Las fuentes del T. II de la Constitución

Reza el tópico que el régimen del Rey y de la dinastía, así como el propio de la sucesión a la Corona, siguen el modelo establecido por el Derecho Constitucional propio de la Monarquía Liberal, de modo genérico, y más específicamente proviene en su casi totalidad de la forma que a tales materias dio el texto canovista de 1876. Forzoso es reconocer que en la materia que aquí tratamos el tópico tiene un valor de verdad muy elevado, pues, si exceptuamos el inciso historicista del “*legítimo heredero de la dinastía histórica*” y las escasas modificaciones que traen causa de adopción de un modelo de gobierno parlamentario rigurosamente monista, que incluye la recepción de un Gobierno inspirado en el “sistema de canciller” consagrado por la Ley Fundamental germana, los textos que contiene el T. II de nuestra ley fundamental son altamente dependientes del Derecho Histórico, en general, y del propio de la Constitución canovista en particular.¹ Mas conviene señalar de entrada “los textos” que no “las normas”, por las razones que se dirán.

Como la Constitución de 1876 es una suerte de mínimo común denominador del Derecho Constitucional de la Monarquía Liberal española, en especial a partir del texto progresista de 1837, y ello no por casualidad ciertamente, sino por obediencia a un criterio redaccional cuidadosamente meditado, aquel que tiene por directriz el tratar de configurar a la Monarquía que se trata en aquel momento de restaurar como la síntesis de las posiciones constitucionales sostenidas durante el período isabelino por moderados, progresistas, unionistas y demócratas, síntesis, eso sí, configurada bajo el criterio director que ve en la Constitución escrita una exteriorización de una previa (y superior) “constitución interna” que se identifica con la arquitectura institucional de la comunidad nacional según la reformulación que del clásico liberalismo doctrinario vino a efectuar el propio Cánovas desde una óptica marcadamente burkeana². Y es que a alguien como D. Antonio, formado en el “puritanismo” de Pacheco, los

1 Para el texto de 1876 la obra básica sigue siendo *La restauración y su Constitución política* de Sánchez Ferriz (1984) y, en particular, sobre sus antecedentes mi trabajo (Martínez Sospedra, 1981).

2 Al punto que el propio D. Antonio tuvo precisión de reaccionar airado ante la acusación de “moderantismo” “Pero, ¿cuándo he negado yo la soberanía nacional?”

moderados (y su intransigencia) eran ante todo una tan molesta como necesaria carga que asumir al efecto de lograr el más amplio consenso posible de la “familia liberal”³.

Si tratamos de hacer un balance de lo que hay de 1876 en la letra de la vigente redacción del T. II de la Constitución de 1978 las cosas podrían exponerse así:

Primero. El principio de inviolabilidad de la persona del Rey, con la especificación que de los actos del Jefe del Estado serán responsables las personas que los refrenden, usualmente los ministros⁴. Es de señalar que el inciso final del art. 56.3. C. 1978, que niega explícitamente validez a las órdenes del Rey no refrendadas contiene un eco del art. 225 *in fine* del texto de 1812, que no se conservó en la reforma de 1837 por parecer obvia.

Segundo. El orden de sucesión a la Corona, que conserva prácticamente en su integridad la redacción poco menos que canónica fijada en el art. 51 de la C. 1837 y que las sucesoras reproducen al pie de la letra, siendo este uno los hilos de continuidad histórica, toda vez que dicho orden procede de las Partidas y se convirtió en derecho vigente merced a lo establecido en el Ordenamiento de Alcalá.⁵ Aunque no hay continuidad textual la Constitución vigente contiene una cláusula destinada a consagrar la legitimidad constitucional del monarca en ejercicio (art. 50.1 C. 1978) que tiene precedentes en normas equivalentes en los arts. 179 C. 1812; 50 C. 1837; 49 C. 1845 y 59 C. 1876⁶.

Tercero. Aunque con diferencia textual la Constitución contiene una regla, que se remonta al texto de 1812 art. 184, según el cual el cónyuge del Monarca no puede ejercer las funciones constitucionales que se atribuyen al titular, si bien la forma original daba por supuesto que no había riesgo de tal posible usurpación de funciones cuando el titular del Trono fuere varón (*vide* art. 65 C. 1876 y art. 58 C. 1978).

Cuarto. En el derecho constitucional de la Monarquía Liberal no hay continuidad en punto al régimen de la Regencia y de la Tutoría del Rey menor. El texto de 1812 seguía la tradición castellana de tutoría y regencia parlamentarias, con la especialidad de que correspondía a las Cortes determinar si la Regencia iba a ser unipersonal o colegiada (de uno, tres o cinco regentes rezaba la fórmula). El texto progresista de 1837 siguió en este punto el sendero fijado en Cádiz, sin duda porque los progresistas desconfiaban (no sin razón) de la neutralidad política de la Reina Gobernadora. De hecho, a la caída de esta a raíz del conflicto sobre la ley municipal las Cortes eligieron como regente único al general Espartero. Por esa misma motivación política

3 Una buena introducción breve a la cuestión de la Monarquía en el Derecho Histórico en Varela Suanzes-Carpegna (2000: 1137 y ss.). Con mayor extensión *vide* Torres del Moral (2004).

4 La redacción usual señala que la persona del Rey es “sagrada e inviolable”, tan sólo el texto democrático de 1869 suprimió la sacralidad.

5 En este punto se sigue la tradición castellana, toda vez que en la Corona de Aragón si bien las mujeres podían transmitir derechos al Trono no podían reinar. De hecho, todos los candidatos a ocupar el Trono vacante por el fallecimiento sin sucesor de Martín el Humano, y que lo fueron en Caspe, sostuvieron su pretensión en tal regla. Por lo demás el inciso que establece la prioridad del varón sobre la mujer (que tenía un sentido obvio en 1348 cuando se hizo ley) choca claramente con el principio de igualdad y supone una diferencia de trato por razón de género carente de justificación. No en vano tanto la profesora Sánchez Ferriz como el que suscribe hemos planteado si dicho inciso no es un ejemplo de “disposición constitucional inconstitucional” al modo de Bachoff.

6 Obviamente no figuraba en la Constitución de 1869: no había monarca al tiempo de votarse la Constitución.

el texto de 1837 adelantó la mayoría de edad de la Reina a los catorce años (cf. art. 56 C. 1837)⁷ lo que conservó el texto moderado de 1845 (art. 56). La Constitución democrática de 1869 retronó al criterio doceañista (vide art. 82 C. 1869) en tanto que la Constitución canovista optó por una solución de compromiso: mayoría a los 16 años (art. 66)⁸. En todo caso es constante la regla implícita según la cual la mayoría de edad del Rey se produce antes de la mayoría de edad legal. La Constitución vigente acaba con esa práctica: el heredero de la Corona pasa a ser mayor de edad a la edad ordinaria, que hoy fija el art. 12 C. 1978.)⁹.

Quinto. El diseño de la provisión de titular de la Corona en caso de minoría, y del encargo de la educación del Rey menor, tuvo un punto de cesura con el texto moderado de 1845. Con anterioridad se siguió el uso castellano de Regencia y Tutoría parlamentarias, que recogía la Constitución gaditana y conservaba el texto progresista de 1837.¹⁰ Esa solución se abandonó con el texto conservador de 1845 con introdujo un sistema distinto: la Regencia y la Tutoría legítimas (cf. arts. 57 y ss. C. 1845, y mantendrá el texto canovista, del que procede el sistema seguido al efecto por los arts. 59 y 60 de la Constitución de 1978¹¹, cuya justificación se fió en su día a la doctrina de la soberanía compartida, de “las Cortes con el Rey”, lo que, en buena lógica exigía limitar al máxima la intervención del Parlamento al efecto de proteger el principio monárquico:

*La comisión, que no reconoce otra soberanía sino la que reside en las Cortes con el Rey, no podía proponer al Congreso de Diputados la conservación de estos artículos.*¹²

Ni, por supuesto los relacionados con la intervención decisoria del Parlamento en lo que a la Casa Real afecta. Si se acepta el principio precitado la solución dada por los moderados resulta razonable, no lo parece tanto que se incorporen normas que obedecen a esa concepción en una Constitución basada en el principio democrático como la vigente.

Sexto. En punto a la sucesión la regla en el Derecho Constitucional de la Monarquía Liberal es la sucesión automática, de tal modo que el Rey entrante

-
- 7 La Constitución de 1812 fijaba la mayoría de edad del Rey a los 18 años (art. 185 C. 1812)
- 8 Al producirse el pronunciamiento de Martínez Campos Alfonso XII contaba con 17 años. Ese es uno de los motivos por los que el primer gabinete Cánovas se le denominó Ministerio-Regencia.
- 9 En todo caso no se reprodujo en el constitucionalismo posterior la previsión gaditana según la cual son las Cortes las que determinan cuales de los poderes del Rey puede ejercer la Regencia. Sin duda la experiencia acreditó que esa no era una buena idea, de tal modo que a partir de 1837 todas las Constituciones monárquicas posteriores sentaron el criterio según el cual la Regencia ejerce las facultades del Rey en nombre de este, solución que conserva la vigente.
- 10 Por eso cuando en 1840 cesa como Regente la Reina Gobernadora las Cortes procedieron a designar a Espartero como Regente (1841) y a Argüelles como tutor de Isabel II. Al desaparecer el Consejo de Estado y la Diputación Permanente de Cortes emergía el problema de la Regencia provisional para cubrir el período entre la vacante y la Regencia definitiva, la solución que arbitró fue encomendar dicho encargo al criterio de legitimidad y, en su defecto, al Ministerio (vide art. 58, C. 1837). Su justificación en la exposición de presentación del proyecto constitucional (Sevilla Andrés, 1969: 317 y ss., en especial 322) criterio que mantuvo en los textos posteriores como solución al supuesto de ausencia de Regente legítimo.
- 11 El texto democrático de 1869 seguía el criterio del Derecho histórico en lo que afecta a la Regencia, pero daba preferencia a la decisión de los padres del Rey menor en lo que se refiere a la tutoría (arts. 83 y ss. C. 1869).
- 12 Dictamen de la Comisión sobre la reforma de la Constitución (1844) (Sevilla Andrés, 1969: 364-365).

lo es en plenitud por el hecho del fallecimiento del Rey saliente, pudiendo por ello ejercer inmediatamente sus funciones constitucionales no siendo constitutivo el preceptivo juramento de la Constitución¹³. De hecho, las constituciones históricas ni siquiera conservan la regla del art. 137 C. 1812 que exige del Rey al inicio del reinado en juramento de la Constitución, y con una excepción, el art. 79 *in fine* del texto democrático de 1869, no prevé tampoco el juramento del Príncipe de Asturias cuando alcance la mayoría de edad, que la vigente exige en el art. 61.

II. Continuidad textual y discontinuidad normativa: la cuestión del seudomorfismo en el T. II de la Constitución de 1978

Después de lo dicho cabría pensar que el Derecho Constitucional vigente en lo que a los temas que aquí se tocan es exactamente igual al previsto en el Derecho antecedente, buena parte del cual se reproduce en la Constitución de 1978, como acabamos de ver. Si los enunciados lingüísticos son los mismos (o muy similares) las normas que estos contienen serán las mismas, se podría sostener. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, si bien el texto de las normas que aquí se tratan pueden ser las mismas, o hijas legítimas de las mismas, las normas constitucionales que cobijan no lo son. La razón debería ser sencilla de entender: si se parte del presupuesto de que la Constitución es un texto unitario, del que las distintas normas que contiene son piezas de un mismo sistema, el contenido propio de las distintas normas que integran ese sistema solo puede comprenderse desde la perspectiva que da el sistema mismo, dicho de otro modo: el principio de unidad de la Constitución postula la interpretación sistemática de la misma y esta, a su vez, exige que la precisión del contenido normativo de las distintas previsiones constitucionales solo pueden comprenderse plenamente desde la perspectiva que da el conjunto de interacciones que se dan en el seno del sistema constitucional mismo. Eso no sucede con las normas del T. II C. 1978 que venimos comentando porque las mismas provienen de sistemas distintos, con lo que, al ser las interacciones en las que se insertan diferentes los contenidos normativos propios de los enunciados constitucionales que venimos comentando también lo serán.

Sin ánimo de agotar el tema, en el caso que tratamos hay dos tipos diferentes de razones que abonan la tesis que aquí se sostiene según la cual los mismos enunciados no cobijan las mismas normas, y ambas tienen en común la exigencia de intelección unitaria de la norma fundamental. La primera de estas razones tiene que ver con un cambio esencial: el Derecho Histórico del que proceden los enunciados que venimos tratando responde a principios de legitimidad distintos del propio de la Constitución de 1978; la segunda, relacionada con la anterior, pero distinta de la misma, radica en que el sistema de gobierno constitucionalmente prescrito por la Constitución vigente es significativamente distinto del propio de ese Derecho Histórico.

13 La combinación entre sistema de sucesión automática y cláusula de preferencia del varón sobre la mujer tuvo una curiosa consecuencia: al fallecer Alfonso XII en 1885 la Reina D^a María Cristina, que ya había tenido descendencia femenina, estaba embarazada desconociéndose el sexo del regio *nasciturus*.

Al afecto de determinar si el sucesor iba ser la mayor de las hijas del Rey o no, a la vista de la preferencia del varón sobre la mujer en el orden sucesorio se aplazó la decisión hasta el parto, siendo varón el cuarto de los hijos del Rey fue inmediatamente proclamado como Rey, siendo Regente su madre. Si pasó una vez...

Por lo que toca a la primera cuestión ninguna de las Constituciones anteriores a la de 1931 se inspira en el principio de legitimidad específicamente democrático, que hoy acogen los dos primeros apartados del art. 1 C. 1978, toda vez que ninguna de aquellas se funda en el principio de soberanía popular, en ninguna de ellas el soberano constitucional es el pueblo.

Las Constituciones de la Monarquía Liberal o bien se basaban en el principio de soberanía nacional (1812, 1837,1869), o bien se basaban en la concepción doctrinaria de la soberanía compartida entre los dos órganos constitucionales primarios: las Cortes y el Rey (1845,1876). De hecho el texto de 1869 se tiene como una Constitución democrática no porque se funde en el principio de soberanía popular (invoca al efecto la soberanía nacional *vide* art. 32) sino porque introduce en el catálogo de derechos el de sufragio activo (*vide* art. 16 C. 1869). Es más, como lógica consecuencia ninguna de ellas se adoptó mediante votación popular (ninguna contempla bien el referéndum, bien el plebiscito, ni siquiera para la revisión constitucional). Es más, con las dos excepciones de 1812 y 1869, el Derecho Constitucional de la Monarquía Liberal sigue fielmente el modelo británico de Constitución flexible, con el lógico corolario de lo que algunos de los moderados denominaron la “omnipotencia parlamentaria”, o, si se prefiere la palabra del Donoso Cortés doctrinario: “ las Cortes con el Rey son la fuente de todas las cosas legítimas”¹⁴.

“Constitución flexible” que implica que el consentimiento del Rey es siempre indispensable tanto para la aprobación de las leyes, como para la de una eventual reforma constitucional¹⁵, toda vez que corresponde al monarca el dar o negar la sanción a los proyectos de ley votados por las Cámaras, decisión libre del mismo sin cuya concurrencia no existe la ley (*vide* art. 46 C. 1837; art. 44 C. 1845; art. 51 C. 1876), solo el texto democrático de 1869 se separa parcialmente de esa tradición toda vez que encomienda el poder legislativo sólo a las Cortes (*vide* art. 34 C. 1869) y aun así el Rey cuenta con la facultad de sancionar libremente las leyes votadas por el Parlamento (*ídem*.)

Consecuencia lógica de tales planteamientos es una configuración de la magistratura regia como un órgano constitucional no sólo constituyente, sino dotado, además, de poderes propios de tal modo configurados que al Consejo de Ministros le resulta imposible el ejercicio del poder ejecutivo (cuya titularidad conserva siempre el Rey) sin contar con el asentimiento del Jefe del Estado. Porque una constante del Derecho Constitucional español anterior al vigente es la configuración del Jefe del Estado como una figura dotada de poderes propios sin cuya colaboración no se puede gobernar, bien porque el titular legal y efectivo del poder ejecutivo corresponde exclusivamente al Rey (1812), bien porque aunque la gestión ordinaria del poder ejecutivo sea tarea del Ministerio, este no puede desempeñar correctamente su rol gubernamental sin el asentimiento y confianza del Jefe del Estado: el parlamentarismo español anterior a la Guerra Civil es un parlamentarismo “orleanista” o de doble confianza: para poder gobernar el Ministerio debe contar con el apoyo y confianza de la mayoría

14 El único dato que puede amparar una interpretación democrática del principio de soberanía nacional que acoge el texto de 1869 radica en que, contemplando un procedimiento especial de reforma constitucional, el mismo se configura de tal modo que exige el pronunciamiento favorable de dos Cortes distintas entre las cuales se exige una votación popular (*vide* arts. 110 y ss. C. 1869), precedente seguido por el texto republicano y antecedente del agravado de reforma de la Constitución vigente.

15 De hecho, las dos únicas reformas constitucionales operadas en España bajo la Monarquía Liberal (las actas adicionales al texto de 1845 adoptadas en 1857 y 1858) se adoptaron por el acuerdo de las Cortes sancionado por la Reina.

parlamentaria como con el del Jefe del Estado, y a falta de alguna de ellas el Gabinete, carente de los apoyos necesarios está abocado a la dimisión.¹⁶

En rigor dicho modelo institucional que trae causa tanto de la doctrina del “poder moderador” como del precedente de la Carta francesa de 1830, de donde lo tomó el texto español de 1837, entre otras cosas, ha tenido en nuestra historia dos versiones distintas, cuya divisoria se sitúa en el 1876, con el texto canovista. Con anterioridad a este, el Gobierno de Su Majestad debe contar con tres confianzas simultáneas: la de la mayoría del Congreso de los Diputados, la de la Reina y la de la mayoría del Senado, cosa que viene a formalizar el texto democrático de 1869 art. 53, la responsabilidad del Gobierno ante el Senado¹⁷ desaparece con el texto canovista, tanto bajo la Restauración como durante la II República el Gobierno sólo necesita contar con la confianza de la mayoría del Congreso y la del Jefe del Estado. Materialmente las cosas son distintas: durante el período isabelino el fraude electoral sistemático ejercido por el Gobierno tenía por consecuencia el que este contaba siempre con la mayoría parlamentaria que había fabricado, pero ello no era factible de ser reproducido en el Senado porque la combinación entre mandato vitalicio y designación entre categorías dejaba siempre abierta la posibilidad de que el Gabinete quedara en minoría en el Senado. Por eso no debería extrañar que fue el Senado “moderado” el que frenó los intentos de revisión constitucional en sentido autoritario entre 1850 y 1854, el que abrió la puerta a la revolución de ese mismo año, y el que hizo imposible la aplicación efectiva del Acta Adicional de 1858 y su introducción de los Pares Hereditarios (tras la cual se percibía el riesgo de restauración de mayorazgos y vinculaciones) y acabó por obtener su derogación. Pidal lo dijo muy claro frente a Viluma en 1844: las clases medias han obtenido el poder tras siglos de luchas y no están dispuestos a aceptar el retorno de la primacía de la aristocracia. El modelo de triple confianza apenas operó entre 1869 y 1872, porque las elecciones, aunque defectuosas, eran tales. La comisión de notables que diseñó el compromiso sobre el que se basaba la Constitución de 1876 concordó en modificar el Senado para que este no pudiera convertirse en un poder autónomo, tanto del sufragio como de la Corona, y suprimió el precepto que formalizaba la responsabilidad del Gobierno ante la Cámara Alta, desde 1876 y hasta la Guerra Civil el Gobierno necesitaba contar con la confianza simultánea tanto de la mayoría del Congreso, como de la del Jefe del Estado. Y nada más¹⁸.

La necesidad de contar con la confianza regia reposaba sobre un presupuesto claro: si bien los actos del Rey, para ser válidos, debían ser refrendados por el ministro competente, había algunos actos del Rey en los que el refrendo ministerial era debido porque suponían el ejercicio por la Corona de facultades propias de la suprema magistratura, la exposición de motivos de la reforma de 1876, era bien clara:

16 Incluso durante la II República. Si alguien lo duda que vea el relato de la crisis de junio de 1933 que se puede leer en los Diarios de D. Manuel Azaña, a la sazón Jefe del Gobierno.

17 Recuérdese que las leyes constitucionales francesas de 1875, fundadoras de la III República obligaban al Gobierno a contar con la confianza de ambas Cámaras, y fue la retirada de la confianza senatorial la que provocó la caída del gobierno del Frente Popular dirigido por L. Blum en 1937.

18 Otra cosa es que el sistema constitucional estuvo viciado por el problema que señala acertadamente Varela Suanzes-Carpegna (2000: 1140): la debilidad de los partidos, que se halla en la base de la “fabricación” de las elecciones.

Nadie tampoco que sinceramente sea monárquico constitucional discute en España, ni pone en duda, mucho tiempo hace, las atribuciones esenciales de la Monarquía hereditaria. La sagrada inviolabilidad del Rey; la potestad que comparte con las Cortes para legislar; la de sancionar y promulgar las leyes; la de hacerlas ejecutar en todo el Reino; el mando expreso de las fuerzas de mar y de tierra; la elección de los Ministros responsables; el nombramiento de los funcionarios públicos; la concesión de honores, dignidades, recompensas; el derecho de indulto; las declaraciones de guerra; los tratados de paz; la acuñación de moneda y todos aquellos que son inherentes a la autoridad real.¹⁹

Definen un catálogo de facultades regias que comportan la necesidad para su ejercicio no sólo de la voluntad del Gobierno que surge de la mayoría del Congreso de los Diputados, sino también del consentimiento del Rey.²⁰

Ahora bien, para que un sistema parlamentario dualista pueda funcionar deben operar cuanto menos dos presupuestos políticos: de un lado que haya elecciones auténticas y la Cámara Baja pueda ser tenida como representante del cuerpo político; del otro que el Jefe del Estado desempeñe con lealtad institucional su cargo, ninguno de los dos supuestos se dio en nuestro pasado: durante la Restauración las elecciones al Congreso eran “fabricadas” por el Gobierno de turno, con rendimientos decrecientes a partir de 1910, por lo que las mismas no podían dar a la luz una Asamblea representativa del cuerpo electoral y de los cambios de opinión correspondiente, faltando ese regulador el mecanismo que podía producir la alternancia en el poder y, con ella, la convivencia pacífica no era otro que la confianza regia. Mientras la Corona siguió fielmente el consejo que, según es fama, dio Alfonso XII a la Reina Regente, esto es ir de Cánovas a Sagasta y de Sagasta a Cánovas el sistema mal que bien pudo funcionar, los partidos respetan a la Corona y esta, a su vez, respeta a los partidos, cuando el comportamiento del Rey se separa de esa regla no escrita (cosa que sucederá a partir de la caída de Maura en 1909) el sistema se resentirá y su funcionalidad comenzará a empeorar. No muy diferente fue la situación durante la II República: el empeño del Presidente en tratar de moldear el juego político según sus preferencias usando para ello el poder presidencial surtió efectos deletéreos para el sistema democrático y, a la postre, provocó el desprestigio de la institución presidencial. La destitución de Alcalá Zamora de la presidencia de la República en la primavera de 1936 fue, desde luego, de dudosa corrección constitucional, pero no cabe duda de que fue bien merecida.

III. El régimen de la Corona y las potestades de las Cortes

En el vigente ordenamiento constitucional el diseño mismo del sistema parlamentario monista que la Constitución de 1978 establece no deja espacio alguno a la intervención regia, por de pronto es el Congreso, y no el Rey quien determina la mayoría parlamentaria y quien designa a la persona que ha de desempeñar el poder ejecutivo, que es monopolio del Gobierno, y en el que no tiene parte el Monarca. Lo mismo sucede en el ejercicio de la potestad legislativa, que corresponde en su integridad a las Cortes careciendo el Rey de poder legislativo

¹⁹ Exposición del Gobierno ante las Cortes DSCD L.1876/77 (Sevilla Andrés, 1969: 491).

²⁰ La Constitución republicana conserva al Presidente una parte de tales facultades, al tiempo que le atribuye otras, como la de recurrir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales o asentir a la convocatoria de un referéndum.

alguno, del mismo modo que no tiene potestad reglamentaria, ni le compete el mando de las Fuerzas Armadas (que manda el Gobierno) y así sucesivamente. Así, la necesidad de ley para resolver las dudas que puedan suscitarse acerca de la sucesión a la Corona podrá proceder en su enunciado del Derecho Histórico, pero la norma que porta el art. 57.5 C. 1978 significa que corresponde a las Cortes, y sólo a ellas, la adopción de la ley, sin necesidad del acuerdo del Rey, toda vez que este no es cotitular de la potestad legislativa, como lo era durante la Monarquía Liberal, y carece de la facultad de impedir la existencia de la ley negándose a sancionar el proyecto adoptado por las Cámaras (el “veto absoluto” regío de las polémicas decimonónicas).

Del mismo modo el Rey no convoca y preside el Consejo de Ministros y, por ello, no participa en sus deliberaciones ni tiene parte alguna en sus acuerdos, como sucedía bajo los textos de 1876 y 1931. Del mismo modo no es necesario el consentimiento del Rey para el nombramiento de altos funcionarios, ni para la concesión de honores y distinciones. Por ello aun cuando permanezca en vigor sin apenas cambio la ley reguladora del indulto, que data de 1870, la letra de la ley no significa lo mismo hoy que cuando se redactó y aprobó: entonces la concesión del indulto requería la concordancia de dos voluntades: la del gobierno que se apoya en la mayoría parlamentaria, y la del Monarca que puede asentir o no la propuesta gubernamental de otorgar la gracia, en contrapartida en su aplicación actual, que obedece a una interpretación *secundum constitutionem*, de la ley de 1870 el ejercicio de la prerrogativa de gracia es facultad propia del Gobierno. Este podrá, o no, consultar la decisión al Rey al efecto de que este de su parecer, pero la decisión es exclusivamente propia de un poder ejecutivo que reside en el Gobierno, en los términos del art. 97 C. 1978.

La desaparición de la cotitularidad de la potestad legislativa ha arrastrado, como consecuencia lógica, la desaparición de figuras preexistentes que presuponía esa titularidad compartida. Así el Rey no puede convocar las reuniones de las Cortes, que se reúnen por sí mismas en los plazos previstos por la Constitución o cuando se acuerde convocatoria de sesión extraordinaria, no puede aplazar ni suspender sus sesiones, etc. Por ello no debe extrañar que hayan caído en desuso ceremonias solemnes como la de apertura de la Diputación, o de la Legislatura, que exigían la presencia y presidencia del Rey.²¹

En el sistema de gobierno prescrito por la Constitución de 1978 no sólo nos hallamos ante un sistema parlamente rigurosamente monista, que también, nos hallamos ante un diseño institucional en el que el Rey puede poseer *auctoritas*, pero carece radicalmente de *potestas*, la Constitución configura la Monarquía como una magistratura de influencia y, en su caso, de consejo, pero no otorga al Jefe del Estado facultades propias mediante cuyo ejercicio pueda el Rey condicionar la adopción por las Cortes y por el Gobierno de las decisiones que, en su esfera de competencia respectiva les correspondan. La letra de la ley podrá seguir diciendo que las dudas de hecho o de derecho sobre la sucesión en la Corona, o las abdicaciones, se regularán por ley, pero ese tipo de enunciado tradicional que, originariamente significó que el Monarca reinante decide sobre la existencia o no de la ley dando o negando la sanción al proyecto remitido

21 En la terminología propia de la época se usaba el término “Diputación” o “Cortes del año...” para designar el período de tiempo en que se conserva la composición de la Cámara correspondiente, es decir, en un sentido próximo al uso actual de Legislatura. Por el contrario, se reservaba la denominación “Legislatura” para designar el período de tiempo ininterrumpido en el que la Cámara está reunida, algo parecido al actual Período de Sesiones. Así, por ejemplo, el voto en bloque al conjunto de normas de la Constitución de 1876 que regulan la Monarquía figura en el DSCD Cortes de 1876, Legislatura 1876/77 p.733.

por las Cortes, significa a la fecha otra cosa bien distinta: son las Cortes, y solo ellas, las que resuelven en su caso las mencionadas dudas y deciden acerca del modo y forma de la abdicación del titular de la Corona.

IV. La Corona y la persona del Rey: el Jefe del Estado como magistrado y como individuo y su confusión

Reza el apartado tercero del art. 56 de la Constitución:

La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad.

Enunciado que procede directamente de la refundición del texto de 1812 efectuada por las Cortes Constituyentes en 1837. Y agrega:

Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el art. 65.2.

A su vez el art. 64 C. 1978 actualiza una muy vieja previsión: de los actos del Rey son responsables los ministros competentes por razón de la materia, si bien se separa de la tradición por razón de las peculiaridades que traen causa del sistema “de canciller” constitucionalmente adoptado y de la formalización de la figura del Presidente del Gobierno, que sólo existía por vía de uso antes de 1931, en tanto que el art. 65 contempla la única actuación del Rey salvada de refrendo: los nombramientos propios de la Real Casa. Nos hallamos ante un conjunto de reglas que mayoritariamente se entienden mal, toda vez que los mismos se entienden usualmente como aplicables de modo indistinto a cualquier actuación del Rey, de tal modo que el Jefe del Estado “no puede hacer nada solo” y, por ello, “no puede hacer nada mal”, por emplear una muy conocida fraseología británica. Por más que el entendimiento mayoritario de la irresponsabilidad del Rey discurra por tales caminos forzoso es reconocer que ese entendimiento, por mayoritario que sea, casa mal con la realidad a poco que se consideren las cosas. Así ¿tiene sentido entender que cuando, siguiendo un hábito muy arraigado, el actual monarca va al cine con su familia los actos de acudir y pagar las correspondientes entradas sólo es válido si los refrenda con su presencia el Ministro de Cultura?

Si no me equivoco los problemas del entendimiento mayoritario de la irresponsabilidad del Rey traen causa de una lectura poco precisa de los arts. 56 y 61 C. 1978, lectura que asimila los actos propios del Rey en una categoría unitaria, cuando el texto constitucional, que en esto si sigue la tradición histórica, diferencia claramente entre “la persona del Rey” (art. 56) que es de quien se predica la inviolabilidad de “los actos del Rey”(art. 64.1.) que son aquellos de los que se predica el refrendo. Y es que, aun hoy, una pequeña parte de la sombra de “los dos cuerpos del Rey” sigue proyectándose sobre nosotros.²² Y esa pequeña parte es sencilla de exponer: la Jefatura del Estado en un Estado Constitucional es siempre una magistratura, como en el caso de la Monarquía dicha magistratura es unipersonal una misma persona física actúa de dos modos y en dos áreas diferentes: ejerciendo las funciones propias de la magistratura cuando la ejerce, cuando “hace de Rey”, y como persona privada cuando no las ejerce. Que el monarca reinante tenga necesidad de refrendo ministerial

22 Cf. Kantorowicz (2012).

cuando firma un decreto y no tenga necesidad de refrendo ministerial para ir al cine con sus allegados se entiende así sin gran dificultad.

La necesaria diferenciación de lo que hace el Rey cuando ejerce su magistratura y lo que hace el Rey cuando opera como particular ha tenido, desde la invención de la Monarquía Constitucional, un campo de aplicación primario: la titularidad y gestión de los bienes del Rey, punto en el que ha pesado, y pesa, mucho un dato fundamental: la Monarquía Constitucional viene precedida y es hija legítima de la Monarquía Patrimonial absolutista propia del Antiguo Régimen. En este último el monarca dispone indistintamente de la maquinaria estatal y de su personal y de los bienes y derechos que forman parte de su patrimonio personal y familiar. Es ese entendimiento el que, por poner un ejemplo, inspira la protesta de Carlos IV acerca de la ilegitimidad de su abdicación (Yo, Rey por el derecho de mis padres....) y se halla en la base de los pactos de Bayona tanto del Rey padre, como del Rey hijo con el Emperador, y frente al cual reacciona enérgicamente la Constitución de 1812, cuando rechaza *expressis verbis* esa concepción patrimonial²³ y que, al resultar incompatible con la Monarquía constitucional plantea la exigencia de diferenciar entre aquello que corresponde al Jefe del Estado por su condición de tal, de aquello que el Rey constitucional conserva a título de bienes propios del fondo de la precedente situación y que configuran un dominio propio (en España el Real Patrimonio) del que es titular la persona que ejerce la magistratura regia. De este modo reaparece el dualismo que se aprecia ya en el Antiguo Régimen entre el cargo que forma parte de la organización del Estado, que se ejerce en el modo y forma que la legislación este preceptúa, el Rey-Magistrado y el hecho de que en la Monarquía constitucional la Jefatura del Estado es unipersonal y el puesto es desempeñado por una persona física que, por ello, está obligada a desempeñar dos papeles distintos: el oficial como Magistrado, regido por las normas constitucionales correspondientes, y el de particular dotado de un patrimonio propio que se posee y administra mediante un sistema de normas jurídicas en esencia no muy diferentes a las propias de un propietario particular.

Como consecuencia en la esfera de acción del Rey constitucional aparecen dos sectores distintos: de un lado el integrado por la suprema Magistratura y por el ejercicio de las facultades que el ordenamiento constitucional anuda a la misma, en el que se aplica plenamente la regla "el Rey no puede hacer nada solo" de la que en lógica consecuencia se sigue la necesidad del refrendo ministerial, con el correspondiente desplazamiento de la responsabilidad del Monarca a los refrendantes, en esencia los Ministros según su área de competencia, que son en sentido propio los "actos del Rey"; del otro los realizados por el sujeto que desempeña aquella magistratura pero son actos por el mismo realizados a título personal y sin conexión inmediata, necesaria y directa con las facultades propias de la magistratura: los actos que realiza no el Rey, sino la persona que desempeña el cargo de Rey.

Al menos desde el precedente sentado por la Constitución francesa de 1791 el Derecho Constitucional distingue entre los actos del Rey (sujetos a refrendo) y los actos propios de la persona del Rey. Así mientras que en el caso de los primeros opera la norma que contempla al art. 4, sección IV, Capítulo II del Título III:

No se ejecutará ninguna orden del Rey si no va formada por él y refrendada por el ministro responsable del departamento.

23 C. 1812, art. 2: *La nación española es libre e independiente y no es, ni puede ser patrimonio de ninguna familia o persona.*

En el caso de los segundos se aplica una norma distinta, la prevista en el art. 2., sección I, capítulo II del Título III:

La persona del Rey es inviolable y sagrada.

No el Rey, sino su persona. De forma más sintética el mismo camino siguen la Carta de 1814 (art. 13) y la Carta de 1830 (art. 10)²⁴, esta última precedente directo del texto español de 1837. Si bien, al insertarse en texto de mayor concisión, la rigurosa separación entre ambos supuestos presente en el texto de 1791 no concurre en ninguna de las dos Cartas.

En nuestro caso el texto de 1812 sigue el patrón original, de un lado el art. 168 prescribe la inviolabilidad de la “persona del Rey”:

La persona del Rey es sagrada e inviolable y no está sujeta a responsabilidad.

En tanto que el art. 225 establece la necesidad del refrendo ministerial especificando que las órdenes del Rey no refrendadas no deben ser cumplidas y de ellas son responsables los Secretarios del Despacho.

Para mayor claridad el texto de 1812 dedica un capítulo específico del patrimonio regio (*vide* arts. 213 y ss.), el Rey recibe anualmente una dotación fijada por las Cortes, conserva la propiedad de los Palacios Reales y las Cortes pueden asignarle fincas adicionales para su recreo, empero la gestión del patrimonio se encomienda a un administrador, y es este el responsable de la misma (art. 231).

La simplificación radical que opera la Constitución de 1837 suprime la regulación del regio patrimonio mediante disposición constitucional, lo que supone la remisión al derecho privado, salvo ley específica y refunde en un texto único (ya visto) la regla de la inviolabilidad y la de la responsabilidad ministerial, que hoy vive en el art. 56.3 C. 1978.

El Real Patrimonio permanece sin regulación específica, y, por ello, sin limitación en orden a su administración, hasta 1865. Ese año el gobierno Narváez presenta en las Cortes un proyecto de ley de conformidad con el cual la reina cede a la Hacienda pública las tres cuartas partes de su patrimonio al efecto de contribuir a hacer frente a la crisis de la Hacienda, reservándose para sí el cuarto restante, la celebración de la generosidad de la reina fue puesta en tela de juicio por la oposición, y en particular por Castelar, dando lugar a un suceso famoso²⁵.

El Patrimonio Real, bien que fuertemente disminuido, permitió sostener los gastos de la reina exiliada hasta su fallecimiento en 1904, y conservó una dimensión considerable hasta fecha muy avanzada²⁶. Su crisis advino con la República: la decisión de las Cortes Constituyentes de secuestrar los bienes

24 Art. 13 Carta de 1814: *La persona del Rey es inviolable y sagrada. Sus Ministros son responsables. El poder ejecutivo reside solamente en el Rey* (reproducido en la Carta de 1830, art. 12), donde se puede ver la cuidadosa diferenciación entre el Rey (poder ejecutivo) de cuyos actos son responsables los ministros refrendantes, y la “persona del Rey” de cuyos actos no siguen ni refrendo ni responsabilidad.

25 D. Emilio publicó en el diario *La democracia* dos artículos, uno “De quien es el Patrimonio Real” (21/2/1865) y el otro “El rasgo” (22/2/1865) sosteniendo la titularidad nacional de dicho patrimonio y acusando a la reina de apropiación indebida como lógica consecuencia. Tuvo que huir.

26 Como ejemplo: la Albufera de Valencia estaba integrada en el patrimonio regio desde la creación del Reino y permaneció en él hasta la adquisición de la misma por la ciudad entre 1911 y 1927.

del Rey en razón de las responsabilidades adquiridas durante su gestión (en particular el respaldo a la Dictadura de Primo de Rivera) supuso un golpe devastador, toda vez que el Monarca exiliado perdió la casi totalidad del mismo, fuera de las inversiones localizadas en el extranjero que la República no alcanzó a secuestrar.²⁷ El resultado fue situar a la dinastía ante la pérdida de la práctica totalidad de su patrimonio y colocar primero al exRey y después al pretendiente y a su descendencia en una situación económica cuanto menos delicada, por no decir algo más²⁸. Aparece así una anomalía de la actual Monarquía española, en contraste con lo que es común en las casas reinantes en los países de nuestro entorno, a saber, que la familia reinante cuenta con un patrimonio sustancial²⁹, la Familia Real española no contaba *ab initio* con otros ingresos que los derivados del presupuesto, nada generoso por lo demás. Algunas disfunciones posteriores se explican, aunque no se compartan, por ese escenario³⁰.

V. La inviolabilidad de la persona del Rey

Después de lo dicho me parece claro que, a la vista de los precedentes y de la letra misma de la Constitución la ley fundamental conserva la diferenciación, en el seno de la regia institución, de aquella esfera de acción en la que el Monarca ejerce su magistratura, en las que el Monarca es y hace de Rey, de aquella otra en la que el titular de la Corona no opera como magistrado, sino como particular, eso sí, dotado de un régimen jurídico peculiar en razón de la naturaleza de la institución, y de las facultades que el ordenamiento constitucional le asigna. En el primer caso nos hallamos ante el Rey, en el segundo nos hallamos ante “la persona del Rey”.

Tal diferenciación es esencial para precisar en qué supuestos nos hallamos ante un “acto del Rey”, que comporta ejercicio de la competencia regia y que tiene en el refrendo su condición de validez, de aquellos otros actos que no son “del Rey” y, por ende, ni suponen ejercicio de la competencia regia, ni exigen para su validez refrendo ministerial, y que son actos propios de “la persona del Rey”. La inviolabilidad regia no se puede predicar de los primeros toda vez que su condición de validez radica en la existencia o no del refrendo y, en consecuencia, al ser responsable el refrendante la decisión material compete a éste. Y me parece obvio que el Rey no puede ser responsable de decisiones que no son suyas. La inviolabilidad regia sólo se puede predicar de aquellos actos regios que no son “actos del Rey”, sino “actos de la persona del Rey”, que es lo que el tenor literal del precepto constitucional dice. En otras palabras, no tiene

27 La ley de 1932 que creaba el Patrimonio de la República se nutrió esencialmente de los bienes del patrimonio real, situación que confirmó el régimen franquista con la creación del Patrimonio Nacional en 1940. Con las consecuencias que luego se mencionan.

28 No es precisamente un secreto que el pretendiente llegó a estar en una situación económica tal que se sostenía merced a los donativos de un puñado de monárquicos incondicionales.

29 El caso más radical es, probablemente, el de la familia real neerlandesa cuyo patrimonio supera incluso al nada escaso de la británica.

30 Adicionalmente cabe anotar que en los países que conservan la forma monárquica es práctica común que el monarca y los miembros más relevantes de su familia presten servicios de apoyo a las empresas nacionales al efecto de obtener contratos en el exterior. Sin ir más lejos en una muy conocida película sobre la última reina del Reino Unido se cuenta, entre otras, la anécdota de la reina bailando y departiendo con el presidente de una república africana al efecto de conseguir un contrato de construcción de un importante embalse para empresas británicas. La práctica del hoy Rey emérito de viajar a terceros países acompañado de un séquito de empresarios al efecto de mejorar la posición comercial de las empresas nacionales no es precisamente una excepción, salvo tal vez por su publicidad.

sentido entender la inviolabilidad como un privilegio aplicable a los actos del Rey por la buena y sencilla razón que los actos que al Rey se imputan son actos que no pueden celebrarse, o de serlo carecerían de validez, sin la concurrencia de la voluntad de un tercero, el refrendante, que, con su intervención hace que el acto en cuestión tenga existencia jurídica y, en consecuencia, pueda surtir efectos asimismo jurídicos, de los que es responsable el refrendante mismo (cf. art. 65.2 CE).

De lo dicho se sigue que los ámbitos sobre los que se proyecta la inviolabilidad regia son aquellos sobre los que no cabe refrendo alguno y son, en consecuencia, actos propios de la persona que desempeña el cargo. Como en los otros supuestos en los que la Constitución establece cláusulas de inviolabilidad la que se predica de la persona del Rey está diseñada para proteger la independencia de titular, como ha apreciado, correctamente a mi parecer, el Tribunal Constitucional (*vide* STC 98/2019 FJ 3, *in principio*, y como prevención frente a la injerencia, *ídem* FJ 3 c) *in fine*, que supone la inmunidad de los actos protegidos por el privilegio, *ídem* FJ 4 a), doctrina confirmada por la STC 111/2019, en especial FJ 5)³¹. La inviolabilidad tiene sentido en tanto en cuanto se refiere a aquellos actos regios que no suponen ejercicio de funciones públicas, toda vez que, no existiendo en nuestro ordenamiento actos del Jefe del Estado salvados de refrendo, los actos del Rey tienen en el refrendo su condición de validez, lo que comporta el desplazamiento de la decisión material. Pero ello no sucede en los actos “de la persona del Rey” porque en estos no hay refrendo y, de no mediar el privilegio, al no haber desplazamiento de la imputación del acto la responsabilidad que se pudiere seguir del mismo correspondería a la mentada persona. Aquí radica la diferencia fundamental entre la inviolabilidad del Rey y la de los parlamentarios (art. 71.1 CE) o de los miembros del Poder Judicial (art. 117.1 y 3 CE). En estos dos últimos casos al no haber ni refrendo ni desplazamiento de la responsabilidad (y con ella de la decisión) el privilegio protege directamente el ejercicio de funciones públicas.

El otorgamiento al Jefe del Estado de protección de sus funciones y persona a través de alguna clase de inviolabilidad no es peculiar de las Constituciones monárquicas. Así lo recoge el art. 130.4 de la Constitución portuguesa, el art. 67 del texto francés, el art. 90 de la Constitución italiana, el art. 54.3 y 65 del texto checo, el art. 145 de la Constitución polaca o el art. 61 de GG germana. En estos casos es de uso mayoritario un modelo que utiliza dos técnicas diferentes: de un lado un procedimiento especial ante una jurisdicción especial para el caso de delitos políticos de especial gravedad; del otro la exención de responsabilidad durante el período de mandato para los demás casos. La peculiaridad de las Constituciones monárquicas no radica en la protección de la persona del Jefe del Estado mediante una exención de responsabilidad, ese rasgo es común, la peculiaridad radica en que en el caso de los textos republicanos la protección cesa cuando el Presidente cesa en el ejercicio del cargo, en tanto que en las constituciones monárquicas al ser el mandato de la persona del Rey producto del ejercicio de un derecho subjetivo y ser el mandato de este indefinido (*vitalicio* salvo abdicación) el deferir la posible exigencia de responsabilidad a los tiempos posteriores a la finalización del mandato no es posible.

La inviolabilidad “de la persona del Rey” en la Constitución vigente no protege el ejercicio de las funciones públicas del Rey, protege a la persona, no a la función (*vide* STC 111/2019 FJ 5.B) y lo hace porque no sería posible en el mundo real proteger el ejercicio de las funciones si previamente no se protegiera a la persona que las desempeña, problema especialmente serio cuando de actos

31 *Vide* la reflexión de Aragón Reyes (2022).

no sujetos a refrendo en los que el titular del cargo no puede ampararse en el desplazamiento al refrendante de la decisión y, con ella, de la responsabilidad. Si así fuere el Jefe del Estado estaría expuesto al uso torticero de los procedimientos judiciales por parte de las persona u organizaciones que tienen, o creen tener, razones para usar de aquellos para dificultar el ejercicio del cargo, minar las funciones simbólicas que el mismo comporta y usar de aquellos procedimientos para erosionara ora la imagen y *auctoritas* de la persona que ejerce el cargo, o directamente del cargo mismo. Aquí también opera la advertencia que respecto a la inviolabilidad parlamentaria señaló Zagrebelski (1979: 89 y ss.): que un juez faccioso puede estar en el horóscopo de cualquier diputado.

Predicada la inviolabilidad de la “persona del Rey” resulta obvio que aquella cesa cuando la persona deja de ser “el Rey”, como paradigmáticamente sucede en los casos de abdicación. Como expresamente señalaba el art. 8, sección primera, capítulo segundo del título tercero de la Constitución francesa de 1791 cuando señalaba:

Tras la abdicación expresa o legal, el Rey formará parte de la clase de los ciudadanos y podrá ser, al igual que ellos, acusado y juzgado por actos posteriores a la abdicación.

No es difícil entender la razón: es propio de la abdicación el que el Rey deja de serlo por voluntad propia o imposición legal (el Rey que sale del territorio nacional sin la autorización de las Cortes cf. art. 172.2 C. 1812). Al abandonar la magistratura es claro que el Rey saliente deja de ser tal y, por ello, no puede ejercer las funciones públicas propias de encargo, del mismo modo el sujeto que abdica, por el mismo hecho de la abdicación deja de ser la “persona del Rey”, y, al dejar de serlo la protección que la Constitución le prestaba cuando gozaba de esa condición cesa asimismo al desaparecer su presupuesto. El monarca que abdica deja de ser la “persona del Rey” y pasa a “*formar parte de la clase de los ciudadanos*”, con las consecuencias que son de rigor. No parece que el trato que se ha dado al que fue D. Juan Carlos I tras su abdicación, en lo que a sus actos posteriores a esta respecta, esté falto de justificación constitucional.

En la prensa se ha sugerido que la inviolabilidad de la persona del Rey no es aceptable por cuanto supone un privilegio y, en consecuencia, choca inevitablemente por el principio de igualdad. Este tipo de observaciones, que en ocasiones se han empleado contra las prerrogativas parlamentarias, como en su día se usaron para defender la supresión del “antejuicio” en el caso de los miembros del Poder Judicial (decisión que, a mi juicio, no destaca por su inteligencia) reposan sobre un malentendimiento acerca de la naturaleza de la igualdad constitucional. Ya en la temprana STC 76/83 FJ 2, se señaló que el juicio de igualdad es, por naturaleza, un juicio de carácter comparativo, porque el derecho a la igualdad es un derecho de naturaleza relacional: siempre y necesariamente alguien es igual con respecto a otro, de lo que se sigue la necesidad de contar con un *tertium comparationis* para que el juicio de igualdad pueda realizarse, y que para ser tal elemento de comparación las dos o más situaciones que se comparan deben ser cuanto menos similares, si no idénticas (la jurisprudencia constitucional, que arranca de la STC 14/85 es tan numerosa como bien conocida, y llega a nuestros días sin cambios de consideración (*vide* STC 91/2019), si esto es así cabe preguntarse que si para efectuar un juicio de índole comparativa las situaciones jurídicas que se comparan deben ser similares, habría que preguntarse previamente quien en el Estado está en una posición jurídica similar a la de la persona del Rey. Y la respuesta me parece obvia³².

32 Empero el recelo ante privilegios y/o prerrogativas debe darse por descontado en un Estado

VI. Conclusión

Después de lo ya dicho, me parece plausible sostener que el correcto entendimiento de los arts. 53.2 y 64 CE exige diferenciar en el seno de la actividad del Jefe del Estado dos esferas de acción distintas que reciben un trato constitucional diferente: de un lado aquellos actos que el monarca realiza en ejercicio de las funciones que el ordenamiento constitucional asigna al Rey-magistrado; del otro aquellos otros que el monarca puede realizar al margen de su actividad propiamente constitucional. Los primeros son los “actos del Rey”, los segundos los “actos de la persona del Rey” de tal modo que la cláusula de inviolabilidad no se aplica a los primeros y sí lo hace a los segundos, siendo la clave de esa diferencia el instituto del refrendo entendido como medio técnico mediante el cual el acto formalmente imputado al Rey es materialmente realizado por la persona que lo refrenda, siendo, en consecuencia este último el responsable del mismo porque lo es de la correspondiente decisión. Y no está de más advertir que esa es condición necesaria para la posibilidad de existencia de un sistema parlamentario rigurosamente monista (al que se refiere el art. 1.3. CE) por ser esa la única posibilidad existente a la fecha de compaginar el principio de legitimidad propiamente democrático (soberanía popular) con la forma monárquica de la Jefatura del Estado, porque, en efecto, si fuere posible la existencia de actos del Rey salvados de refrendo, o en el que el refrendo conservara de algún modo su original carácter de requisito de acreditación, compatible con una decisión material adoptada por el Rey o que, al menos, exige el concurso de la voluntad del mismo, en la esfera de acción en que ello fuere posible la forma política y el principio de legitimidad podrían entrar en colisión.

Ello no sucede en el caso de los actos que realiza la persona física que ostenta la jefatura del Estado, los actos que son propios de “la persona del Rey” respecto de los cuales la Constitución no puede exigir la sujeción a refrendo porque no se trata de supuestos de ejercicio de funciones públicas, ni mucho menos de ejercicio de potestades de la misma naturaleza, pero en el que la sumisión de la persona del Rey al estatuto ordinario propio del ciudadano común puede chocar con las exigencias propias de la Jefatura del Estado, según se ha señalado ya. Es por ello que alguna clase de inviolabilidad de la persona de aquel existe tanto en los casos de adopción de una forma republicana como en los de adopción de una forma monárquica, siendo las diferencias de régimen entre los supuestos de una opción y los de otra consecuencia de la existencia o no de persona titular de un derecho público subjetivo a ostentar la Jefatura del Estado, y, en relación con ello, de la naturaleza temporalmente limitada o no de su mandato.

Porque, en contra de la opinión de sentido común, la tesis de privar de alguna clase de inviolabilidad al Jefe del Estado con independencia de la forma política que esta adopte, se asemeja a las fincas rústicas mal cuidadas o abandonadas: ser manifiestamente mejorable.

constitucional democrático por cuanto el principio democrático mismo tolera mal las diferencias de trato jurídico, aun cuando el recurso a las mismas sea imprescindible por razones funcionales en algunos casos. En este punto conviene recordar que si hay diferencia entre la forma monárquica y la republicana de la Jefatura del Estado, toda vez que mientras privilegios y prerrogativas son congruentes con la naturaleza de la primera, no lo son con la propia de la segunda.

Bibliografía

- Aragón Reyes, M. (2022) Sobre la inviolabilidad del Rey. *Diario del Derecho*. 16-06-2022. Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1223546
- Castelar, E. (1865). De quien es el Patrimonio Real. *La Democracia*, 21-02-1865
- Castelar, E. (1865). El rasgo. *La Democracia*, 22-02-1865
- Kantorowicz, E. H. (2012). *Los dos cuerpos del Rey. Un estudio de teología política medieval*. Madrid: Akal
- Martínez Sospedra, M. (1981). Las fuentes de la Constitución de 1876. *Revista de Derecho Político*, 8, 71-96. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.8.1981.8054>
- Sánchez Ferriz, R. (1984). *La restauración y su Constitución política*. Valencia: Universitat de València. Facultat de Dret.
- Sevilla Andrés, D. (1969). *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*. Madrid: Editora Nacional.
- Torres del Moral, A. (2004). *Constitucionalismo histórico español*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense.
- Varela Suanzes-Carpegna, J. (2000). La Monarquía en la historia constitucional española. En Fundación Valenciana de estudios avanzados. *Homenaje a Joaquín Tomás Viallaroya* Vol. II (pp. 1137-1150). Valencia: Fundación Valenciana de Estudios Avanzados.
- Zagrebelsky, G. (1979). *La inmunità parlamentari (Natura e limiti de una garanzia costituzione)*. Turin: Einandi

De la ruptura ideológica al Plenario de Parlamentarios del País Valenciano

From the ideological rupture to the Plenary of Parliamentarians of the Valencian Country

RAMON AZNAR I GARCIA

Profesor Contratado Doctor de Historia del Derecho y de las Instituciones
Universitat Jaume I
raznar@uji.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.3.25817>

Fecha de recepción: 29/09/2022

Fecha de aceptación: 04/11/2022

Resumen

En 2022 se cumplen cuarenta años de la promulgación del estatuto de autonomía de la Comunitat Valenciana, e interesa llevar a cabo una aproximación histórica-jurídica a aquel proceso. El artículo analiza el surgimiento del conflicto identitario que afectó de lleno a la transición democrática valenciana, la crisis del organismo unitario de la oposición democrática valenciana a raíz de su no consideración como actor de la reforma política española, así como el inicio de la negociación de la preautonomía valenciana.

Palabras clave

Transición, nacionalismo, regionalismo, Reino de Valencia, País Valenciano, Comunitat Valenciana, catalanismo, Plenario de Parlamentarios, preautonomía.

Abstract

In 2022 it will be forty years since the autonomy statute of the Valencian Community was enacted, and it is interesting to carry out a legal historical approach to that process. The article analyzes the emergence of the identity conflict that fully affected the Valencian democratic transition, the crisis of the unitary organism of the Valencian democratic opposition as a result of its non-consideration as an actor in the Spanish political reform, as well as the beginning of the negotiation of Valencian pre-autonomy.

Keywords

Transition, nationalism, regionalism, Kingdom of Valencia, Valencian Country, Valencian Community, catalanism, parliamentary plenary, pre-autonomy.

Sumario

I. Introducción. II. El conflicto identitario. III. La crisis de la Taula de Forces Polítiques i Sindicals del País Valencià. IV. El Plenario de Parlamentarios y la preautonomía. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

1977 fue un año difícil para el Gobierno de España, durante el cual hubo de afrontar —de acuerdo con la comisión negociadora de la reforma política— cuestiones clave como la legalización del PCE, la celebración de las primeras elecciones generales libres, y la gestión política de los resultados (Ysàs, 2010: 46). Aquél fue también un tiempo de renovación de las élites políticas españolas, al quedar formalmente extinto el Movimiento Nacional (Clavero, 2014: 126) y acceder a la dirección del país un buen número de jóvenes líderes procedentes de las periferias territoriales (Genieys, 1998: 25). Por entonces, se reinstuyó asimismo la Generalitat de Cataluña (González, 2016: 659) y las organizaciones políticas partidarias de la llamada ruptura democrática iniciaron un rápido declive que las llevó al extraparlamentarismo (Cucó, 2018: 15). Arrancaba así la crisis de las organizaciones marxistas españolas, que, desde los años sesenta, habían galvanizado a la juventud universitaria más politizada (Andrade, 2015: 129). A todas estas circunstancias, propias de una democracia en ciernes, en Valencia hubo que añadir la configuración de dos bloques ideológicos antagónicos —catalanistas *versus* anticatalanistas—; ruptura que puso de manifiesto, por un lado, la existencia de un déficit de autocontrol ideológico (Villacañas, 2006: 230) y, como consecuencia de ello, la consolidación de dinámicas reacias al compromiso. De este modo, en Valencia, las posibilidades de un consenso autonomista de amplio alcance quedaron seriamente comprometidas.

El presente trabajo representa una aportación más del autor al plan de investigación emprendido, y que tiene por objeto el estudio del proceso político-institucional que concluyó con la promulgación de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de *Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*. Se parte de la convicción de que debe centrarse la atención en el análisis de los datos en su preciso contexto temporal para, en una fase más avanzada de la indagación, presentar una interpretación de mayor alcance. En esta ocasión, el periodo analizado se extiende a lo largo del año 1977, cuando en la Región Valenciana cristalizó socialmente una ruptura entre dos concepciones identitarias antagónicas. Los primeros efectos de esta quiebra se manifestaron en la ineficacia de la *Taula de Forces Polítiques i Sindicals del País Valencià*, el ente que había agrupado, desde mediados de 1976, a gran parte de las fuerzas de la oposición democrática valenciana e intentó incidir en la reforma política

española. Aquella quiebra colectiva incidió de lleno en los comienzos de la actividad del Plenario de Parlamentarios del País Valenciano, el organismo que posibilitó, por primera vez desde la nueva planta borbónica, una expresión política valenciana de alcance regional.

Durante el curso de la investigación, se ha prestado una especial atención a las fuentes de carácter periodístico. La efervescencia política del momento —y la existencia de unas líneas editoriales, en general, porosas a las reivindicaciones democráticas— hace de la prensa una fuente de conocimiento privilegiada para acceder a la comprensión de aquellos años. Especial mención merece la consulta de los fondos del diario *Las Provincias*; a la sazón, el periódico valenciano más leído y el más significado en su apoyo a los principales líderes de la oposición democrática y autonomista (Mateu y Domínguez, 2011: 73).

II. El conflicto identitario

En 1962, se publicaron *El País Valenciano* y *Nosaltres els valencians*, ensayos de Joan Fuster en los que se postulaba la nacionalidad catalana de los valencianos. Esta tesis tuvo un amplio eco entre minorías universitarias movilizadas políticamente (Martí y Ramoneda, 1976: 53). Así las cosas, durante las postrimerías del Franquismo, en los extremos de una enorme “masa neutra” y de algunas “medias tintas”, se oponían catalanistas y anticatalanistas, quienes representaban un residuo de la dictadura en todo momento interesada en mantener una ciudadanía ofuscada por “rutinas ancentrales” y excitada a base de “sentimentalismos localistas” —sostuvo el ensayista.

Han de aceptarlo, tirios y troyanos, en el País Valenciano: aceptamos a los valencianos-catalanes. Estaremos en cualquier esquina para dar testimonio de nuestra razón. Si somos “cuatro gatos”, paciencia. Seremos valencianos como los demás, y con la afirmación catalana. Pueden darnos palos, multas, coronarnos de infamia. Es igual¹.

Algunos de aquellos jóvenes universitarios con inquietudes democratizadoras e influencia social considerable participaron activamente en una tarea de revisión historiográfica, que condujo a la conformación de una nueva conciencia de pertenencia cultural y política (Piqueras, 1996: 39). Fue el caso de Ernest Belenguer, autor del libro *València en la crisi del segle XV*, quien negó la existencia de un siglo de oro valenciano —defendido por la escuela tradicional de medievalistas como Juan Bautista Perales, Manuel Dualde, Miguel Gual, José Camarena, Leopoldo Piles o Francisco Sevillano— e interpretó el reinado de Fernando el Católico como una etapa durante la cual se operó una sistemática explotación económica del Reino de Valencia con la “colaboración culpable de la oligarquía” de la capital². En esta misma línea, *Raons d'identitat del País Valencià*, libro también elaborado por jóvenes profesores vinculados a la oposición democrática, planteó una interpretación de la historia valenciana alternativa a la que estaba siendo difundida por la denominada despectivamente “ideología regnícola”. En este sentido, Vicent Soler cuestionó la explicación tradicional que atribuía el predominio lingüístico castellano en ciertas comarcas valencianas a la repoblación medieval aragonesa, y sugirió que dicha circunstancia se debía

1 J. Fuster. “El caso valenciano”, *Dos y dos*, 4-5-1977, pp. 28-29.

2 S. García Martínez. “Valencia en la crisis del siglo XV”, *Dos y dos*, 2-1-1977.

a la repoblación subsiguiente a la expulsión de los moriscos (Soler, 1977: 49). Asimismo, Màrius Garcia Bonafé afirmó que, durante la Edad Moderna, hubo una constante inversión de capitales en la agricultura, que provocó la pervivencia de estructuras sociales arcaicas y que, a su vez, generó una debilidad nacional que llegaba hasta el presente (García, 1977: 71). Para Teresa Carnero, la burguesía agraria valenciana del siglo XIX había desempeñado un papel retardatario que, en el plano ideológico, se concretó en la *Renaixença*. Igualmente, Jordi Palafox sostuvo que ningún movimiento social valenciano había sabido ofrecer, durante los años treinta del siglo XX, una alternativa civil y económica a los graves problemas que se arrastraban del pasado (Palafox, 1977: 129). Del mismo modo, José Antonio Martínez consideraba que la clase dominante valenciana del tardofranquismo, en la medida en que había hecho suya la ideología desarrollista y se había puesto al servicio de los monopolios y oligopolios industriales, era incapaz de ofrecer las soluciones que el momento requería (Martínez, 1977: 159). En contra del parecer del catedrático Antonio Ubieta, Dolors Bramon defendió que los musulmanes valencianos habían hablado árabe hasta su expulsión en el siglo XVII, y no una lengua romanceada emparentada con el valenciano contemporáneo (Bramon, 1977: 195).

Por entonces, Ernest Lluch —profesor agregado de Historia de las Doctrinas Económicas en la Universidad de Valencia y vinculado al Partido Socialista del País Valenciano como los autores arriba referidos— insistía en el “estado fluido y evolutivo de la conciencia de Países Catalanes” y afirmaba que esta idea debía concebirse como una problemática política que requería de maduración, coordinación y voluntad popular. Todo ello sin obviar las resistencias que, además de cierta burguesía proclive a las tesis centralistas, oponían amplios segmentos populares, de inmigrantes y de residentes en las comarcas castellanoparlantes³.

Uno de los intelectuales que más tempranamente se opuso a las tesis de Joan Fuster fue el historiador Antoni Igual Úbeda⁴. Quien había sido colaborador juvenil de las revistas *Acció Valenciana* y *Taula de Lletres Valencianes*, aún recordaba cuatro décadas después lo que Francesc Macià dijo a los valencianos que acudieron a presentarle sus respetos: “No os preocupéis de nosotros. Vosotros haced grande a Valencia, que si llega a serlo ya nos encontraremos”⁵. Poco después de la publicación de *Nosaltres els valencians*, Igual publicó el opúsculo *València i els valencians*, el que reprochó la equivocación intelectual y la incapacidad política que afectaban a la tesis catalanista:

3 “Somos por el contrario bien conscientes de cómo, desde el siglo XVI, fue disminuyendo la conciencia unitaria y, por lo tanto, la acentuación de las diferentes conciencias regionales, facilitada al actuar sobre zonas con una personalidad fuerte, no reducible en todo caso a un País Valenciano librecambista y a una Cataluña proteccionista”. Véase E. Lluch. “Els Països Catalans (I). Un procés unitari i divers”, *Dos y dos. Quatre*, 6-4-1977, pp. 19-20; y “Els Països Catalans (i II). Tres postures polítiques”, *Dos y dos*, 20-4-1977, pp. 17 y 18.

4 Durante la II República, Igual fue profesor ayudante de la sección de Letras del Instituto-Escuela de Valencia. Tras la Guerra Civil, pasó a desempeñar el puesto de profesor encargado de Geografía e Historia del Instituto de Enseñanzas Medias *Maragall*, de Barcelona. En 1948, apareció en el listado provisional de opositores a cátedra de Geografía e Historia de Instituto Nacional de Enseñanza Media y —a diferencia de Julián San Valero, quien también fue incluido— no aportó el certificado de adhesión al régimen. Ingresó por oposición en el cuerpo de profesores adjuntos de Geografía e Historia de Instituto Nacional de Enseñanza Media de Teruel y, de allí, pasó al Instituto Nacional de Enseñanza Media de Requena. *Gaceta de Madrid*, 8-11-1932, p. 939; BOE, de 24-10-1942, p. 8.525; BOE, de 17-5-1948, p. 1.963; BOE, de 12-12-1955, p. 346; BOE, de 5-11-1958, p. 265 y BOE, de 24-6-1959, p. 8.970.

5 A. Igual Úbeda. “La senyera”, *Las Provincias*, 18-8-1977, p. 17.

El orden que hace mover a los peones es producto de un pensamiento perfecto, total y absolutamente equivocado, no sólo porque los efectos han de ser inevitablemente contraproducentes, sino también porque demuestra la total y absoluta incapacidad política que lo anima (Iguual, 1964: 5).

También Julián San Valero Aparisi, catedrático de Prehistoria e Historia de la Cultura en la Universidad de Valencia, rechazó la tesis de la catalanidad nacional de los valencianos⁶. Él sostenía que las comarcas valencianas “participan de ciertas características comunes que les da[n] una personalidad distinta de los otros países circunvalantes”. A su modo de ver, la cultura valenciana era “un embrollo vital, no tan simple como se hace creer”. Tampoco la artificialidad de origen de las demarcaciones provinciales cancelaba su validez y, a pesar de esta “superestructura, la cultura valenciana mantiene su personalidad y aún la insufla en la superestructura misma” —dijo. Asimismo, defendió la conveniencia de clarificar la trascendencia del substrato cultural ibero, presente “no sólo en Valencia, sino en Cataluña, parte de Aragón y sur de Francia hasta Marsella” (San Valero, 1977: 6). Estas ideas, plasmadas en *Reflexiones sobre el pueblo, cultura y lengua de Valencia*, fueron tachadas de “chapuza sin el mínimo rigor”, “breviario de resentimientos” y clara muestra del “móvil anticatalán” del autor⁷.

San Valero, a quien durante décadas se le había atribuido una sensibilidad democrática y valencianista, pasó a ser calificado como intelectual del búnker y profesor mediocre que nunca habría llegado a “contribuir en forma medianamente sólida o decisiva a la ciencia prehistórica”⁸. Él había pertenecido a la Federación Universitaria Escolar (FUE) y asumido las tesis del valencianismo republicano de izquierdas —*Acció Cultural Valenciana, Agrupació Valencianista Republicana y Nova Germania*—. Iniciada la guerra civil, colaboró con el rector José Puche y con Francesc Bosch, consejero de cultura del Consejo Provincial de Valencia. Luego, fue teniente auditor de campaña y capitán del cuerpo jurídico militar. Finalizada la contienda, cumplió una condena de cuatro años de cárcel (Blasco y Mancebo, 2010: 207). Probablemente, por entonces le ayudó el arqueólogo Martín Almagro, quien había estudiado en Valencia, compartido sus inquietudes republicanas en FUE, había sido profesor auxiliar en Barcelona con el catedrático Pere Bosch Gimpera, y pertenecía al grupo de falangistas animados por Manuel Hedilla y Dionisio Ridruejo. En 1948, fue incluido en el listado provisional de opositores a cátedra de Geografía e Historia de Instituto de Instituto Nacional de Enseñanza Media, y aportó el certificado de adhesión al régimen⁹. Durante los años cincuenta, ya catedrático en Valencia, San Valero mantuvo correspondencia frecuente con algunos de los personajes más relevantes del valencianismo y del exilio, interior y exterior; como, Nicolau Primitiu Gómez Serrano, Gonçal Castelló, Emili Beüt, José Cano Marqués, Rafael Pérez Contel o Enrique Cerezo Senís. Fue director del Centro de Estudios Norteamericanos de Valencia y del Curso Libre de Lengua y Cultura Valencianas de la Universidad de Valencia, en

6 Orden, de 22 de mayo de 1948, *por la que se nombra catedrático de la Universidad de Granada a don Julián San Valero Aparisi*; y Orden, de 8 de noviembre de 1949, *por la que se nombra catedrático de la Universidad de Valencia a don Julián San Valero Aparisi*. BOE, de 16-6-1948, p. 2.533; y BOE, de 21-11-1949, p. 4.879.

7 *Dos y dos*, 4-5-1977, p. 4.

8 T. Doménech. “Del rojo al azulillo. Julián San Valero, el intelectual del búnker”, *Dos y dos*, 17-6-1977, pp. 11-12.

9 Biblioteca Valenciana, Archivo Julián San Valero Aparisi, [en proceso de catalogación]. También, *Diario Oficial del Ministerio de Defensa Nacional*, de 23-10-1937, p. 141; *Diario Oficial del Ministerio de Defensa Nacional*, de 7-6-1938, p. 829; BOE, de 1-8-1942, p. 5.667; y BOE, de 17-5-1948, p. 1.964

el que colaboraron intelectuales como Joan Fuster o Manuel Sanchis Guarner. Pero, a las alturas de 1977, estas colaboraciones resultaban ya imposibles.

De la calificada como “ideología regnicola” también participó Antonio Ubieto Arteta, catedrático de Historia de España Antigua y Media en la Universidad de Valencia, quien, a mediados de marzo de 1977, sostuvo que:

Tratar de catalanizar Valencia sólo puede basarse en un desconocimiento tremendo de la historia de ambas regiones. El profesor Juan Reglá —y no es sospechoso de anticatalanismo un hombre que era del Ampurdán— me decía: “Estos valencianos no se dan cuenta de que siempre que Cataluña sube, Valencia cae, y al revés. Difícilmente podemos ir a la par”¹⁰.

En este contexto de creciente brecha político-identitaria, tales afirmaciones le valieron la censura de “catedrático de estirpe autoritaria” y “mancha negra, negrísima, en el recuerdo de quienes lo padecemos”¹¹. Esta referencia al pasado nos advierte de que el enfrentamiento entre Ubieto y destacados jóvenes profesores vinculados a la oposición democrática venía de atrás. Ubieto fue objeto de una de las primeras y más sonadas campañas estudiantiles contra catedráticos de la Universidad de Valencia. La diseñaron los integrantes del grupo Camilo Torres —Ernest Garcia, Jesús Sanz, Benito Sanz o José Rodrigo, todos ellos vinculados al PCE— (Sanz, 1999: 193). Poco después, Ubieto se vio envuelto en otra polémica, que le enfrentó con Alfons Cucó y Josep Lluís Blasco, ambos profesores a quienes acusó de promover una campaña de desprestigio —que asimismo incluyó el reparto de panfletos y la colocación de carteles murales— en contra su gestión al frente de la junta económica de la Facultad de Filosofía y Letras¹². Esta mezcla de rupturas académicas e ideológicas ayuda a entender los términos empleados contra el medievalista por la revista *Dos y dos*:

Don Antonio, aragonesista y de las JONS, se ha convertido en uno de los puntales del integrismo valenciano. Su cinismo es tan gordo que últimamente se ha atrevido a utilizar unas palabras del profesor Reglá para justificar su particularismo, su aversión —apoyada en pseudocientifismos tronados— a la unidad de la lengua catalana. En fin, nos gustaría que don Antonio dejara de dudar y abandonara Valencia. Sería un gran favor¹³.

10 Véase “Antonio Ubieto: ¿se va o se queda?”, *Levante*, 13-3-1977, p. 17. Asimismo, BOE, de 6-1-1956, p. 165; y BOE, de 27-1-1958, p. 844.

11 *Dos y dos*, 23-3-1977, p. 17.

12 El medievalista también denunció el desvío de fondos destinados a la adquisición de libros, que nunca pasaron por el registro de la biblioteca de la cátedra de Lógica, regentada por Manuel Garrido y a la que estaba adscrito Blasco. Véase “Informe que presenta el profesor Antonio Ubieto Arteta, catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Valencia, al Claustro de la misma Facultad. 2 de junio de 1972”. Archivo de la Universidad de Valencia (AUV), Archivo Alfons Cucó, caja 1, carpeta 112. En respuesta al informe de Ubieto, Garrido remitió otro escrito en el que negaba todas las afirmaciones de aquél y dijo: “Quiero hacer constar, con carácter público, que jamás he tenido pruebas de que los profesores Blasco, Cucó, Paniagua y Ginés estén implicados en la confección de carteles ni en actividad subversiva de cualquier especie, y que estoy absolutamente convencido de su no culpabilidad. Debo añadir, asimismo, y con carácter igualmente público, que jamás he tenido información probada alguna respecto a la ideología particular de dichos profesores”. AUV, Archivo Alfons Cucó, caja 1, carpeta 112.

13 *Dos y dos*, 23-3-1977, p. 17. Meses después, varios jóvenes profesores del departamento de Historia Medieval de la Universidad de Valencia hicieron pública su discrepancia con las tesis historiográficas de Ubieto, mediante una carta publicada en el diario *Las Provincias* firmada por Carme Barceló, María Milagros Cárcel, José Hinojosa, Pedro López, Rosa Muñoz y Mateu Rodrigo. Una referencia a esta polémica en *Dos y dos*, 3-6-1977, p. 8.

Miquel Adlert Noguerol —juez comarcal y de distrito, y destacado activista cultural desde los años de la II República y durante la postguerra— se opuso asimismo a los postulados del catalanismo valenciano (Calpe, 2019: 67)¹⁴. En 1977, sostuvo que “la actual catalanización [...] exige una revalencianización también energética, total y de golpe” (Adlert, 1977: 10). Interesado en la historia jurídica, probablemente participó en la redacción del opúsculo *La senyera valenciana*. A su modo de ver, no resultaba admisible la pretensión de quienes, adscritos al postulado de la nacionalidad catalana de los valencianos, propugnaban la adopción de una bandera común¹⁵. Desde otras coordenadas ideológicas, el abogado Vicente Giner Boira —presidente en Valencia del Partido de Acción Regional— pronosticó un “auténtico enfrentamiento fratricida” y denunció lo que consideraba la “invasión de un ejército ideológico”¹⁶. La periodista María Consuelo Reyna —subdirectora de *Las Provincias*— no compartía esta visión de las cosas y se refirió a quienes “magnifican este catalanismo, lo manipulan desde posiciones reaccionarias, y lo agitan ante los valencianos, unas veces como un fantasma, otras como un ogro dispuesto a engullirnos, pero siempre tratando de que los valencianos nos engresquemos en inútiles polémicas, en estúpidas discusiones”¹⁷.

La corporación municipal de Valencia desempeñó un papel destacado en esta querrela ideológica. Primero, el teniente de alcalde, Pascual Lainosa, impulsó una moción para que el Ayuntamiento se pronunciase en contra de la idea de Países Catalanes¹⁸. Asimismo, los municipios valencianos solicitaron al Gobierno la promulgación de una ley general de regionalización, la cooficialidad de la lengua valenciana, y se pronunciaron en favor de un estatuto de autonomía¹⁹. El gobierno de Carlos Arias Navarro había puesto en marcha comisiones de estudio que deberían proponer fórmulas de mancomunidad de servicios entre las diputaciones provinciales vascas y catalanas (Aragoneses y Claret, 2021: 300). Por su parte, la Diputación de Alicante —además de protestar contra lo que consideró una discriminación— había instado la constitución de una comisión de estudio del régimen autonómico valenciano²⁰.

Manuel Martínez Sospedra —profesor del departamento de Derecho Político

14 Adlert desempeñó funciones judiciales en los municipios de Meliana, Benifaió y Carlet hasta su jubilación. Véase BOE, de 17-9-1946, p. 7.009; de 23-2-1953, p. 1.096; y de 30-6-1980, p. 14.940.

15 *La senyera valenciana*, Valencia, Lo Rat Penat, 3ª ed., 1977, p. 1. Una referencia al libro en *ABC*, 27-5-1977, p. 24. Por su parte, el PSPV emitió un comunicado en el que denunciaba el centralismo de los medios oficiales de la ciudad de Valencia, que trataban de imponer la bandera local al conjunto del territorio. *Las Provincias*, 4-3-1977, p. 16.

16 *Las Provincias*, 9-2-1977, p. 5 y 23-10-1977, p. 21.

17 *Las Provincias*, 25-10-1977, p. 5.

18 *Las Provincias*, 5-2-1977, p. 14. El periodista Francisco Pérez Puche calificó la iniciativa municipal de “inútil” porque “nada sólido y tangible aportaba”. *Las Provincias*, 5-3-1977, p. 25; y 6-3-1977, p. 21.

19 A propuesta del alcalde, Vicente Ramón Izquierdo, el acuerdo del pleno referido a la cooficialidad idiomática constó en el acta en idioma valenciano, aun cuando la normativa exigía que lo fuese en castellano. Antes de la reunión, la comisión de cultura del Ayuntamiento ya había dictaminado sobre el proyecto municipal de estatuto de autonomía. El alcalde estaba adscrito a Alianza Popular, agrupación liderada por Manuel Fraga, que en Cortes Españolas había votado a favor de la ley para la reforma política. *Las Provincias*, 9-3-1977, p. 23; y 7-4-1977, pp. 3-4. Tras las elecciones del 15 de junio de 1977, el Ayuntamiento de Castellón de la Plana secundó la iniciativa autonomista de la corporación municipal valenciana. Véase *ABC*, 1-7-1977, p. 17.

20 Véase Archivo de la Diputación Provincial de Alicante. Actas del pleno. Acta del 20-1-1977, signatura GE-44678/1, fols. 1r.-3v. También, *Avui*, 13-1-1977, p. 13; y 22-1-1977, p. 11. Además, *ABC*, 22-1-1977, p. 16.

de la Universidad de Valencia y miembro de los Círculos José Antonio— elogió la iniciativa de la corporación local valenciana²¹. No, en cambio, el periodista Vicent Ventura, quien la criticó duramente y atribuyó su inspiración intelectual a los catedráticos juristas Laureano López Rodó y Juan Ferrando Badía²². El Ayuntamiento —afirmó Ventura— “sólo ha pedido l'estatutet, en diminutivo y sin mayúscula; es decir, no ha pedido nada”²³. También Amadeu Fabregat rechazó un planteamiento que —dijo— nada tenía que ver con el valencianismo, sino con la reacción franquista, la pura maniobra electoral y el burocratismo frío y distante. Él aventuró la escasa repercusión de la propuesta de los regidores y un correlato de indiferencia social²⁴. Por su parte, Joan Fuster tildó la iniciativa de regionalista, cómica, precipitada e hipócrita. Su propuesta —el anteproyecto de estatuto de Elche— era de carácter nacional, izquierdista —“la autonomía será de izquierdas o no será”— y monolingüe:

Yo soy catalanista, por supuesto. Tal como fatalmente tenían que plantearse las cosas, la opción para los valencianos catalanohablantes no puede ser otra. La alternativa es el castellanismo oficializado, *botifler*, regionalista y memo, con alguna condescendencia al vernáculo. *Tertium non datur*²⁵.

Emilio Attard —líder del Partido Popular Regional Valenciano— afirmó entonces que las relaciones entre los “países de la catalanidad” no eran tanto de índole política, como de carácter histórico y geopolítico²⁶. Y Santiago Carrillo declaró que le parecía lógico que “Cataluña, el País Valenciano y Baleares [...] establecieran, una vez conseguidas sus respectivas autonomías, lazos culturales”. No obstante, sostuvo que “la fusión de los países catalanes [...] sería política ficción, porque no reposa en un fundamento real”²⁷. Por entonces, el periodista Fabregat opinaba que “la cosa se ha puesto mal, muy mal, para los nacionalistas de aquí”²⁸. A

21 M. Martínez Sospedra. “La autonomía: elogio y crítica de un acuerdo municipal”, *Las Provincias*, 12-4-1977, pp. 5-6.

22 López Rodó, con ocasión de la presentación en Valencia del Partido de Acción Regional, había declarado: “A mí me parece que lo de País Valenciano es una denominación de nuevo cuño, prefiriendo hablar de Región o Reino de Valencia. Lo de País Valenciano me huele o suena a imperialismo catalán, y no soy dudoso porque soy catalán. Jaime I estableció el límite en el río Cenya y no tenemos por qué borrarlo. La personalidad histórica, geográfica y cultural de Valencia son indiscutibles. Además, nosotros propugnamos el reconocimiento de la personalidad de todas y cada una de las regiones y excluimos por este hecho toda injerencia, absorción o menoscabo de la personalidad de cualquiera de ellas en beneficio de otra”. La junta promotora del partido eligió a los integrantes del comité regional, presidido por Vicente Giner Boira. *Las Provincias*, 28-1-1977, p. 13; y 29-1-1977, p. 14.

23 V. Ventura. “L'estatutet de l'ajuntament de València”, *Avui*, 15-4-1977, p. 11 y “El Ayuntamiento de Valencia renuncia a la autonomía del País Valenciano”, *Dos y dos*, 20-4-1977, pp. 6-7.

24 A. Fabregat. “L'ajuntament, l'autonomia i la cooficialitat”, *Avui*, 16-4-1977, p. 11.

25 J. Millás. “Joan Fuster, un nacionalista recalcitrante”, *Triunfo*, 15-1-1977, p. 37.

26 “Considero bizantina la discusión sobre el origen lingüístico común en los países de la catalanidad. Pretender crear divergencias es una manipulación que no conduce más que a desvirtuar nuestra propia identidad valenciana, que tiene carta de naturaleza bastante para que la reivindicemos, sin dependencias apriorísticas ni coyunturales. Parece que asistimos a una escalada semántica que germinó en el franquismo y continúa dejando su impronta en el proceso de democratización. Importan menos las palabras —que son las etiquetas— que los contenidos. Si reivindicamos nuestro poder autonómico mediante la desconcentración del poder central, se conseguirán los frutos consecuentes a la descentralización de funciones, y en el camino nos encontraremos libres e independientes entre sí los que tenemos una raíz comunitaria histórica y geopolítica”, en A. Fabregat. “El País Valenciano. Una lucha nacional (1)”, *Destino*, 10-3-1977, pp. 48-51.

27 *Las Provincias*, 13-3-1977, p. 13.

28 A. Fabregat. “País Valenciano, escaso nacionalismo”, *Destino*, 9-6-1977, p. 19.

su modo de ver, tras la muerte del general Franco, la reivindicación identitaria en clave catalanista había conseguido unos progresos insólitos y aglutinado la diversidad ideológica entre los demócratas. Sin embargo, año y medio después, el escenario político resultaba decepcionante y, en las elecciones generales, el éxito de esta causa resultaba improbable²⁹. También Vicent Ventura —quien medía la “fiabilidad valencianista de los candidatos y de los partidos justamente por su aceptación del hecho nacional común a todos los Países Catalanes”— se mostraba pesimista y recomendaba la abstención³⁰. Ambos pronósticos se cumplieron y, en las elecciones generales del 15 de junio de 1977, los partidos valencianos que, en mayor o menor medida, habían asumido las tesis catalanistas padecieron un descalabro electoral (Martínez, Muñoz, Aguiló, Bosch, Serrano, 1979). Baltasar Porcel se refirió a ello:

Reunir en Valencia o Mallorca un millar de personas conscientes y militantes de la idea pancatalana era un éxito en tiempos del general Franco. Hoy ni cuenta. Se necesitarían centenares de miles. Ni la educación recibida ni la fuerza intrínseca de cada uno de estos núcleos se decanta por aquí. Quedan en pie una comunidad lingüística, aunque a ratos muy bastardeada como ocurre en Valencia o Alicante, una relativa convergencia cultural y una determinada dosis de unidad política. Que es mucho. Pero no tanto como imaginábamos o deseábamos imaginar. Se impone un replanteamiento de la cuestión, si en lugar de querer avances no deseamos caer en retrocesos. No ya los Países Catalanes, sino el valencianismo o mallorquinismo han sido rechazados³¹.

Tras los comicios, se fundaron en Valencia tres organizaciones que protagonizaron en lo sucesivo la contestación ideológica y política al catalanismo local (Ribera, 2021: 131). Primero, *Consell Valencià*³². Poco después, el partido Unión Regional Valencianista³³. Finalmente, el *Grup d'Acció Valencianista*³⁴. En clara afinidad con estas entidades, el manifiesto *Al poble valencià* solicitó al Plenario de Parlamentarios:

Definir de una manera clara, inequívoca y exacta la política de los respectivos partidos sobre todos y cada uno de los problemas que hemos enunciado [lengua valenciana, denominación del territorio, bandera propia, edición de textos pedagógicos y religiosos en catalán, y difamación de personas y entidades], de forma que el electorado de todas las tierras valencianas conozca, de cara a las próximas elecciones municipales, cuál es la posición precisa y concreta de sus representantes, así como la disposición de ella a eludir decididamente cualquier compromiso que pueda poner posteriormente en peligro la intangibilidad de la personalidad valenciana, que ha de quedar siempre al margen de razones de oportunismo político coyuntural³⁵. En un sentido opuesto a estas iniciativas, Joan Fuster publicó *El blau en la*

29 A. Fabregat. “Les eleccions al País Valencià”, *Avui*, 11-6-1977, p. 11.

30 V. Ventura. “País Valencià: per qui votar?”, *Avui*, 7-6-1977, p. 8.

31 B. Porcel. “Qué es, hoy, el catalanismo?”, *Destino*, 30-6-1977, pp. 16-17.

32 El texto íntegro del primer manifiesto de *Consell Valencià*, firmado por Miquel Adlert, María del Pilar Tormo, Xavier Casp, Francesc Xavier Marí Cerezo, Benjamín Narbona y Manuel Zarzo, en *Las Provincias*, 24-8-1977, p. 15. Véase asimismo *Mediterráneo*, 23-8-1977, p. 2; *Avui*, 25-8-1977, p. 7 y VENTURA, V. “Elemental, amic Watson”, *Avui*, 4-9-1977, p. 10.

33 *Avui*, 24-11-1977, p. 6; *Las Provincias*, 27-11-1977, p. 21; y *Mediterráneo*, 27-11-1977, p. 12.

34 *Las Provincias*, 22-10-1977, p. 15.

35 El texto completo del manifiesto, redactado en valenciano, con las firmas de quienes lo suscribieron, en *Las Provincias*, 18-11-1977, p. 15.

senyera, ensayo en el que daba cuenta de la existencia de “dos perspectivas irreconciliables sobre lo que es y lo que queremos que sea el País Valenciano” (Fuster, 1977: 6). Los hechos diferenciales —afirmó— no pasaban de ser “tópicos ignominiosamente manufacturados por las clases dominantes” y asumidos por los “*valencianets* acojonados [sic]” (Fuster, 1977: 30). De su mismo parecer era Vicent Ventura, para quien los “caballos de batalla” de la incipiente política democrática valenciana eran la bandera común, el idioma común, la cultura común y la historia común con Cataluña³⁶. Él impulsó, desde dichas coordenadas, la constitución del Partido Socialista Unificado del País Valenciano, situado ideológicamente entre el Partido Comunista del País Valenciano y el *Partit Socialista d'Alliberament Nacional dels Països Catalans*³⁷. Estos planteamientos quedaron patentes con ocasión del XVIII *Aplec del Puig*, celebrado en octubre de 1977 y al que asistieron, a título personal, dos miembros del Plenario de Parlamentarios, Francesc de Paula Burguera y José Vicente Mateo, a quienes Joan Fuster entregó un pliego de firmas que avalaban la petición de declarar la cooficialidad de la lengua catalana. El acto recibió numerosas críticas; entre ellas las de Alfons Cucó, Vicent Garcés y Emèrit Bono³⁸. Por entonces, Amadeu Fabregat echaba de menos la “frialdad” y “serenidad” necesarias para que la sociedad valenciana consiguiera la “mayoría de edad” política³⁹. En términos análogos se expresaba Manuel Broseta, quien afirmó que “el valenciano sensato y sereno, que quiere progreso social y político, está ya harto de tanta exagerada polémica divisoria”⁴⁰. José Antonio Noguera —secretario general de Demócratas Independientes del País Valenciano— opinaba que la distinción entre nacionalidad y región debía comprenderse, no tanto a partir de argumentos de carácter determinista, como de la voluntad expresada político-institucionalmente:

No olvidemos nunca que las naciones, los países, los reinos o las regiones (como queramos llamar a Valencia) no las crean solo la historia, ni la geografía, el idioma o la cultura [...]. Se trata de imponer la propia voluntad de autogobierno de sus habitantes, de nosotros los valencianos [...] No se puede reducir nuestra voluntad a definirnos y actuar como pueblo a una discusión sobre la historia, las banderas, o sobre el nombre que tiene que recibir el idioma; pues, con todos los respetos debidos, es la mejor manera de situar la cuestión en terrenos extraordinariamente ambivalentes cuando no claramente reaccionarios” (Noguera, 1977: 133).

III. La crisis de la *Taula de Forces Polítiques i Sindicals del País Valencià*

Durante el segundo semestre de 1976, el oficialismo democratizante —liderado por Adolfo Suárez— y las fuerzas moderadas de la oposición democrática española habían acordado las líneas básicas de la llamada reforma política. Dejaron atrás el planteamiento tardofranquista de las asociaciones políticas e

36 V. Ventura. “La batalla del blau en la diada”, *Destino*, 20-10-1977, pp. 12-13.

37 Con sede social en Mislata —para subrayar la atribución de reaccionarismo predicado de la ciudad de Valencia— el PSUPV estaba dirigido provisionalmente por Josep Giner, Vicent Ventura, Albert Thous, Vicent Suñer y Domènec Serneguet. *Avui*, 7-10-1977, p. 6. Un par de meses después, Ventura presentó la baja del partido. Él habría querido un posicionamiento “*abertzale* y crítico respecto a toda la izquierda del País Valenciano”. *Avui*, 30-12-1977, p. 5.

38 *Las Provincias*, 25-10-1977, p. 17.

39 *Avui*, 13-11-1977, p. 18.

40 M. Broseta. “Catalanismo y anticatalanismo (2)”, *Las Provincias*, 13-11-1977, p. 4.

iniciaron la preparación de los primeros comicios democráticos⁴¹. A pesar de su insistencia, la Taula quedó al margen de aquellos acuerdos iniciales.

Desde las organizaciones de izquierda, hubo quien reivindicó decididamente la estrategia desarrollada por la Taula⁴². También desde el Partido Demócrata Liberal del País Valenciano se habló de “marginación valenciana” y se reivindicó una “parcela de poder suficiente, a nivel de Estado”⁴³. Asimismo, desde posiciones cristianodemócratas se criticó la negativa de gobierno y oposición a tomar en consideración las propuestas de la Taula (Ruiz, 1977: 77). Otro tanto hizo el comité promotor del Club Convergencia de Valencia —iniciativa auspiciada por personas de sensibilidades ideológicas dispares⁴⁴. Por su parte, el PSPV reprochó al PSOE que no hubiese protestado contra la relegación valenciana⁴⁵.

Otros pareceres fueron, en cambio, más críticos⁴⁶. En este sentido, Manuel Broseta —presidente de Demócratas Independientes del País Valenciano— opinaba que la inclusión del organismo valenciano en la comisión negociadora de la reforma política habría complicado su formación⁴⁷. También Santiago Carrillo —preguntado acerca de la pretensión de equiparar el País Valenciano con Cataluña, País Vasco y Galicia— declaró: “Tal aspiración ha sido un error. Los hechos nos han dado la razón”⁴⁸. Más contundentemente se expresó Enrique Tierno Galván, quien había moderado las reuniones en las que se decidió la exclusión de la Taula. Él tachó de tajante, dogmática, excesiva y entorpecedora la actitud adoptada por los negociadores valencianos⁴⁹. También Vicent Ventura se distanció de las protestas del organismo unitario y reprochó la celebración de una rueda de prensa en Madrid para “explicar la particularidad (?), la nacionalidad (?) del País Valenciano y, por consiguiente, el derecho a formar parte de la comisión negociadora con Suárez”⁵⁰. Poco después, Josep Melià —estrecho colaborador de Adolfo Suárez— ofreció a Ventura la dirección del diario *El*

41 Sobre dichas asociaciones, integradas en el Movimiento Nacional, véase Decreto ley 7/1974, de 21 de diciembre, *por el que se aprueba el Estatuto Jurídico del Derecho de Asociación Política* (BOE, de 23-12-1974, pp. 26.045-26.049).

42 Fue el caso de Alfons Cucó, del Partido Socialista del País Valenciano; Carles Dolç, del Movimiento Comunista del País Valenciano; y de Laura Pastor, del Partido Carlista del País Valenciano, cuyas organizaciones se planteaban una alianza electoral autonomista y de izquierdas. Véase *Avui*, 1-1-1977, p. 10. Asimismo, C. Dolç. “Tareas para la izquierda valenciana”, *Dos y dos*, 2-1-1977, p. 3; y L. PASTOR “La autonomía y la Taula, *Dos y dos*, 2-1-1977, p. 4.

43 J. Muñoz Peirats. “De urgente convocatoria”, *Las Provincias*, 2-1-1977, p. 5; “La vía de Madrid”, *Las Provincias*, 20-2-1977, p. 5 y “Poder Valenciano”, *Las Provincias*, 27-2-1977, p. 5.

44 La comisión promotora estaba integrada por Emèrit Bono, Manuel Sánchez Ayuso, Serafín Ríos Mingarro, Emilio Attard, Graciliano Ballesteros y Juan Gomar. Véase *Las Provincias*, 4-1-1977, p. 16 y 12-1-1977, p. 16.

45 *Las Provincias*, 6-1-1977, p. 14. La réplica de la Federación Socialista del País Valenciano del PSOE, en *Las Provincias*, 7-1-1977, p. 17. Otro comunicado del PSPV sobre la misma cuestión, en *Las Provincias*, 11-1-1977, p. 15.

46 Francesc de Paula Burguera, secretario general del Partido Demócrata Liberal del País Valenciano, opinaba que “las cosas hubieran ido mejor en caso de haber existido dos plataformas: una exclusivamente valenciana y otra con fuerzas de ámbito estatal”. Por su parte, Vicent Álvarez, de la Organización de Izquierda Comunista, atribuyó a la Taula una claudicación constante y una falta de alternativa de clase arraigada. *Avui*, 6-1-1977, p. 11; y 19-1-1977, p. 4.

47 *Avui*, 6-1-1977, p. 11.

48 En una rueda de prensa celebrada en Valencia, Carrillo declaró sobre el tema de las nacionalidades que el PCE había antepuesto la resolución de los problemas catalán, gallego y vasco, “para no dar sensación a ciertos sectores que temen la atomización de que ésta se iba a producir”, y que “la prisa de otras regiones y países ha sido un error y ha influido negativamente”. *Las Provincias*, 13-3-1977, p. 13; y *Dos y dos*, 23-3-1977, p. 7.

49 *Las Provincias*, 9-1-1977, p. 13.

50 V. Ventura. “Protestes, protestants, candidats i homenatge”, *Avui*, 7-1-1977, p. 10.

Correo Catalán, propiedad de Jordi Pujol⁵¹.

José Antonio Noguera reflexionó con detenimiento sobre lo acontecido. A su modo de ver, era obvio que el gobierno y el conjunto de la oposición estatal habían preferido atenerse a la historia jurídica y adoptar como referente los procesos estatutarios republicanos catalán, vasco y gallego. Las multitudinarias manifestaciones del año 1976 —en las cuales se constató el amplio apoyo popular que concitaba el autonomismo valenciano— apenas habían sido consideradas⁵². Las delegaciones regionales de los partidos de ámbito estatal no habían sabido imponer una agenda propia en el seno de sus organizaciones. La Taula había ignorado que la composición de la comisión negociadora de la reforma política española había llegado pactada entre Madrid y Cataluña, y no había sabido articular una estrategia común con las representaciones canaria y balear —nacionalidades que compartían un mismo impedimento “teóricamente jurídico”. Asimismo, la delegación valenciana debería haber sido más amplia y plural. Tampoco ayudó la ausencia de concreción en las propuestas y de realismo en las demandas⁵³.

A modo de alternativa a la estrategia fallida, Manuel Broseta —secundado por Eliseu Climent y Luis Font de Mora— entabló conversaciones con diversos partidos valencianos a fin de establecer un pacto estatutario⁵⁴. El propósito era lanzar una candidatura común autonomista de cara a las elecciones al Senado⁵⁵. En apoyo de su propuesta, Broseta argumentó:

Especialmente, en el País Valenciano, es absolutamente indispensable construir desde ahora mismo una alianza o pacto electoral estatutario, desde la derecha hasta la izquierda, que sea capaz de colaborar en una futura Constitución democrática y en un verdadero estatuto de autonomía. No un sucedáneo de Constitución y de Estatuto. Esta es ahora en el País Valenciano la gran responsabilidad de los partidos políticos que en él están presentes. Este pacto estatutario puede ser una gran fuerza. Casi me atrevería a decir que es nuestra única gran fuerza. Otras regiones españolas ya lo están preparando. [...] La verdadera lucha de los partidos en solitario y aislados aún no ha llegado. Llegará cuando tengamos una Constitución y un Estado democráticos. Hasta entonces, se trata fundamentalmente de construir la democracia. Y para eso las fuerzas democráticas deben ir unidas⁵⁶.

51 *Avui*, 1-2-1977, pp. 5 y 8. Por entonces, Jordi Pujol, quien sí formaba parte de la comisión negociadora, presentó ante el resto de miembros de la misma un documento que contenía las reivindicaciones políticas de Cataluña de cara a la elaboración de texto constitucional, y en el que se proponía la eliminación de “cualquier posibilidad que impida algún vínculo que pudiera establecerse entre los países catalanes, concretamente, entre Cataluña, Baleares y Valencia”. *Las Provincias*, 3-2-1977, pp. 4 y 5.

52 J. A. Noguera Puchol. “El País Valenciano en la hora de la verdad: examen de conciencia”, *El País*, 4-1-1977.

53 “Los hechos demuestran que nos ha faltado al menos habilidad para haber planteado de una manera radical una exigencia posible, habiendo preferido, a veces, un verbal planteamiento intransigente de una reivindicación imposible”, en J. A. Noguera Puchol. “El País Valenciano en la hora de la verdad: a manera de contrición”, *El País*, 6-1-1977.

54 Los liberales del PDLPV apoyaban la iniciativa. También, el PSPV. No, en cambio, el PSOE que, en su congreso nacional, había decidido concurrir en solitario a las elecciones, y planteó en Valencia un “compromiso constitucional [...] encaminado a la consecución de un estatuto de autonomía”. *Las Provincias*, 13-1-1977, p. 14 y 26-1-1977, p. 16; *Avui*, 6-1-1977, p. 11, 15-1-1977, p. 6 y 22-1-1977, p. 11.

55 *Las Provincias*, 25-1-1977, p. 16.

56 M. Broseta. “El pacto estatutario valenciano”, *Las Provincias*, 17-4-1977, p. 4

En este contexto, el Documento sobre las nacionalidades y regiones —elaborado por Julio Jáuregui, Jordi Pujol, Valentín Paz Andrade, Antón Cañellas y Felipe González— reflejó los puntos básicos de lo que iba a ser el planteamiento constitucional de las autonomías⁵⁷. Tras conocerse el texto, la Taula —aun cuando sabía de la negativa de determinadas fuerzas políticas— planteó a la Plataforma de Organizaciones Democráticas estar presente de algún modo en la comisión negociadora⁵⁸. También Manuel Broseta se ofreció a “explicar al presidente la problemática de los pueblos del Estado que, todo y teniendo conciencia autonómica, no han disfrutado de un precedente histórico como Cataluña, el País Vasco y Galicia”⁵⁹. La periodista María Consuelo Reyna sostuvo por entonces que “Valencia exige ser tratada en pie de igualdad con el resto de las regiones. Valencia no es menos que Galicia, el País Vasco, Cataluña o Andalucía”⁶⁰. También la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia denunció la discriminación padecida (Doménech, 1977: 81). El propio Joaquín Muñoz Peirats —quien negociaba la inclusión del Partido Demócrata Liberal del País Valenciano en la coalición UCD— maniobró tratando de revertir la situación⁶¹. Para el diario *Avui*, esta insistencia no era más que la expresión de “una cierta nostalgia y a la vez un cierto malestar de aquellos grupos más a la izquierda del Partido Comunista, que podrían ir quedándose al margen de las operaciones de la política real”⁶².

Durante un año, la Taula había sido para algunos “la gran agencia publicitaria de las aspiraciones nacionales del País Valenciano” y “uno de los organismos unitarios más rotundos y radicales”⁶³. No obstante, se impuso el criterio que le negaba cualquier utilidad política⁶⁴. En estas circunstancias críticas, el organismo valenciano se sumó en Barcelona a la campaña *Volem l'estatut*⁶⁵. Asimismo, con ocasión de la reunión de la Plataforma de Organismos Democráticos, celebrada en Valencia, se adhirió al Manifiesto de las nacionalidades e hizo público un texto propio —*Al poble valencià*— en el que reclamaba “un poder político valenciano, con capacidad ejecutiva, legislativa y judicial, en un marco plenamente democrático”⁶⁶. Pese a estas iniciativas, en un acto convocado antes de las elecciones generales, la Taula apenas logró reunir a mil personas⁶⁷.

57 Véase el texto completo del documento en *Las Provincias*, 22-2-1977, pp. 3 y 8, y 24-2-1977, p. 3.

58 *Las Provincias*, 13-1-1977, p. 14; 14-1-1977, p. 14; y 22-1-1977, p. 10.

59 *Avui*, 6-1-1977, p. 11.

60 M. C. Reyna. “Señor presidente”, *Las Provincias*, 27-2-1977, p. 5.

61 *Las Provincias*, 6-2-1977, p. 19; y *Avui*, 12-2-1977, p. 8. El PDLPV, Unión Democrática del País Valenciano, PSPV, PCV y MCPV anunciaron su propósito de entrevistarse con el presidente del gobierno para tratar la cuestión de la Taula. *Avui*, 19-2-1977, p. 8. El propio Suárez anunció en Valencia que había “dado instrucciones a los servicios técnicos para que la entrevista [...] tenga lugar de manera inmediata”. *Las Provincias*, 1-3-1977, p. 1. Sin embargo, la reunión nunca llegó a celebrarse.

62 *Avui*, 13-1-1977, p. 13.

63 *Dos y dos*, 23-3-1977, p. 4.

64 “La Taula, sin comensales”, *Dos y dos*, 23-3-1977, p. 4.

65 *Avui*, 5-2-1977, p. 7 y 13-3-1977, p. 13; *Dos y dos*, 7-3-1977, p. 4, y 4-5-1977, p. 6.

66 Suscribieron el manifiesto *Euskal Erakunde Herritarra, Taula de Forces Polítiques i Sindicals del País Valencià y Assemblée de Catalunya*. Se esperaba asimismo la firma del *Consello de Galicia* y de la Coordinadora de Fuerzas Democráticas de Canarias. *Avui*, 16-3-1977, p. 9, 26-3-1977, p. 8 y 2-4-1977, p. 7. Puede consultarse el texto completo en *Las Provincias*, 2-4-1977, p. 19 y *En Lucha. Órgano Central de la Organización Revolucionaria de Trabajadores*, 3-4-1977, p. 5. Véase también A. Fabregat. “El País Valenciano. Una lucha nacional (1)”, *Destino*, 10-3-1977, pp. 48-51 y J. Millás. “Presentado en Valencia el manifiesto de las nacionalidades”, *El País*, 2-4-1977.

67 *Dos y dos*, 4-5-1977, p. 8.

IV. El Plenario de Parlamentarios y la preautonomía

En España, no pocos pensaban que la Transición iba a llevarse a cabo manteniendo prácticamente íntegro el sistema normativo en vigor, y que el reconocimiento de las regiones se efectuaría por las cortes constituyentes (Vidal, 1977: 92 y Noguera, 1977b: 32). Tras las elecciones generales, era de prever la apertura de un periodo intermedio en el cual debía conseguirse algún tipo de gobierno autónomo. La legislación posibilitaba el nombramiento de cargos y la delegación de atribuciones ministeriales. En base a ello, hubo quien defendió la negociación directa con el gobierno a fin de conseguir la designación de burócratas proclives a las tesis autonomistas. Ahora bien, para que esta pretensión fuese asumida resultaba imprescindible que los partidos políticos valencianos adoptaran unas bases mínimas de acuerdo, que no debía limitarse a la Taula, sino extenderse a los partidos democráticos que se encontraban a la derecha de esta, como el Partido Popular Regional Valenciano y el Partido Demócrata Liberal del País Valenciano. Estos eventuales mínimos compartidos no debían confundirse con la aprobación de un estatuto, cuyo contenido vendría determinado por los resultados electorales; más limitadamente, se trataba de diseñar un marco institucional que permitiera la elaboración libre y democrática de la futura norma autonómica (Garrido, Martín, Soler, 2001: 61). Además, convenía que este principio de acuerdo fuese preciso y factible⁶⁸.

De acuerdo con estas premisas, el 2 de julio de 1977, diecinueve diputados y senadores de UCD, PCPV, US y AP se reunieron solemnemente en el Salón de Cortes del Palacio de la Generalitat, en Valencia⁶⁹. En el turno de intervenciones, Emilio Attard hizo abundantes referencias al pasado autogobierno foral y Emèrit Bono rechazó la eventualidad de una ley general de autonomías, “que convertiría un derecho irrenunciable en un favor otorgado”. Los parlamentarios del PSOE se negaron a participar en el acto y se reunieron a puerta cerrada en el Monasterio de Santa María del Puig. A modo de justificación, adujeron la inexistencia de un compromiso estatutario⁷⁰.

Ambos encuentros de parlamentarios coincidieron con la estancia en Madrid de Josep Tarradellas y el anuncio de un régimen preautonómico catalán, que los socialistas interpretaron como un intento gubernamental de socavar su primacía electoral en Cataluña⁷¹. Así las cosas, los socialistas valencianos

68 “Hay que plantear muy claro, con un proyecto de desarrollo normativo, qué queremos, porque en caso contrario ni poder ni oposición, centralistas los dos, pactarán sobre lo que no entienden más que como un problema molesto, o en el mejor de los casos, algo que habría que solucionar, si bien, al faltar referencias formales concretas sobre este tema, sin excesiva prisa para no crear mecanismos generadores de inseguridades o sorpresas”, en J. A. Noguera Puchol. “El País Valenciano en la hora de la verdad: propósito de enmienda”, *El País*, 5-1-1977.

69 Presidieron el acto Francesc de Paula Burguera, Enrique Beltrán y Josep Bevià. Por UCD asistieron: Emilio Attard, Francesc de Paula Burguera, Joaquín Muñoz Peirats, Javier Aguirre, José Ramón Pin Arboledas, José Antonio Noguera, Enrique Monsonís, Enrique Beltrán, Joaquín Farnós, Francisco Zaragozá, Luis Gámir, Joaquín Galán, José Luis Barceló y Roque Calpena; por PCPV, Emèrit Bono y Pilar Brabo; por US, Josep Bevià y Manuel Sánchez Ayuso; y por AP, Alberto Jarabo Payá. Excusaron su ausencia José Miguel Ortí Bordás (elegido en la Candidatura Independiente de Centro presentada en la provincia de Castellón) y José Vicente Mateo (elegido como senador independiente en las listas del PSOE por la provincia de Alicante). Véase *Las Provincias*, 3-7-1977, pp. 3 y 6; *Avui*, 3-7-1977, p. 5; y *ABC*, 3-7-1977, p. 23.

70 *Avui*, 22-1-1977, p. 11; V. Ventura. “El pacte ‘estatutari’ del profesor Broseta”, *Avui*, 30-4-1977, p. 13; *La Vanguardia Española*, 30-6-1977, p. 10; J. L. Torró. “Los parlamentarios divididos”, *Dos y dos*, 8-7-1977, pp. 11-12; y M. Broseta. “Nuestra autonomía, reto para todos”, *Las Provincias*, 10-7-1977, p. 4.

71 “Autonomía y democracia”, *El País*, 2-7-1977; y *Las Provincias*, 3-7-1977, p. 11.

denunciaron lo que consideraron otra estratagema del gobierno para capitalizar simbólicamente la primera reunión de los diputados y senadores electos —el Palacio de la Generalitat era la sede de la Diputación Provincial de Valencia⁷².

Por entonces, los parlamentarios socialistas de Cataluña, Galicia y el País Vasco se reunieron en Guernica y reafirmaron sus aspiraciones autonómicas⁷³. En cambio, Josep Lluís Albiñana —quien había encabezado la lista del PSOE por la circunscripción de Valencia en las elecciones al Congreso de los Diputados— se mostró contrario a la puesta en marcha de órganos preautonómicos⁷⁴. Le secundó el diputado socialista Joan Pastor, quien negó la existencia en Valencia de una “conciencia nacional fuerte y arraigada”, y rechazó la validez de un eventual gobierno provisional, que —dijo— “no tendría ninguna capacidad ejecutiva en la práctica”⁷⁵. Ambos fueron severamente criticados por Vicent Garcés, secretario general de Unidad Socialista del País Valenciano, quien defendió la constitución de una asamblea de parlamentarios y su transformación en Generalitat provisional⁷⁶. También José Antonio Noguera, senador por UCD, reivindicó las posibilidades descentralizadoras que ofrecía la legislación vigente, y criticó la asunción por el PSOE del esquema de las tres nacionalidades⁷⁷.

Tras la constitución de las asambleas de parlamentarios de Canarias y Asturias —en las que sí participó el PSOE—, el 6 de agosto de 1977 se reunieron formalmente los diputados y senadores valencianos, en el Hotel Rey Don Jaime, de Valencia⁷⁸. El ministro Manuel Clavero Arévalo consideró estos encuentros como un “fenómeno insólito de primera magnitud desde el punto de vista político” (Clavero, 1983: 29). Antes de que comenzase el acto, se acordó la retirada de una señera con franja azul, decisión que tuvo un amplio eco mediático y

72 V. Ventura. “Los peligrosos juegos del PSOE”, *Destino*, 29-7-1977, pp. 14-15.

73 *Las Provincias*, 7-7-1977, p. 3.

74 J. L. Albiñana. “¿Generalitat Provisional?”, *Las Provincias*, 5-7-1977, pp. 5 y 6.

75 “Por ello no quisimos ir a la reunión de los parlamentarios. Porque sabíamos que las alusiones y la propaganda sobre la Generalitat Provisional iban a surgir, como así ha sucedido, y nosotros no queríamos participar en un acto que podría confundir a nuestro pueblo”, en J. PASTOR, “Las distintas vías hacia la autonomía”, *Las Provincias*, 12-7-1977, p. 5. Como es sabido, la postura del PSOE era distinta tratándose de Cataluña. Allí, en colaboración con el resto de parlamentarios, los socialistas participaron activamente en la elaboración del proyecto del real decreto ley de restablecimiento de la Generalitat de Cataluña. Puede consultarse el texto íntegro del borrador en *Las Provincias*, 26-7-1977, p. 8.

76 “En síntesis, mientras se redacta y aprueba la nueva Constitución del Estado español y hasta que, dentro de las coordenadas en ella señaladas, se implante el estatuto de autonomía del País Valenciano, constituyéndose el Govern de la Generalitat, proponemos la conformación de una Generalitat Provisional que, asumiendo funciones y competencias relativas a las diputaciones y al Estado, se constituya en un embrión del futuro Govern de la Generalitat del País Valencià”, en V. Garcés. “Generalitat Provisional, sí”, *Las Provincias*, 7-7-1977, p. 5.

77 “Hablar ahora de si Euzkadi y Cataluña disfrutaron de un Estatuto en tiempos no muy lejanos, y Valencia no, para tratar de justificar con ello actitudes discordantes, es querer ignorar que el derecho a la Autonomía ha de ser un derecho para todas y cada una de las regiones, Pueblos o nacionalidades, y que su ejercicio ha de depender única y exclusivamente, de la voluntad del pueblo actual, sin que para ello cuente el tener antecedentes históricos, porque, si nos remontásemos a la historia, todas las regiones podríamos airearlos”, en J. A. Noguera de Roig. “La Asamblea Parlamentaria del País Valenciano”, *Las Provincias*, 10-7-1977, p. 5. Otras dos opiniones en un sentido análogo: F. Davó. “El nudo gordiano”, *Las Provincias*, 12-7-1977, p. 5; y V. Soler. “El País Valencià, en segunda división (¿Con liguilla de ascenso?)”, *Las Provincias*, 29-7-1977, p. 5.

78 V. Franch i Ferrer. “Puntualitzacions als prolegòmens d’una difícil autonomia”, *Las Provincias*, 28-7-1977, p. 5. Emilio Attard y Josep Lluís Albiñana habían sido elegidos presidentes de las comisiones de reforma constitucional y de competencia legislativa del Congreso de los Diputados. *Las Provincias*, 2-8-1977, pp. 3 y 4.

provocó abundantes protestas⁷⁹. Tras constatar la asistencia de treinta y un de los cuarenta y un parlamentarios, se nombró una mesa interina y se inició una ronda de intervenciones⁸⁰. Emilio Attard dijo que “no debemos dejar pasar esta hora de las coincidencias”, y urgió a la constitución inmediata de la “asamblea” de parlamentarios valencianos. También Josep Lluís Albiñana —aun cuando rechazó el uso del término “asamblea”— se mostró partidario de que las reuniones tuviesen continuidad y se elaborase un reglamento de régimen interno⁸¹. Verificada la existencia de acuerdo, se declaró institucionalizado el Plenario de Parlamentarios y se acordó constituir la comisión encargada de elaborar el anteproyecto de reglamento de régimen interno⁸².

El PSPV elogió de inmediato lo que calificó como “hecho histórico”, “inimaginable, por ejemplo, en los años treinta”, y se felicitó por lo que consideraba un cambio de actitud del PSOE que permitía augurar “un provechoso diálogo entre todos los socialistas valencianos”⁸³. También Gustau Muñoz, del Partido Comunista del País Valenciano, y Vicente Aguilera Cerni y Vicent Garcés, ambos del Partido Socialista Popular, valoraron positivamente la institucionalización del plenario. Más críticos se mostraron, en cambio, Vicente Ruiz Monrabal, de Unión Democrática del País Valenciano; Antonia Caro, del Movimiento Comunista del País Valenciano; y Vicente Giner Boira, de Alianza Popular⁸⁴. Monrabal cuestionó la fuerza y la eficacia política del plenario, debido a que los diputados y senadores valencianos del PSOE y la UCD no habían constituido grupos parlamentarios propios en las Cortes Generales. Giner Boira aludió a los recelos existentes entre PSOE y UCD, y se mostró partidario de centrar la atención en los problemas económicos, sin cuya resolución la causa autonomista no le parecía viable⁸⁵. Por su parte, el sociólogo Damià Mollá declaró no tener ninguna confianza en el Plenario de Parlamentarios⁸⁶. Él acababa de defender su tesis doctoral, titulada

79 Entre los diversos artículos de opinión publicados a raíz de ello, destacó “La senyera”, carta al director firmada por Vicente Salvador Ferrís, José Chiral Montoro, Vicente Bernabeu Zorrilla, Antonio Fuster Martínez, José Pascual Beses, María Cerdá de Pascual, Manuel Palomero Llácer, Francisco Lloria Asensio, José Antonio Martínez, Manuel Pérez Ferrando y Amparo Alegre Blasco, quienes anunciaron la creación de un partido regionalista valenciano. *Las Provincias*, 17-8-1977, p. 15.

80 La mesa interina estuvo formada por Joaquín Ruiz Mendoza —presidente—, José Antonio Noguera de Roig —vicepresidente— y José Vicente Mateo —secretario—. En los parlamentos intervinieron en nombre de sus respectivas organizaciones —por este orden— Antonio Sotillo (PSOE), Francisco de Paula Burguera (UCD), Manuel Sánchez Ayuso (PSP), Alberto Jarabo Payá (AP), Pilar Brabo (PCPV) y José Vicente Beviá (en representación de los independientes).

81 A criterio de los socialistas del PSOE, la denominación de “asamblea” sólo tendría cabida cuando las fuerzas políticas acordasen un “programa común de trabajo” estatutario. Acerca de esto, el diario *Avui* aludió a las “profundas discrepancias” y la “peligrosa bipolaridad” surgida entre los socialistas y el resto de partidos. Vicent Ventura atribuyó a Josep Lluís Albiñana buena parte de responsabilidad en las tensiones surgidas a este respecto. Véase V. Ventura. “Nosaltres, els nacionalsocialistes”, *Avui*, 25-9-1977, p. 6.

82 Las cámaras del centro territorial de RTVE Aitana retransmitieron en directo las alocuciones finales de los representantes de cada partido. *Las Provincias*, 7-8-1977, pp. 3 y 4. El mismo 6 de agosto, juraron sus cargos los gobernadores civiles de Castellón de la Plana, Juan José Izarra del Corral, y de Alicante, José Duato Gómez-Novella. Véase BOE, 6-7-1977, pp. 17.566 y 17.567.

83 *Las Provincias*, 7-8-1977, p. 13. y 10-8-1977, p. 17.

84 *Las Provincias*, 9-8-1977, p. 14, 10-8-1977, p. 17 y 11-8-1977, p. 14.

85 *Las Provincias*, 10-8-1977, p. 17.

86 “De momento, me conformaría con que se desplegara una amplia campaña de sensibilización, difusión y explicación de lo que es, del porqué y para qué, del derecho de autogobierno de los valencianos. [...] Que se explicara a todos, a la clase trabajadora, qué es la opresión nacional del País Valenciano, del pueblo valenciano; es decir, de cómo la ausencia de independencia crea sentimientos de frustración colectiva, de depresión, de fatalismo, de auto-odio, o de pseudo-patriotismo revanchista; que no se fuerce al inmigrante a integrarse de una

El País Valenciano como formación social⁸⁷.

En la segunda sesión del plenario, celebrada en la sede del Instituto de Estudios Alicantinos, se aprobó el reglamento de régimen interno, la composición de la mesa del organismo y la celebración del 9 de octubre como Día del País Valenciano⁸⁸. A la reunión no asistieron los tres diputados de UCD por Castellón —Enrique Beltrán, Enrique Monsonís y Joaquín Farnós. A su modo de ver, el plenario no debía adoptar acuerdos vinculantes para los grupos políticos, sino centrarse en reforzar el apoyo a la causa autonómica⁸⁹.

La tercera reunión del plenario se desarrolló en el Ayuntamiento de Castellón de la Plana⁹⁰. Francesc de Paula Burguera, diputado de UCD, informó de las gestiones realizadas por la comisión encargada de organizar los actos del 9 de octubre⁹¹. Muy críticos, los socialistas Josep Lluís Albiñana y Joan Pastor opinaron que se estaba sustrayendo al plenario la adopción de decisiones relevantes. A raíz de la contraposición de pareceres, la comisión anunció la retirada de las propuestas, y las nuevas iniciativas —básicamente impulsadas por los parlamentarios del PSOE— se encomendaron a una comisión organizadora más amplia. Asimismo, Albiñana propuso la celebración de un referéndum que calibrara el grado de apoyo de la reivindicación autonomista⁹². En esto no hubo acuerdo y sí, en cambio, en la creación de una comisión para el estudio de las bases del estatuto de autonomía⁹³. Los parlamentarios tampoco lograron consensuar la bandera de la futura autonomía. Esta falta de pronunciamiento fue considerado por algunos como una vacilación ante la “resistencia desesperada e inútil de un peculiar maquis contrahistórico”⁹⁴. En opinión de Vicent Ventura, no resultaban aceptables el carácter unitario de la manifestación convocada para el día 9, la indefinición en cuanto a la bandera, la preterición del calificativo “nacional” y la propuesta de plantear al gobierno la celebración de un plebiscito autonomista⁹⁵. También el periodista Rafael Ventura Melià percibía demasiadas reticencias, indecisiones y retrasos injustificados⁹⁶.

forma genérica y abstracta, que no se le haga comulgar con una valencianía “trasnochada”, al revés, que se le invite a construir con todos nosotros un País Valenciano Nacional solidario con el resto de pueblos ibéricos”, en *Las Provincias*, 11-8-1977, p. 14.

87 La tesis se defendió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia el 15 de julio de 1977. El tribunal estuvo integrado por Manuel Broseta Pont —presidente—, Amando de Miguel —director—, Diego Sevilla Andrés —ponente—, Manuel Sánchez Ayuso e Ignacio Albiol —vocales—. *Las Provincias*, 30-7-1977, p. 16.

88 Integraron la mesa Joaquín Ruiz Mendoza, presidente; José Antonio Noguera de Roig y Emèrit Bono, vicepresidentes primero y segundo; y José Luis Barceló e Inmaculada Sabater, secretarios. *Las Provincias*, 6-9-1977, pp. 3 y 4. La entidad *Aula Valencianista d'Estudiants* —primero, a los parlamentarios reunidos en el Palacio de la Generalitat y, después, en la sesión constitutiva del plenario— había planteado la consideración del 9 de octubre como Día Nacional del País Valenciano. *Las Provincias*, 3-7-1977, p. 3; *Avui*, 7-8-1977, p. 5 y *Mediterráneo*, 7-8-1977, pp. 1 y 2. Sobre esta cuestión, véase J. Ferrando Badía., “Nación, región, país”, en *Las Provincias*, 18-9-1977, p. 4.

89 *Mediterráneo*, 7-9-1977, p. 3. Enrique Monsonís era, desde principios del mes de agosto, consejero político del vicepresidente del gobierno, Fernando Abril Martorell. *Las Provincias*, 3-8-1977, p. 20.

90 *Las Provincias*, 23-9-1977, pp. 3 y 6.

91 *La Vanguardia Española*, 24-9-1977, p. 7.

92 *Mediterráneo*, 22-9-1977, p. 3; 23-9-1977, p. 3; y 4-10-1977, p. 9.

93 La Comisión estaría integrada por tres parlamentarios del PSOE, tres de UCD, y uno de cada uno de los otros grupos —PCE, AP, PSP e independientes. Aceptada la creación, se pospuso la designación de los miembros titulares y suplentes.

94 E. Piera. “Radicalització al País Valencià. La celebració de la Diada suscita inquietud”, *Avui*, 29-9-1977, p. 5.

95 V. Ventura. “El ‘Día Nacional’ com a plataforma”, *Avui*, 2-10-1977, p. 9.

96 R. Ventura Melià. “Un 9 d'octubre diferent”, *Avui*, 7-10-1977, p. 6.

El 1 de octubre, la comisión organizadora del Día del País Valenciano hizo público un manifiesto unitario⁹⁷. Entre los partidos convocantes, hubo un consenso generalizado en no incidir en la polémica de la bandera, así como en el empleo de cuatro consignas preferentes: “Llibertat, amnistia i Estatut d’Autonomia, Volem l’Estatut, Tots units per l’Estatut, i País Valencià, País Valencià”⁹⁸. En este contexto, el diputado Alberto Jarabo Payá, de Alianza Popular, declaró que “España, en frecuentes ocasiones, no ha encontrado una articulación territorial, cultural, económica, social y administrativa adecuada a cada momento histórico y, por ello, se ha caído en no pocos desajustes, abusos y errores, muchos de ellos derivados del particularismo y del centralismo, pretendiendo este último una uniformidad nacional que, con el tiempo, se ha demostrado era inviable”⁹⁹. En términos parecidos se expresó Vicente Ramón Izquierdo, alcalde de Valencia, quien demandó la autonomía “más amplia posible, sin más limitación que la de evitar lo que pudiera afectar a la unidad española”¹⁰⁰. Por su parte, Manuel Broseta sostuvo que no habría verdadera democracia sin estatuto de autonomía y que el objetivo de este era lograr una integración distinta en el Estado, la cual no podía ser ni por delegación ni concesión, sino en virtud de un derecho propio¹⁰¹. Tres días antes de la manifestación unitaria, Miquel Grau Gómez, militante del MCPV de veintidós años de edad, sufrió una agresión en Alicante que acabó resultando fatal. Su muerte se convirtió en un símbolo de los obstáculos que estaba padeciendo la causa autonomista valenciana¹⁰².

La mañana del 9 de octubre, el Plenario de Parlamentarios asistió a la tradicional procesión cívica organizada por el Ayuntamiento de Valencia¹⁰³. La concurrencia al acto de la tarde, impulsado por el propio plenario, superó todas las expectativas. La manifestación estuvo presidida por el lema Tots units per l’Estatut. Joan Pastor —diputado del PSOE— a la vista del resultado declaró que “el País Valenciano no es una nacionalidad de segundo orden”. También Emèrit Bono —diputado del Partido Comunista— insistió en la necesidad de “influir en el proceso constituyente”¹⁰⁴.

Tras el éxito de la manifestación, el plenario se reunió, el 12 de noviembre, con el presidente Suárez y le hizo entrega de una primera propuesta de negociación

97 Avalaron el manifiesto el Plenario de Parlamentarios del País Valenciano, y los partidos Acción Comunista, Alianza Popular, Liga Comunista Revolucionaria, Movimiento Comunista del País Valenciano, Organización Comunista Española (Bandera Roja), Organización de Izquierda Comunista, Organización Revolucionaria del Trabajo, Partido Carlista del País Valenciano, Partido Comunista del País Valenciano, *Partit Socialista d’Alliberament Nacional dels Països Catalans*, PSOE, Partido Socialista del País Valenciano, Partido Socialista Popular, Partido Socialista Unificado del País Valenciano, Partido del Trabajo de España, Partido Comunista de los Trabajadores, Unión Democrática del País Valenciano, UCD y Unidad Socialista del País Valenciano. *Mediterráneo*, 2-10-1977, p. 3; y *Las Provincias*, 2-10-1977, p. 15.

98 *Las Provincias*, 1-10-1977, p. 15.

99 *Las Provincias*, 4-10-1977, p. 11.

100 *Las Provincias*, 8-10-1977, p. 17.

101 M. Broseta. “La autonomía del País Valenciano (2)”, *Las Provincias*, 9-10-1977, p. 35.

102 Firmaron un comunicado de protesta contra la agresión varias organizaciones políticas (PSOE, PDLPV, PCPV, PSP, PSPV, UDPV, USPV, MCPV, PCV, PSAN, PSUPV, LCR, OIC, PTE, PCT, ORT). *Las Provincias*, 8-10-1977, p. 17 y *Avui*, 9-10-1977, p. 6. El funeral, en Alicante, se convirtió en una manifestación de miles de personas, a la que asistieron casi todos los integrantes del Plenario de parlamentarios. Luego, en Valencia, también se celebraron una serie de actos en memoria del joven asesinado, convocados por veintiocho organizaciones de izquierdas, y a las que se sumó, a título personal, Francisco de Paula Burguera, diputado de UCD. *Las Provincias*, 18-10-1977, p. 3; 19-10-1977, p. 17; y 20-10-1977, p. 17.

103 *Hoja del lunes*, 10-10-1977, p. 7.

104 *Mundo Obrero*, 13-10-1977, p. 7.

del régimen preautonómico valenciano¹⁰⁵. En forma de borrador de decreto ley, el texto constaba de un preámbulo, catorce artículos y dos disposiciones. La voluntad conciliadora inspiró el documento y los redactores trataron de evitar las cuestiones que estaban polarizando a la sociedad valenciana. En el extenso preámbulo —que no se dio a conocer a la opinión pública hasta el último momento— se afirmaba que el País Valenciano había manifestado reiteradamente una voluntad de reconocimiento público y administrativo de su personalidad política diferenciada (Aguiló, 1978: 233); que la gran mayoría de partidos políticos valencianos estaban a favor de la preautonomía y de la autonomía; que el gobierno había reconocido —antes incluso de las elecciones generales— la necesidad de fórmulas transitorias hacia la autonomía (García, 1980: 175); que los organismos que se instituyesen al amparo de la legalidad vigente no debían prejuzgar ni condicionar la futura regulación constitucional de las autonomías (Ferrando, 1979-1980: 7); que los órganos de la futura Generalitat tenían profundas raíces en la historia aun cuando era necesaria una nueva formulación; que los parlamentarios concebían el documento entregado al gobierno como la apertura de un periodo de negociaciones; y, finalmente, que el plenario solicitaba el apoyo del pueblo valenciano en todas las formas en que este pudiese manifestarse.

Según el documento entregado, el ámbito territorial del País Valenciano comprendería el de las provincias de Alicante, Castellón y Valencia. Se preveía la institución de asamblea, consejo, presidencia del consejo y comisión mixta consejo-administración central. La asamblea asumiría competencias en materia de reglamento de régimen interior, administración local y provincial, proceso de autonomía, poderes transferidos, coordinación con el gobierno central —proposiciones y proyectos de ley, dictámenes sobre proyectos de decreto y órdenes ministeriales, informes sobre planes y proyectos de obras y servicios, coordinación de comisiones provinciales de la Administración del Estado, medios de comunicación estatales— e idiomas hablados en el País Valenciano. El consejo, por su parte, actuaría por delegación de la asamblea.

En opinión del socialista Antonio Sotillo, la reunión entre los comisionados del plenario y el presidente Suárez resultó muy positiva¹⁰⁶. El gobierno concebía los regímenes preautonómicos como un ensayo, una formación para los políticos y para el pueblo. La negociación —era importante aclararlo— tendría que discurrir en el respeto a una serie de límites: la permanencia de la legislación local vigente, la necesidad de consenso y el carácter imprejuizado de la futura Constitución. El documento presentado partía de los borradores elaborados por PSOE y PCPV. Según Sotillo, el punto débil de la propuesta radicaba en el protagonismo atribuido a la asamblea de parlamentarios, el cual podía ser percibido por el gobierno como anunciador de una capacidad legislativa. Esa era precisamente la exigencia de varios partidos extraparlamentarios, quienes dieron a conocer un comunicado conjunto¹⁰⁷. A raíz del encuentro con el presidente Suárez, el plenario eligió a los integrantes de la comisión estatutaria¹⁰⁸. Además, decidió encomendar a una comisión restringida la negociación directa con el gobierno.

105 Para la consulta del texto, véase *Las Provincias*, 9-11-1977, p. 15 [la versión publicada en este diario aún no contenía el preámbulo del borrador] y *Mediterráneo*, 16-11-1977, p. 5.

106 *Mediterráneo*, 16-11-1977, pp. 5 y 6.

107 *Avui*, 16-11-1977, p. 2.

108 La comisión negociadora estuvo integrada por once miembros: Joan Pastor, Antonio García Miralles, Josep Lluís Albiñana y Antonio Sotillo (PSOE), José Antonio Noguera de Roig, José Luis Barceló y Enrique Beltrán Sanz (UCD), Emèrit Bono (PCPV), Manuel Sánchez Ayuso (PSP), Alberto Jarabo (AP) y Josep Bevià (independiente). *Las Provincias*, 22-11-1977, p. 16 y *Mediterráneo*, 22-11-1977, p. 8.

Primero, durante la reunión con los once miembros de la comisión estatutaria del plenario y, después, con los tres integrantes de la comisión negociadora —Albiñana, Beltrán y Bevià—, el ministro adjunto para las regiones, Manuel Clavero, manifestó que había aspectos del borrador inasumibles¹⁰⁹. Lo que se estaba negociando era una preautonomía otorgada y no una autonomía plena. En este sentido, la institucionalización de la asamblea de parlamentarios resultaba muy problemática, porque el gobierno no iba a avalar un órgano legislativo regional en ausencia de reglas constitucionales (Tomás y Valiente, 1993: 45). La transferencia de facultades de la administración central al plenario y sus órganos planteaba, en cambio, menos inconvenientes; es más: el ministro consideraba que las peticiones valencianas se habían quedado cortas.

Tras una segunda reunión con el ministro y sus asesores, quedaron acordados los puntos básicos que tendrían que servir para redactar un nuevo borrador¹¹⁰. Se contemplaba la constitución de un consejo con un presidente elegido por los propios consejeros, la transferencia de competencias en materia de cultura, educación y transportes, y la capitalidad en Valencia¹¹¹. El tema de la cooficialidad del idioma valenciano no se planteó al considerarse materia constitucional; si bien, se logró el compromiso del gobierno de “proteger la normalización” lingüística. Al final de la reunión, los negociadores hicieron público un comunicado y rechazaron las críticas vertidas por el PCPV. Este grupo —presente en la comisión negociadora de la preautonomía y que había aceptado la constitución de una comisión restringida— protestaba ahora por su exclusión¹¹².

En el siguiente encuentro con los representantes ministeriales, estos presentaron un anteproyecto de real decreto ley de preautonomía, que evitó referirse a la cooficialidad lingüística y a la constitución de una asamblea parlamentaria¹¹³. En caso de ratificarse por la comisión estatutaria del plenario, el documento se remitiría al gobierno para su aprobación por el consejo de ministros. Mientras tanto, Vicent Ventura sostenía que “el plenario no interviene para nada en nada de lo que pasa”¹¹⁴. Tampoco el PSPV compartía la manera en que se estaban llevando a cabo las negociaciones. En opinión de Alfons Cucó y Lluís Miralles, los comisionados valencianos no habían sido ni transparentes ni exigentes. Los nacionalistas objetaban que el documento entregado por la delegación valenciana tan solo mencionaba a la Generalitat en el preámbulo y que el planteamiento que se hacía de la cooficialidad del valenciano era claramente minimalista¹¹⁵.

En Orihuela, el plenario analizó el anteproyecto presentado por el Ministerio para las regiones¹¹⁶. Habían surgido tensiones entre los grupos políticos y, a falta de consenso, se demoraba la preautonomía. La posición disidente la

109 *Las Provincias*, 30-11-1977, p. 17; *Avui*, 30-11-1977, p. 6; y *Mediterráneo*, 1-12-1977, p. 3.

110 En representación del Gobierno, asistieron Manuel Clavero, Luis Cosculluela Montaner —director general de estudios regionales— y Fernando Bergasa Perdomo —secretario de relaciones con las regiones—. *Mediterráneo*, 6-12-1977, p. 5 y 8-12-1977, p. 1.

111 La composición del Consejo sería de veintitrés miembros, de los cuales veinte pertenecerían a los grupos con representación parlamentaria, y tres serían designados por las diputaciones provinciales.

112 *Las Provincias*, 8-12-1977, p. 3; *Mediterráneo*, 8-12-1977, p. 2; y *Avui*, 8-12-1977, p. 6.

113 Esta vez, la representación del plenario estuvo a cargo de Josep Lluís Albiñana, José Luis Barceló —en sustitución de Enrique Beltrán— y Josep Bevià. *Mediterráneo*, 15-12-1977, p. 1. Para la consulta completa del documento, véase *Mediterráneo*, 16-12-1977, p. 5.

114 V. Ventura. “La ‘pre-autonomía’ com a qüestió electoral”, *Avui*, 15-12-1977, p. 7.

115 *Mediterráneo*, 20-12-1977, p. 6.

116 *Mediterráneo*, 30-12-1977, p. 2.

asumieron los representantes del PCPV y de UCD por la circunscripción de Valencia. No había acuerdo en cuanto al número de miembros del Consejo del País Valenciano, a la inclusión en él de representantes de otras instituciones y partidos extraparlamentarios, y al carácter —independiente o no— del presidente. Sobre esta última cuestión, los parlamentarios del PDLPV —Muñoz Peirats y Burguera— eran partidarios de que la presidencia la ostentase un independiente, como Joaquín Reig Rodríguez —el financiero y veterano militante del valencianismo, que había sido diputado a Cortes durante la II República— o Manuel Broseta¹¹⁷.

En el discurso de apertura de la sesión, el presidente de la mesa —probablemente, en respuesta a la petición planteada por Unión Regionalista Valenciana y al artículo del escritor Vicente Ramos, publicado ese mismo día—, dijo:

Los parlamentarios del País Valenciano queremos hacer una política única y exclusivamente valenciana y salir al paso de ciertas expresiones y artículos, que solo pretenden confundir la opinión del pueblo. Somos valencianos, unos con lengua valenciana y otros castellanoparlantes, pero todos estamos unidos en el deseo que Alicante, Castellón y Valencia, con su unidad territorial, hagamos el País, nombre que no es actual y que quiere significar tierra, costumbres y, en algún caso, lengua comunes. Los parlamentarios haremos política valenciana de Vinaroz a Orihuela, sin estar sometidos a lo que se conoce como Países Catalanes, que no reconocemos¹¹⁸.

Después de esta alocución inicial, intervinieron los tres integrantes de la comisión restringida y expusieron el desarrollo de las conversaciones con los representantes ministeriales. Una vez leído el anteproyecto de real decreto, se inició un receso que permitió a los diferentes grupos discutir separadamente su posición. Seguidamente, intervinieron los portavoces Jarabo, Brabo, Bevià, Albiñana, Sánchez Ayuso y Beltrán. También Emilio Attard, quien se mostró contrario al uso de la denominación de País Valenciano.

Por entonces, se publicó el libro *Volem l'estatut: una autonomia possible per al País Valencià*. Manuel Broseta redactó el prólogo y señaló que el objetivo inmediato pasaba por la consecución de un “contenido mínimo autonómico [...] realizable y viable”, que el “pacto estatutario” continuaba siendo una estrategia conveniente y que la autonomía era un “posible camino de concordia y desdramatización de la vida política y social” (Aguiló, Franch, Martínez, 1977: 31). No obstante, era evidente que en la sociedad se había instalado una “dialéctica de confusión que afecta al abc de todo entendimiento entre valencianos”¹¹⁹. El año 1977 concluía sin un acuerdo, tampoco en cuanto a la configuración de las instituciones de

117 *Las Provincias*, 24-11-1977, p. 17; *Mediterráneo*, 26-11-1977, p. 12; y *Avui*, 30-12-1977, p. 5.

118 *Avui*, 31-12-1977, p. 8; *Las Provincias*, 1-12-1977, p. 17 y V. RAMOS. “Los parlamentarios en Orihuela”, *Las Provincias*, 30-12-1977, p. 24. Sobre la declaración del presidente de la mesa del plenario se pronunció la periodista María Consuelo Reyna, quien dijo: “Me parece que Ruiz Mendoza lo dejó bastante claro y los que acusaban al Plenari, así en bloque, de “catalanistas” pueden darse un punto en la boca y buscar otro tema. [...] Las municipales están cerca y quien no tiene argumentos, ni ideología para atraer al votante trata de sacar todos los fantasmas y fantasmones del armario para provocar reacciones”, en M. C. REYNA. “...Y punto”, *Las Provincias*, 31-12-1977, p. 5.

119 A la presentación del libro —en Borriana— asistieron varios miembros del Plenario de Parlamentarios (Burguera, Sánchez Ayuso, Bono, Sotillos, Marco y Fenollosa). Días después, hubo otra presentación en Valencia. *Las Provincias*, 28-12-1977, p. 15 y 31-12-1977, p. 17. Una reseña del texto, en *Avui*, 14-1-1978, p. 6.

la futura preautonomía¹²⁰.

V. Conclusiones

En 1977, entre la clase política española —tanto la que procedía de los cuadros del Franquismo como la adscrita a la oposición democrática— existía un amplio acuerdo en cuanto a la necesidad de hallar una solución a la llamada cuestión territorial. Para unos partidos se trataba de modernizar las estructuras del Estado, en aras de lograr una mayor eficiencia administrativa e integración política. Otros articularon una propuesta de carácter nacionalista. En el País Valenciano, esta dicotomía presentó unos rasgos muy particulares, debido a la aceptación que, entre influyentes minorías políticas e intelectuales, logró la tesis de la pertenencia de los valencianos a la nación catalana. Esta idea, por un lado, supuso una ruptura con los postulados regionalistas y, por otro, representó un factor de agravamiento de las dificultades del proceso político español en ciernes.

Tras las elecciones generales de junio de 1977, quedó acreditada la limitada incidencia de la propuesta catalanista y la sociedad valenciana se vio inmersa en un agrio debate identitario. Así las cosas, la constitución del Plenario de Parlamentarios del País Valenciano y el inicio de la negociación del régimen preautonómico evidenciaron la fuerza del discurso que circunscribía las posibilidades políticas al alcance a la aplicación de técnicas de descentralización administrativa; es decir, a la hegemonía de los planteamientos del Gobierno y del Ministerio para las Regiones.

Bibliografía

- Andrade, J. (2015). Manuel Sacristán y la transición. Más allá del cambio institucional, pensando y actuando por caminos periféricos, *Con-ciencia Social*, 19, 115-130. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5566726>
- Adlert Noguerol, M. (1977). *En defensa de la llengua valenciana. Perqué i cóm s'ha d'escriure la que es parla*. Valencia: Artes Gráficas Soler.
- Aguiló Lúcia, L. (1978). El procés preautonòmic del País Valencià, *Administració Pública*, 2, 233-244
- Aguiló Lúcia, L., Franch i Ferrer V. y Martínez Sospedra, M. (1977). *Volem l'estatut. Una autonomia possible per al País Valencià*. Valencia: Prometeo.
- Álvarez i Rubio, V. (1999). "El Partit Socialista Valencià", en B. Sanz Díez y R. Rodríguez Bello (eds.) *Memoria del antifranquismo: la Universidad de Valencia bajo el franquismo, 1939-1975*, Valencia: Universidad de Valencia.
- Aragoneses, A. y Claret, J. (2021). El régimen especial para las provincias catalanas. La fracasada refundación de la Mancomunitat, *Revista de Estudios Políticos*, 193, 291-318. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.193.09>
- Blasco Gil, Y. y Mancebo, M. F. (2010). *Oposiciones y concursos a cátedras de*

120 El plenario aceptó la creación de un gobierno preautonómico. Sin embargo, propuso que el futuro Consejo del País Valenciano estuviera compuesto por veinte parlamentarios; que la representación mínima provincial fuera de cuatro miembros; que los ocho lugares restantes se distribuyeran de manera proporcional en función de los resultados electorales; y que el organismo gestionara la futura transferencia de competencias. El plenario acordó asimismo la continuidad de las sesiones y la constitución de una comisión de estudio del futuro estatuto de autonomía. *Mediterráneo*, 31-12-1977, pp. 1-2 y *Avui*, 31-12-1977, p. 8.

- Historia en la universidad de Franco (1939-1950)*. Valencia: Publicacions de la Universitat de València.
- Bramon, D. (1977). "Una llengua, dues llengües, tres llengües", en VV.AA. *Raons d'identitat del País Valencià*, Valencia: Eliseu Climent.
- Calpe Climent, A. V. (2019). "El valencianisme de Miquel Adlert Noguerol (1911-1988)", en J. A. Martínez i Seguí, A. Monzon i Arazo y F. J. Palao Gil (eds.) *Els valencians, poble d'Europa: l'horitzó federal*, Valencia: Universitat de València.
- Clavero Arévalo, M. (1983). *España, desde el centralismo a las autonomías*. Barcelona: Planeta.
- Clavero Salvador, B. (2014). Transición y Constitución. ¿Qué relación guardan hoy en España que importe hoy? *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 6, 125-136. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5061969>
- Cucó, J. (2018). L'esquerra revolucionària i la Transició. Dinàmiques i processos, *Debats*, 132-1, 13-24. <https://doi:10.28939/iam.debats.132-1.2>
- Cucó, A., Garcés, V., Juan, E. y Sanchis, J. (1977). *Partit Socialista del País Valencià*. Valencia: Eliseu Climent.
- Doménech, M. (1977). "El empresariado valenciano frente al horizonte democrático", en J.A. Tomás Carpi (dir.) *El País Valenciano frente a la democracia*, Valencia: PCPV.
- Ferrando Badía, J. (1979-1980). Del estado unitario al estado autonómico: su proceso, *Revista del Departamento de Derecho Político*, 5, 7-19. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3264031>
- Fuster, J. (1977). *El blau en la senyera*. Valencia: Edicions Tres i Quatre.
- García Bonafé, M. (1977). "Les arrels d'una debilitat nacional" en VV.AA. *Raons d'identitat del País Valencià*, Valencia: Eliseu Climent.
- García Fernández, J. (1980). Crónica de la descentralización: el panorama descentralizador al acabar 1980 (I), *Revista de Estudios Políticos*, 17, 175-202. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/15886repne017172.pdf>
- Garrido Mayol, V., Martín Cubas, J. y Soler Sánchez, M. (2001). *El nacimiento del estatuto valenciano*, Valencia: Fundación Profesor Manuel Broseta.
- Genieys, W. (1998). Las élites periféricas españolas ante el cambio de régimen política, *Revista de Estudios Políticos*, 102, 9-38. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/autor/william-genieys>
- González Martínez, C. (2016). Instituciones históricas y cambio político: el restablecimiento de la Generalitat de Cataluña (1977), *Historia Contemporánea*, 53, 657-691. <https://doi.org/10.1387/hc.16738>
- Igual Úbeda, A. (1964). *València i els valencians*. Valencia: Francesc Ferrer Pastor.
- Martí Gómez, J. y Ramoneda, J. (1976). *Calvo Serer: el exilio y el reino*. Barcelona: Laia.
- Martínez Serrano, J. A. (1977). "L'IPI, Adán i companyia", en VV.AA. *Raons d'identitat del País Valencià*, Valencia: Eliseu Climent.
- Martínez Sospedra, M., Muñoz Pellín, J., Aguiló Lúcia, L., Bosch Palanca V. y Serrano Martín, F. (1979). *Las elecciones del 15/6/77 en la circunscripción de Valencia*. Valencia: Secretariado de Publicaciones de la Universidad.
- Mateu, A. y Domínguez, M. (2011). La retórica en el periodismo de María Consuelo Reyna: l'anticatalanisme en la premsa valenciana, *Comunicació: Revista de Recerca i d'Anàlisi*, 28-2, 69-87. <https://doi.org/10.2436/20.3008.01.85>
- Noguera Puchol, J. A. (1977). *Un País Valenciano autónomo en una España democrática*. Valencia: Fernando Torres Editor.
- Noguera Puchol, J. A. (1977b). "Política y País Valenciano" en J. A. Tomás Carpi

- (dir.). *El País Valenciano frente a la democracia*, Valencia: PCPV.
- Palafox, J. (1977). "Problemes econòmics i resposta política al País Valencià durant els anys trentes", en VV.AA. *Raons d'identitat del País Valencià*, Valencia: Eliseu Climent.
- Piqueras Infante, A. (1996). *La identidad valenciana. La difícil construcción de la identidad colectiva*. Madrid: Fundación ONCE. Disponible en: <https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/coleccion-es-propias-coleccion-tesis-y-praxis/la-identidad-valenciana-la-dificil>
- Ribera Casado, B. (2021). *La violencia política en la transición valenciana (1975-1982)*, tesis doctoral, Universitat de València.
- Ruiz Monrabal, V. (1977). *Por una política valenciana*. Valencia: Artes Gráficas San José.
- San Valero Aparisi, J. (1977). *Reflexiones sobre el pueblo, cultura y lengua de Valencia*. Valencia: Anubar.
- Sanz Díaz, B. (1999). "La radicalización del movimiento universitario, 1968-1975. La proliferación de partidos políticos", en B. Sanz Díaz y R. I. Rodríguez Bello (eds.) *Memoria del Antifranquismo. La Universidad de Valencia bajo el franquismo, 1939-1975*, Valencia: Universitat de València.
- Soler, V. (1977). "Les comarques de parla castellana: una qüestió oberta", en VV.AA. *Raons d'identitat del País Valencià*, Valencia: Eliseu Climent.
- Tomás y Valiente, F. (1993). La primera fase de construcción del estado de las autonomías (1978-1983), *Revista Vasca de Administración Pública*, 36-II, 45-68. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6144925>
- Ubieto Arteta, A. (1977). *Orígenes del Reino de Valencia. Cuestiones cronológicas sobre su reconquista*. Valencia: Anubar.
- Vidal Beneyto, J. (1977). *Del Franquismo a una democracia de clase*. Madrid: Akal.
- Villacañas Berlanga, J. L. (2006). Dejar que los humores se expresen libremente. Reflexiones sobre la transición española a la democracia y sus enseñanzas, *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, 11, 207-231. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=226512>
- Ysàs, P. (2010). La Transición española. Luces y sombras, *Ayer*, 79, 31-57. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3349106>

IV. RECENSIONES

José Manuel Martínez Sierra: *La (des)constitucionalización en la Unión Europea, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.*

RODRIGO CETINA PRESUEL

Universitat Pompeu Fabra – Barcelona School
of Management

El libro *la (des)constitucionalización en la Unión Europea* de José Manuel Martínez Sierra plantea desde una perspectiva omnicomprensiva y a través de un estudio profundo, sesudo y meticuloso, uno de los elementos centrales de la Unión Europea desde su perspectiva jurídica: la relación dialéctica -o la tensión permanente- que mantiene el derecho constitucional con la Constitución Europea.

Como bien sugiere el título de la obra, el análisis del autor presume que existe un proceso de (des)constitucionalización, es decir, el proceso de constitucionalización europeo va de la mano con el proceso de integración europea, pero, a la vez, implica una necesaria desconstitucionalización, cuestión que incluso desde la necesaria reflexión, evidencia la tensión a la que nos hemos referido antes.

Para los expertos resultará evidente que las reflexiones sobre la constitucionalización se hacen en dos dimensiones: una que se centra en los procesos constitucionales de transformación de los Estados Miembros a medida que se adaptan al proceso de integración europea. Entre ellos, el autor destaca, y presenta como un eje central de la obra, el proceso eventual de constitucionalización de la Unión Europea con el Tratado que Establece una Constitución para Europa como máximo punto de inflexión.

La otra dimensión es, desde la lógica dialéctica, necesariamente, el proceso que tira en la otra dirección, a saber, la desconstitucionalización, que en la obra se cristaliza como dos procesos paralelos. Por un lado, un proceso que es connatural al de integración, y en el que el aumento de competencias a la Unión, prestando especial atención al período histórico posterior al Tratado de Lisboa. Ahí, Martínez Sierra muestra como Europa genera tensiones en las constituciones de los estados miembros, siendo estas tensiones de intensidades diferentes dependiendo de la lógica constitucional nacional con la que se confronten. Pero,

por otro lado, el libro, y este es mi opinión un aspecto especialmente novedoso, aborda también la lógica de desconstitucionalización a nivel de la misma Unión Europea. Se ha de resaltar eso sí, que el autor diferencia con claridad que esto no responde a un proceso de constitucionalismo ortodoxo y las tensiones que exhibe en realidad no responden al abandono o destrucción de una intención palpable de alcanzar el constitucionalismo supranacional europeo.

En cambio, y aquí creo que hay tanto un acierto en el análisis como aportes novedosos, el autor a partir de aquella identificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa como punto de inflexión, se centra particularmente en elementos medulares: la forma de ejercer el poder europeo, al sistema de contrapoderes y la separación de poderes, así como la garantía de derechos fundamentales tal y como aparecen contenidos en la Carta de Derechos Fundamental de la Unión Europea y también tomando en cuenta el mencionado Tratado de Lisboa. Es aquí donde se introducen elementos de especial novedad, particularmente respecto del actuar sistemático del Consejo Europeo, que para enfrentarse a grandes crisis coyunturales de la historia europea reciente no ha tenido reparo en saltar, difuminar o de plano ignorar algunos o todos de los elementos medulares antes mencionados.

Antes de hablar puntualmente de las crisis identificadas y de lo interesante que resulta descubrir por qué el autor ha escogido las que ha escogido, nos detenemos en el análisis general de la desconstitucionalización a nivel europeo. El autor deja claro que el mayor punto de ambición en esta dimensión se alcanzó con el Tratado constitucional pero también apunta que ni siquiera su entrada en vigor hubiera podido consolidar el marco constitucional en la Unión Europea y esto, según Martínez Sierra, se debe a una falta de ambición constitucional europea que se refleja tanto en la convención europea como en el mismo tratado constitucional, lo que se analiza de manera profunda, respondiendo a su complejidad. El análisis lleva a una sola conclusión lógica: si el momento de ambición máxima del constitucionalismo europeo no fue suficiente, entonces este puede considerarse como un proceso de desconstitucionalización del proceso de integración europea. Esto trae causa tanto de la mencionada falta de ambición constitucional en el momento histórico donde había que tenerla como de la tensión entre el proceso de integración europea y los marcos constitucionales de los estados miembros. El autor deja entrever entonces, que la falta de empuje necesariamente llevó al agotamiento del impulso ante las fricciones a las que se enfrentó aquel proceso.

Volviendo a las crisis analizadas: la crisis económica, la crisis migratoria y la crisis del Brexit, está claro que el autor escogió estas, al margen de cualquier otra que pudiéramos echar en falta, por la perspectiva que aporta el paso del tiempo, por la abundancia de fuentes académicas y documentales que sería imposible de encontrar por ejemplo, respecto de la actual crisis de Ucrania, y porque la novedad no se centra en lo reciente de las crisis, si no en la manera de analizar cómo ha respondido la UE a las mismas, y en particular, al papel del Consejo Europeo, que es en lo que se centra en autor. Esto es porque para el autor, la desconstitucionalización analizada trae causa de la mayor profundización primero, y superación después, del papel de los jefes de estado y de gobierno. El autor analiza con detalle los aspectos por los líderes europeos, actuando dentro y fuera del Consejo Europeo, superar el marco del derecho comunitario y del derecho internacional público conscientemente durante las tres crisis antes mencionadas. Esto tiene una doble repercusión negativa, la desconstitucionalización de los estados miembros y la del debilitamiento del derecho comunitario. El Consejo Europeo, y de esto el autor ofrece varias evidencias, parece querer sistemáticamente salvar a la Unión Europea a costa de su estado de derecho.

En conclusión, el trabajo supone una obra única en la doctrina del derecho constitucional por abordar de forma omnicomprendensiva todas las dimensiones ortodoxas del estado actual de la salud constitucional en la Unión Europea atendiendo a todos los principios medulares del constitucionalismo, si bien presta especial atención al principio democrático y la garantía de derechos fundamentales.

La relevancia de la obra radica también en su rabiosa actualidad al centrarse en una parte crítica de la coyuntura, a saber, la transformación de la forma de poder tras el fracaso del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y del nuevo marco del Tratado de Lisboa. Dentro de este espacio destaca especialmente el análisis de las acciones y de las diversas formas de poder que adquieren los líderes europeos tanto dentro como fuera del Consejo Europeo. Creo poder afirmar que este estudio sobre el Consejo Europeo y las actuaciones de los Jefes de Estado y de Gobierno fuera del mismo no tiene parangón ni desde la doctrina constitucional, comunitaria o iusinternacional.

Ignacio Bel Mallén: *La ética informativa: un reto en la era de la posverdad*, Valencia, Editorial Tirant Humanidades, 2021.

LORETO CORREDOIRA Y ALFONSO
Profesora Titular de Derecho de la
Información, Derecho Constitucional
Universidad Complutense

El autor del libro que se reseña en esta prometedora Revista de Cuadernos Constitucionales, propone una vuelta entusiasta y decidida a la ética y deontología informativa.

Ignacio Bel no es nuevo en esta materia, pues además de ser de los primeros doctores en Derecho de la Información y Profesor Titular de la Universidad Complutense, es periodista, y en esta obra apunta a una regeneración ética de la profesión a un resurgir del original derecho a la información, porque le preocupan algunas cosas que observa en esta era de la “posverdad”, término y realidad que este libro enseña a comprender.

Esta es una línea de trabajo de Ignacio Bel y también del Grupo de investigación de juristas, politólogos, sociólogos y periodistas que co-dirijo con Rafael Rubio, *Garantías frente a la desinformación en procesos electorales. Cuestiones de ciberseguridad y otros desórdenes informativos en redes* (PID2019-105334RB-I00), que aporta claridad a una de las garantías constitucionales de la democracia: la prensa libre.

El libro, publicado cuidadosamente por Tirant lo Blanc, recoge la sabia experiencia personal y profesional del Profesor Bel Mallén que, sin tomarse el respiro tras su jubilación en la Universidad Complutense de Madrid, se puso a escribirlo con gran dedicación y entusiasmo.

Igualmente recoge la herencia intelectual del profesor José M^a Desantes Guanter quien puso las bases científicas -junto con Remedio Sánchez Ferriz autora del primer libro de esta disciplina- al Derecho de la información en las Facultades de Periodismo en los años 70, que precisamente celebran este año sus 50 años de creación y en el contexto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que consagra el derecho universal a investigar, difundir y recibir información. Por tanto, en todo el libro destaca la dualidad del derecho y ética en el campo informativo que aparece especialmente en los tres primeros capítulos.

El autor del libro que se reseña en esta prometedora Revista de Cuadernos Constitucionales, propone una vuelta entusiasta y decidida a la ética y deontología informativa.

Ignacio Bel no es nuevo en esta materia, pues además de ser de los primeros doctores en Derecho de la Información y Profesor Titular de la Universidad Complutense, es periodista, y en esta obra apunta a una regeneración ética de la profesión a un resurgir del original derecho a la información, porque le preocupan algunas cosas que observa en esta era de la “posverdad”, término y realidad que este libro enseña a comprender.

Esta es una línea de trabajo de Ignacio Bel y también del Grupo de investigación de juristas, politólogos, sociólogos y periodistas que co-dirijo con Rafael Rubio, *Garantías frente a la desinformación en procesos electorales. Cuestiones de ciberseguridad y otros desórdenes informativos en redes* (PID2019-105334RB-I00), que aporta claridad a una de las garantías constitucionales de la democracia: la prensa libre.

El libro, publicado cuidadosamente por Tirant lo Blanc, recoge la sabia experiencia personal y profesional del Profesor Bel Mallén que, sin tomarse el respiro tras su jubilación en la Universidad Complutense de Madrid, se puso a escribirlo con gran dedicación y entusiasmo.

Igualmente recoge la herencia intelectual del profesor José M^a Desantes Guanter quien puso las bases científicas -junto con Remedio Sánchez Ferriz autora del primer libro de esta disciplina- al Derecho de la información en las Facultades de Periodismo en los años 70, que precisamente celebran este año sus 50 años de creación y en el contexto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que consagra el derecho universal a investigar, difundir y recibir información. Por tanto, en todo el libro destaca la dualidad del derecho y ética en el campo informativo que aparece especialmente en los tres primeros capítulos.

El libro tiene su causa en tres circunstancias que el autor expone con detalle:

Que la profesión periodística está atravesando una de las peores épocas en cuanto a la profesionalidad periodística se refiere. Como consecuencia de ello surgió el deseo de escribir un libro de reflexiones en que se dibujasen, los porqués de esa situación que están cambiando esa profesión/oficio, y ocasionando que la profesión periodística se desvanezca paulatinamente como azucarillos en el agua.

Que la censura informativa continua, aunque de manera más solapada. La información siempre ha sufrido, en su larga, difícil y sinuosa pero entrañable historia, duros ataques, entre los que cabe señalar de manera especial todas las clases de censura que contra la información. Se podría pensar que ello es historia, pero nada más lejos de la realidad. Hay actualmente otro tipo de censura, que suponen nuevos ataques a la información. Este es el caso que representa la directriz del pensamiento único y el lenguaje políticamente correcto, que denigra la discrepancia, los sentimientos religiosos y morales, y que impone un silencio alarmante sobre cuestiones básicas en la sociedad.

Y porque dicha crisis se produce en el momento en que se pone nombre a la posverdad; fenómenos como las noticias falsas (fake news), verdaderos ataques a la información, no realizados exclusivamente por periodistas sino de manera especial por sectores ajenos a la información (gobiernos, partidos, culturales, esferas económicas, *influencers*, etc.) que aprovechan la accesibilidad técnica para realizar labores artificiosas de presión política. La mentira ha sido siempre compañera de la información, pero la mentira querida y buscada con ahínco, más el apoyo decidido de la más sofisticada tecnología, para su difusión, no.

Creo que es un mérito especial de Bel Mallén el afrontar con esta obra la

conclusión del pensamiento del libro de “La verdad en la información” (Valladolid, 1976) que Desantes publicó al final del franquismo con fuertes críticas a la “verdad oficial” de determinadas normas del régimen, que no pudo actualizar en vida -dejo sin acabar una versión revisada de esa obra- pero que siempre le preocupó. Ya entonces la verdad, la objetividad, estaban discutidas en la academia y en la prensa.

Me consta la preocupación de Ignacio Bel por la cuestión de la objetividad y la verdad informativa casi desde que le conocí al compartir tiempo y dedicación al Derecho de la Información en la Cátedra de José M^a Desantes de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid a finales de los 80. Igualmente, en esta obra como en otras recientes (como la coeditada conmigo y con Rodrigo Cetina en Wiley & Blackwell, Nueva York, en 2021) defiende la libertad informativa, como premisa básica del derecho a la información, sigue siendo un valor fundamental que hay que defender a toda costa.

El libro de Ignacio Bel es rico y riguroso en el análisis de las causas de la crisis profesional de la información y por tanto imprescindible para obras sobre ética y derecho a la información. Desde el punto de vista externo, describe fundamentalmente tres.

La crisis económica de 2008, que ha enlazado, casi sin capacidad de recuperación, con la pandemia COVID’19, que ha supuesto un brutal descenso de la publicidad, principal fuente de recursos para los medios. A ello le ha acompañado un descenso igualmente brutal de las tiradas de los periódicos, que a su vez eran las que ocasionaban la existencia de la publicidad. Ni las suscripciones, ni la publicidad digital o en línea, ni los modernos muros de pago han podido sustituir estas pérdidas, en la medida deseable y necesaria.

Como consecuencia del punto anterior, una pérdida sustancial de los recursos económicos de las empresas informativas, lo que les ha llevado a unos endeudamientos, que si estuviéramos hablando de empresas mercantiles no periodísticas, hubiera supuesto el cierre de muchas de ellas.

Y, en el aumento tremendo del paro en el campo periodístico, que ha pasado de contabilizar en el 2008 a 4.546 parados a 11.550 en 2013, el peor año de los registrados en los informes de la Asociación de la Prensa de Madrid (APM). El año 2020 ha supuesto volver a romper la tendencia positiva de los años 2015 (9.410), 2016 (8.680), 2017 (7.890) y 2018 (7.182), 2019 (6.828) para repuntar en el año 2020 hasta los 7003 y de 8.386 en el 2021. Todo ello ha ocasionado un encadenamiento de continuos ERES regulados o solapados en forma de múltiples despidos individuales, afectando, lógicamente a la calidad de los contenidos”.

Además de estas cuestiones, el libro afronta temas de mucho interés para el Derecho y la Ética de la información como son las llamadas por Bel, causas internas de la crisis de credibilidad y de pérdida del rol democrático de la prensa en las sociedades actuales. El libro es rico en datos, obtenidos de los informes de la Asociación de la Prensa de Madrid de los años 2017 a 2019, por informes de periodistas, asociaciones, que han estudiado estos temas, además de por una detallada y rica bibliografía.

Entre estas causas internas o endógenas que exigen ese rearme ético, el autor desarrolla sobre todo estas: los principales principios que configuran la actividad periodística a saber, la verdad, ha venido siendo sustituida, en una medida no desdeñable, por las falsas noticias, la posverdad y como consecuencia la desinformación; el olvido de la objetividad, llegando a negar su utilidad y siendo cada vez más sustituida por la mezcla de opinión e información; la unión de publicidad e información sobre todo en el caso de la radio y la televisión ocasionando que uno no sepa si le están informado o vendiendo un producto

por realizar ambas acciones sin separación de continuidad; el cambio radical producido en el mundo empresarial informativo que ha ocasionado que en muchos medios los llamados empresarios informativos hayan sido sustituidos por consejeros de bancos, de fondos de inversiones, en definitiva, de personas ajenas al conocimiento de lo que es la información y solo interesados por los resultados económicos, considerando cada vez más a la información como una mercancía; la pérdida de independencia profesional frente al poder político y las propias empresas; la persistencia en sistemas de censura manifiestas o encubiertas; la pérdida de confianza del público en los medios y en los profesionales, descendiendo a los últimos lugares en la valoración que la sociedad realiza de las diversas instituciones; y, las presiones políticas, económicas y empresariales en el desarrollo de la labor periodística.

Lo estamos viendo en los momentos presentes en donde los medios recuerdan cada vez más a la llamada “prensa de partido”, olvidándose de los principios que han configurado la profesión periodística los largo de los siglos, como son el informar, el entretener, la vigilancia del poder político, la lucha por la libertad, la ausencia de censura, y un largo etc., que deberían seguir constituyendo los pilares de la actividad informativa.

Este panorama puede abocarnos a tener una visión catastrófica de la profesión periodística. De hecho la oportuna portada del libro, con original creación de su hijo Fernando Bel, son llamas (de *fake news*, bulos, etc.) que prenden un incendio, ilustrando la situación en la que a veces nos encontramos.

Pese a esa visión inicial, el autor hace una propuesta sobre todo en el Capítulo 10 (Decálogo a modo de epílogo para una regeneración de la profesión periodística), apuntando esperanza y soluciones para la profesión a la que ha dedicado su vida y parte muy importante de su vida académica.

Piensa Ignacio Bel que el Derecho puede y debe ayudar, pero sin la ética en general y la deontología profesional en particular no hay nada que hacer. Las normas jurídicas solas, no arreglarán esta situación de dejadez ética. La regeneración debe de empezar por exigir a la propia sociedad que cambie, que inicie un proceso de redescubrimiento del verdadero sentido de la libertad.

Independientemente de las soluciones concretas que se tomen, hay una exigencia que viene derivada de los males causados por la crisis económica, que es la recuperación del talento, como pieza clave de esos nuevos medios a implantar. Siendo la profesión periodística, una actividad claramente intelectual, llámese profesión u oficio, el talento es una exigencia determinante en el éxito profesional y empresarial. Sin talento las empresas periodísticas están abocadas al fracaso que representa la mediocridad de sus contenidos. Así pues, reivindica la vuelta del profesional al centro de la escena.

Concluye pidiendo el autor el abandono del Estado de la posición dominante en el proceso informativo, especialmente en el audiovisual, una mejora de la legislación en cuestiones de desinformación y, posicionar a las Asociaciones de la Prensa como baluartes de la defensa profesional, tal y como, por otro lado, dice la Constitución española de 1978.

José Ángel Camisón Yagüe: *Constitución económica: transformaciones y retos*, Madrid, Marcial Pons, 2021, 115 págs.

SILVIA SORIANO MORENO

Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Extremadura

El libro que nos presenta el Profesor José Ángel Camisón Yagüe supone el primer libro que realiza una aproximación de todo su contenido a partir de distintos aspectos desarrollados desde el Grupo de Estudios para el Cambio Constitucional. De este modo, la metodología del constitucionalismo crítico está presente a lo largo de todo el trabajo, dando como resultado un acercamiento al proceso actual de cambio del modelo constitucional. El estudio nos acerca a la importancia que la Constitución económica tiene para todo el sistema constitucional y a cómo su actual regulación a través del Derecho de la UE ha cambiado el propio modelo constitucional sin necesidad de cambiar el texto de la Constitución.

El Profesor Camisón nos ofrece un planteamiento didáctico, de gran utilidad para comprender una realidad que no encaja con la teoría abordada en las aulas, lo que convierte el estudio en una herramienta a tener en cuenta en la práctica docente actual del Derecho Constitucional.

El libro se estructura en diez capítulos, que abordan con claridad los distintos aspectos que tratan y articulados entre sí, que nos van desgranando el objeto de análisis desde su planteamiento inicial hasta cuestiones concretas que escenifican la realidad que se describe.

En el Capítulo I se parte de la premisa de que “toda Constitución es Constitución económica” y será a partir de la misma desde donde se desarrolle el objeto de estudio. Dos aspectos fundamentales destacan, a juicio de quien escribe, en este punto de partida: la explicación de cómo se configura materialmente la realidad y su reflejo en el modo de producción y la correspondiente organización política superpuesta -que se recoge en la Constitución-, así como el papel que la hegemonía de las clases dominantes juega en esta cuestión. Si bien el papel de esta hegemonía en la configuración de los textos constitucionales resulta básica, añadiremos humildemente, que en el momento actual no debemos olvidar tampoco el papel que cumple la hegemonía interpretativa, que modifica el sentido

de los textos y con ello coadyuva a ese cambio en el modelo constitucional que se refleja en la presente obra.

El Capítulo II aborda la metodología que se plantea desde el “Constitucionalismo crítico”, partiendo de las bases asentadas por autores como Miguel Ángel García Herrera, Gonzalo Maestro Buelga y, especialmente, Carlos de Cabo Martín. En este sentido, el autor nos habla de la necesidad de repolitizar el Derecho Constitucional, reconstruir las categorías constitucionales y la reconstrucción del sujeto histórico. Todo ello deberá ser planteado con el Derecho de la Unión Europea y a partir de un planteamiento dialéctico. El autor defiende la necesidad de contar con un Derecho Constitucional abierto e inclusivo, frente a los bloqueos y cierres que supone el “Derecho Constitucional técnico”, que ignora la dialéctica.

Partiendo de mi acuerdo con el Profesor Camisón en este punto, me planteo dos cuestiones relacionadas con lo que él expone que considero de interés en esta presentación de su trabajo. Tanto al abordar la necesidad de repolitizar el Derecho Constitucional, como la reconstrucción del sujeto histórico, se hace referencia a las mujeres como “otros conflictos” -respecto de la dialéctica Capital-Trabajo- o como “movimiento feminista”. Siendo consciente que no está en el ánimo del autor excluir a las mujeres de estas bases del Constitucionalismo crítico con el que se analiza el objeto de estudio, sí sería recomendable que la inclusión fuera completa y no como algo ajeno a la cuestión dialéctica central. Así, un planteamiento del conflicto en términos Capital-Vida, tal y como han planteado autoras de la economía feminista¹, podría dotar a la relación dialéctica de la inclusividad de la que ha carecido en épocas anteriores. La segunda cuestión que se hace necesario plantear en este apartado y que es recurrente a lo largo de todo el texto, es la de la problemática que para la reconstrucción de las categorías clásicas supone la crisis-desaparición del Estado Nación y cuya problemática se aborda en el capítulo siguiente.

El Capítulo III analiza las transformaciones que viene sufriendo el Estado por causa de la globalización y el proceso de integración europeo. Para ello se parte de definir al Estado a partir de sus elementos constitutivos clásicos -población, territorio y soberanía- y de analizar cada uno de estos elementos en el marco de las transformaciones producidas por el proceso de integración europeo. Resulta de especial interés en este punto el análisis que plantea el autor, siguiendo a Rodrick, de la estatalidad en vías de extinción y la tensión que se produce entre globalización, democracia y autodeterminación nacional. Este proceso se relaciona con otros momentos de transición ocurridos a lo largo del tiempo entre distintos modos de producción: el Estado habría dejado de ser funcional al capitalismo global financiarizado.

El Capítulo IV parte de considerar la idea del Estado Social plasmada en la Constitución de 1978 como una “idea zombi” en el actual momento de cambio y en un contexto dominado por la globalización y el neoliberalismo. El proceso de integración europea tiene como consecuencia que la constitución económica, planteada teóricamente como inmersa en el Estado social, se rearticule en un nuevo modelo económico cuyas condiciones están supraordenadas a las estatales. Esto ocurre al contar con dos ordenamientos contradictorios -el Constitucional del Estado social y el de la Unión Europea neoliberal- pero imponiéndose uno de ellos con base a principios como el efecto directo o la primacía, los cuales además carecen de origen democrático, ya que vienen impuestos por el TJCE. De este modo se da una imposición del modelo neoliberal frente al social.

1 En este sentido, Agenjo Calderón, Astrid (2021). *Economía política feminista. Sostenibilidad de la vida y economía mundial*. Madrid: Catarata.

La necesaria cesión de competencias en este proceso de integración implica la desconstitucionalización de la Constitución económica de los Estados miembros de la UE, con la consiguiente afectación de la Constitución dogmática y orgánica. Así, el Capítulo V parte de considerar al proceso de integración europeo como un proceso destituyente interno, ya que a partir del mismo decisiones que por su naturaleza deberían ser propias del poder constituyente se toman ahora por poderes constituidos y contradicen a las ya tomadas por el poder constituyente estatal. El conflicto entre Capital y Trabajo, cuyo pacto dio lugar al constitucionalismo del Estado social y que supuso el reconocimiento del trabajo como sujeto político colectivo, ha sido ahora deliberadamente ignorado por el Derecho de la UE con las consecuencias que ello supone para todo el contenido de la Constitución. En este sentido, el Capítulo VI parte de considerar la Constitución como un sistema interrelacionado e interdependiente del modo de producción, por lo que si se altera uno de los elementos todos se alterarán. Por ello, la Constitución orgánica se verá afectada en dos sentidos: en tanto que la soberanía se entiende como relación de competencias, como que el hecho de que la política económica y monetaria sea competencia de la UE afecta directamente a las distintas funciones del Parlamento -legislativa, de control y presupuestaria-. Por su parte, la Constitución dogmática se verá afectada en tanto que los derechos y libertades económicas de la UE afectan al resto de los derechos fundamentales, poniendo como ejemplo de ello el razonamiento seguido por la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de mayo de 2020.

A partir de este punto, el libro pasa a analizar distintos ejemplos concretos de esos cambios operados en el modelo constitucional que se han venido exponiendo desde un punto de vista más generalista y teórico en la parte anterior del estudio. Siendo evidente que no son todos los ejemplos posibles, el autor ha sabido recopilar algunos de los de mayor actualidad, como son: el dinero, el medio ambiente y cambio climático, los datos y neuroderechos, y la actual situación derivada de la Covid-19.

Así, el Capítulo VII aborda la creación de dinero como parte de la Constitución económica en el marco del actual modelo global financiarizado, así como cuestiones relativas a nuevas manifestaciones del mismo como puedan ser las criptomonedas. El autor introduce la idea de la transfuncionalización del dinero, siendo que a través de la regulación del mismo desde la Constitución económica se puede transformar el propio dinero y el modo de producción.

El Capítulo VIII trata un tema de especial actualidad, relacionando el modo de producción, la Constitución económica y la cuestión medioambiental. En este sentido, se parte de considerar que el modo de producción capitalista ha acarreado daños medioambientales, mientras que las constituciones del Estado Social poco trataron en su día al respecto. La capacidad del capitalismo de asumir los propios conflictos que alberga para dar lugar a nuevas formas funcionales al mismo ha supuesto que en los últimos tiempos se hayan desarrollado nuevas reglas y que las mismas vengan, especialmente, del Derecho de la UE. En este punto, cabe recordar el conflicto Capital-Vida que habíamos añadido como comentario al autor al hablar de la inclusión de las mujeres en el proceso dialéctico del constitucionalismo y que puede ser funcional también a este respecto. Estas nuevas reglas hacen referencia a propuestas político-económicas transformadoras que tendrán un evidente impacto sobre el modo de producción y, por tanto, darían lugar a una nueva Constitución económica.

El Capítulo IX analiza una nueva variante del modo de producción, siendo aquella que extrae plusvalía de los datos. En este punto se afirma que el reto de la nueva Constitución económica sería intervenir sobre esta nueva forma

de capitalismo, haciendo referencia a la necesidad de su abordaje desde la política fiscal y de protección de datos, así como de la novedosa categoría de los neuroderechos. Añadiremos, como complemento a lo analizado por el Profesor Camisón, que desde el constitucionalismo no podemos dejar de tener en cuenta que esta cuestión ya está afectando a la interpretación clásica y a la eficacia del resto de derechos fundamentales, lo que supone una necesidad de atención.

El último capítulo se enmarca en los recientes acontecimientos derivados de la crisis sanitaria y social generada por la Covid-19. En este sentido se abordan cuestiones como el derecho de excepción y su implicación constitucional. Destaca el autor que las medidas de naturaleza social a nivel estatal han resultado en una suerte de reactivación de la cláusula del Estado social, siendo además que la misma no se produce desde la Constitución económica estatal, sino de la mano del Derecho de la UE, ya que de otro modo, y tras lo ya expuesto en el resto del estudio, no sería posible.

Como habíamos introducido, el trabajo presentado en el libro *Constitución económica: transformaciones y retos* por parte del Profesor Camisón Yagüe es un interesante estudio de la situación actual, de gran utilidad didáctica y que da pie a que futuras investigaciones realizadas desde el Derecho Constitucional aborden las distintas líneas abiertas para una mejor comprensión de la realidad y de su encaje en nuestro sistema constitucional.

Oscar Alzaga Villaamil: *La conquista de la transición (1960-1978). Memorias documentadas*, Madrid, Marcial Pons, 2021.¹

ANTONIO SOTILLO MARTÍ

Profesor Honorario Universidad
de Valencia
Académico y Secretario General
Real Academia Valenciana
de Jurisprudencia y Legislación

Parece que en un acto como este de presentación de un libro resulta imprescindible hablar del autor, hablar de la obra y recomendar su lectura.

Intentaré cumplir ese protocolo, aunque lo haga en algún momento un tanto deslavazadamente y sin seguir un orden estricto.

La tarea que se me encomienda es para mí no solo grata, sino también fácil o cómoda. En primer lugar, por la buena relación de amistad con el autor, que luego glosaré más detenidamente. En segundo término, porque el libro se lee con extraordinaria facilidad por su correctísimo castellano, pudiéndose, incluso leer desde el presente al pasado. Por último, por el ámbito temporal, al que se refiere la obra, porque, siendo Óscar algo mayor que yo, poco puedo comentar sobre sus primeros años de valiente compromiso político, es decir, desde 1960 a 1968, porque yo no estaba entonces en la actividad política, lo que comienza a producirse desde mi entrada en esta Facultad en octubre de 1968.

Así, cuando recibí el libro por gentileza del autor, creí que se había perdido el segundo volumen, porque la memoria escrita de Óscar se detiene en diciembre de 1977 y, sin embargo, su vida, me refiero a la política, dura hasta 1987, momento en que la abandona definitivamente. O sea, faltan esos interesantes diez años, sobre los cuales la opinión del autor hubiera sido, al menos para mí, de gran utilidad e interés.

Pareciera que el autor haya preferido narrar sus años de agitada, pero ilusionante, juventud y dejar de lado su último periodo de vida política, quizá mucho más lleno de decepciones y sinsabores.

¹ Las presentes páginas se corresponden literalmente con mi presentación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia el día 4 de octubre de 2021 del libro de Oscar Alzaga Villaamil: "La conquista de la transición. Memorias documentadas".

Aprovecho para ratificar uno de los hechos de la vida política del autor en esa época posterior, más concretamente a finales de 1984, con la propuesta por parte del Presidente del Gobierno Felipe González de nombrarle Comisario de la CEE por el cupo español, que Óscar no aceptó, pues yo a la sazón era diputado del PSOE y miembro de la Dirección del Grupo Parlamentario Socialista y tuve ocasión de conocer dicho ofrecimiento.

He dicho que resulta muy fácil para mí presentar al autor y su libro, porque me atrevo a decir que parecemos vidas paralelas de Plutarco:

Porque ambos tenemos una fe cristiana, él mucho más militante que yo, siempre políticamente en la democracia cristiana española y europea.

- Porque ambos comenzamos en los movimientos estudiantiles universitarios, él antes desde 1960 a 1964 y yo más tarde desde 1968 a 1973; después pasamos a la política activa, él en la democracia cristiana y yo en el PSOE; para, después de unos años de actividad y cargos parlamentarios, volver a la Universidad y al ejercicio de la abogacía, él en 1987 y yo un año después.

- Porque ambos, desde nuestras respectivas posiciones ideológicas demócrata cristiana o socialdemócrata, hemos mantenido una posición centrada y centrista, estoy convencido que no por simple equidistancia, sino seguros de que esa es la posición más útil para España y que comparten la mayoría de los españoles.

- Óscar no podía saber en febrero de 1969 en su confinamiento en el pueblecito de Cuevas de Agreda en la falda del Moncayo, que yo un año antes en 1968 estaba en la otra falda del monte en el noviciado de los jesuitas en Veruela. Además, creo que mi amigo Óscar Alzaga me aceptará la broma de atribuirnos a él y a mí mismo la máxima de comportamiento que Rivadeneira, el biógrafo de San Ignacio, afirma que le oyó decir muchas veces: *Actúa y esfuérzate como si todo dependiera de ti y confía como si todo dependiera de Dios*. Mucho de eso considero que ha sido el comportamiento de Oscar en la vida y que relatan estas Memorias.

1. La dificultad de presentar un libro de Memorias

En primer lugar, porque, muy frecuentemente, son una simple loa del autor, escritas *ad suam pompam vel ostentationem*, o, peor todavía, un intento patético de justificación de su conducta y de sus acciones. En este sentido, pueden leerse, entre otras, las Memorias de López Rodó, Martín Villa y Ortí Bordás, con las que nuestro autor es benevolente y, hasta diría yo, muestra su talante indulgente cristiano.

En otras ocasiones, se reescribe la Historia *pro domo sua* y exhibiendo una falta impúdica de memoria, por que deberían mejor ser denominadas Desmemorias. Se proponen como indubitados hechos y circunstancias que directamente no son ciertos. Léanse, entre otras, las Memorias de Tierno Galván o de José Bono.

Pues bien, el autor en este caso no solo es veraz respecto a los acontecimientos que narra, sino que los contrasta y documenta de modo fehaciente. A mi juicio, hace buena la máxima de Machado: *Tu verdad no, la verdad y ven conmigo a buscarla*.

En consecuencia, el libro que hoy comentamos, dada la personalidad científica y académica de Óscar Alzaga, no representa solo un elenco de peripecias vitales, sino también, y diría yo principalmente, un excelente, certero y completo análisis histórico de una época de España, que, muy a menudo, es tratada de modo sesgado y parcial.

2. La transición política española

Ciertamente, el libro que hoy presentamos trata de ese periodo, que hemos dado en denominar la transición, sobre el que se han escrito ríos de tinta, no siempre con acierto y veracidad y, a menudo, sin calidad alguna.

Para empezar, ni siquiera nos ponemos de acuerdo, al estudiar ese periodo histórico, sobre cuándo fue su comienzo y cuándo su final. En mi modesta opinión personal, no puede precisarse un momento inicial, pero podría afirmarse un momento final, que coincidiría con el refrendo popular de la Constitución en diciembre de 1978, o bien con las elecciones generales de octubre de 1982 con el triunfo del PSOE con mayoría absoluta.

Naturalmente, el libro trata de la transición política española y del propio transitar del autor por ese apasionante periodo y creo que no voy a errar si, para comprender esos años, divido este libro en tres periodos. El primero, desde 1960 a 1972, con especial relevancia de los movimientos obreros y universitarios, en los que el autor participa muy activamente. El segundo, desde 1972 hasta la muerte de Franco en noviembre de 1975, con especial relevancia del auge de la fuerza de los grupos de oposición democrática y de la resistencia numantina y, en ocasiones, violenta del régimen. Por último, desde noviembre de 1975 hasta la redacción y aprobación de la Constitución, periodo en el que, al menos en su primer año, hace definitiva crisis el régimen, pues, como diría Bertold Brecht: *el hombre viejo no acababa de morir y el hombre nuevo no acababa de nacer*.

Para corroborar sustancialmente las tesis de Alzaga, me permitiré aportar algunas anécdotas y reflexiones personales.

En mi segundo curso de carrera en el año 1969, casi muerto el SEU oficial y a punto de disolverse el Sindicato Democrático de Estudiantes, fui elegido por mis compañeros delegado de estudiantes ante la Junta de Facultad y, llevados de nuestro optimismo, fuimos a entregar al entonces Decano Efrén Borrajo Dacruz, Catedrático de Derecho del Trabajo, un escrito con novedosos fundamentos jurídicos basados en el derecho de petición, en el que instábamos a la dimisión de Franco. El Decano con muy buen talante nos aceptó el escrito, pero nos dijo: "Queridos amigos, esto tiene sus trámites".

Un segundo elemento importante de la transición es, desde mi punto de vista, la progresiva convergencia del PSOE hacia posiciones más socialdemócratas europeas en aspectos como la accidentalidad de la forma del Estado; el europeísmo a ultranza; y el abandono del marxismo como premisa y fundamento de la acción política, relegándolo a uno más de los posibles métodos de análisis de la realidad. Todo ello culmina en 1986 con la posición favorable a la entrada de España en la OTAN.

Coincido con el autor en que la legalización del Partido Comunista fue una decisión no querida, aplazada hasta el último momento en que se mostró como inevitable el viernes santo 8 abril de 1977. El PSOE había sido legalizado el 13 de febrero de 1977. Desde la Presidencia del Gobierno se llegó a ofrecer PCE y a nosotros la posibilidad, rechazada de inmediato, de que candidatos comunistas se integraran en las listas de PSOE. Las elecciones se convocaron el 15 de abril.

Por último, conviene recordar que Suárez no aceptó hasta el último momento en un famoso debate parlamentario en julio de 1977 que aquellas Cortes tuvieran el carácter de constituyentes, aun cuando no hubieran sido convocadas para ello expresamente, superando el tenor literal de la Ley de Reforma Política, haciendo tabla rasa con derogación y no mera reforma del pasado legal del Movimiento.

3. La transición política no fue un regalo del régimen anterior

Comparto plenamente el título de esta obra. En efecto, la democracia y la Constitución hubo que conquistarlas y no fueron una especie de carta otorgada al estilo medieval o decimonónico español.

No pueden olvidarse los esfuerzos y múltiples sacrificios que muchos tuvieron que hacer para lograr en un tiempo relativamente breve (un año) el texto constitucional. Probablemente, esa velocidad en su tramitación (5 meses de ponencia y 2 de Comisión), que era en aquel tiempo absolutamente necesaria, produjo algunas imprecisiones y defectos en su contenido. Pero resultan absurdas las posturas nihilistas o simplemente reduccionistas, que suprimen el valor de la transición española e, incluso, de la propia Constitución.

El autor relata bien las reuniones nocturnas, impulsadas por los números dos del Gobierno Fernando Abril y del primer Partido de la oposición Alfonso Guerra para lograr un acuerdo sustancial en favor de un texto comúnmente aceptado.

Contaré que, en el mes de mayo de 1978 en el seno de la Comisión Constitucional, a la que ambos pertenecíamos, no había acuerdo entre la UCD y el PSOE sobre el texto del artículo 27 del derecho a la educación. Así pues, cuando llegamos al artículo 15, el primero de los derechos fundamentales, se decidió parar la sesión y aplazarla hasta el día siguiente. Tras las oportunas reuniones hasta altas horas de la madrugada, se consiguió con acuerdo un texto transaccional en la redacción de dicho artículo 27. Así, de un tirón, en esa sesión reanudada, se aprobaron desde el artículo 15 hasta casi el 53 sin graves problemas y ante el asombro de los periodistas. Entonces, nuestros respectivos jefes de filas nos encargaron a Óscar y a mí que esa misma tarde-noche fuéramos a Televisión Española a explicar el acuerdo. Naturalmente, nos pusimos de acuerdo en la versión que debíamos ofrecer.

Ese espíritu, en el que a nadie se le exige una renuncia total a sus ideas esenciales, pero debiendo admitir que toda negociación implica cesiones por ambas partes, fue el que primó en la elaboración del texto constitucional y de muchas leyes de esas dos primeras legislaturas.

En este sentido, me permito recomendar otro libro de Alzaga, que procede de su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, publicado en la Editorial Trotta en el año 2011, cuyo explicativo título conserva hoy día plena actualidad: *Del consenso constitucional a la confrontación permanente*.

4. La democracia cristiana española y valenciana

No tendré el atrevimiento de glosar la parte fundamental de esta obra, que constituye una excelente y documentada historia de la democracia cristiana española y de su oposición al régimen de Franco, de la que fue singular partícipe Óscar Alzaga y, por tanto, conocedor de primera mano de la materia.

Personalmente, quiero recordar y rendir homenaje en este momento a algunos dirigentes de la democracia cristiana valenciana de aquella época en la oposición directa al régimen, con los que me unió y une amistad, como, entre otros, Vicente Ruiz Monrabal, abogado y diputado de 1979 a 1982, Vicente Miquel i Diego, excelente Secretario general del Ayuntamiento de Valencia y Vicente Navarro de Luján, hoy Rector de la Universidad CEU de Valencia.

No oculta el autor su simpatía, como no podía ser menos, con líderes demócrata cristianos de aquellos años, como Aguilar Navarro y Jiménez de Parga, y, especialmente, con D. Manuel Giménez Fernández, Catedrático de

Derecho Canónico en Sevilla y del que, por cierto, tuve ocasión de escuchar grandes elogios de quien fue su alumno Felipe González.

Precisamente, a Giménez Fernández, antes de fallecer en 1968, se le atribuye la frase: *Estoy completamente de acuerdo con los obispos españoles salvo en dos cosas: que no creen en Dios y que no han hecho el bachillerato.*

Un elogio algo más crítico desliza el autor respecto al dirigente demócrata cristiano Ruiz Jiménez, por su modo de actuar dubitativo y, en ocasiones, claramente condescendiente con el régimen al menos hasta el año 1970.

Para aportar mi contribución a comprender la personalidad de Ruiz Jiménez, contaré que, en una conferencia suya en Valencia a principios de los años 70, cuando yo era estudiante en esta Facultad, ante los enfervorecidos aplausos de quien estaba a mi lado le pregunté si le había gustado el contenido de la charla y me contestó que le había gustado mucho la música, pero no había entendido nada de la letra.

Sin embargo, no encontrará el lector insultos o menosprecios por parte del autor dirigidos a quienes fueron dirigentes del franquismo, con los que tuvo no solo radicales discrepancias, sino que soportó persecución y vituperios. Encontrarán ustedes algunas reflexiones irónicas sobre cambios de camisa y de chaqueta en algunos de ellos y, en otros casos, fulminantes conversiones de última hora a la democracia.

5. Resumen del contenido del libro

Desde luego, esta obra, más que un repaso cronológico de sucesos y anécdotas personales es un documento histórico de primera magnitud de los 18 años precedentes a la Constitución española.

Creo deducir con el autor que para que se produjera esta conquista, como el mismo la denomina, y el resultado constitucional eran precisas unas determinadas condiciones, que, entre otras, concreto en las siguientes:

1.- La firmeza de las fuerzas democráticas de la oposición al régimen y la posición unánime de las democracias europeas, encabezadas por la democracia cristiana y la socialdemocracia.

2.- El rechazo común de las fuerzas democráticas al uso de la violencia como medio para alcanzar a democracia, salvo el caso singular del terrorismo de ETA y el de muy pequeños grupúsculos de extrema derecha y extrema izquierda, que pronto fueron aislados y neutralizados. El intento de golpe de Estado de febrero de 1981 representa los últimos coletazos de los nostálgicos del régimen anterior.

3.- La convergencia de los principales actores políticos hacia las características mínimas y universales, que definen la democracia occidental, esto es, la proclamación y defensa de los derechos fundamentales de la persona, el pluralismo político y el sufragio universal y libre, y el reconocimiento de la economía social de mercado.

6. Una reflexión final

Así pues, a quien quiera conocer de primera mano la apasionante historia española de esos años 60 y 70 le recomiendo encarecidamente la lectura de esta obra.

Permítanme dos consideraciones finales para concluir ya mi larga intervención.

La primera dirigida al autor y amigo Oscar Alzaga con la cita de este texto también de Bertold Brecht:

Hay hombres que luchan un día y son buenos. Hay otros que luchan un año y son mejores. Hay quienes luchan muchos años y son muy buenos. Pero los hay que luchan toda la vida; esos son los imprescindibles.

La segunda va dirigida a todos los que lucharon por la conquista de la transición y de la Constitución y consiste en formularse la pregunta, que, muy probablemente, cada uno de nosotros se ha hecho en su interior: ¿Nos arrepentimos en lo fundamental de nuestras actuaciones? ¿Ha sido un fracaso todo aquel esfuerzo personal y colectivo?

Creo que Oscar Alzaga y yo mismo nos respondemos hoy al unísono que no, que de ninguna manera.

Enrique Fliquete Lliso: *Derecho de gracia y Constitución. El indulto en el Estado de Derecho*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, 309 págs.¹

MARIANO VIVANCOS COMES

Profesor Contratado Doctor
de Derecho Constitucional
Universitat de València

A los ojos de un observador actual, eso del derecho de gracia puede sonar (a buen seguro para muchos) a épocas pretéritas. Desde luego, en todo caso anterior a la consolidación y hegemonía del Estado constitucional. Y ello, aunque en su forma de indulto aparezca recogido, con mayor o menor extensión, en casi todas las constituciones democráticas.

Hasta la fecha, han sido muy escasas las aproximaciones jurídicas al indulto (o lo que viene siendo lo mismo, al derecho o prerrogativa real de gracia) planteadas en exclusiva desde la perspectiva constitucional; algo que contrasta con lo sucedido en otras ramas y disciplinas del saber jurídico, como la procesalista o la penal. Ya sólo por este singular motivo, la obra que tenemos entre manos, *Derecho de gracia y Constitución. El indulto en el Estado de Derecho*, merecería todo nuestro reconocimiento. Pero es que, además, el análisis ofrecido en la obra plantea el indulto como una verdadera “disfunción constitucional”, no sólo por alterar singularmente la atribución de los poderes efectivos del Estado sino también por atribuir al legislador ordinario decisiones que, en todo (y último) caso, corresponderían al poder constituyente. Urge pues una necesaria actualización, a partir de los parámetros constitucionales.

El trabajo es fruto de una tesis doctoral, defendida en la Universidad Miguel Hernández de Elche por quien es hoy vicepresidente del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, Enrique Fliquete Lliso, y profesor en la Universitat

1 Prólogo de Vicente Garrido Mayol.

de València. Estando prologada por el que fuera durante años presidente del órgano de relevancia estatutaria y máximo órgano consultivo del Consell, el catedrático de Derecho Constitucional, Vicente Garrido Mayol, que reúne también la condición de director del proyecto de tesis que ha cristalizado en la monografía que ahora se nos presenta.

Como advierte el autor en la introducción a la monografía, no cabe dar por sentado ninguno de los elementos consustanciales al derecho de gracia (ni siquiera, valga la redundancia, su "graciosa" configuración). Desde esa premisa, el autor no persigue únicamente plantear una aproximación crítica a la institución sino, también, plantear toda una serie de reforma, necesarias para su adecuada acomodación constitucional.

La estructura interna de la obra responde a un sencillo esquema. Así, en el primero de sus capítulos ("*Qué es el derecho de gracia*", págs. 33-61) procede a su delimitación conceptual; muy particularmente, respecto de la amnistía que, a diferencia del indulto (causa de extinción de la responsabilidad penal), supone el perdón del delito, más allá del cumplimiento de la pena. Interesante, también, resulta la justificación del indulto "particular" en el Estado de Derecho; configurándose como "*la corrección del Derecho con el fin de alcanzar la justicia al supuesto concreto*", sin olvidar tampoco su naturaleza *cratológica* en última instancia. Aspectos sobre los que volverá en el tercero de los capítulos ("*Manifestaciones del derecho de gracia*", págs. 87-134), poniendo el detalle en las modalidades de indulto (general y particular) y acentuando sus perfiles y rasgos definitorios de cara a no confundirlos con otras manifestaciones del derecho de gracia.

A continuación ("*El derecho de gracia en la Constitución de 1978*", págs. 63-85), el autor se detendrá en la constitucionalización del derecho de gracia; denunciando la ausencia de elementos definitorios desde una perspectiva constitucional, con muy pocas excepciones (atribución "formal" de su ejercicio al Rey y prohibición expresa del de indulto "general") y planteando sus reservas a la controvertida opción constituyente de excepcionar ciertos elementos esenciales en la configuración del Estado de Derecho, aspecto al que se le dará continuidad en el quinto de los capítulos ("*El indulto: una disfunción constitucional*", págs. 201-240) identificando las disfuncionalidades que supone: primero, como "afectación a la seguridad jurídica o certeza del ordenamiento, de legalidad" en suma; segundo, proyectándose sobre el reparto de funciones que comporta el principio de poderes institucionalizado.

El autor dedica tres capítulos (IV, ("*La ley reguladora del derecho de gracia*", págs. 135-200; VI, "*Materialización del ejercicio del indulto*", págs. 241-277; y VII ("*La necesidad de revisar la regulación del indulto*", págs. 279-301) a su ley de aplicación (que data de 18 de junio de 1870, con apenas una reforma parcial oficializada a través de la Ley 1/1988, de 14 de enero a sus espaldas) y a los problemas derivados de su efectivo ejercicio. Todos los gobiernos democráticos han concedido indultos, incluso por delitos gravísimos, haciendo un uso partidista del mismo como se ha visto muy recientemente (sediciosos del *procés*; caso Juana Rivas...); lo que devuelve actualidad a sus imperfecciones regulatorias, que concentran el último de sus capítulos.

Desde estas premisas, propone una ambiciosa reforma integral de la institución, a través de una elaborada y meditada propuesta de *lege ferenda* en sintonía con las demandas más solicitadas por parte de la mejor doctrina jurídica; una propuesta que, reclama un desarrollo fundamental (orgánico) a partir del reconocimiento constitucionalizado de aquella.

Entre los aspectos apuntados, exige una mayor concreción de su ejercicio y, más en particular, de su mismo propósito y requisitos. Poner coto o límite a la

arbitrariedad (más que amplia discrecionalidad) que ha guiado su ejercicio hasta la fecha; para lo que postula la exigencia del favor judicial para su concesión y obligando, en todo caso y bajo cualquier circunstancia, a su motivación pública. Sólo de ese modo, advierte el autor, podrá reconciliarse la institución con los valores y principios que sustentan y animan el edificio constitucional.

Estoy plenamente convencido de la utilidad y oportunidad de la obra que ahora se nos presenta, editada por la prestigiosa editorial Thomson Reuters-Aranzadi, y que cuenta como colofón con una actualizada, extensa y completa bibliografía.

Una monografía, sin duda, llamada a convertirse en un elemento de referencia para aquellos que deseen acercarse a una problemática que ya hace algún tiempo trascendió el ámbito jurídico pero que, en modo alguno, puede encontrar solución al margen del mismo. Como ha puesto de relevancia el profesor Fliquete a través de una esclarecedora aproximación a uno de los debates actuales de la teoría y práctica constitucionales.



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA