

NÚMERO 51

2025

ISSN: 1575-720-X

RJUAM

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE MADRID



FACULTAD DE DERECHO



Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 51

2025-I

Director: D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)

Subdirectora: Dña. Margarita Sánchez González (Derecho civil - UAM)

Secretaria académica: Dña. Diana Latova Santamaría (Filosofía del Derecho - UAM)

Secretaria de asuntos económicos: Dña. María Teresa Martínez-Escribano Serrano (Derecho financiero y tributario - UAM)

Responsable de difusión y medios digitales: D. Gabriel Ángel García Benito (Historia del Derecho - UAM)

Redactores:

D. Javier Antón Merino (Ciencia política y relaciones internacionales - Universidad de Burgos)

Dña. Andrea Bravo Bolado (Derecho penal - UAM)

D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)

Dña. Mar Cuartero Cobo (Filosofía del Derecho - UAM)

D. Francisco Javier Díaz Majano (Historia del Derecho - UCLM)

Dña. Boliá Doubai Sánchez (Historia del derecho - UAM)

D. Carlos Fernández-Espinar Muñoz (Derecho administrativo - UCM)

D. Javier Fernández-Lasquetty Martín (Derecho civil - UAM)

Dña. Ángela Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)

D. Gabriel Ángel García Benito (Historia del Derecho - UAM)

D. Juan Andrés Gascón Maldonado (Ciencia política y relaciones internacionales - UAM)

Dña. Laura Concepción González Calvache (Derecho financiero y tributario - UAM)

Dña. Guiomar Jiménez de Cisneros Paz (Derecho mercantil - UAM)

Dña. Diana Latova Santamaría (Filosofía del Derecho - UAM)

D. Jesús Martín Muñoz (Derecho penal - UCM)

Dña. María Teresa Martínez-Escribano Serrano (Derecho financiero y tributario - UAM)

Dña. Elena Martínez-Moya Ruiz (Derecho mercantil - UAM)

D. Sergio Medina Bernabé (Ciencia política y relaciones internacionales - UAM)

D. Francisco Pérez del Amo (Derecho civil - ULE)

D. Christian Pérez Merino (Derecho financiero y tributario - UAH)

Dña. Claudia Pérez Zapico (Derecho internacional público - UAM)

Dña. Ane Rodríguez Barrueta (Derecho penal - UC3M)

Dña. Ailén Agustina Rubio Arrieta (Derecho penal - UAM)

D. Javier Roncero Núñez (Derecho romano - UAM)

Dña. Margarita Sánchez González (Derecho civil - UAM)

Dña. Marta Solari (Derecho civil - Università del Piemonte Orientale)

D. Jaime Vázquez García (Derecho internacional privado - UAM)

Dña. Amine Vega Pirasteh (Derecho del trabajo - ULL)

Dña. Ana María Vicario Pérez (Derecho procesal - UBU)

Dña. Lorena Von Aguilar (Derecho administrativo - UAM)

Consejo asesor:

D. Juan Arrieta Martínez de Pisón (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)

D. Ignacio Molina Álvarez de Cienfuegos (Director del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)

Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)

D. Félix Alberto Vega Borrego (Director del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)

D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho internacional público - UAM)

D. Antonio Fernández de Buján y Fernández (Catedrático de Derecho romano - UAM; y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España)

D. Martín Hevia (Profesor de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina; y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson

ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:


Universidad Autónoma
de Madrid
Fundación General
de la Universidad
Autónoma de Madrid


Dykinson, S. L.

Portada: Marta Conde Diéguez
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

e-mail: revista.juridica@uam.es

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 51 (2025-I)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2025.51>

IN MEMORIAM

Diego-M. LUZÓN PEÑA, «Agustín Jorge Barreiro. El universitario, el penalista, el amigo. Recuerdo póstumo»9

CRÓNICA

Pascual MARTÍN GALLARDO, «El estado autonómico y su financiación: a propósito del curso sobre el derecho autonómico de 2024 en Miraflores de la Sierra (Madrid)» 17

ARTÍCULOS

Ricardo ALONSO SOTO, «Ampliación del control de las operaciones de concentración económica en la Unión Europea»39

Mar ANTONINO DE LA CÁMARA, «El pluralismo cultural en el ámbito de la libertad religiosa a la luz del Art. 44 CE»67

Manuel CASADO GARCÍA, «La regulación de las neurotecnologías: las “sandboxes” para la innovación»95

Pablo FERNÁNDEZ GARAY, «El padre Mariana en los debates sobre licitud del tiranicidio: entre tradición y radicalidad» 121

Mar JIMÉNEZ COMPANYY, «Más penas, menos garantías: el riesgo de legislar bajo la presión del populismo punitivo. Un ejemplo a través de la LO 10/2022 y el principio de legalidad» 147

Miriam MARTÍN PACIENTE, «La persona jurídica y su legitimación como titular de Derechos Fundamentales: un análisis teórico» 175

Guillermo MOYA BARBA, «La situación del caso Rohingya en los sistemas de justicia internacional. ¿Hay nuevas alternativas?»	205
Pablo NICOLÁS SÁNCHEZ, «Cicerón y la influencia helénica en la jurisprudencia romana»	251
Emma SEGELKE, «Life or death? Having the Will to terminate life: recognising and building the right to die with dignity in international human rights law»	269
Ignacio TORNEL TRELLES, «Valores democráticos versus autoritarios: ¿existe un conflicto intergeneracional? Un análisis de la <i>world values survey</i> »	305

IN MEMORIAM

AGUSTÍN JORGE BARREIRO. EL UNIVERSITARIO, EL PENALISTA, EL AMIGO. RECUERDO PÓSTUMO*

DIEGO-M. LUZÓN PEÑA**

Muy estimados Sr. Decano, compañeros y amigos, señoras y señores:

Agradezco de todo corazón a la comisión organizadora y al Decanato de la Facultad de Derecho de la Univ. Autónoma de Madrid, que de 1978 hasta el primer trimestre de 1980 fue también la mía, el enorme honor y privilegio que me conceden al invitarme a integrar el selecto y reducidísimo elenco de integrantes de esta mesa en el acto de Recuerdo y homenaje a la memoria del Prof. Don Agustín Jorge Barreiro. Estar aquí en este momento gracias a esta generosa invitación integrando esta mesa junto a las personas más próximas a él: su discípulo más antiguo el Prof. Manuel Cancio, su maestro el eminente Prof. G. Rodríguez Mourullo en su intervención escrita a través del Prof. Peñaranda, su queridísimo hermano Prof. Javier Jorge Barreiro, catedrático de Anatomía en Santiago de Compostela, por no poder intervenir por motivos de salud su otro hermano jurista, el gran magistrado Alberto Jorge Barreiro, y yo mismo como su amigo querido entre los colegas penalistas, me hace sentir una satisfacción y emoción muy profundas.

Como mi intervención ha de ser necesariamente breve, lo que haré a continuación es, al igual que hice en noviembre de 2019 en el acto de entrega de su LH, empezar por remitirme a mis palabras de dedicatoria de mi contribución al Libro-Homenaje:

Como escribí entonces, dediqué mi trabajo, sumándome a ese merecidísimo Libro Homenaje con el mayor entusiasmo y el cariño de siempre, esa vez unido a una profunda emoción al comprobar que felizmente, hacía entonces justo un año, había llegado a esa edad tan crucial en nuestra vida académica, la de los 70 años, a mi queridísimo y admiradísimo amigo y compañero el Profesor Doctor Don Agustín Jorge Barreiro.

Queridísimo, porque Agustín Jorge, desde que nos conocimos en octubre de 1972 a su llegada por primera vez al Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional

* Alocución en el acto en Recuerdo/memoria de Agustín Jorge Barreiro, Facultad de Derecho Univ. Autónoma Madrid, viernes 25 de marzo de 2022.

** Dr. h.c. mult. Catedrático em. de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid (España). Presidente de honor de la FICP.

en el Friburgo alemán, en donde yo llevaba ya un año trabajando como becario predoctoral y adonde acababa de regresar con mi mujer, recién casados, a estrenar nuestra primera preciosa casa en la Beethovenstrasse a dos minutos del Instituto, al haberle fallado la reserva de una habitación alquilada se alojó con nosotros en nuestro cuarto de invitados durante una quincena hasta que encontró su propia vivienda, también muy cercana al Instituto y a nuestra casa, y allí comenzamos a trabar una estrechísima amistad entre nosotros, cada vez más íntima y que luego se fue ampliando a nuestras respectivas familias, amistad que perduró incommovible durante casi nada menos que medio siglo.

Es sabido que conocerse y tratarse con otros compañeros en una estancia prolongada en el extranjero une mucho; y en aquel otoño de 1972 empezaron a llegar a estancias de investigación al instituto friburgués, en el que yo era durante todo el año anterior el único español, un buen número de compañeros españoles, con los que desde entonces he mantenido excelentes relaciones. Pero de entre todos ellos la afinidad personal y el afecto determinaron un trato mucho más estrecho y una amistad más íntima de mi mujer y mía con Agustín Jorge y con Santiago Mir y su mujer Francesca Puigpelat (con independencia de que estos últimos se marcharon a los tres meses a continuar su estancia alemana en la Univ. de Múnich), y nos convertimos los cinco en inseparables. Y de hecho, como todo el mundo sabe, al margen de algunos pocos de mis discípulos más antiguos mis dos mejores amigos en el mundo del Derecho penal han sido Agustín Jorge y Santiago Mir; como testimonio de ello este último nos había dedicado su obra magna, su manual de Parte General, a Agustín y a mí, honrándonos inmensamente al ponernos con ello en pie de igualdad con su familia y sus discípulos. Pero al vivir ambos en Madrid, habiendo coincidido incluso juntos como profesores adjuntos, tras aprobar el correspondiente concurso-oposición nacional, en su Universidad Autónoma de Madrid de 1978 a 1980, naturalmente el trato de Agustín Jorge conmigo y mi familia fue mucho más constante y próximo.

Por compartir, habíamos compartido desde los años de Freiburg una amistad entrañable y constante con Frau Ilse Kirsch, una persona humanamente excepcional que trabajaba en el Instituto Max-Planck, entre otras funciones como generoso y multilingüe ángel de acogida de los huéspedes extranjeros que íbamos llegando allí por primera vez.

Su lealtad, apoyo y cariño inmensos, a los que yo he correspondido todo cuanto he sido capaz, estando ambos uno al lado del otro en todos los momentos importantes en lo académico y lo personal durante todas estas décadas, fueron permanentes y firmes como una roca; por eso además me acompañó en el último decenio en la aventura de poner en marcha internacionalmente la FICP, la Fundación Internacional de Ciencias Penales, junto con alguno de nuestros discípulos y con nuestro común amigo íntimo Santiago Mir. Éramos no sólo amigos, fuimos auténticamente como hermanos.

Por otro lado, a Agustín Jorge Barreiro lo he admirado y admiro profundamente por su honradez e integridad personal y por toda su trayectoria como universitario y penalista. En lo personal, cuantos lo han tratado y conocido han podido comprobar que es un hombre

de firmes principios y convicciones, demostrados siempre en un comportamiento moralmente íntegro e impecable en sus decisiones y actitudes. E igualmente admirable es su vida académica y profesional. Algo tienen que ver en ello los genes, o si se prefiere, de casta le viene al galgo, porque el Prof. Jorge Barreiro es hijo de quien fue muchos años Rector de la Universidad de Santiago de Compostela, el Prof. Dr. Don Ángel Jorge Echeverri, un excepcional traumatólogo y catedrático de Anatomía.

De sus nueve hermanos la gran mayoría son brillantísimos profesionales en Galicia y Asturias, muchos médicos y de ellos uno asimismo catedrático de Anatomía, y sólo dos se dedicaron al Derecho y por cierto se trasladaron a Madrid: nuestro homenajead y su hermano el Excmo. Sr. Don Alberto Jorge Barreiro, uno de los magistrados más brillantes, profundos y reconocidos de la Sala Penal de nuestro Tribunal Supremo.

Por otra parte, es digna de reconocimiento y admiración su intensa vida como penalista dedicado en exclusiva a la Universidad, en la que por cierto, no contento con su primer Doctorado en Derecho en 1974 en la Universidad Autónoma de Madrid con su inolvidable tesis sobre las medidas de seguridad dirigida por su siempre muy querido maestro, uno de los penalistas españoles más importantes en la teoría y en la praxis y como el gallego, el Prof. Dr. Rodríguez Mourullo, y con haber sido becario DAAD y Humboldt en Alemania, consigue ser becado en el selectísimo Real Colegio de España en Bolonia y en 1979 obtiene en esa Universidad, la más antigua de Europa y del mundo, su segundo doctorado con una tesis sobre imprudencia médica dirigida por el inolvidable Prof. Bricola. Tras ser Profesor ayudante, y por concurso-oposición nacional Adjunto y luego Titular en la citada UAM, obtuvo en 1988 su primera cátedra en la Univ. de Barcelona, Facultad de Derecho de Lérida, por concurso-oposición frente a competidores de toda España, y desde 1991 hasta su muerte ostentó la cátedra nuevamente en esta Univ. Autónoma de Madrid.

Entre sus muy importantes aportaciones a la ciencia del Derecho penal son decisivas sus investigaciones sobre medidas de seguridad y todo el sistema de sanciones penales, también en Derecho comparado europeo, incluyendo recientemente un excelente estudio sobre la polémica acerca de las sanciones penales a personas jurídicas, sobre el consentimiento del sujeto pasivo, la imprudencia en la actividad médico-quirúrgica, el allanamiento de morada y delitos contra la intimidad, eutanasia y aborto, delitos contra la propiedad intelectual e industrial y contra el medio ambiente. Y supo crear una selecta escuela de penalistas integrada por sus discípulos y estrechos colaboradores que promovieron su Libro Homenaje, desde el reconocido catedrático Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio a los Profs. Dres. Maraver, Fakhouri, Guérez, Rodríguez Horcajo y Basso, junto con otros más jóvenes igualmente próximos encabezados por Leo Puente.

Admirable por último ha sido toda una intensa vida dedicada no sólo a la ciencia jurídico-penal, sino en cuerpo y alma a la Academia y a la política universitaria en su más noble sentido: ello le permitió granjearse el reconocimiento de universitarios de otras áreas y campos y en algunos casos selectos la confianza y estrechísima amistad de juristas tan notables

como fueron, entre otros muy destacados, el internacionalista Julio González Campos, a quien asesoró decisivamente en su campaña a rector de la UAM, o el politólogo José Luis García De La Serrana, o el civilista Jorge Caffarena, o como es el mercantilista Cándido Paz-Ares. La reconocida talla de esos estrechísimos amigos suyos habla nuevamente de su altísima calidad humana y universitaria.

Y de esa preocupación y dedicación de lleno a la Universidad dan por último buen testimonio las varias ocasiones en que fue elegido en su Univ. Autónoma como Director de los Departamentos de Derecho Penal y posteriormente de Derecho Público y finalmente como Decano de su Facultad de Derecho, donde tuvo la responsabilidad y el honor de desempeñar ese cargo de 1992 a 1995, precisamente en los años en que se formó allí cursando la licenciatura de Derecho el entonces Príncipe de Asturias y heredero de la corona, nuestro actual Rey Felipe VI.

En noviembre de 2019, en el acto de preciosa y solemne entrega de su Libro Homenaje en esta misma Aula Magna yo felicitaba de todo corazón al Profesor Dr. Jorge Barreiro, a mi gran amigo Agustín, por el gozoso 70º aniversario que había cumplido hacía en aquel momento un año, en noviembre de 2018, justo un año antes del mío, y por la honrosa condición de catedrático emérito que esta Universidad le había concedido en merecidísimo reconocimiento de toda su vida y trayectoria académica, y le deseaba con toda mi alma: que siguiera cumpliendo y disfrutando muchos años más, y que siguieran siendo tan fructíferos como los anteriores. Desgraciadamente no pudo ser así.

La vida le duró tan solo un año y medio más, en el que por cierto Agustín, que, como todos saben, en sus últimos años estaba decepcionado e irritado por la marcha de la Universidad española por lo burocratizante en lo docente o la evaluación de los méritos académicos, desde su pase a emérito con la jubilación y la liberación con ello de parte de sus obligaciones rutinarias, acaso por ello valoraba cada vez más la vida de relación personal con los amigos y seres queridos, de modo que había intensificado su contacto con nosotros, con mi familia, y él, que no era muy aficionado a los niños, no dejó de interesarse sin cesar por nuestro nieto pequeño, el de nuestra hija, y por las dos nietas más mayorcitas, las hijas de nuestro hijo, su ahijado Enrique. Y había aumentado nuestro contacto periódico, desde la pandemia del covid fundamentalmente telefónico, y habíamos pasado a llamarnos y hablar incluso varias veces a la semana: nuestra última larga conversación telefónica había sido precisamente el domingo 14 de febrero, cuando estaba perfectamente y nada hacía presagiar el inesperado desenlace al día siguiente.

Pero cuando él y todos pensábamos que le quedaba mucha vida y muy fecunda por delante, al no tener ninguna enfermedad grave, sino sólo algunos achaques sin excesiva importancia, de repente, inopinadamente puso fin a su vida en un minuto ese infarto cardíaco masivo que le sorprendió en su casa en la noche del lunes 15 de febrero de 2021. Gracias a ese final inesperado, afortunadamente para él no tuvo un largo tiempo de enfermedad y sufrimientos. Pero a sus más próximos, aparte de la conmoción de la trágica noticia su

fallecimiento así, que obligó a un inmediato traslado de sus restos acompañado únicamente de su hermano Alberto con su hijo al panteón familiar en Santiago de Compostela, nos impidió por las duras restricciones sanitarias de las fechas asistir siquiera a su entierro. Una profunda pena nos afligió por ello a Julita mi mujer y a mí, que, habiendo estado años atrás en Santiago a su lado, literalmente a su lado para confortarle en los duros momentos de los fallecimientos y entierros primero de su padre don Ángel y años después de su madre doña Chelo, por una amarga ironía del destino no podíamos esta vez estar allí con él para darle el último adiós. Sólo pudimos despedirle en la oración por su eterno descanso y en el espíritu.

Pero nosotros dos y nuestros dos hijos, especialmente su ahijado Enrique, que tanto quería al tío Agustín, lo seguimos teniendo muy presente todo el tiempo en el recuerdo y el cariño profundo, en los muchos recuerdos materiales suyos de los que por su generosidad está llena nuestra casa y sobre todo en los miles de imborrables recuerdos personales de este medio siglo compartido con el amigo íntimo, el hermano. Descansa en paz, querido Agustín.

CRÓNICA

EL ESTADO AUTONÓMICO Y SU FINANCIACIÓN: A PROPÓSITO DEL CURSO SOBRE EL DERECHO AUTONÓMICO DE 2024 EN MIRAFLORES DE LA SIERRA (MADRID)*

THE AUTONOMOUS STATE AND ITS FINANCING: ABOUT THE COURSE ON AUTONOMOUS LAW IN 2024 IN MIRAFLORES DE LA SIERRA (MADRID)

PASCUAL MARTÍN GALLARDO**

Resumen: El presente seminario de investigación tiene como objetivo realizar una reflexión serena, moderada y cordial sobre los problemas a los que se enfrenta nuestro Estado Autonomico. Se trata de un observatorio acerca de nuestro Estado Autonomico desde un punto de vista crítico, pero con un claro propósito de serenidad, en medio de un debate crispado, con un sinfín de polémicas que no se corresponden con el espíritu constitucional.

Sin duda, nos encontramos ante un momento crucial de nuestro Estado de las Autonomías, en el que resulta necesario aportar reflexiones sobre ello. Durante el presente seminario de investigación se abordarán tres cuestiones básicas: la jurisprudencia constitucional y su papel en la construcción y desarrollo del Estado Autonomico, el papel del Senado, como Cámara de representación territorial, y el sistema de financiación actual y su posible reforma. En estas tres cuestiones, ha estado muy presente los nacionalismos identitarios que, en ciertas ocasiones, han hecho convulsionar nuestro modelo territorial.

Palabras clave: Estado de las autonomías, sistema de financiación, Tribunal Constitucional, régimen económico especial, Senado.

Abstract: The objective of this research seminar is to carry out a serene, moderate and cordial reflection on the problems facing our Autonomous State. It is an observatory about our Autonomous State from a critical point of view, but with a clear purpose of serenity, in the midst of a crunching debate, with endless controversies that do not correspond to the constitutional spirit. Without a doubt, we are facing a crucial moment in our State of the Autonomies, in which it is necessary to provide reflections on it. During this research seminar, three basic questions will be addressed: constitutional jurisprudence and its role in the construction and development of the Autonomous State, the role of the Senate, as a Chamber of territorial representation, and the current financing system and its possible reform. In these three issues, identity-based nationalism has been very present and, on certain occasions, has caused our territorial model to convulse.

Keywords: State of the autonomies, financing system, Constitutional Court, special economic regime, Senate.

* Curso de Corta Duración UAM (8ª Edición), celebrado en la «Residencia La Cristalera» (Miraflores de la Sierra, Madrid) los días 6 y 7 de septiembre de 2024.

** Investigador predoctoral Banco Santander-USAL EN Derecho Administrativo. Correo electrónico: pascualmg@usal.es

A lo largo de varios años, en concreto durante el mes de septiembre, se viene desarrollando en Miraflores de la Sierra un seminario de investigación acerca del Estado de las Autonomías. Este foro ha reunido, durante varias ediciones, en un lugar emblemático como es la sierra de Madrid, a juristas y académicos de distintas universidades, para debatir y confrontar aspectos importantes sobre nuestro Estado Autonómico, así como los principales retos a los que debe hacer frente.

El presente curso en Miraflores contó, de nuevo, con el apoyo de la Fundación Manuel Giménez Abad, así como del Ministerio de la Presidencia, Justicia y relaciones con las Cortes, además de la organización por parte de la Universidad Autónoma de Madrid y de la Universidad de Valladolid.

Las líneas que se redactan aquí tienen por objeto, destacar los aspectos esenciales que, en el curso celebrado el pasado mes de septiembre, se han puesto de manifiesto, con especial hincapié en aquellas cuestiones que son de rabiosa actualidad. Es el caso del posible concierto económico para Cataluña.

Una prueba de lo expresado es el título bajo el que se celebró la pasada edición del seminario: «El Estado autonómico y su financiación». El título ya deja claro la voluntad de los organizadores de poner de relieve la finalidad de este seminario, como es la de realizar un seguimiento anual de la situación en la que se encuentra el Estado de las Autonomías, con especial hincapié en esas últimas novedades que ya hemos destacado con anterioridad. Dicha finalidad se aprecia en las dos últimas mesas de debate, donde los ponentes nos hablan, por una parte, de los grandes problemas de la financiación del Estado autonómico y, por otro, de los debates expresados en la opinión pública y en la academia acerca de aspectos como la renovada fuerza del nacionalismo, expresada en los últimos tres procesos electorales, o el controvertido referéndum de autodeterminación.

Sin embargo, además de los puntos mencionados en el párrafo anterior, el presente seminario de investigación aborda el papel de la jurisprudencia constitucional en el Estado de las Autonomías, así como las funciones del Senado en nuestro sistema constitucional. Por tanto, la presente edición del seminario se dividió en cuatro mesas de debate, cuya temática ha sido la que hemos mencionado en los párrafos anteriores.

En lo que respecta a la primera mesa, la misma ha estado a cargo de los académicos Tomás de la Quadra-Salcedo y César Aguado, los cuales realizaron un análisis crítico acerca del Estado Autonómico y el papel que ha jugado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el mismo.

En primer lugar, una de las primeras conclusiones que se extraen, es que nos encontramos ante un Estado Autonómico jurisprudencial, pues es indudable la aportación que nuestro Tribunal Constitucional ha realizado al diseño territorial y competencial de una manera evolutiva.

Son varios los ejemplos que los ponentes expresan a fin de argumentar su postura, donde hacen especial hincapié en la llamada cláusula de supletoriedad del Estado central, regulada en el artículo 149.3 de la Constitución Española. Dicho precepto expresa: «El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas». El profesor Tomás la Quadra-Salcedo expresó que el contenido de este precepto suponía un mandato claro donde, ante la existencia de una laguna en el derecho autonómico que no pueda ser completada con la normativa de la propia Comunidad Autónoma, se aplicará el Derecho estatal¹.

Asimismo, el ponente De la Quadra-Salcedo expone que fue a partir de las sentencias del STC 118/1196 y la 61/1997, cuando se produce un cambio en la jurisprudencia constitucional, pues se entendía que el Estado debía invocar un título específico que le habilitase para dictar derecho supletorio para el ejercicio de una determinada competencia. De esta manera, esta cláusula solo es posible aplicarla en aquellas normas que se dictan por el Estado en materias de su competencia, no pudiendo establecer normativa supletoria con carácter general. En palabras del propio De la Quadra, se producía una restricción en el campo de actuación del Derecho estatal².

Otro ejemplo del que se habló en la primera mesa fueron los llamados conflictos de competencias. En ellos, el Tribunal Constitucional ha tenido que intervenir para encauzarlo y con ello ir articulando nuestro modelo territorial. Sin embargo, los citados conflictos de competencias disminuyeron considerablemente con la reforma introducida en el artículo 33.2 de la LOTC³, que permitió aliviar sobrecarga del Tribunal Constitucional, desviando los conflictos a las llamadas Comisiones Bilaterales.

Como afirmó el ponente De la Quadra-Salcedo, al principio de la conferencia, nos encontramos ante un Estado Autonómico jurisprudencial, con una clara prevalencia del Tribunal Constitucional en la construcción y consolidación del propio Estado Autonómico, aunque su jurisprudencia no fue homogénea y común, sino que ha ido caso por caso resolviendo los conflictos que se planteaban, a veces incluso con modificaciones en sus propias líneas doctrinales, lo que generó una falta en el perfeccionamiento de la jurisprudencia constitucional y la carencia de un modelo global y de cuidado de los asuntos competenciales, según el profesor De la Quadra.

¹ Esta cláusula ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional y su jurisprudencia ha evolucionado a lo largo del tiempo. En los primeros años, el Tribunal Constitucional aplicó una regla expansiva del Derecho estatal, en el que, ante cualquier vacío normativo en el Derecho autonómico, se aplicará el primero.

² Este es un ejemplo de cómo la jurisprudencia constitucional ha ido moldeando el Estado de las Autonomías y la relación entre dos ordenamientos: el autonómico y el estatal, no sin fricciones que se han mantenido latentes.

³ Mediante la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se introdujo una ampliación en el plazo de impugnación de una norma legal estatal o autonómica, desde los tres meses generales hasta los nueve, lo que permitía que se llevara a cabo un acuerdo entre las dos administraciones implicadas, por el cual se procedía a la negociación del contencioso planteado ante el TC. Dicha reforma tenía por objeto solventar aquellos recursos que podían ser resueltos mediante negociación de las partes.

De lo expuesto en el párrafo anterior, el ponente fue citando varios casos, a modo de ejemplo⁴, que reflejan el papel del Tribunal Constitucional en relación con los conflictos de competencia. El Tribunal únicamente establece límites, no realizando una jurisprudencia más prospectiva, sino ejerciendo un mero papel limitador, con capacidad de solución, pero sin romper la soberanía y garantizando el autogobierno.

En segundo lugar, el profesor César Aguado, ahondando un poco más en ese concepto de Estado autonómico jurisprudencial, realiza un recorrido del papel que la jurisprudencia constitucional ha jugado en la evolución y construcción del Estado de las Autonomías. Para ello, el propio César Aguado parte de la idea, de que el constituyente español no llevó a cabo una regulación cerrada de la organización territorial del Estado, debido a la falta de acuerdo en el Título VIII de la Constitución Española⁵. Por tal motivo, el papel del Tribunal Constitucional fundacional y de su jurisprudencia fue decisivo.

El ponente cita algunos pronunciamientos que reflejan ese papel decisivo del Tribunal, no sin cambios en su doctrina, aunque debidamente razonados tales cambios. No obstante, la postura en los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional fue una apuesta clara por la descentralización de las Comunidades Autónomas. A pesar de no ser este el lugar más adecuado para desarrollar y analizar los distintos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional, vale la pena mencionar, de una manera detallada, los distintos casos que el académico César Aguado expuso para explicar el papel relevante que, como ya hemos mencionado, tuvo nuestro Tribunal Constitucional en la construcción del Estado de las Autonomías.

Durante el primer año de funcionamiento del Tribunal, se pronuncia sobre las normas bases establecidas en el artículo 149.1.1. de la Constitución Española. La STC 32/1981 es el común denominador de las materias de las que tales bases son atribuidas al Estado, donde se proyecta el interés general y supraautonómico, con normas de rango legal. El interés de este temprano pronunciamiento se estriba de la experiencia del muy próximo sistema italiano de entonces y de su Estado regional. Ellos sabían perfectamente la necesaria construcción del Estado de las regiones. En relación con las bases, las mismas se conciben de forma material. Su concepto material, aunque no se especifique, es hacer efectiva el autogobierno, incluido aquellas normas de carácter preconstitucional, y donde esa derivación pueda producir una invasión de competencias que terminaría con la intervención del Tribunal Constitucional.

De un lado, se pronuncia por el principio de igualdad (artículo 139.1 CE) con una taxatividad del artículo. No obstante, el propio Tribunal relativiza dicho principio: «es obvio que tal principio no puede ser entendido como monopolística». La frase muestra su sensi-

⁴ El caso del litio en España donde se planteó un caso de constitucionalidad mediata, el Ingreso Mínimo Vital o la polémica Ley de Vivienda son otros de los muchos ejemplos que ponen de manifiesto que la resolución de estos conflictos ha sido de manera individualizada y atendiendo a casos concretos, no generando un modelo global a la hora de resolver futuras controversias.

⁵ Uno de los motivos fue la falta de acuerdo con las fuerzas nacionalistas a la hora de articular un Título VIII menos ambiguo, como al final acabaría ocurriendo.

bilidad descentralizadora. La sentencia del Tribunal Constitucional dota de legitimación⁶ a las Comunidades Autónomas que puedan afectar a su ámbito competencia autonómico.

El Tribunal Constitucional realiza una interpretación en su STC 84/1982. Los Parlamentos Vasco y Cataluña recurren la ley orgánica de terrorismo y banda armada. Además, impugna un precepto de la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, donde resulta posible tal impugnación en materia de ejecución de sentencias de las resoluciones de este tribunal.

Uno de los supuestos más conocidos, que muestran la sensibilidad del Tribunal Constitucional, fue la STC 76/1983, por la que se declararon inconstitucional, varios preceptos normativos de la llamada LOAPA⁷. La impugnación de dicha ley y la declaración de su inconstitucionalidad, provocó la inhabilitación de un instrumento armonizador, único hasta la fecha.

No obstante, un aspecto esencial que expone el profesor Aguado, fue el relativo a las cláusulas supletoria y prevalencia. El Derecho estatal será supletorio en favor de las Comunidades Autónomas que, pese a parecer una idea extensiva en favor del Estado, el Tribunal Constitucional dictamina, en su STC 81/1997, que no puede ser entendido de esa manera, pues el Estado no puede dictar normas de competencias asumidas por los entes territoriales. Algo parecido sucede con la prevalencia (artículo 149.3 CE), que hizo inoperante esta cláusula en los ya destacados conflictos competenciales, de modo que no necesitaba la aplicación de esta cláusula, pues bastaba con la distribución competencial para resolver los casos concretos.

Finalmente, el ponente pone de relieve los llamados hechos diferenciales: lengua, régimen fiscal (derechos históricos y fiscal-disposición adicional primera) –excepción reconocido constitucionalmente–, como una muestra clara del carácter sensibilizador del Tribunal Constitucional hasta el año 2010. En palabras de Pedro Cruz el año 2010 supone un cambio dentro de la postura que mantenía el Tribunal Constitucional pues en la postura del Tribunal Constitucional: «Hasta el momento en el que se aprueba el estatuto renovado de Cataluña, nunca el Tribunal Constitucional había declarado la inconstitucionalidad de ningún contenido estatutario». En la STC 31/2010, tiene lugar esa irrupción del tribunal en el ámbito estatutario, donde a partir de ahí, dicho Tribunal tuvo que actuar en la defensa del Estado.

Con los ejemplos mencionados, el profesor César Aguado nos dejó varias reflexiones: la primera, ya mencionada, es el papel principal que ha jugado el Tribunal Constitucional en el desarrollo del Estado Autonómico; la segunda, los cambios existentes en su propia doctrina, de manera justificada, para ir articulando dicho Estado territorial; y, por último, el cambio que supone la famosa STC 31/2010, que convierte al propio Tribunal Constitucional en el guardián del propio Estado.

Otro de los aspectos que se plantearon en el presente seminario ha sido el papel del Senado y su posición dentro del engranaje constitucional. Tal y como se puso de manifiesto,

⁶ En virtud del artículo 32.2 de la LOTC.

⁷ Ese proyecto fue acordado por los dos partidos por UCD y el PSOE y fue encargado a los más reconocidos juristas.

tanto por los ponentes como por los asistentes, el Senado ha sido y es la asignatura pendiente, pues la misma, ha carecido de sentido en cuanto a su papel dentro del Poder Legislativo, así como la pérdida de su propia esencia. Los dos ponentes encargados de su análisis fueron los académicos Ana Carmona Contreras y Ignacio González García, donde ambos tratan, por un lado, el papel del Senado dentro de la estructura constitucional, y, de otro, las fricciones que se han producido entre el propio Senado y el Congreso, sobre todo en aquellos periodos donde la mayoría de la Cámara Alta es de signo contrario a la del Congreso y a la del propio Poder Ejecutivo, como sucede en la actualidad.

Una de las primeras reflexiones que realizan ambos ponentes es que el Senado sigue encabezando la lista de asignaturas pendientes. El papel que se le otorga en la Constitución difiere bastante del que ejerce en la actualidad, siendo este uno de los principales problemas en cuanto a su funcionalidad⁸. La Constitución planteó un bicameralismo imperfecto, con una prevalencia del Congreso de los Diputados frente al Senado⁹. En una valoración de conjunto, estamos ante una primacía del Congreso, donde el Senado posee un papel secundario que, a pesar de que pueda alargar los procedimientos, ello no impide que el Gobierno pueda continuar con minoría en el Congreso y el Senado de espaldas.

El Senado viene funcionando como una Cámara de segunda lectura, de control en la comparecencia del Gobierno. Es evidente que no cumple el papel constitucional de genuina Cámara de representación territorial, pues su funcionamiento y composición no corresponde al papel que le otorga la Constitución Española. Ese supuesto carácter constitucional ha sido desdibujado, pues su composición se debe a la afinidad política y no a la procedencia geográfica. Una Cámara que sigue el juego del Congreso, de luchas partidistas, disciplina de partido, etc., no es una Cámara de representación territorial. La visión es que tiene una escasa utilidad, abre la vía a su reforma en cuanto a su funcionamiento y repensar su papel dentro del Estado.

Cuando hablamos de reforma constitucional, el Senado también tiene un papel para su reforma. Hay una conciencia de que la reforma no va a servir para integrar a los nacionalismos irredentos, pues resulta prácticamente imposible por las posiciones de estos.

En la presente conferencia, los ponentes mencionan un documento importante a la hora de hablar de una posible reforma constitucional que incluya la del papel del Senado, como es el Informe del Consejo de Estado, del año 2006. Dicho informe hace referencia a la composición, funciones y posición institucional que debería ostentar la Cámara para que verdaderamente pudiese ser una «Cámara de representación territorial».

⁸ La ley para la Reforma Política de Torcuato Fernández Miranda ya contemplaba la preexistencia del Senado, su papel como instrumento de integración del papel de las Comunidades Autónomas con el Estado y una Cámara de segunda lectura para la mejora de las leyes.

⁹ Entre otros, la convalidación de los reales decretos-leyes, elección y cese del presidente del Gobierno o los procedimientos legislativos.

En primer lugar, en lo que se refiere a su composición, el informe acude al Derecho Comparado para explicar la existencia de tres grandes modelos: el primero, el de elección de los senadores por sus ciudadanos; el segundo, la elección de los senadores por los parlamentos autonómicos o regionales; y, por último, un Senado siendo representante de las regiones, al estilo del modelo alemán. Como pone de relieve el propio informe, el Senado es una Cámara que no se ha podido sustraer a la lógica partidista, pues más que para defender los intereses de los territorios, el Senado ha quedado al arbitrio de los intereses de los partidos políticos, absorbiendo con ello la representación territorial que debería tener.

Todo el mundo coincidió en la ponencia, en la necesidad de una reforma del Senado, pero desde distintas perspectivas¹⁰ y siempre teniendo presente las recomendaciones del citado informe, donde el mismo aboga, entre otras cosas, porque se mantenga el carácter representativo del Senado, su elección mixta, una reducción sensible de sus miembros o examinar la asignación del reparto de escaños que fija seis por Comunidad Autónoma, otro más por cada millón de habitantes y otro por cada provincia que tenga la citada región.

En lo que respecta a sus funciones, en la conferencia hubo algo más de consenso, pues se llegó a la conclusión de que el Senado no es un encuentro de foro entre las Comunidades Autónomas sino una de las Cámaras de las Cortes Generales que representa al pueblo español. Además, se debatió si el Senado debe intervenir en todas las materias o ir a una especialización de aquellas que tengan que ver con las competencias que afecten a ámbitos territoriales (competencias exclusivas o competencias específicas), también se hizo referencia a dotar de un papel mayor del Senado en la tramitación de estas competencias o la creación de una Comisión paritaria entre ambas Cámaras que le diera un cierto peso o mayor a la Cámara Alta¹¹.

Por último, en cuanto a las funciones se destacó la necesidad de que el Senado tuviera un papel relevante en las concertaciones entre las Comunidades Autónomas, pero sin suplantar a otros órganos como los consejos territoriales.

En consecuencia, el debate mantenido, no solo por los ponentes, sino por varios de los asistentes, pues encima de la mesa tres posturas claras:

- Mantenimiento del statu quo actual.
- Una reforma del Senado que debería explorarse de manera seria y profunda.
- La supresión del Senado. Hay un debate ¿es un rasgo esencial en un Estado descentralizado? Podríamos decir que en la actualidad no.

¹⁰ Se pusieron de manifiesto problemas existentes en cuanto a la elección de la Cámara y algunos aspectos un tanto controvertido como es la sobrerrepresentación de las provincias del interior y una posible reforma de este sistema.

¹¹ A modo de ejemplo se citó el artículo 90 del Reglamento del Senado en cuanto a la pertinencia o no del procedimiento de urgencia.

Por otra parte, en esta mesa, se hizo referencia a las fricciones en las Cámaras, una cuestión que ya se ha mencionado pero que es importante resaltar. Esta parte de la ponencia se dedicó el profesor Ignacio González García, el cual puso en contexto la situación política actual para entender el porqué de estas fricciones y que, sin duda, las mismas se deben a la heterogeneidad de la composición de ambas Cámaras a raíz de los resultados de las últimas elecciones generales¹².

Se hace alusión en la conferencia a la expresión de bicameralismo perfecto del presidente del Senado, inadmisión a trámite de la ley de amnistía, conflicto de atribuciones o la reforma del trámite de urgencia en el Reglamento del Senado por la tramitación de la ley orgánica de amnistía, entre otros aspectos:

1. Sobre ese bicameralismo perfecto que hace mención el presidente del Senado: dichas declaraciones eran en contestación al ministro Felix Bolaños, acerca de la tramitación de la Ley de Amnistía.
2. Iniciativas legislativas del Senado paradas en el Congreso: se encuentran en el Congreso de los Diputados paradas, doce iniciativas del Senado que ha sido remitidas a la propia Cámara Baja. Ninguna se ha llegado a tramitar. Algunas son importantes como la proposición de ley orgánica sobre la ocupación.
3. Desapoderamiento del Senado del veto a los objetivos de la estabilidad presupuestaria: reforma en la Ley 2/2024 de Paridad del veto del Senado. Ha sido muy controvertido la reforma, hubo un recurso de reconsideración. Una situación de vulneración de garantía del procedimiento legislativo (STC 172/2020, Auto TC 122/2022). Heterogeneidad legislativa-art. 53.2 CE.
4. Inadmitir la Ley de Amnistía por la Mesa del Senado.
5. Conflicto de atribuciones del Senado con respecto al Congreso (no consumado). Realiza el requerimiento del Presidente del Senado-se retire la proposición de ley o subsidiariamente se anule la admisión a trámite por parte de la Mesa del Congreso. Puede haber conflictos de atribuciones.
6. Reforma del Reglamento del Senado.

Lo anterior, son varios de los ejemplos expuestos en la mesa de debate acerca de las fricciones existentes del Senado, siendo una muestra clara del papel que, en la práctica, desempeña papeles distintos a los que le asigna la Constitución.

¹² Las causas de esas fricciones entre las Cámaras se deben, entre otras cosas, a la diferente composición de ambas y la extraordinaria debilidad del Gobierno en el Congreso. La heterogeneidad de las fuerzas políticas en el Congreso que apoyan al PSOE, hace difícil la legislatura y la fricción con el Senado con una mayoría absoluta de distinto signo. Aspectos como la no presentación de la Ley de Presupuestos Generales, la tramitación de la Ley de Amnistía o la dificultad de la tramitación de otras leyes son una muestra clara de lo expresado.

Estrechamente relacionado con uno de los temas centrales del seminario de investigación, debemos de destacar las dos últimas mesas, en las que se trataron, como pudimos anticipar, aspectos esenciales y muy de actualidad sobre el Estado Autonómico, como son los problemas que plantea el actual sistema de financiación autonómica, con novedades relevantes como la extensión del concierto económico vasco y navarro a otras comunidades como Cataluña; la renovada fuerza del nacionalismo; o el controvertido referéndum de autodeterminación, aspectos, todos ellos, que ya se han adelantado antes pero que vamos a tratar a continuación.

En primer lugar, por parte del profesor Pablo Guerrero Vázquez, puso en contexto las consecuencias jurídicas que pueden tener los cambios previstos sobre el sistema de financiación autonómica, a raíz de los últimos acontecimientos por los distintos acuerdos del PSOE, en concreto del PSC, con las fuerzas independentistas catalanas, básicamente ERC y Junts. El ponente nos planteaba varias preguntas, que el mismo iría desgranando en su intervención, tales como: ¿Cómo funciona el sistema de financiación actual? ¿Por qué resulta necesaria una reforma del sistema? O ¿Qué fundamento constitucional tendría un posible concierto económico especial para Cataluña? ¿Sería constitucional? Estas son algunas de las preguntas planteadas al inicio de la intervención del profesor Guerrero Vázquez.

Una de las normas fundamentales del sistema de financiación autonómico, sobre la que parte el ponente para su intervención, es la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. Sobre ella, el propio ponente nos habla de que la calificación de la denominada LOFCA tiene consecuencias jurídico-constitucionales importantes, pues una reforma cualitativa, más allá del mero cambio de las instituciones o transformaciones menores, debe entenderse como un cambio para arreglar los problemas existentes y generar otros de difícil solución. La transformación del modelo, como resulta del contenido del acuerdo anunciado entre PSC-ERC, que consiste en que la Comunidad Autónoma de Cataluña abandone el régimen común y la reconversión de la Agencia Tributaria nacional y de los impuestos que se recauda, supondría una mutación constitucional, siendo dudoso que la transformación del modelo actual de financiación autonómica pueda llevarse a cabo únicamente con la modificación de la LOFCA, pues las consecuencias de una transformación de tal calibre en el sistema, puede resultar complicado que la misma este a disposición del legislador ordinario.

Así lo expuso el propio Guerrero Vázquez, advirtiendo que la comparativa con la singularidad vasca y navarra es poco acertada, pues estas últimas están dotadas de una cobertura constitucional, que no es extensible al supuesto concierto económico de Cataluña. Así pues, de la singularidad financiera de Cataluña se tienen argumento y motivos de peso, desde el punto de vista constitucional, legal y fiscal, para estar en contra. Sin embargo, habrá que estar a la reforma del sistema de financiación para valorar si se trata de una profundización en un sistema federal y, con ello, una transformación del modelo fiscal actual o, por el contrario, sea un sistema asimétrico y desigual. Otro aspecto tiene que ver con la regulación, en materia financiera, de los Estatutos de Autonomía a la luz de la STC

31/2010. Guerrero Vázquez destaca tres aspectos en la problemática que determina una buena lectura de la sentencia:

- Se confirma el modelo común de financiación en la justificación constitucional, a excepción de los territorios forales, ya que remarca la idea existencia de un modelo común de financiación.
- Un sistema de organización territorial a nivel tributario basado en el consorcio de las agencias tributarias: la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), encargada de la aplicación; las Administraciones Tributaria Autonómicas, encargadas de la aplicación de sus propios tributos y de los tributos estatales cedidos: Impuesto sobre el Patrimonio, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre Matriculación... del sistema tributario estatal; y las Administraciones Tributarias de los Municipios, encargadas de la gestión de los tributos locales. (Este nivel de organización queda fuera del objeto de este informe).

Fuera de este esquema quedan las Administraciones Tributarias Forales (Navarra, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya) que asumen parte de las funciones que desarrolla la AEAT en el resto del Territorio Español.

- Se acepta el principio de ordinalidad que debería evitar una diferencia abultada entre lo que Estado da y la Comunidad Autónoma recibe.

La reflexión, que se nos plantea en esta parte de la conferencia, sobre el nuevo sistema son: preparar el Consejo de Política Fiscal y Financiera; la adecuación de las leyes para los tributos de titularidad estatal¹³, el concepto de población ajustada como criterio de distribución de los fondos y la distribución de fondos¹⁴.

Llegados a este punto, ¿cómo funciona el actual sistema de financiación? En primer lugar, se hace referencia al marco teórico, en el que se nos muestra la existencia de dos modelos: uno de unión y otro de separación, donde la convergencia entre ambos configura el marco constitucional del sistema financiación autonómico español.

Debemos de partir de la interpretación constitucional recogida en los artículos 156 al 158 de la Constitución Española. Nuestro sistema actual permite a las Comunidades Autónomas recaudar los impuestos centrales, delimitar los recursos autonómicos, aunque el Estado tiene la obligación de garantizar un estándar mínimo de servicios públicos en todo

¹³ El instrumento de financiación autonómica que no puede dejar a las Comunidades Autónomas en una labor de mera ejecución que excluya un desarrollo normativo.

¹⁴ Fondos como el Fondo de Liquidez Autonómica y fondos para el pago a proveedores que permitiera evitar la suspensión de pagos de aquellas Comunidades Autónomas que, por su excesivo endeudamiento, no puedan hacer frente a sus obligaciones con sus acreedores. Todo esto, acorde a los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera encuadrado en el artículo 135 de la CE y la Ley 12/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

el territorio¹⁵. En el año 2009, se aprobó el sistema de financiación autonómico actual que afectó a aspectos fundamentales como la ampliación de la cesión tributaria a las Comunidades Autónomas, la aportación de recursos adicionales por parte del Estado o el diseño de un complejo sistema de transferencias. Todo ello, se asienta sobre cuatro ejes fundamentales:

1. Refuerzo de las prestaciones para el cumplimiento del llamado Estado del Bienestar, dentro del objetivo de estabilidad presupuestaria.
2. Aumento de la autonomía y corresponsabilidad de las distintas Administraciones Territoriales.
3. Incremento de la equidad y suficiencia en la financiación del conjunto de las competencias autonómicas.
4. Mejora de la dinámica y estabilidad del sistema y su capacidad de ajuste a las necesidades de gasto.

Para lograr el cumplimiento de los citados objetivos se diseñó un sistema de transferencia de nivelación en base a cuatro fondos, siendo el más importante el Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales:

- *El Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales (FGSPF)*: tiene por objeto garantizar que todas las Comunidades Autónomas ofrezcan un nivel similar en la prestación de servicios públicos fundamentales tales como educación, sanidad y servicios sociales. Este fondo se financia con el 75% de los ingresos tributarios de las CCAA y un 5% de recursos procedentes de la Administración del Estado.
- *Fondo de Suficiencia Global (FSG)*: este fondo tiene por objeto contribuir a financiar las competencias transferidas a cada CCAA. Este fondo junto al 25% que las Comunidades retienen de los ingresos tributarios son una fuente de recursos para las mismas¹⁶.
- *Dos Fondos de Convergencia (FCV)*: se trata del Fondo de Competitividad, que tiene por objetivo reducir las diferencias de financiación per cápita entre las regiones y el Fondo de Cooperación, que distribuye recursos entre las Comunidades Autónomas que tengan menor renta per cápita y con un criterio poblacional negativo. Estos se financian con recursos procedentes de la Administración Central¹⁷.

Este modelo se basa en un principio de equidad horizontal y de nivelación parcial para garantizar la igualdad en la prestación de servicios públicos esenciales. No obstante, en la

¹⁵ El Tribunal Constitucional, en su STC 289/2000, no establece un modelo concreto dejándolo de manera ambigua. Este amplio margen que deja al legislador se concreta en la LOFCA, aunque de una manera confusa. En primer lugar, se regula un sistema que parece lo que no es, pues podríamos decir que el sistema es cercano al de separación. Sin embargo, existe otras disposiciones: de un lado, el artículo 6.2 de la LOFCA, que prohíbe la doble imposición por parte de las Comunidades Autónomas, lo que dificulta la aplicación del modelo, y de otro, los instrumentos del Fondo de Garantía de los Servicios Públicos Fundamentales que desvirtúa el modelo.

¹⁶ Supone casi un 17% de los recursos del sistema.

¹⁷ Supone entre un 3,5%-4% de los recursos totales del sistema.

práctica, se ha producido desajustes por el reparto de fondos adicionales en base a intereses políticos y necesidades parlamentarias que deforman la cláusula del *statu quo*¹⁸. Ello ahonda las diferencias económicas y sociales entre las regiones y dificulta el cumplimiento del principio de equidad y de ordinalidad.

Explicado el funcionamiento del sistema de financiación actual por el profesor Guerrero Vázquez, el mismo expone algunas propuestas de mejora necesarias para plantear una modificación del sistema de financiación: una de ellas, podría ser la flexibilización de la doble imposición tributaria, la centralización de determinados impuestos que permitiera respetar el principio de conexidad y, por último, regular un sistema de solidaridad de tipo vertical y no de carácter horizontal, es decir, que la corrección de las desigualdades entre las regiones venga del Estado y no entre los entes subestatales. Además, de la revisión del cálculo de recaudación, las necesidades de gasto autonómico y una centralización de los cuatros fondos en el FGSVF.

Expuestos los principales aspectos por el académico Pablo Guerrero Vázquez, seguidamente intervinieron los docentes Eduardo Sanz Arcega y Xabier Arzo Santisteban sobre la viabilidad en la extensión del cupo a otras Comunidades Autónomas como es el caso de Cataluña. Para ello, partiendo de la base de que nuestro sistema de financiación autonómico presenta una singularidad en relación con el reconocimiento de los derechos históricos de las regiones de País Vasco y Navarra. La disposición adicional primera de la Constitución reconoce los derechos históricos de los territorios forales. Ambos territorios tienen potestad para el mantener, regular y establecer su régimen tributario, es decir, la gestión, liquidación, recaudación, inspección de la gran parte de los impuestos de titularidad estatal.

El punto de partida de la presente conferencia se encuentra precisamente en el citado régimen económico de ambas regiones. Por tanto, se debe tener en cuenta una serie de aspectos necesarios para entender las relaciones financieras entre las regiones forales y el Estado que se estructuran de una manera vertical ascendente.

El concierto vasco y navarro se encuadra de manera inversa al sistema de financiación del régimen común, donde son las Diputaciones forales vasca y la Comunidad Foral de Navarra las que recaudan los impuestos de titularidad estatal y transfiere al Estado una cantidad correspondiente a las competencias no asumidas por las regiones forales. Dicha cantidad es la que se denomina coloquialmente «cupo». Sin embargo, para llegar a esa cantidad debemos tener presente el gasto o carga no asumidas por estas regiones por las competencias que siguen en manos estatales. La legislación en materia de concierto prevé solamente financiar este componente de gasto que corresponde al que tendría que realizar el propio Estado si regiones tuviesen el mismo campo competencial que País Vasco y Navarra. Para calcular el cupo se debe multiplicar las cargas no asumidas por el llamado índice de imputación del que extraemos el llamado cupo bruto.

¹⁸ Pues la asignación de tales recursos adicionales no se ajusta a criterios de necesidad de gasto y población ajustada, siendo este reparto de recursos adicionales arbitrario.

Dicho cupo bruto queda sometido posteriormente a una serie de ajustes cuantitativos tales como el déficit del Estado, los ingresos no concertados¹⁹ o tributos armonizados como el IVA o Impuestos Especiales que desvirtúan la cantidad que las Comunidades Autónomas forales pagan al Estado en concepto de cupo, en el que dicha aportación es inferior a la que realmente debería ser.

Partiendo de lo anterior, ambos ponentes nos formulan la siguiente pregunta ¿Por qué hay una demanda de sumarse a este tipo de régimen económico? Las diferencias fiscales, un índice de imputación y cálculos de un cupo sobreestimado son algunos de los motivos que podrían llevar a querer plantear un concierto económico similar a la de Cataluña. Además, la menor presión fiscal que poseen ambas Comunidades, lo que les dota de una mayor capacidad fiscal son otros incentivos. Sin embargo, ¿Qué consecuencias presupuestarias tendría? Un 20% menos de recursos para el sistema de financiación común, una lógica confederal, una Administración General debilitada financieramente, un empeoramiento de la lealtad constitucional, ineficiencia, carreras fiscales a la baja, baja de eficiencia recaudatoria, etc...

Por último, nuevamente ambos nos plantean una cuestión clave ¿Es constitucional la extensión? La respuesta es no. La existencia de un régimen foral se debe a una voluntad del constituyente que estableció dicha excepción para País Vasco y Navarra. No obstante, resulta difícil su extensión a otros territorios pues una mera reforma de la LOFCA sería insuficiente y requeriría de una reforma constitucional. Además, este cambio en el modelo de financiación, ¿se debe a la instauración de un sistema nuevo o una mera necesidad parlamentaria? Esta última pregunta será contestada en la siguiente mesa.

Por último, llegamos a la última mesa de debate del seminario de Miraflores, titulada «Los Grandes Debates del Estado Autonómico». En la misma, volvemos a reiterar, se pone de manifiesto aspectos un tanto filosóficos, sociológicos del porqué la existencia y fuerzas de los nacionalismos en determinados puntos de la geografía española o aspectos, netamente jurídicos, como el referéndum de autodeterminación.

La presente mesa de debate parte de la idea del nacional-populismo como un riesgo serio para cualquier Estado constitucional, con independencia de que ese nacional-populismo sea izquierda o derecha. Ambos plantean un peligro para el marco constitucional. La democracia constitucional permite la creación de controles que impiden la evolución al totalitarismo. Por eso, la globalización, la integración europea y las instituciones constitucionales son tres aspectos que suponen un peligro para la creación y fortalecimiento de ese identitarismo.

El populismo se mantiene en una zona gris, que genera una involución al Estado Constitucional, es decir, la idea de que la mayoría lo puede todo, con un concepto de pueblo que

¹⁹ Los llamados ingresos no concertados son aquellos impuestos recaudados directamente por el Estado central y que no han sido concertados con las Comunidades Forales.

es perjudicial, en el que la verdad ya está establecida previamente y donde el líder, reflejo del pueblo, encarna este último. Ello posee un componente profundamente antidemocrático que conecta con la figura del referéndum, siendo este la columna vertebral del discurso populista, mediante la legitimación de su postura. Esto último presenta un problema de déficit teórico, construyendo una teoría del Estado y de sus instituciones que tiene difícil encaje con lo que significa y es el Estado Constitucional.

En los Estados constitucionales no ha tenido un buen encuadre la figura jurídica del referéndum, pues supone, en cierta medida, una alternativa a la democracia representativa. Los populismos atribuyen a la figura del referéndum una fuente de legitimidad, pues considera que responde a la esencia del principio democrático, es decir, la creencia de que un voto puede hacer lo que quiera, aunque eso suponga ir en contra de la democracia constitucional. Existe un problema de construcción teórica del referéndum, que parte de elementos básicos, teniendo presente que el referéndum es un aspecto preconstitucional. En consecuencia, la utilización del referéndum se basa en una legitimación falsa, contraria a una democracia constitucional, que se sustenta en el respeto a las reglas del juego establecidas.

Planteado el problema anterior, los profesores Francisco Caamaño Domínguez y Josu de Miguel Bárcena nos hablan de la renovada fuerza del nacionalismo en regiones como Cataluña, País Vasco y Galicia. Ambos dejan claro que la fuerza del nacionalismo es evidente y queda reflejado en los últimos tres procesos electorales que se celebraron en las tres regiones, pero la pregunta que nos formularon a los asistentes fue, ¿por qué la gente vota nacionalismo?

En las circunstancias actuales, la relación entre sistema político y el Estado Autonomómico está rompiendo el sistema normativo territorial, en palabras de Caamaño Domínguez. Los cambios territoriales han venido dados por los acuerdos con los nacionalistas, que se pueden enmarcar en dos momentos históricos: el primero duró de los inicios de la democracia hasta el 2018²⁰ y, desde este año, hasta la actualidad, el PSOE llega acuerdo con partidos nacionalistas que llevaron a cabo intentos de secesión.

La noción de Constitución territorial que expresan entre otros Pedro Cruz, nos habla del bloque constitucionalidad compuesto por distintas normas²¹ que articulan la llamada cuestión territorial.

Existen pues dos perspectivas del Estado Autonomómico, en la que ambas convergen en la descentralización política. En la primera de ellas, hacemos referencia a la Constitución territorial compuesta por ese bloque normativo-constitucional, pero con aspectos inacabados como por ejemplo el Senado, la financiación autonómica o ciertos mecanismos de cooperación. La segunda postura es del profesor Costa, que expone que el Estado Autonomómico y la

²⁰ Por ejemplo, el acuerdo de Majestic del año 1996.

²¹ Por ejemplo, los Estatutos de Autonomía.

cuestión territorial están abierta al principio dispositivo²², donde el Estado podría modificar determinados aspectos sin necesidad de una reforma constitucional en base a este principio.

Para que el sistema político logre estabilidad, necesita de un sistema normativo constitucional y de la concurrencia de los partidos nacionalistas, según indica un sector de la doctrina. Aquí entra en juego la llamada política constitucional, en el que desde la misma se puedan explorar los límites constitucionales, que acaban (suelen) en reforma constitucional. En definitiva, la relación entre sistema de cuestión territorial y la propia política.

Planteado por los ponentes el marco teórico, seguidamente exponen, aludiendo a las circunstancias actuales, que los nacionalistas están en la deconstrucción del propio Estado, siendo un ejemplo claro fue el acuerdo de investidura, del año 2011, entre el PNV y PSE, en el que ambos se comprometieron al traspaso al País Vasco de competencias tales como la homologación de títulos, trenes, prevalencia de los convenios, etc... El concepto de nación y cláusulas específicas para la Comunidad Foral de Navarra. Los ponentes hacen referencia a tres aspectos esenciales entre el sistema político y cuestión territorial que hace que no se necesite el texto constitucional: el primero es la reforma de la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL), con la bajada a 4.000 habitantes como límite mínimo para constituirse como municipio, lo que implica problemas constitucionales; financiación del 50% de las ayudas a la dependencia; cláusula foral de competencia, es decir, aquello que afecte a la delimitación de competencias se deberá pactar con el Partido Nacionalista Vasco sobre la legislación básica. Nos encontramos ante una tendencia general, donde el Estado autolimita su legislación básica (algo parecido a la disposición destacada en la LBRL), generando una de tipo diferenciada, decidiendo por parte de las instituciones vascas cuando interesa aplicar una legislación básica²³.

Todo lo citado con anterioridad da una muestra clara del por qué se vota a los nacionalistas en estos territorios, según las conclusiones de los dos ponentes. No obstante, cuando hacemos referencia al nacionalismo, ambos profesores hacen una distinción entre lo que es nacionalismo e independentismo. Ambos afirman que no todo nacionalismo es independentismo excluyente. Donde se ha entendido esto ha sido en los tres últimos procesos electorales, ya mencionados, acaecidos en estas tres Comunidades Autónomas.

Los nacionalismos excluyentes, existen en uno y otro sentido, pero la pregunta radica si es posible un nacionalismo integrador que no reivindique el Estado propio y una ruptura territorial manteniendo la pluralidad.

²² Es aquel que permite a las Comunidades Autónomas asumir, en sus respectivos estatutos de autonomía, todas aquellas competencias que no estén reservadas al Estado por la Constitución y disponer su propia organización política y administrativa sin más límites que los expuestos en la Constitución y las leyes estatales.

²³ Queda claro que el concepto de ley de Constitución queda inhabilitado por la ley-contrato, debido a la relación entre sistema territorial y el sistema político. La cuestión de solidaridad queda en entredicho por dicha relación.

La primera premisa que nos exponen, es que la nación no precede al Estado, el proceso de construcción del Estado es el que crea la nación, articula la Administración, medios, delimitar fronteras, hacienda, etc... Esa estructura da un salto necesario en el siglo XIX a un apoyo al sentimiento de integración en el grupo, creándose una nación de manera intelectual. Una adhesión, sentimiento como consecuencia de la existencia de un sujeto al que llamamos Estado, un lugar de compactación de ciudadanía para ejercer el poder público.

Lo afirmado demuestra el primer mito del nacionalismo y es que la nación es previa al Estado. Es importante la idea de que pertenecemos a algo y eso, en términos políticos, es importante. Se ha intentado articular esto último desde un punto de vista filosófico a través del llamado patriotismo constitucional, aunque el mismo no es capaz de conectar con los electores, debido, entre otras cosas, por la elevada polarización existente.

Otro aspecto destacado y que visualiza este problema, es que el PSOE, hasta hace no mucho, se creía la España de las Autonomías, pues cuando se propone cambios lo encaja mal o con extremo cuidado. El futuro que nos muestra los resultados electorales en estas tres regiones es la necesidad de separar el «nacionalismo moderado» del independentismo en el proceso de construcción del Estado. Es cierto que, en determinados momentos, han existido fuerzas nacionalistas que han contribuido a la consolidación del Estado y su fortalecimiento, aunque con ciertas deficiencias y bajo determinadas circunstancias, en palabras del profesor Josu de Miguel. No obstante, no es menos cierto que esos supuestos nacionalismos moderados no son más que un independentismo camuflado, pues lo único que hacen es desplazar su objetivo principal que es la ruptura territorial con el Estado.

En el último año, como ya se ha destacado en reiteradas ocasiones, se han producido tres procesos electorales: el primero se produjo en febrero de 2024 con un resultado importante del BNG, debido a que supo aprender de los éxitos del primer Podemos calando en un espectro electoral filonacionalista (ambiental, feminista, un discurso progresivo-social). El segundo fue en abril de 2024, con el partido EH-Bildu que, al igual que en Galicia con el BNG, se sigue intentando un proceso de construcción nacionalista y, en su debido momento, sacar la vocación independista. Para lograr esto, se intenta calar en ese electorado filonacionalista que cada vez es un votante más joven. También la búsqueda de perfiles y líderes jóvenes, que permita ampliar ese electorado. Este debate también se está produciendo en Cataluña por ERC, con un aplazamiento de su pretensión independista.

Además, en estas tres regiones, las marcas del PSOE tienen un componente filonacionalista con un caladero de voto que no están dispuestos a dejar su cultura e identidad, de apegos esenciales, que les mantiene en una determinada posición, pero que rechazan ese proceso de independencia. En nuestro contexto político, hay que acomodar un nacionalismo no excluyente que admite una pluralidad que no rompa el sistema constitucional. Existe un nuevo nacionalismo populista con un regreso a otras épocas, ¿Qué elementos podemos

tener ante esta nueva proyección política? La solución de una convivencia política donde los remedios jurídicos no se están llevando a cabo.

Planteado y analizado el porqué de las fuerzas nacionalistas, a continuación, intervino otra mesa de debate relativa al controvertido referéndum de autodeterminación a cargo de los académicos Enric Fossas Espadaler, Enriqueta Expósito Gómez, Elia Marzal Yetano y Núria González Campañá. Por todos ellos, se analizó la controvertida figura ya nombrada: el referéndum de autodeterminación, donde comenzaron por plantear a los asistentes una serie de preguntas que fueron posteriormente contestando: ¿Que vías constitucionales podría utilizarse si esta idea prosperará? ¿Qué viabilidad política tendría esta vía? ¿Qué indicios que podría darse las condiciones de un nuevo referéndum en Cataluña?

En primer lugar, la primera aproximación que hicieron a la propuesta de referéndum fue desde una perspectiva de la Unión Europea. No hay ninguna disposición, ni en el Derecho Originario y el derivado, que aborde el referéndum ni la secesión. En relación con terceros países, se ha llevado a cabo posturas más sofisticadas para tratar el tema de la secesión como es el caso de Montenegro siendo una primera idea de la UE.

Sin embargo, para tratar la postura de la UE, en los Estados miembros nos tenemos que retomar al año 2004, con la teoría de expulsión automática²⁴ de esa parte del territorio. Aunque en los años sucesivos cuando se preguntaban a miembros de la UE por parte de los europarlamentarios, las respuestas eran ambiguas, pero el año 2012 se vuelve a tomar la postura de expulsión automática con el acuerdo para la celebración de un referéndum en Escocia o el inicio del process en Cataluña.

La Unión Europea mantiene la postura del respeto al Estado de Derecho y la resolución de estos conflictos acuerdo a la Constitución Española, donde prueba de ello es el no reconocimiento de la independencia de Cataluña del año 2017. Esta postura de la Unión ¿tiene una base jurídica? No lo encontramos en disposiciones expresas del Derecho de la UE ni en la jurisprudencia, pero la doctrina aporta tres grandes corrientes:

- La primera es que, si se entiende, a la UE, como un proceso de integración, son radicalmente contrarios a cualquier proceso de secesión internos en los Estados miembros.
- Frente a esta postura existe otra, minoritaria en la doctrina, sobre la base del principio democrático, en el que la UE debía reconocer la secesión si se hace dentro de un proceso democrático, aunque la misma vaya en contra del marco constitucional e incluso pueda favorecer la integración de esas regiones que se han salido. No obstante, esta podría ser una concepción simplista y populista que genera problemas.

²⁴ Artículo 49 del TUE.

- La última postura es la deferencia a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, teniendo un anclaje jurídico en el artículo 4.2 del TUE, en el que se establece el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, aunque con matices, pues dicha disposición ha sido utilizada de manera errónea²⁵. Por ello, dicha cláusula debería someterse a algún límite como puede ser el artículo 2 TUE, en consonancia a la jurisprudencia del TJUE. Ello, permitiría una capa de protección adicional a los ordenamientos jurídicos de la UE y la protección del Estado de Derecho.

En segundo lugar, procedieron a realizar algunas consideraciones sobre el referéndum de autodeterminación como una solución interminable. La precipitación de los últimos acontecimientos en España, está consiguiendo la ruptura con el Estado por la vía de acuerdos políticos y salida del Estado de la región de Cataluña, según nos expone la profesora Enriqueta Expósito. Prueba ello, es el otorgamiento de los indultos a los procesados por el process, la reforma del Código Penal para rebajar el delito de sedición y malversación, la ley de amnistía, la financiación singular.

Todos estos pasos, según la citada académica, tienen por objeto la articulación de un Estado, aunque no lo sea teóricamente. Para sigue siendo un acuerdo importante el suscrito entre el PSC y ERC y, anteriormente con Junts, no olvidando que, cuatro de las ocho fuerzas políticas, aboga por la celebración de un referéndum. Esto sigue estando presente y se ha convertido en un símbolo para saltar el ordenamiento jurídico y Estado de Derecho preestablecido.

El referéndum se trata pues de una reivindicación esencial, columna vertebral de los nacionalismos populista, en torno a la cual se quiere asentar la concepción independentista en Cataluña, pudiendo ser el próximo eslabón en esta cadena de cesiones.

El abandono de la vía unilateral y la celebración de un referéndum pactado, por la vía del artículo 92 CE, nos lleva a responder una pregunta clara ¿cabe la autodeterminación en nuestro ordenamiento jurídico? La respuesta es que no. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional deja claro los límites constitucionales de nuestro legislador ordinario. En su STC 4/1981, el tribunal delimita claramente la diferencia entre autonomía y soberanía, considerando al titular de esta última al constituyente español, las cuestiones relacionadas con dicha soberanía corresponden a este último. Por tanto, cualquier cesión a otros sujetos de parte de esa soberanía, supondría desvirtuar su esencia y con ello su autodestrucción.

En consecuencia, para poder realizar un referéndum de autodeterminación es necesario una reforma constitucional que introdujera esa figura, aunque su introducción supone desdibujar la misma e ir en contra de la propia esencia de soberanía y la capacidad que tiene el sujeto soberano sobre ella. Por ello, este artificioso debate nos lleva a un instrumento demonizado, lo que constituye un desafío para el Estado constitucional. Este instrumento

²⁵ Los casos de Hungría y Polonia.

podría ser un complemento con la democracia representativa y el sistema de gobierno, pero no puede ser utilizado como un elemento destructor del propio sistema.

Por último, un último aspecto a destacar de esta mesa de debate, es que las fuerzas nacionalistas siempre han buscado supuestos parecidos en el Derecho Comparado para justificar la celebración de un referéndum de autodeterminación. Los casos de Escocia o Canadá son los más ilustrativos, donde la aplicación de esta vía ha supuesto incluso el retroceso las fuerzas nacionalistas. Sin embargo, existen diferencias de calado que hacen imposible la traslación de esta fórmula:

- La primera de ellas tiene que ver con el propio sistema jurídico, pues la soberanía en Reino Unido reside en el Parlamento a diferencia del sistema continental donde la soberanía reside en la ciudadanía. Este, es un aspecto para tener en cuenta pues impide la traslación de esta fórmula.
- El sistema electoral: son dos sistemas que funcionan de manera diferente. En Reino Unido funciona un sistema electoral mayoritario donde una reducción sustancial del porcentaje de votos, lleva consigo una reducción drástica en su representación política. En el caso de España, compiten fuerzas políticas distintas en un sistema de representación parlamentaria, lo que cambia la dinámica política.

Otro indicio es si existe una propuesta política que alcance los consensos necesarios. En la actualidad, analizando el acuerdo entre las fuerzas políticas nacionalistas, aunque, analizando los acuerdos del PSC-ERC, que muestra un tipo de argumentario del relato del process. El primer compromiso es construir una solución del conflicto político a través del diálogo y negociación, mediante una solución refrendada por la ciudadanía catalana. Se desarrolla en un gran apartado y se dice dar voz a la ciudadanía política para las preferencias y su acomodo territoriales. Además, la creación de una convención nacional por el conflicto político con el objetivo promover un debate del conflicto.

El último indicio es el pensamiento de una fórmula propuesta tiene problemas de constitucionalidad, la misma se debería desechar. Aunque debería matizarse, pues la idea de constitucionalidad se ha diluido perdiendo la fuerza de importancia esa inconstitucionalidad. La segunda razón de la constitucionalidad no es suficientemente del argumento, se ha convertido en un motivo político y no jurídico. Ello manifiesta una nueva faceta de la constitucionalidad, pero sugiere una vía perversa. En definitiva, no se preveía un debate sobre la autodeterminación, pero no se puede descartar a largo plazo.

A la vista de lo anteriormente expuesto, para las conclusiones del curso y su clausura se contó con la intervención del Catedrático de Derecho Constitucional, D. Manuel Aragón Reyes. Tras unas breves palabras de agradecimiento a los organizadores y al éxito del seminario, sintetizó lo analizado y debatido a lo largo de los dos días de seminario en Miraflores. Para ello, D. Manuel Aragón expuso cinco aspectos claves que se extraen del seminario: el primero es que la construcción de una nación parte de unos antecedentes históricos, cul-

turales previos indudables; la no existencia de un proyecto territorial relevante que pueda sustentar esa mutación constitucional, más allá de la necesidad parlamentaria, que pone en juego las reglas elementales del Estado de Derecho; el falseamiento constitucional no tiene paragón con otras décadas democráticas. Por tanto, en palabras del propio Aragón Reyes no sé puede callar ante una desafección constitucional cada vez más amplia porque, de lo contrario, se devalúa la propia Constitución Española desde arriba; la responsabilidad necesaria del Tribunal Constitucional es clave por los acontecimientos delicados contra la propia Constitución; la necesidad de consensos que vayan más allá de pactos puntuales de partidos; y por último la preocupación ante la falta de confianza ciudadana ante el Tribunal Constitucional, debiendo estar este órgano a la altura de las circunstancias.

El Seminario concluyó con la expresión del deseo de los organizadores de contribuir a la implementación reformas que propicien las mejoras que el Estado autonómico precisa.

ARTÍCULOS

AMPLIACIÓN DEL CONTROL DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN LA UNIÓN EUROPEA*

EXPANSION OF CONTROL OF ECONOMIC CONCENTRATION OPERATIONS IN THE EUROPEAN UNION

RICARDO ALONSO SOTO**

Resumen: El trabajo aborda las modificaciones producidas en los últimos tiempos en materia de umbrales o requisitos legales exigidos para que una operación de concentración económica se someta a control por parte de la Comisión Europea o las autoridades nacionales de defensa de la competencia. Especialmente se analizan los supuestos de aplicación de la norma de reenvío de las operaciones de concentración a la Comisión Europea que no reúnen los umbrales comunitarios o nacionales para su control; las operaciones de concentración llevadas a cabo por las empresas designadas como *Gatekeepers* según lo establecido en la DMA; las concentraciones en las que intervienen empresas que han recibido subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado europeo; y, finalmente, la posibilidad de aplicar la norma que prohíbe el abuso de posición dominante a las operaciones no sujetas legalmente a control pero que producen una distorsión anticompetitiva del mercado.

Palabras clave: Competencia, control de concentraciones, reenvío, guardianes de acceso (*gatekeepers*), subvenciones extranjeras.

Abstract: This paper addresses the modifications produced in recent times in terms of thresholds or legal requirements demanded for an economic concentration operation to be subject to control by the European Commission or national competition authorities. In particular, the application of the rule of referral of concentration operations to the European Commission to cases which do not meet the community or national thresholds of control; the concentration operations carried out by companies designated as Gatekeepers as established in the DMA; the concentrations in which companies they have received foreign subsidies that distort the European market; and, finally, the possibility of applying the rule that prohibits the abuse of a dominant position to operations that are not legally subject to control but that produce an anti-competitive distortion of the market.

Keywords: Competition, merger control, forwarding, gatekeepers, foreign subsidies.

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2025.51.001>

Fecha de recepción: 27/11/2024

Fecha de aceptación: 31/01/2025

** Catedrático Emérito de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Consejero Académico de Gómez Acebo & Pombo Abogados Email: ricardo.alonso@uam.es

SUMARIO: I. EL CONTROL DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA; II. NORMATIVA APLICABLE: 1. Operaciones de dimensión comunitaria. 2. Operaciones de dimensión nacional; III. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES: 1. Reenvío al amparo del artículo 22 del Reglamento 139/2004; *A. Requisitos sustantivos exigidos para la remisión. B. Cuestiones procedimentales; C. Primeros supuestos de aplicación;* 2. Operaciones de concentración en las que intervienen empresas designadas como guardianes de acceso en el Reglamento 2022/1925 (DMA); *A. Notificantes; B. Forma y contenido de la notificación; C. Colaboración de las Autoridades Nacionales de la Competencia; D. Consecuencias del incumplimiento;* 3. Operaciones de concentración en las que intervienen empresas que han recibido subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (Reglamento 2022/2560); *A. Normativa; B. Conceptos básicos; C. Umbrales de notificación obligatoria; D. Forma de realizar la notificación y procedimiento aplicable; E. Medidas correctoras o compromisos (art. 7); F. Multas y sanciones (arts. 17, 26 y 33); G. Prescripción (art. 38); H. Primeros casos de aplicación;* IV APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 102 DEL TFUE QUE PROHÍBE EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE; V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL CONTROL DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

La concentración de empresas mediante compras, fusiones o tomas de control en el ámbito de la Unión Europea es libre y no queda sometida a autorización administrativa previa, aunque la normativa específica, como más adelante veremos, establece con carácter general el sometimiento a control por las Autoridades de defensa de la competencia, de aquellas operaciones de concentración que por su dimensión pueden afectar gravemente a la competencia en el mercado interior. A estos efectos, la dimensión se establece de forma cuantitativa en función del umbral de volumen de negocios total de las empresas que participan en la operación.

Este umbral normativo limita la capacidad de las Autoridades de competencia para el ejercicio del control que les atribuye la ley en materia de control de concentraciones, no permitiendo, por tanto, controlar operaciones que, pese a no alcanzar los umbrales de cifra de negocios exigidos, tienen gran trascendencia por los perniciosos efectos que pueden causar sobre la competencia en los mercados en los que operan las empresas partícipes, sirvan de ejemplo los casos de las operaciones sobre *startups* innovadoras, las denominadas *Killer acquisitions* (empresas adquiridas para extinguirlas y evitar la futura competencia) o las realizadas por empresas tecnológicas o que prestan servicios básicos de plataformas digitales en línea (gatekeepers como Amazon, Apple, Meta y Microsoft).

La necesidad de controlar estas operaciones y la dificultad de modificar el Reglamento 139/2004 de control de concentraciones por la complejidad y duración de los procedimientos de reforma de las normas en la Unión Europea han llevado a la Comisión Europea a buscar otras vías como la aplicación de la figura del reenvío del artículo 22 del citado Reglamento

a operaciones de concentración que no reúnen los umbrales de control o establecer la obligación de notificación previa de este tipo de operaciones en la nueva normativa de mercados digitales (*Digital Market Act*).

Asimismo, la constatación de que algunas operaciones de concentración se financian con subvenciones estatales, situación que resulta ventajosa y discriminatoria frente a las empresas europeas ha motivado también una regulación especial para el control de las operaciones de concentración llevadas a cabo por empresas que han percibido subsidios de autoridades o administraciones públicas extranjeras.

Todas estas actuaciones han ampliado el ámbito del control de las operaciones de concentración en la Unión Europea.

II. NORMATIVA APLICABLE

En los países que forman parte de la Unión Europea, el control de las concentraciones de empresas se encuentra regulado a dos distintos niveles: Por una parte, existe una normativa comunitaria contenida fundamentalmente en el *Reglamento (CE) n.º 139/2004*, sobre control de las operaciones de concentración de empresas, desarrollado en materia de procedimiento por el *Reglamento de ejecución (UE) n.º 2023/914, de la Comisión de 20 de abril de 2023 por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones de empresas y se deroga el Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión* que se completa con diversas comunicaciones de la Comisión Europea y, por otra, una legislación nacional que, por lo que se refiere a España, está integrada por los arts. 7 a 10 y 55 a 60 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y los arts. 4 a 6 y 54 a 71 del *Real Decreto 261/2008*, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia que la desarrolla. En consecuencia, cuando se trate de operaciones de concentración realizadas en España o que desplieguen sus efectos sobre el mercado español, habrá que tomar en consideración tanto las normas comunitarias europeas como las españolas de competencia en materia de control de concentraciones.

En atención a esta realidad, la primera cuestión que se plantea es la relativa a la determinación de cuál será la normativa aplicable a una operación de concentración que afecte a nuestro mercado nacional o en la que resulten involucradas algunas empresas españolas. En esta materia, a diferencia de lo que ha sucedido en otros ámbitos del Derecho de la competencia, la determinación del derecho aplicable y el reparto o la atribución de competencias entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de defensa de la competencia es muy claro y no ha generado ninguna discusión. Se trata de un criterio cuantitativo basado fundamentalmente en la cifra de negocios de las empresas que se concentran el cual determina la dimensión comunitaria de la operación. En efecto, la normativa comunitaria establece la aplicación del Derecho europeo a las operaciones de concentración de empresas que tengan una dimensión comunitaria y la competencia exclusiva de la Comisión Europea para proce-

der al control de dichas operaciones (*one stop shop*), así como la obligación de los Estados miembros de respetar esta atribución y abstenerse de aplicar su legislación nacional a dichas operaciones (art. 21. 2 y 3 del Reglamento Comunitario). En cambio, en España, se aplicará el Derecho nacional a aquellas operaciones de concentración de carácter exclusivamente nacional o que, trascendiendo dicho carácter, no tengan dimensión comunitaria y reúnan los requisitos previstos en el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, ejerciéndose en este caso la facultad de control por la autoridad nacional de defensa de la competencia que, en nuestro país, es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). En consecuencia, el elemento que determinará la normativa aplicable a una operación de concentración será la existencia o no de dimensión comunitaria de la misma¹.

1. Operaciones de dimensión comunitaria

Para determinar cuándo una operación de concentración de empresas tiene «dimensión comunitaria» el *Reglamento (CE) n.º 139/2004* ha optado, de un lado, por la fijación de unos requisitos cuantitativos, que se establecen además en función de las cifras de negocios de las empresas afectadas por la operación de concentración, en lugar de hacerlo por referencia a otros criterios más abstractos como, por ejemplo, la existencia o predominio de un interés comunitario; o la introducción del requisito de que la concentración afecte realmente a los intercambios comerciales intracomunitarios, el cual operaría, en cierta medida, como criterio corrector del anterior. En este sentido, se entiende que una operación de concentración alcanza una dimensión comunitaria cuando concurren, con carácter cumulativo, los siguientes requisitos:

- 1) Que el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas por la operación de concentración supere los 5.000 millones de euros.
- 2) Que el volumen de negocios total, realizado individualmente en el territorio de la Unión Europea por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración, supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en el ámbito comunitario en un mismo Estado miembro (art. 1. 2).

Con esta regulación se pretende, de un lado, afirmar el carácter extraterritorial de esta normativa y de otro, atribuir a la Comisión Europea la facultad de analizar y decidir sobre aquellas operaciones de concentración que, por su dimensión, pueden tener efectos

¹ Vid en general, ALONSO SOTO, R., «Fusiones y adquisiciones y derecho de la competencia: el control de las operaciones de concentración económica», en CARRASCO PERERA, A. y ÁLVAREZ ARJONA, J. M. (dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra (Thomson Reuters-Aranzadi), 2019, pp. 819-863. ALONSO SOTO, R., «Derecho de la competencia», en: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Navarra (Thomson Reuters-Civitas), 2018, p. 313. BRIONES, J., FOLGUERA, J. FONT, A. y NAVARRO, E., *El control de concentraciones en la Unión Europea*, Madrid (Marcial Pons), 1999, pp. 93 y ss.

significativos en el ámbito del mercado único europeo, aunque se realicen en otros países y afecten directamente a otros mercados².

Asimismo, se consideran también de dimensión comunitaria aquellas operaciones de concentración que, afectando a varios Estados miembros, reúnan las siguientes circunstancias:

- 1) Que el volumen de negocios total, a escala mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 2.500 millones de euros.
- 2) Que el volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectadas en cada uno de, por lo menos, tres Estados miembros supere los 100 millones de euros.
- 3) Que, al menos en esos tres Estados, el volumen de negocios individualizado de por lo menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros.
- 4) Que el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente, por al menos, dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros. Salvo que cada una de las empresas afectadas realice en un mismo Estado miembro más de las dos terceras partes de su cifra total de negocios en la Unión Europea (art. 1.3).

Se pretende, de este modo, extender la normativa comunitaria europea de control de concentraciones a aquellas operaciones de concentración transfronterizas de cierta magnitud, entendiendo por tales las que desplieguen sus efectos en tres o más Estados miembros, para que puedan beneficiarse del sometimiento a una misma normativa, un único procedimiento y una única autoridad de decisión³.

Se trata de unos requisitos excesivamente rígidos en cuanto a la apreciación de la dimensión comunitaria de la operación de concentración, sin embargo esta rigidez se flexibiliza mediante unos mecanismos de reenvío puesto que, por una parte, se prevé que la Comisión pueda remitir una operación de concentración de dimensión comunitaria para su control por una Autoridad nacional de competencia cuando se solicite porque la operación afecta de manera significativa a la competencia en un país que presenta las características de un mercado definido (art. 9 del Reglamento) y, por otra, la remisión a la Comisión para su control, a instancia de algún Estado miembro, de una operación de concentración que no

² La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25.3.1999, As *Gencor/CE* ha establecido que el hecho de que otros mercados mundiales se vean afectados por la operación de concentración no debe impedir que la CE ejerza el control sobre una operación de esta naturaleza que, por crear una posición dominante, afecta sustancialmente a la competencia en el interior del mercado común. En cuanto a la aplicación de la regla de los dos tercios vid. la Decisión de la Comisión Europea de 15.11.2005, As *Gas Natural/ENDESA*.

³ Vid en general sobre control de concentraciones: BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAILLO GÓNZÁLEZ-ORÚS, J., *Tratado de derecho de la competencia*, Tomo I, España (Wolters Kluwer), 2017, p.635-681 BRIONES, J., FOLGUERA, J. FONT, A. y NAVARRO, E., *El control de concentraciones en la Unión Europea*, pp. 93 y ss.; CALVO CARAVACA, A., GOÑI URRIZA, N., *El control de las concentraciones en Europa*, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 1999.

tiene dimensión comunitaria pero que está sujeta a control según la ley nacional del Estado que lo solicita (art. 22 del Reglamento).

2. Operaciones de dimensión nacional

Las operaciones de concentración que no tengan dimensión comunitaria se someterán a la normativa nacional de cada Estado miembro, en nuestro caso, a la española cuando afecten o puedan afectar al mercado español y reúnan alguno de los dos siguientes requisitos que se exigen con carácter alternativo:

- 1) Que, como consecuencia de la operación, se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por 100 del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

Quedan, sin embargo, exentas del procedimiento de control todas aquellas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en la letra a), el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando los partícipes no tengan una cuota individual o conjunta superior al 50% en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo (disp. final tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible). Por lo tanto, no tendrán que someterse a control ni ser notificadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aquellas operaciones de concentración de escasa significación económica, pese a sobrepasar la cuota de mercado fijada por la *Ley de Defensa de la Competencia*.

- 2) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de las empresas partícipes en la operación realicen individualmente en nuestro país un volumen de negocios superior a 60 millones de euros (art. 8)⁴.

III. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES

La experiencia obtenida de la aplicación del control de concentraciones en los últimos años, especialmente tras la pandemia del Covid-19, ha permitido constatar que determinadas

⁴ BENEYTO PÉREZ, J.M., El control de concentraciones en España un nuevo marco legislativo para las empresas, Madrid (CEU Ediciones), 2001; GUERRA FERNÁNDEZ, A., «El control de las concentraciones empresariales en España», en: MESEGUER-ARTOLA, A. (dir.), *El sistema español de defensa de la competencia*, Material docente, Universitat Oberta de Catalunya, 2011, p.27-39. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10609/51481>>. [Consultado el 25/03/2025].

operaciones de concentración con potenciales efectos perjudiciales para la competencia en los mercados implicados quedaban fuera del ámbito de control, especialmente en sectores como el digital o el farmacéutico, cuando el volumen de negocio de la empresa comprada no refleja su valor actual o potencial (El ejemplo más llamativo de esta situación es el de la compra de WhatsApp por Facebook en 2014). Estas circunstancias, unidas a la necesidad de corregir la distorsión de competencia que se produce cuando una empresa toma el control de otra utilizando para financiar la operación subsidios extranjeros, han llevado a la Comisión Europea a ampliar la normativa europea en relación con el ámbito de la obligación de someter a control las operaciones de concentración económica a los tres siguientes casos:

- Reenvío al amparo del artículo 22 del Reglamento (CE)139/2004, de control de concentraciones.
- Concentraciones en las que intervienen empresas designadas como guardianes de acceso (*Gatekeepers*) en el Reglamento (UE) 2022/1925, de mercados digitales.
- Concentraciones en las que intervienen empresas que han recibido subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior según el Reglamento (UE) 2022/2560.

1. Reenvío al amparo del artículo 22 del Reglamento 139/2004

La *Comunicación de la CE 2021/C 113/01, de orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos* establece que son susceptibles de someterse a control de la Comisión Europea determinadas operaciones que anteriormente no se sometían a control por no superar los umbrales de notificación requeridos en el derecho europeo ni en el derecho de los Estados miembros en los siguientes términos:

A. *Requisitos sustantivos exigidos para la remisión*

En base al artículo 22 del Reglamento 139/2004, que permite a los Estados Miembros solicitar la intervención de la Comisión Europea (reenvío) respecto de una operación de concentración que no tenga dimensión comunitaria, se podrá, sin embargo, someter a control una operación de concentración si se dan cumulativamente dos requisitos:

- (i) que la operación afecte al comercio entre los Estados miembros, y
- (ii) que amenace con afectar de manera significativa la competencia en el territorio del Estado o de los Estados Miembros que haya formulado la solicitud.

En cuanto al primer requisito, la Comisión examinará si la operación tiene alguna influencia, directa o indirecta, actual o potencial, sobre los flujos comerciales entre Estados

miembros, proporcionando diversos criterios a tener en cuenta por la Comisión a estos efectos: la ubicación de los clientes potenciales, la disponibilidad de la oferta de los productos o servicios en cuestión, la recogida de datos en varios Estados miembros o el desarrollo y puesta en práctica de proyectos de investigación y desarrollo cuyos resultados puedan, en caso de éxito, comercializarse en más de un Estado miembro. Respecto del segundo requisito, el Estado miembro debe demostrar que, tras un análisis preliminar, existe un riesgo real de que la operación tenga un significativo efecto perjudicial sobre la competencia, que requiere un control más estricto, sin perjuicio del resultado de una investigación completa. A estos efectos se consideran elementos importantes:

- a) creación o reforzamiento de la posición de dominio de una de las partes;
- b) la eliminación de un importante competidor, incluyendo la fusión entre dos importantes innovadores;
- c) la reducción de la capacidad o los incentivos de los competidores para competir en el mercado ya sea dificultando la entrada o expansión de otros actores o impidiendo su acceso a suministros o mercados;
- d) el reforzamiento de una posición de mercado sólida de un mercado a otro mediante la vinculación de productos, ventas por paquetes, agrupación o integración vertical de empresas u otras prácticas que generan un efecto de exclusión.

Aparte de estos dos criterios y del aviso sobre la remisión del caso, la Guía establece, a título puramente indicativo, qué categorías de casos pueden normalmente ser apropiados para una remisión del artículo 22 cuando el volumen de negocio del *target* no refleja su valor actual o potencial:

- 1) Es una empresa emergente o recién llegada al mercado con un potencial competitivo significativo que aún no ha desarrollado o aplicado un modelo de negocio que genere ingresos significativos (o se encuentra todavía en la fase inicial de aplicación de dicho modelo de negocio);
- 2) Es un innovador importante o está llevando a cabo investigaciones potencialmente importantes;
- 3) Es una fuerza competitiva importante real o potencial;
- 4) Tiene acceso a activos significativos desde el punto de vista de la competencia (por ejemplo, materias primas, infraestructuras, datos o derechos de propiedad intelectual);
- 5) Proporciona productos o servicios que constituyen insumos o componentes clave para otras industrias.

En su evaluación, la Comisión también puede tener en cuenta si el valor de la contraprestación recibida por el vendedor es particularmente elevado en comparación con el volumen de negocios actual de la empresa objeto de la operación.

B. Cuestiones procedimentales

Entre las cuestiones procedimentales destacan:

(i) En relación con la información. La cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales, en orden a la aplicación del mecanismo del artículo 22, mediante el intercambio oportuno de información y la protección de información confidencial. Las partes pueden notificar voluntariamente a la Comisión la operación, a fin de recibir noticia temprana acerca de si la operación es candidata a una solicitud de remisión del artículo 22.

Los terceros pueden también poner en conocimiento de la Comisión o de las autoridades nacionales la operación, suministrando información suficiente a efectos del análisis preliminar, si es que disponen de la misma. Por su parte, si la Comisión se entera de una operación que reúne los requisitos del artículo 22, se lo notificará al Estado miembro concernido, de cuyas autoridades dependerá la decisión acerca de si se efectúa o no la solicitud de remisión. Mientras la Comisión examina si una operación entra dentro del ámbito del artículo 22, informará a las partes tan pronto como sea posible. Aunque las partes no están obligadas a paralizar la operación, sin embargo, podrán tomar las medidas que estimen adecuadas, como posponer el cierre hasta que se decida si se va a realizar una solicitud de remisión.

En caso de una operación que no deba ser notificada, la solicitud de remisión debe hacerse como muy tarde dentro de los 15 días laborables siguientes a la fecha en que la concentración se ha puesto en conocimiento del Estado miembro concernido (por ejemplo, cuando éste dispone de información suficiente para hacer el análisis preliminar). Una vez hecha la remisión, la Comisión informará sin retraso a las autoridades nacionales y a las partes involucradas en la operación. Otros Estados miembros pueden unirse a la solicitud inicial dentro de un periodo de 15 días laborables. A estos efectos, se anima a los Estados miembros a informar unos a otros y a la Comisión tan pronto como sea posible respecto a su intención de unirse a una solicitud de remisión.

Como muy tarde, dentro de los 10 días laborables siguientes al periodo de 15 días laborables dado a los Estados miembros para unirse a una solicitud de remisión, la Comisión decidirá si examina la operación, por reunir los criterios del art. 22. Si la Comisión no toma una decisión dentro de ese plazo, se considera que ha decidido examinar la solicitud de remisión en los términos de la misma.

(ii) En relación con la suspensión de la operación. La obligación de suspensión establecida en el artículo 7 del Reglamento de concentraciones se aplica en la medida en que la

concentración no se haya ejecutado en la fecha en que la Comisión informa a las empresas afectadas de que se ha presentado una solicitud de remisión. La obligación de suspensión cesa si la Comisión decide posteriormente no examinar la concentración.

(iii) En relación con las operaciones concluidas. Este nuevo mecanismo puede aplicarse también a las operaciones ya concluidas, aunque solamente en los seis meses posteriores a la materialización de la operación. La solicitud tiene carácter voluntario para los Estados, pero la Comisión Europea puede instar a un Estado miembro para que solicite la remisión. También podrán las empresas o terceras personas poner en conocimiento de la Comisión o de las autoridades nacionales de competencia la existencia de una operación de concentración para que activen el mecanismo⁵.

C. *Primeros supuestos de aplicación*

El primer caso de aplicación de esta nueva regulación fue la operación de concentración por la que la empresa *llumina*, una empresa USA dedicada a la secuenciación genómica, adquirió la empresa *Grail*, también una empresa USA que desarrolla pruebas de detección temprana del cáncer. Las empresas citadas no son competidoras, pero *llumina* comercializaba un *imput* necesario para que *Grail* pudiera llevar a cabo su actividad. Aunque la operación no estaba obligada a someterse a control de la CE ni de ningún Estado miembro, la CE mostró su preocupación por los posibles efectos anticompetitivos de la integración vertical en el mercado europeo y, en consecuencia, invitó a siete Estados miembros a que solicitaran el reenvío en base al artículo 22 del Reglamento. La Comisión aceptó la solicitud y abrió un procedimiento de control que terminó con una resolución oponiéndose a la concentración y ordenando su reversión. La empresa *llumina* recurrió la decisión y el Tribunal General de la UE desestimó el recurso y convalidó la decisión de la CE (Sentencia de 13 de julio del 2022). Esta sentencia fue recurrida por la empresa *llumina* ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por considerar que no estaba obligada a someter la concentración a control y, por tanto, a notificar la operación a la CE por no alcanzar la dimensión comunitaria exigida por el Reglamento 139/2004.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 3 de septiembre del 2024 estima el recurso interpuesto por *llumina* y anula la sentencia del Tribunal General y la Decisión de la Comisión Europea al considerar que la sentencia recurrida interpreta incorrectamente el artículo 22 del Reglamento europeo de control de concentraciones porque establece, en primer lugar, que la expresión «cualquier concentración» a la que se refiere la norma abarca a todas las operaciones de esa naturaleza aunque no estén obligadas a someterse al control de concentraciones por no reunir los requisitos exigidos para ello por el derecho europeo o el nacional de los Estados miembros, dotándola del carácter de un mecanismo correctivo

⁵ LOPES MARTINS, M. y PAJARES DE DIOS TARANCÓN, I., «Are Competition Authorities planning to rule the world? New and expanded approaches to merger control», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 64, 2024, p. 23.

de una laguna legal que permite someter a control solamente a aquellas operaciones de concentración que rebasan los umbrales cuantitativos de cifra de negocios exigidos y no a cualquier otra concentración que no los supere pero pueda generar importantes efectos anticompetitivos en el mercado interior o en el de alguno de los Estados miembros, lo que es prácticamente imposible cuando resulta que la empresa *Grail* no tiene presencia en el mercado europeo; y, en segundo lugar, porque sostiene que un Estado miembro no puede solicitar la remisión a la Comisión Europea de una operación de concentración sobre la que no puede ejercer el control por carecer de competencia por no reunir los requisitos legales para ello, impuestos por su propio derecho nacional⁶.

En conclusión, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE declara: en primer lugar, que no se puede interpretar el artículo 22 del Reglamento (CE) 139/2004 como mecanismo corrector que permite a la Comisión controlar una operación de concentración que no cumple los requisitos establecidos por las normas nacionales o europeas de competencia sobre la materia y, en segundo lugar, que el reenvío de una operación de concentración a la Comisión Europea no puede ser solicitado por un Estado miembro que, según su derecho nacional, no tiene competencia para ejercer el control, así como que, en este caso, la Comisión Europea no puede invitarle a que lo haga ni los Estados miembros podrán adherirse a la petición⁷.

La sentencia desvirtúa plenamente la interpretación del artículo 22 del Reglamento de control de concentraciones llevada a cabo por la Comisión Europea y el Tribunal General y cierra el paso a que la Comisión pueda seguir utilizando esta vía para someter a control operaciones que no tienen dimensión comunitaria ni tampoco cumplen con los umbrales de notificación exigidos por las normas nacionales de competencia de los Estados miembros. En efecto, la interpretación sostenida en la Decisión de la Comisión es contraria a los presupuestos de seguridad jurídica, previsibilidad, proporcionalidad y subsidiariedad, fundamentalmente porque conlleva que una empresa que participa en una concentración, aunque ésta carezca de dimensión comunitaria, no pueda tener la certeza de que en el futuro no será objeto de control o incluso de prohibición con desinversión si la Comisión Europea considera que obstaculiza la competencia en el mercado interior.

⁶ La sentencia del Tribunal General de la UE de 15 de diciembre de 1999, *As. Kesko*, niega que la Comisión Europea pueda pronunciarse sobre la competencia de una Autoridad Nacional para remitirle el control de una concentración al no tener legitimación para interpretar la normativa interna.

⁷ CABRERA, S. y ARMENGOL, O., «Las autoridades nacionales de competencia no pueden remitir a la CE operaciones de concentración que según su legislación nacional no deben notificarse», 5 de septiembre de 2024. Disponible en: <https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/autoridades-nacionales-competencia-no-pueden-remitir-comision-europea-operaciones>. [Consultado el 21/03/2025]. FRESHFIELDS, «Retrosceso histórico en *Ilumina/Grail* se limita el poder de la Comisión Europea para revisar transacciones no notificables» en <<https://transactions.freshfields.com.post102/teh>>. [Consultado 5/09/2024] pp. 1-10; GÓRRIZ LOPEZ, C., «*Ilumina/Comisión*: eficacia del control de concentraciones vs seguridad jurídica. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2024 (C-611/22P y C-625/22P)», en *La Ley Unión Europea*, núm. 130, 2024, p. 1-18; MARINA SERRA, V., «El caso *Ilumina/Grail* un viaje a ninguna parte», en *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, núm. 66, 2024, pp. 273-279.

Las únicas vías que le quedan a la Comisión Europea a consecuencia de esta sentencia son modificar los umbrales actualmente establecidos en las normativas comunitaria y nacionales, lo cual no resuelve plenamente el problema de las *starups* o situaciones similares u otras que se puedan plantear en el futuro, promover una legislación específica como ha hecho con las empresas de servicios digitales o las que se financian con subsidios extranjeros, o utilizar un sistema de control *a posteriori* mediante la norma del abuso de posición dominante (art. 102 TFUE) como seguidamente veremos.

Por otra parte, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia española junto con las autoridades de otros 14 Estados miembros había solicitado a la Comisión Europea que, al amparo del artículo 22 del Reglamento 139/2004, revisara la compra de la empresa *Autotalks Ltd.*, que opera en el mercado de los semiconductores para vehículos, por la empresa *Qualcomm Inc.* Sin embargo, tras la aceptación del reenvío por la Comisión Europea, Qualcomm ha desistido de la operación.

A este respecto, se da la circunstancia de que, en España, el artículo 20 de la ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia establece que el Consejo de la citada autoridad solamente podrá solicitar el reenvío a la Comisión Europea de expedientes de control de concentraciones que entren en el ámbito de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia⁸.

2. Operaciones de concentración en las que intervienen empresas designadas como guardianes de acceso en la ley de mercados digitales (reglamento (UE) 2022/1925)

Fundamentalmente este Reglamento impone una serie de obligaciones a los considerados *gatekeepers* o guardianes de acceso (actualmente las empresas *Alphabet*, *Amazon*, *Apple*, *Byte Dance*, *Meta* y *Microsoft*) entre las que se encuentra, en su artículo 14, la obligación de notificar las operaciones de concentración que proyecten en los siguientes términos:

A. Notificantes

Los guardianes de acceso informarán a la Comisión Europea de cualquier concentración prevista en el sentido del artículo 3 del Reglamento (CE) 139/2004, cuando las entidades fusionadas o la empresa resultante de la concentración presten servicios básicos de plataforma o cualesquiera otros servicios en el sector digital o permitan la recogida de datos, independientemente de que sea notificable a la Comisión en virtud de dicho Regla-

⁸ La sentencia del Tribunal General de la Unión Europea considera que la Comisión Europea no puede pronunciarse sobre la competencia de una Autoridad Nacional para remitirle el control de una operación de concentración al no tener legitimación para interpretar la normativa interna.

mento o a una autoridad nacional competente en materia de competencia con arreglo a las normas nacionales sobre control de concentraciones (art. 14.1).

Si, tras cualquier concentración contemplada en el apartado 1 del citado artículo, los servicios básicos de plataforma adicionales alcanzan individualmente los umbrales establecidos en el artículo 3, apartado 2, letra b) de esta Ley⁹, el guardián de acceso de que se trate informará de ello a la Comisión en un plazo de dos meses.

B. Forma y contenido de la notificación

La notificación a la Comisión se llevará a cabo antes de su ejecución y tras la celebración del acuerdo o la adquisición de una participación mayoritaria.

La información facilitada por los guardianes de acceso con arreglo al apartado 1 describirá al menos las empresas afectadas por la concentración, sus volúmenes de negocio anuales en la Unión y en todo el mundo, sus ámbitos de actividad, incluidas las actividades relacionadas directamente con la concentración y el valor de transacción del contrato o una estimación de los mismos, junto con un resumen sobre la concentración, incluida su naturaleza y justificación, así como una lista de los Estados miembros afectados por la concentración.

La información facilitada por los guardianes de acceso también describirá, respecto de cualquier servicio básico de plataforma pertinente, su volumen de negocio anual en la Unión Europea, el número de usuarios profesionales activos anuales y el número de usuarios finales activos mensuales, respectivamente.

La Comisión tendrá en cuenta los intereses legítimos de las empresas respecto a la protección de sus secretos comerciales¹⁰.

⁹ Haber tenido en el último ejercicio 45 millones mensuales de usuarios finales activos establecidos o situados en la UE y 10.000 usuarios profesionales activos anuales establecidos en la UE, identificados y calculados con la metodología y los indicadores establecidos en el Anexo.

¹⁰ Ver, en general, BARRIO ANDRES, M., «El nuevo Reglamento europeo de mercados digitales», en *Diario La Ley*, núm. 10, 2022, p.155; GARCÍA RUBIO, S., «Aproximación a la Ley de mercados digitales», Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Valladolid, 2023, p. 19. Disponible en: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/66601/TFG-D_01616.pdf?sequence=1>. MONTERO PASCUAL, J. J., *El Reglamento de los mercados digitales. La regulación de las grandes plataformas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2024; OLMEDO PERALTA, E., «Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales: ¿a quién? ¿cómo? y ¿para qué?», en: TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., TORRES PÉREZ, F. J., LOUREDO CASADO, S., *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*, Granada (Comares), 2022, pp. 87-116; SCHMID, J. P. y HÜBENER, F., *New Digital Markets Act*, Baden-Baden (Nomos), 2023, pp. 1-126.

C. *Colaboración de las Autoridades Nacionales de Competencia*

La Comisión transmitirá a las autoridades competentes de los Estados miembros toda información recibida y publicará anualmente la lista de adquisiciones de las que ha sido informada por los guardianes de acceso con arreglo a la norma citada.

Las autoridades competentes de los Estados miembros podrán utilizar también la información recibida, a la que se ha hecho referencia con anterioridad, para solicitar a la Comisión que examine la concentración de conformidad con el artículo 22 del Reglamento (CE) 139/2004.

El Real Decreto ley 5/2023, de 28 de junio, que modifica la Ley 15/2007 de defensa de la competencia, habilita a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para cooperar con la Comisión Europea en la aplicación de la Digital Market Act (DMA).

D. *Consecuencias del incumplimiento*

El incumplimiento de la obligación de información sobre una concentración motivará la apertura de una investigación de mercado que podrá dar lugar a una decisión de la Comisión Europea imponiendo medidas correctoras, tanto de comportamiento como estructurales, para garantizar su cumplimiento (Arts. 16 y 18). Además, la Comisión tendrá la facultad de prohibir al guardián de acceso, durante un tiempo limitado, que tome parte en una concentración relativa a los servicios básicos de plataforma u otros servicios prestados en el sector digital o a servicios que posibilitan la recopilación de datos que se hayan visto afectados por el incumplimiento, así como la de reabrir el procedimiento si las medidas correctoras resultan ineficaces (Considerando 75).

En la decisión sobre incumplimiento, la Comisión podrá imponer a los guardianes de acceso, multas sancionadoras que no excedan del 1% de su volumen de negocios total a nivel mundial en el ejercicio anterior, cuando de forma intencionada o por negligencia no notifiquen la información requerida con arreglo al artículo 14 (operaciones de concentración) o proporcionen información incorrecta, incompleta o engañosa (art. 30.3 c). Las sanciones prescriben a los cinco años desde que se cometió la infracción (art. 32)¹¹.

Por lo que se refiere a la aplicación de este Reglamento, en el año 2024 se han incoado procedimientos formales a X (Twitter), Tik Tok, AliExpres y Meta por incumplimiento de las obligaciones impuestas en materia de transparencia, acceso a los datos, discriminación, protección de menores y falta de control sobre contenidos aditivos o lesivos, pero no nos

¹¹ BARRIO ANDRES, M., «El nuevo Reglamento europeo de mercados digitales», cit., pp. 1-5; GARCÍA RUBIO, S., «Aproximación a la Ley de mercados digitales», p. 35 y ss. HERRERO, C., «Merger control in digital markets: don't trust the trusts?», en: RUIZ PERIS, J. I. y ESTEVAN DE QUESADA, C. (dirs.), Cooperación y mercados digitales, Barcelona (Atelier), 2023, p. 227.

consta ningún caso de adquisición o toma de control por parte de los *gatekeepers* de empresas que prestan servicios básicos de plataforma o que posibilitan la recopilación de datos¹².

En nuestra opinión, el Reglamento codifica muchos elementos de casos anteriores del derecho de la competencia provenientes de las experiencias de la Comisión Europea sobre mercados de servicios digitales. Asimismo, establece un control preventivo (*ex ante*) sobre nuevas prácticas que pueden darse en los mercados digitales por parte de los guardianes de acceso, especialmente, como hemos visto, en materia de adquisiciones de empresas que prestan servicios básicos de plataforma o que permiten la captación de datos, aunque no cumplan los umbrales requeridos por las normas sobre control de concentraciones. Se trata de una norma que era necesaria y resulta complementaria de la normativa de defensa de la competencia porque permite a la Comisión Europea intervenir en uno de los supuestos que actualmente no estaban sujetos a control para evitar la creación o reforzamiento de posiciones de dominio en el mercado.

Por otra parte, ha sido acogida favorablemente por la doctrina especializada, pese a haber recibido algunas críticas sobre la ambigüedad de algunas de sus normas que, aunque buscan una mayor flexibilidad y eficiencia, generan una cierta inseguridad jurídica que seguramente será despejada cuando se planteen los primeros casos de aplicación¹³.

3. Operaciones de concentración en las que intervienen empresas que han recibido subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior

La Comisión Europea considera que las ayudas de Estado o subvenciones extranjeras a empresas pueden distorsionar el mercado interior y socavar la igualdad de las condiciones de competencia en diversas actividades económicas de la Unión Europea. Esta situación puede producirse especialmente cuando las operaciones de concentración entre empresas, que llevan aparejado un cambio en el control, se financian con subvenciones extranjeras.

Para completar los instrumentos de control sobre estas situaciones y preservar la competencia en el mercado interior es necesario dotar a la normativa sobre ayudas de Estado de nuevas herramientas que, por lo que se refiere a las concentraciones de empresas, consiste en facultar a la Comisión Europea para examinar la existencia y el alcance de las subvenciones extranjeras en el marco del procedimiento de control de concentraciones¹⁴.

¹² EUROPEAN PARLIAMENT RESEARCH SERVICE, *Enforcing the Digital Services Act: State of play AT a Glance PE 766.256*, November 2024. Disponible en: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2024/766256/EPRS_ATA\(2024\)766256_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2024/766256/EPRS_ATA(2024)766256_EN.pdf)>.

¹³ BARRIO ANDRES, M., «El nuevo Reglamento europeo de mercados digitales», cit., pp. 1-5; GARCÍA RUBIO, S., «Aproximación a la Ley de mercados digitales», p. 15, HERRERO, C., «Merger control in digital markets: don't trust the trusts?», p. 227y MONTERO PASCUAL, *El Reglamento de los mercados digitales. La regulación de las grandes plataformas*.

¹⁴ ALONSO SOTO, R., «Subvenciones extranjeras a empresas y control de concentraciones en la UE», Actualidad jurídica Gómez Acebo & Pombo, entrada de blog de 16 de marzo de 2023. Disponible en: <<https://>

A. Normativa

A estos efectos, se ha promulgado el 14 de diciembre del 2022, el *Reglamento (UE) 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior*, que tiene por objeto establecer un marco armonizado frente a distorsiones del mercado interior causadas por subvenciones extranjeras para garantizar la igualdad de condiciones de competencia. Por otra parte, el Reglamento proporciona a la Comisión Europea las facultades necesarias para investigar las subvenciones extranjeras, evaluar si distorsionan el mercado interior y adoptar, en su caso, las medidas correctoras adecuadas o decidir la prohibición de la concentración.

Ámbito de aplicación: Las distorsiones que investigar y controlar son las subvenciones extranjeras a empresas, incluidas las de naturaleza pública, que ejercen una actividad en el mercado interior, cuando adquieren el control o se fusionan con una empresa establecida en la UE (art. 1).

Desarrollo reglamentario: La Regulación del control de las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior se completa con el Reglamento de ejecución (UE) 2023/1441, que desarrolla las siguientes cuestiones:

- 1) La forma, el contenido y los aspectos de procedimiento de las notificaciones de concentraciones en las que intervienen empresas que han recibido contribuciones financieras de terceros Estados.
- 2) Los aspectos procedimentales aplicables a las declaraciones orales.
- 3) Las normas detalladas sobre la divulgación, el acceso al expediente y la información confidencial.
- 4) La forma, el contenido y los aspectos de procedimiento de los requisitos de transparencia.
- 5) Las normas para el cálculo de los plazos.
- 6) Los aspectos de procedimiento y los plazos para proponer compromisos.

ga-p.com/publicaciones/subvenciones-extranjeras-a-empresas-y-control-de-concentraciones-en-la-union-europea/>. [Consultado el 25/03/2025]. LOPES MARTINS, M. y PAJARES DE DIOS TARANCÓN, I., «Are Competition Authorities planning to rule the world? New and expanded approaches to merger control», cit. pp. 23-50.; ESTEBAN RIOS, J., «El nuevo control europeo de las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior», en *Revista General de Derecho administrativo* núm. 63, 2023, pp. 1-24; LAMADRID, A. y CABRERA, S., «Entra en vigor el Reglamento de la UE sobre subvenciones extranjeras» 11 de enero de 2023. Disponible en: <https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/entra-vigor-reglamento-ue-subvenciones-extranjeras>. [Consultado el 21/03/2025]. NAVARRO VERONA, E. y PAJARES DE DIOS TARANCÓN, I., «El régimen de autorización de subvenciones extranjeras entra en aplicación», en *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez* núm. 63, 2023, pp. 202-208.

Y contiene, en el Anexo I, el Formulario CO, relativo a la notificación de las operaciones de concentración.

B. Conceptos básicos

Subvención extranjera: A estos efectos, habrá subvención extranjera cuando un tercer país aporte directa o indirectamente una contribución financiera que confiera una ventaja a una empresa que ejerza una actividad económica en el mercado interior y que esté limitada, de hecho, o de derecho, a una o varias empresas o sectores (art. 3).

A efectos de este Reglamento una contribución financiera incluirá entre otras cosas:

- 1) La transferencia de fondos u obligaciones, como las aportaciones de capital, las subvenciones, los préstamos, las garantías de préstamos, los incentivos fiscales, la compensación de pérdidas de explotación, la compensación de cargas financieras impuestas por las autoridades públicas, la condonación de deudas, la conversión de deuda en capital social o la reprogramación de deuda.
- 2) La renuncia a ingresos que, de otro modo, serían exigibles, como la concesión de exenciones fiscales o la concesión de derechos especiales o exclusivos sin remuneración adecuada.
- 3) El suministro o la adquisición de bienes o servicios.

Cuando las contribuciones financieras sean aportadas por el Gobierno o las autoridades y entes públicos de un tercer país o por una entidad privada cuya actuación pueda ser atribuida a un tercer país.

Distorsión del mercado: Se entenderá que existe una distorsión del mercado interior cuando una subvención extranjera tenga por efecto probable la mejora de la posición competitiva de una empresa en el mercado interior y cuando, como consecuencia de ello, se vea perjudicada o pueda verse perjudicada la competencia en dicho mercado. Para determinar la existencia de una distorsión podrán utilizarse los siguientes indicadores:

- 1) el importe de la subvención extranjera;
- 2) la naturaleza de la subvención;
- 3) la situación de la empresa, incluido su tamaño y el de los mercados o sectores afectados;
- 4) el nivel y la evolución de la actividad económica de la empresa en el mercado interior;
- 5) la finalidad de la subvención extranjera y las condiciones asociadas a su concesión, así como su utilización en el mercado interior (art. 4.1).

No se considerará que la subvención distorsiona el mercado interior en los siguientes casos:

- a) cuando el importe total a una empresa no exceda de 4 millones de euros durante cualquier período consecutivo de tres ejercicios;
- b) cuando el importe total a una empresa no exceda del importe de una ayuda *de minimis*¹⁵;
- c) cuando esté destinada a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional (art. 4).

Será muy probable que las subvenciones extranjeras distorsionen el mercado interior cuando pertenezcan a una de las categorías siguientes:

- a) concedidas a empresas en dificultades, salvo que exista un plan de reestructuración que garantice su viabilidad a largo plazo y que dicho plan incluya una contribución de la propia empresa;
- b) que adopten la forma de una garantía destinada a respaldar las deudas u obligaciones de la empresa, sin limitación alguna en cuanto a su importe o duración;
- c) cuando se trate de medidas que facilitan una concentración (art.5).

C. *Umbrales de notificación obligatoria*

Se produce la obligación de notificación en los casos en que una operación de concentración, entendida como una fusión entre sociedades, una adquisición del control de una empresa por otra o varias empresas o la creación de una empresa en participación con plenas funciones, se den las siguientes circunstancias:

- 1) Al menos una de las empresas que se fusionan, la empresa adquirida o la empresa en participación esté establecida en la UE y genere un volumen de negocios total en ella de 500.000.000. euros como mínimo; y
- 2) Las siguientes empresas: (i) el adquirente o adquirentes y la empresa adquirida en el caso de una adquisición; (ii) las empresas que se fusionan en el caso de una fusión; (iii) las empresas que constituyen una empresa en participación (*joint venture*) y la propia empresa en participación, hayan obtenido de terceros países, en los tres ejercicios anteriores a la celebración del acuerdo, al anuncio de la oferta pública o a la adquisición de una participación de control, contribuciones financieras combinadas superiores a 50.000.000 euros (art. 20.3).

¹⁵ Reglamento (UE) n° 1407/2013, de la Comisión de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis. Texto pertinente a efectos del EEE.

Se entenderá que no se produce una concentración cuando:

- 1) una entidad de crédito u otra entidad financiera o compañía de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros posea con carácter temporal participaciones que haya adquirido en una empresa con vistas a revenderlas, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas participaciones no se ejerzan con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o solo se ejerzan con el fin de preparar la enajenación de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la enajenación de las participaciones, y siempre que dicha enajenación se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición;
- 2) el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa de un Estado miembro relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo;
- 3) las operaciones de toma de control por parte una o varias personas o empresas que ya controlen al menos una empresa mediante tomas de participación en el capital o la compra de elementos del activo, sean realizadas por las empresas de participación financiera definidas en el artículo 2, punto 15, de la Directiva 2013/34/UE, a condición, no obstante, de que los derechos de voto inherentes a la participación sólo se ejerzan, en particular en relación con el nombramiento de los miembros de los órganos de dirección y de control de las empresas en las que posean participaciones, para salvaguardar el valor íntegro de las inversiones, y no para determinar directa o indirectamente el comportamiento competitivo de dichas empresas (Art. 20. 4).

Solamente se tendrán en cuenta en la evaluación las subvenciones extranjeras concedidas en los tres ejercicios anteriores a la celebración del acuerdo, el anuncio de la oferta pública o la adquisición de una participación de control.

La Comisión Europea podrá solicitar la notificación previa de cualquier concentración que no esté sujeta a notificación en cualquier momento antes de su ejecución cuando sospeche que puedan haberse concedido subvenciones extranjeras a las empresas afectadas en los tres años anteriores a la concentración (art. 21.3).

D. Forma de realizar la notificación y procedimiento aplicable

La notificación se hará por la empresa que toma el control y, en el caso de fusiones o de adquisición de control conjunto, por las empresas intervinientes (art. 21) y se llevará a cabo por medio del formulario contenido en el Anexo I del Reglamento de ejecución (UE) 2023/1441.

Las empresas podrán facilitar a la Comisión Europea información sobre si una subvención extranjera distorsiona el mercado. En ese caso la Comisión realizará un balance concurrencial sobre la situación y decidirá sobre si impone medidas correctoras o acepta compromisos de las empresas.

La Comisión Europea podrá examinar por iniciativa propia o de oficio la información que le faciliten las empresas, los Estados miembros, las asociaciones o cualquier persona física o jurídica sobre la materia.

Cuando del examen se llegue a la conclusión de que hay indicios suficientes de la existencia de una subvención extranjera que distorsiona el mercado interior, se abrirá un procedimiento de control de concentraciones en el que la Comisión estará facultada para llevar a cabo requerimientos de información o de presentación de documentos a las empresas, realizar inspecciones domiciliarias e imponer, en su caso, medidas cautelares y multas sancionadoras o coercitivas en caso de incumplimiento.

Este procedimiento incluirá una fase de examen preliminar de la operación que se desarrollará en un plazo de 25 días hábiles. Durante este plazo quedará suspendida la ejecución de la concentración. Si del examen se desprenden indicios de la existencia de subvenciones extranjeras, la Comisión abrirá una investigación exhaustiva que se llevará a cabo durante un plazo de 90 días hábiles durante los cuales tampoco se podrá ejecutar la concentración. En el transcurso de estas fases de análisis, las empresas notificantes podrán proponer remedios o compromisos que anulen o neutralicen las distorsiones de competencia detectadas. En este caso, el plazo de 90 días se prorrogará otros 15 días (art. 24).

Tras concluir la fase de investigación, la Comisión Europea podrá adoptar una de las siguientes decisiones: a) No formular objeciones; b) Autorizar la operación. c) Autorizar la operación con compromisos; d) Prohibir la concentración (art. 25.2).

Al adoptar las decisiones la Comisión Europea estará asistida por un Comité consultivo que emitirá un dictamen no vinculante (Reglamento (UE) 182/2011).

Si se comprobara que la concentración ya había sido ejecutada, la CE adoptará una decisión exigiendo la desconcentración o que las empresas adopten otras medidas para reestablecer la situación previa a la concentración (art. 25. 6).

E. Medidas correctoras o compromisos (art. 7)

Las medidas correctoras o los compromisos podrán adoptar, entre otras, las siguientes formas:

- 1) la oferta de acceso, en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, a infraestructuras, incluidas instalaciones de investigación o de producción o infraestructuras esenciales, que hayan sido adquiridas o apoyadas mediante

- subvenciones extranjeras que distorsionen el mercado interior, a menos que ese acceso ya esté previsto en la legislación de la Unión;
- 2) la reducción de la capacidad productiva o de la presencia en el mercado, incluso a través de una restricción temporal de la actividad comercial;
 - 3) la abstención de realizar determinadas inversiones;
 - 4) la concesión, en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, de licencias sobre activos adquiridos o desarrollados con ayuda de subvenciones extranjeras;
 - 5) la divulgación de los resultados de investigación y desarrollo;
 - 6) la cesión de determinados activos;
 - 7) la obligación de que las empresas disuelvan la concentración en cuestión;
 - 8) el reembolso de la subvención extranjera, con inclusión de los intereses al tipo oportuno, calculado de conformidad con el método establecido en el Reglamento (CE) 794/2004 de la Comisión;
 - 9) la obligación de que las empresas afectadas adapten su estructura de gobernanza.

Estas mismas formas podrán también imponerse como medidas cautelares para preservar la competencia en el mercado interior y evitar perjuicios irreparables, sin excluir otras (art.12).

La Comisión impondrá, cuando proceda, requisitos de información y transparencia, incluida la presentación periódica de información sobre la aplicación de las medidas correctoras y los compromisos enumerados anteriormente.

Cuando la empresa investigada proponga el reembolso de la subvención extranjera, con inclusión de los intereses al tipo oportuno, la Comisión aceptará dicho reembolso como compromiso únicamente cuando pueda asegurarse de que es transparente, verificable y efectivo, teniendo en cuenta al mismo tiempo el riesgo de elusión.

F. Multas y sanciones (arts. 17, 26 y 33)

La CE podrá imponer multas punitivas o coercitivas en los siguientes casos de carácter general:

- 1) Por falta de información, información incompleta inexacta o engañosa o negativa a suministrarla.
- 2) Por incumplimiento de decisiones, compromisos o medidas cautelares. no notificar la concentración, ejecutar la concentración antes de la decisión que pone fin al procedimiento, ejecutar una concentración prohibida o haber eludido los requisitos de notificación.

La cuantía máxima de las multas será:

1) Para las punitivas, hasta el 1% del volumen de negocios total del ejercicio anterior cuando se refieran al suministro de información y hasta el 10% del volumen de negocios total del ejercicio anterior cuando se refieran al incumplimiento.

2) Para las coercitivas, hasta el 5% del volumen de negocios diario medio del ejercicio anterior por cada día de demora.

G. Prescripción (art. 38)

La competencia sancionadora de la CE prescribirá:

- 1) A los 10 años a partir de la fecha en que se conceda una subvención extranjera. Cualquier acción de la CE interrumpirá el plazo de prescripción.
- 2) A los 3 años a partir de la fecha de la infracción para las multas punitivas y coercitivas. Si se trata de infracciones continuadas desde que hayan cesado.
- 3) Si se trata de la ejecución de decisiones que impongan multas, a los 5 años a contar de la fecha de la decisión.

La prescripción surtirá efecto, a más tardar, el día que venza un plazo equivalente al doble del plazo de prescripción, sin que la CE haya adoptado la decisión que finaliza el procedimiento o que imponga una multa.

H. Primeros casos de aplicación

Desde la entrada en vigor de esta normativa se han producido 94 pre-notificaciones de operaciones de concentración y 61 notificaciones formales relativas todas ellas a los sectores de fabricación industrial, distribución comercial, servicios financieros, seguros y suministro de electricidad, la mayoría de las cuales han sido resueltas favorablemente tras un examen preliminar, sin embargo, hay que señalar que cuatro exigieron una investigación en profundidad y dos fueron resultado de una investigación de oficio. Asimismo, se ha realizado una inspección a una empresa y varios requerimientos de información a empresas en el sector de los aerogeneradores. El caso más relevante fue la operación por la que la empresa *Telecommunications Group*, de titularidad estatal, recibió subsidios de Emiratos Árabes Unidos para la adquisición de partes de *PPF Telecom Group* en países de Europa del Este. La operación fue autorizada con compromisos¹⁶.

¹⁶ Entrevista a M. VESTAGER sobre el legado: *Confianza en la legislación de Competencia de la UE para unos mercados europeos competitivos, justos e innovadores*, en <<https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-4-2024/interview/Margrethe-vestager-eu-commission>>.

Está previsto que la Comisión Europea publique un *Briefing Paper Staff Working* sobre el concepto de distorsión y sobre los criterios de sopesamiento y también unas *Guidelines* sobre notificaciones.

Esta nueva regulación responde, al igual que las anteriormente analizadas, a las críticas relativas a la severidad de las normas de control de las ayudas públicas en la Unión Europea frente a la inexistencia, por lo general, de este tipo de controles en los países extracomunitarios y pretende corregir el desequilibrio existente cuando se da la situación de que una operación de concentración se financia en su origen o en su posterior desarrollo con subsidios otorgados por entidades públicas extranjeras, lo que permite afrontar en mejores condiciones los riesgos del mercado, y diseñar estrategias comerciales en régimen de igualdad que no pueden llevar a cabo las empresas no subvencionadas provocando una distorsión del mercado y una competencia desleal de estas empresas en el mercado europeo.

Por otra parte, hay que señalar a este respecto, de un lado, el peligro de que esta nueva herramienta pueda ser utilizada como instrumento comercial para proteger la industria europea frente a competidores extracomunitarios reales o potenciales y, de otro, el solapamiento con la nueva normativa sobre inversiones extranjeras directas (Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores) que faculta al Gobierno a oponerse a las operaciones por las que una empresa extranjera toma el control de una empresa nacional de un sector estratégico, sirvan de ejemplo las ofertas públicas de adquisición de las acciones de la empresa TALGO, primero por la empresa húngara GANZ_MAVAG y posteriormente por el fondo de inversión polaco PFR o la empresa india Júpiter Wagon. Así como, la compra por SAFRAN de COLLINS AEROSPACE en Italia.

Finalmente cabe destacar el establecimiento de la regulación expresa de los remedios o compromisos que pueden presentar las empresas afectadas para resolver los problemas de competencia detectados en la operación de concentración, lo que facilitará su autorización.

IV. APLICACIÓN DE LA NORMA QUE PROHÍBE EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Por otra parte, hay que referirse en el ámbito del control de las operaciones de concentración económica, a una reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha validado la aplicación del artículo 102 del TFUE, que prohíbe el abuso de una posición de dominio en el mercado, como una herramienta adicional de la que disponen las Autoridades nacionales de competencia para ejercer el control de las operaciones de concentración sobre las que no tienen jurisdicción *ex ante* por no cumplir los umbrales o requisitos para su sometimiento a control, pero que opera solamente *ex post* en aquellos casos en los que se haya producido una distorsión anticompetitiva del mercado¹⁷.

¹⁷ Hay que recordar a este respecto que, con anterioridad a la regulación del control de las concentraciones en la CEE en 1989, la Comisión Europea procedió a aplicar el artículo 86 del Tratado (actualmente artículo

Se trata de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 16 de marzo del 2023, As. *Towercast*, que ha establecido que el artículo 21 del Reglamento 139/2004, no se opone a que una operación de concentración, que no tiene dimensión comunitaria ni reúne los requisitos para someterse al control de un Estado miembro y que no ha sido reenviada a la Comisión Europea en virtud del artículo 22 del citado Reglamento, pueda ser sometida a control por una autoridad nacional de competencia como una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 102 TFUE, con respecto a la estructura concurrencial en un mercado de dimensión nacional, si el grado de dominancia alcanzado por la empresa resultante de la concentración alcanza un nivel importante¹⁸.

Este instrumento no tendrá prácticamente aplicación en nuestro país al existir un umbral de cuota de mercado del 30% del mercado relevante, exigible como requisito para someter a control una operación de concentración, umbral que, por lo general, opera como presunción de la existencia de una posición de dominio del mercado.

V. CONCLUSIONES

Primera. La normativa europea de defensa de la competencia dispone desde 1989 de una regulación específica de control de las operaciones de concentración económica por la Comisión Europea, aunque se limita, con carácter general, a aquellas que tienen una dimensión comunitaria por el volumen de negocios de las empresas afectadas por la concentración.

Este umbral cuantitativo de la dimensión comunitaria limita la capacidad de la Comisión Europea para el ejercicio del control de las operaciones de concentración.

Segunda. En los últimos tiempos se ha venido observando que la existencia de estos umbrales no permite a la Comisión Europea ejercer el control de las concentraciones de empresas que pueden lesionar gravemente la competencia en el mercado, pero no tienen una dimensión comunitaria como es el caso de las *startups* innovadoras, las *killer acquisitions*, las compras de empresas competidoras que generan un efecto de exclusión o cierre del mercado o de empresas que prestan servicios básicos de plataformas digitales en línea, así como también las operaciones de concentración financiadas con subvenciones extranjeras.

102) a una concentración que otorgaba a una empresa poder de mercado, pese a que la citada norma no prohíbe ni la detentación de una posición de dominio en el mercado ni el intento de alcanzar dicha posición. Decisión que fue convalidada por la sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2023 As. *Continental Can*. Ver. ALONSO SOTO, R., «La aplicación del artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas (comentario a la sentencia Philip Morris de 17 de noviembre de 1987)», *Revista De Instituciones Europeas*, vol. 15, núm., 3, 1988, p. 778 En este trabajo se aborda también el tema de la aplicación del artículo 86 en la sentencia sobre el caso “Continental Can”.

¹⁸ MARINA SERRA, V., «El caso Towercast y la revisión de concentraciones *ex post* mediante la aplicación del art. 102 TFUE», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez* núm. 62, 2023, p. 205.

Tercera. La necesidad y la conveniencia de controlar este tipo de operaciones que no están sujetas a la normativa general ha llevado a la Comisión Europea a dotarse de nuevas herramientas jurídicas que le permitan dicho control, como la utilización de la figura del reenvío prevista en el artículo 22 del Reglamento (CE) n° 139/2004 o el establecimiento de la obligación de notificación previa en la nueva Ley de mercados digitales (DMA) y en el Reglamento (UE) n° 2022/2560 sobre subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior.

Cuarta. La aplicación de la figura del reenvío del artículo 22 del Reglamento de concentraciones, que utilizó la Comisión Europea para prohibir la operación de concentración en el caso *Illumina/Grail*, decisión avalada, en primera instancia por el Tribunal General de la UE, fue finalmente objeto de anulación por el Tribunal de Justicia de la UE por considerar que se basaba en una interpretación errónea de la citada norma, dado que el reenvío solicitado por una Autoridad Nacional de Competencia solo era factible si esta Autoridad tenía capacidad de control según su propio derecho nacional.

En consecuencia, la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre del 2024 genera la inviabilidad de esta vía para dar solución al control de las operaciones que no tienen dimensión comunitaria, salvo en aquellos casos que procedan de una Autoridad Nacional competente para su control.

Quinta. La regulación establecida en la Ley de mercados digitales (DMA) permitiendo el control de las operaciones de concentración en las que intervienen empresas que prestan servicios básicos de plataforma digitales en línea, que han sido designadas *Gatekeepers*, cuando adquieren empresas de la misma naturaleza, desarrollan otros servicios en el sector digital o permiten la recogida de datos, es, en principio, una buena solución para facilitar la intervención *ex ante* de la Comisión Europea para impedir distorsiones de la competencia en el mercado, que no genera especiales problemas de seguridad jurídica. Sin embargo, todavía no hay experiencia práctica sobre su aplicación, de modo que una definitiva conclusión jurídica en este momento sería precipitada.

Sexta. La misma conclusión anterior puede extenderse a la regulación del control de las operaciones de concentración que han recibido subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior. Su regulación por ley ofrece certeza y seguridad jurídica y repara el desequilibrio existente en el mercado al equiparar el régimen jurídico al que se someten las operaciones de concentración de las empresas comunitarias europeas, sujetas a un severo régimen de control de la concesión de ayudas públicas, con el aplicable a las empresas extranjeras que reciben subvenciones de entidades públicas de países que no tienen un estricto control de las ayudas o subvenciones públicas.

Por otra parte, hay constancia de que ya se está aplicando con un grado de funcionamiento aceptable.

Séptima. Por último, la solución aconsejada por el tribunal de Justicia de la UE en la citada sentencia sobre el asunto *Illumina/Grail* de acudir a un sistema de control *ex post* utilizando el artículo 102 del TFUE que regula el abuso de una posición de dominio en el mercado ha sido avalada por el propio Tribunal en su sentencia de 16 de marzo de 2021, *Asunto Towercast*, aunque la aplicación de la citada norma se enfrenta al problema de que lo que se prohíbe en ella no es tratar de alcanzar una posición dominante ni detentar una posición de dominio en el mercado, sino abusar de dicha situación en perjuicio del mercado, los competidores o los consumidores, lo que plantea dos importantes cuestiones. La delimitación del mercado relevante y la prueba del comportamiento abusivo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SOTO, R., «Derecho de la competencia», en: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Navarra (Thomson Reuters-Civitas), 2018, 293-326.
- ALONSO SOTO, R., «Fusiones y adquisiciones y derecho de la competencia: el control de las operaciones de concentración económica», en CARRASCO PERERA, A. y ÁLVAREZ ARJONA, J. M. (dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra (Thomson Reuters-Aranzadi), 2019, pp. 819-863.
- ALONSO SOTO, R., «La aplicación del artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas (comentario a la sentencia Philip Morris de 17 de noviembre de 1987)», *Revista De Instituciones Europeas*, vol. 15, núm., 3, 1988, pp. 769-788.
- ALONSO SOTO, R., «Subvenciones extranjeras a empresas y control de concentraciones en la UE», Actualidad jurídica Gómez Acebo & Pombo, entrada de blog de 16 de marzo de 2023. Disponible en: <<https://ga-p.com/publicaciones/subvenciones-extranjeras-a-empresas-y-control-de-concentraciones-en-la-union-europea/>>. [Consultado el 25/03/2025].
- BARRIO ANDRES, M., «El nuevo Reglamento europeo de mercados digitales», en *Diario La Ley*, núm. 10, 2022.
- BENEYTO PÉREZ, J.M., *El control de concentraciones en España un nuevo marco legislativo para las empresas*, Madrid (CEU Ediciones), 2001.
- BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAILLO GÓNZÁLEZ-ORÚS, J., *Tratado de derecho de la competencia*, Tomo I, España (Wolters Kluwer), 2017.
- BRIONES, J., FOLGUERA, J. FONT, A. y NAVARRO, E., *El control de concentraciones en la Unión Europea*, Madrid (Marcial Pons), 1999.

- CALVO CARAVACA, A., GOÑI URRIZA, N., *El control de las concentraciones en Europa*, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 1999.
- CABRERA, S. y ARMENGOL, O., «Las autoridades nacionales de competencia no pueden remitir a la CE operaciones de concentración que según su legislación nacional no deben notificarse», 5 de septiembre de 2024. Disponible en: <https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/autoridades-nacionales-competencia-no-pueden-remitir-comision-europea-operaciones>. [Consultado el 21/03/2025].
- ESTEBAN RIOS, J., «El nuevo control europeo de las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior», en *Revista General de Derecho administrativo* núm. 63, 2023, pp. 1-24.
- EUROPEAN PARLIAMENT RESEARCH SERVICE, *Enforcing the Digital Services Act: State of play AT a Glance PE 766.256*, November 2024. Disponible en: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2024/766256/EPRS_ATA\(2024\)766256_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2024/766256/EPRS_ATA(2024)766256_EN.pdf)>.
- FRESHFIELDS, «Retrosceso histórico en Illumina/Grail se limita el poder de la Comisión Europea para revisar transacciones no notificables» en <<https://transactions.freshfields.com/post/102/teh>>. [Consultado 5/09/2024] pp. 1-10.
- GARCÍA RUBIO, S., «Aproximación a la Ley de mercados digitales», Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Valladolid, 2023. Disponible en: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/66601/TFG-D_01616.pdf?sequence=1
- GÓRRIZ LOPEZ, C., «Illumina/Comisión: eficacia del control de concentraciones vs seguridad jurídica. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2024 (C-611/22P y C-625/22P)», en *La Ley Unión Europea*, núm. 130, 2024, pp. 1-18.
- GUERRA FERNÁNDEZ, A., «El control de las concentraciones empresariales en España», en: MESEGUER-ARTOLA, A. (dir.), *El sistema español de defensa de la competencia*, Material docente, Universitat Oberta de Catalunya, 2011. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10609/51481>>. [Consultado el 25/03/2025]
- HERRERO, C., «Merger control in digital markets: don't trust the trusts?», en: RUIZ PERIS, J. I. y ESTEVAN DE QUESADA, C. (dirs.), *Cooperación y mercados digitales*, Barcelona (Atelier), 2023, pp. 227-240.
- LAMADRID, A. y CABRERA, S., «Entra en vigor el Reglamento de la UE sobre subvenciones extranjeras» 11 de enero de 2023. Disponible en: <https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/entra-vigor-reglamento-ue-subvenciones-extranjeras>. [Consultado el 21/03/2025].

- LOPES MARTINS, M. y PAJARES DE DIOS TARANCÓN, I., «Are Competition Authorities planning to rule the world? New and expanded approaches to merger control», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 64, 2024, pp. 23-50.
- MARINA SERRA, V., «El caso Towercast y la revisión de concentraciones *ex post* mediante la aplicación del art. 102 TFUE», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez* núm. 62, 2023, pp. 205-211.
- MARINA SERRA, V., «El caso Illumina/Grail un viaje a ninguna parte», en *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, núm. 66, 2024, pp. 273-279.
- MONTERO PASCUAL, J. J., *El Reglamento de los mercados digitales. La regulación de las grandes plataformas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2024.
- NAVARRO VERONA, E. y PAJARES DE DIOS TARANCÓN, I., «El régimen de autorización de subvenciones extranjeras entra en aplicación», en *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez* núm. 63, 2023, pp. 202-208.
- OLMEDO PERALTA, E., «Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales: ¿a quién? ¿cómo? y ¿para qué?», en: TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., TORRES PÉREZ, F. J., LOUREDO CASADO, S., *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*, Granada (Comares), 2022, pp. 87-116.
- SCHMID, J. P. y HÜBENER, F., *New Digital Markets Act*, Baden-Baden (Nomos), 2023.

EL PLURALISMO CULTURAL EN EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA A LA LUZ DEL ART. 44 CE*

CULTURAL PLURALISM UNDER RELIGIOUS FREEDOM IN THE TERMS OF ART. 44 SC

MAR ANTONINO DE LA CÁMARA**

Resumen: Este trabajo examina la protección del pluralismo cultural que se deriva de la configuración de la libertad religiosa (art. 16 CE). Para ello se prestará especial atención a varios pronunciamientos judiciales que, en contra de lo que cabría esperar, se han apoyado en la noción «cultura» para desactivar la protección de las minorías religiosas en favor de la cultura mayoritaria. En el trabajo se propone la articulación del principio de pluralismo cultural a partir del art. 44.1 CE para aplicarlo en los conflictos constitucionales relativos a la libertad religiosa. De este modo, se revertirían los efectos de una interpretación constitucionalmente inadecuada del elemento cultural en favor del principio democrático de pluralismo cultural.

Palabras clave: libertad religiosa, pluralismo cultural, principio de neutralidad, aconfesionalidad, derecho a participar en la vida cultural.

Abstract: The aim of this paper is to examine the level of protection of cultural diversity derived from religious freedom (art. 16 SC) in Spain. To this end, this paper focuses on several judgements which, contrary to what one might expect, the protection of religious minorities has been deactivated in favour of the majority culture. The paper proposes the application of the right to culture (art. 44.1 SC) in constitutional conflicts involving religious freedom in order to revert the effects of an inadequate interpretation of the cultural element in favor of the democratic principle of cultural pluralism.

Key words: religious freedom, cultural pluralism, principle of neutrality, non-denominationalism, right to participate in cultural life.

SUMARIO: I. LIBERTAD RELIGIOSA, PLURALISMO CULTURAL Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN; II. LA PROTECCIÓN DEL PLURALISMO CULTURAL DERIVADA DEL ART. 16 CE; III. EL PAPEL DE LA CULTURA EN LOS CONFLICTOS EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA; 1. Respecto de la dimensión subjetiva del derecho; 2. Respecto de la dimensión objetiva del derecho; IV. LA PROYECCIÓN DEL ART. 44.1 CE: EL PLURALISMO CULTURAL COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL; 1. Determinación del sentido del pluralismo cultural; 2. Determinación de la eficacia del precepto; V. CONCLUSIONES; VI. BIBLIOGRAFÍA.

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2025.51.002>

Fecha de recepción: 11/06/2024

Fecha de aceptación: 11/09/2024

** Profesora ayudante doctora de Derecho constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: mantonin@der-pu.uc3m.es.

I. LIBERTAD RELIGIOSA, PLURALISMO CULTURAL Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

El pluralismo cultural en los Estados constitucionales está estrechamente ligado a la religión, dado que esta constituye una manifestación especialmente intensa de la cultura¹, y una de las pocas, además, protegida por la Constitución como un derecho fundamental. La defensa de la libertad religiosa ha servido, incluso antes de formar parte de los ordenamientos nacionales, como instrumento de convivencia entre comunidades diferenciadas tanto en lo relativo a sus creencias internas, como respecto de los usos y costumbres derivados de estas. La consolidación de la libertad religiosa en los textos fundacionales europeos es la máxima expresión constitucional de la tolerancia entre culturas, lo que justifica que haya sido descrita como la antesala de los derechos culturales por autores como Jürgen Habermas². En palabras del autor, en las sociedades multiculturales «el reconocimiento del pluralismo religioso puede adoptar esta función de modelo, porque recuerda de manera ejemplar el derecho de las minorías a la inclusión»³. En el orden del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las Naciones Unidas han reconocido este vínculo íntimo entre el derecho a la cultura y la libertad religiosa. Así, la Observación General núm. 21 relativa al derecho a tomar parte en la vida cultural, reconoce la conexión entre el derecho a la cultura y «los derechos de las personas pertenecientes a minorías a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión»⁴.

Por todo lo anterior, no es sorprendente que en la actualidad la configuración de la libertad religiosa sea un elemento clave para definir la postura de un Estado respecto del multiculturalismo. Si tomamos como ejemplo el ordenamiento jurídico español, el hecho religioso goza de un reconocimiento constitucional que no dispensa a otros elementos y prácticas culturales. A diferencia de algunas Constituciones latinoamericanas, aprobadas en un contexto social e intelectual multicultural de la primera década del nuevo milenio⁵, las constituciones europeas aprobadas a lo largo del siglo XX no recogen un derecho a la

¹ HASANAJ, S., *Diritti delle minoranze*. Napoli (Editoriale scientifica), 2020, p. 67.

² El autor apuesta por incorporar mecanismos para la protección y el reconocimiento de las identidades culturales, pero no desde un derecho a la excepción, sino desde el diseño jurídico y la normatividad de nuestros sistemas constitucionales. HABERMAS, J., «De la tolerancia religiosa a los derechos culturales», *Claves de razón práctica*, núm. 129, 2003, pp. 11-12.

³ HABERMAS, J., «De la tolerancia religiosa a los derechos culturales», cit. p.11.

⁴ Observación General núm. 21: «Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», epígrafe 1.2.

⁵ Por ejemplo, el art. 1 de la Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009, declara que es «un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, *intercultural*, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la *pluralidad* y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país». Bolivia recoge, además, el derecho «a la autoidentificación cultural» (art. 21). También la Constitución de la República del Ecuador de 2008 se define como un Estado *intercultural* (art. 1) y reconoce en el art. 21 el derecho «a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder

identidad cultural⁶. Esta ausencia acentúa la importancia que para las comunidades minoritarias o diferenciadas tiene la libertad religiosa. Así lo ha señalado Abraham Barrero, que sostiene que se trata del «derecho fundamental al que los inmigrantes se acogen a menudo para formular reivindicaciones de conservación de su ámbito cultural»⁷.

Sin embargo, aunque en teoría la libertad religiosa (art. 16 CE) garantiza las prácticas de las minorías, en la práctica ha evolucionado de conformidad con la religión mayoritaria, desdibujando la protección que supone para las comunidades minoritarias, como mostraré en el segundo apartado del presente trabajo. Esto se explica porque el problema principal al que se enfrentaba el constitucionalismo en los primeros años de democracia consistía en definir la posición de la religión católica en el Estado español⁸. Tengamos en cuenta que la definición del contenido del art. 16 CE se produjo en un contexto cultural donde la gran mayoría de los españoles profesaban la misma fe: el 88% de la sociedad española se definía como católica⁹. La Iglesia había actuado como uno de los pilares del régimen franquista y se trataba, entonces, de conciliar los intereses religiosos de la población, mayoritariamente

a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas».

⁶ Aunque algunas recogen el mandato a los poderes públicos de promoción de la cultura, tradicionalmente interpretado en términos prestacionales, no se ha producido la incorporación de un derecho a la propia cultura o a la identidad cultural. Así, por ejemplo, el caso de la Constitución de la República Italiana de 1947, cuyo artículo 9 afirma que «la República promueve el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica. Salvaguarda el entorno natural y el patrimonio histórico y artístico de la Nación». Un estudio comparado de la protección constitucional a los bienes y a la participación en la vida cultural puede encontrarse en HÄBERLE, P., «La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54, 1998, pp. 11-38.

⁷ BARRERO ORTEGA, A., «Multiculturalismo y libertad religiosa», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVII, 2011, p. 26. El autor lleva a cabo un brillante análisis sobre la afectación de la diversidad cultural en el modelo de libertad religiosa español. El trabajo constituye uno de los pocos que incorporan la perspectiva cultural de manera explícita al art. 16 CE.

⁸ Esta tendencia comienza en la primera década de los años 2000. Como botón de muestra: BARRERO ORTEGA, A., «Multiculturalismo y libertad religiosa», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVII, 2011; MACÍAS JARA, M., «El velo islámico: diversidad cultural y derechos de las mujeres», en REVENGA SÁNCHEZ, M., RUIZ-RICO RUIZ, G., RUIZ RUIZ, J. J. y otros (coords.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2011; CARMONA CUENCA, E., «El velo islámico, la libertad religiosa y la igualdad de género», REVENGA SÁNCHEZ, M., RUIZ-RICO RUIZ, G., RUIZ RUIZ, J. J. y otros (coords.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2011; GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J., «A propósito del velo islámico ¿es posible una solución multicultural o intercultural?», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 24, 2010; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Navarra (Thomson Civitas), 2007; GARCIMARTÍN MONTERO, M. C., *La religión en el espacio público*, Navarra (Thomson Reuters), 2016; GONZÁLEZ MORENO, B., *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid (Civitas), 2003. Aunque no ha dejado de ser un tema polémico ha de subrayarse que las publicaciones en Derecho constitucional han disminuido en los últimos diez años sin que, sin embargo, se haya consolidado la jurisprudencia o la doctrina al respecto.

⁹ Dato extraído del trabajo de investigación de GONZÁLEZ BLASCO, P., *Religión y sociedad en la España de los 90* «Evolución de la religiosidad española (1970-1990)», Madrid (Fundación Santamaría), 1992,

católica, con el laicismo como un principio constitucional en los términos que propone Manuel Salguero: «los creyentes tienen derecho a defender su verdad peculiar, pero sin reclamar privilegio alguno para su actividad proselitista y sin invadir el espacio público»¹⁰. Esta idea se corresponde con el sentido estricto de laicismo que, finalmente no ha terminado de arraigar en España, donde se ha impuesto el modelo de la laicidad positiva que promueve una actitud de colaboración entre el Estado y las distintas confesiones, tomando en consideración el respaldo social con el que cuenta cada una de ellas.

Es cierto que, junto a la libertad religiosa, las minorías culturales contarían en el ámbito que nos ocupa con la protección derivada de la prohibición de discriminación. Esta vía conduciría, en principio, a aumentar la protección que el art. 16 CE brinda a las minorías. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «TEDH») y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, «TJUE») han desarrollado en los últimos años una jurisprudencia sobre la libertad religiosa que tiene en cuenta el contexto de la inmigración, interpretando este derecho a la luz de la prohibición de discriminación directa o indirecta. Estas técnicas de protección, herederas de la tradición norteamericana del derecho discriminatorio han sido progresivamente incorporadas en el Derecho europeo. De hecho, el único caso en que se ha llegado a aplicar la doctrina de la discriminación por indiferenciación¹¹ en el TEDH fue en el caso *Thlimmenos contra Grecia*, que, precisamente, es un asunto relativo a la libertad religiosa del demandante, que era testigo de Jehová¹². En cuanto al TJUE, en los últimos años ha adquirido un papel cada vez más importante, especialmente en la resolución de conflictos religiosos en el ámbito laboral. El TJUE no ha adoptado una posición unívoca, sino que, sirviéndose de la noción de discriminación (directa e indirecta) ha afirmado la obligación del acomodo razonable, remitiendo la solución a las características del caso concreto¹³, de manera que son los jueces nacionales quienes deben valorar las particularidades de cada

p. 24. El autor utiliza como fuente principal de estos datos el Informe sociológico sobre la situación social de España publicado por la fundación Foessa.

¹⁰ SALGUERO SALGUERO, M., «El laicismo y la neutralidad como instancias de legitimación. A propósito de la prohibición del velo islámico en Francia», en LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi*, Lete (Navarra), 2004, p. 32.

¹¹ Además, parte del derecho discriminatorio queda fuera del ámbito de aplicación, como la discriminación por indiferenciación que el Tribunal Constitucional se obstina en excluir del ámbito del art. 14 CE, pues «en el presente caso debe aplicarse la doctrina contenida en la STC 69/2007, de 16 de abril, según la cual el art. 14 CE no alcanza a dar cobertura a la llamada discriminación por indiferenciación, al no consagrar ese derecho fundamental un derecho subjetivo al trato normativo desigual (STC 1/2021, de 25 de enero, FJ 4). En síntesis, no amparando el art. 14 CE lo que se ha denominado “discriminación por indiferenciación”, al no consagrar aquella previsión constitucional un derecho a la desigualdad de trato por no existir ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2), y al no existir tampoco una razón diferenciadora en la denegación o reconocimiento del derecho fundada en motivos étnicos, no puede prosperar la denuncia formulada desde el prisma de la discriminación directa (art. 14 CE)».

¹² TEDH (Gran Cámara), sentencia de 6 de abril de 2000.

¹³ Un estudio comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE puede encontrarse en FAGGIANA, V., *La controvertida cuestión del velo islámico. Una perspectiva de género desde el espacio europeo*. Valencia (Tirant Lo Blanch), 2020.

caso para resolver el conflicto. Por este motivo, a pesar de la importancia que el derecho a la igualdad de trato pueda tener para avanzar en estas cuestiones concretas, cuenta con limitaciones. Como ha señalado Valentina Faggiana en su análisis sobre la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad religiosa, «el binomio discriminación directa-indirecta, a pesar de que en algunos supuestos permita resolver tales problemas [...] puede crear un panorama diferenciado y contradictorio», pues «los conceptos [...] si bien útiles no siempre se pueden distinguir de forma clara y además pueden ser instrumentalizados para disfrazar y encubrir determinadas discriminaciones»¹⁴.

Siguiendo con la aplicación del derecho a la igualdad en el ámbito protegido por la libertad religiosa, según María Luisa Balaguer, en España el Tribunal Constitucional ha sido «poco sensible a la relación entre los arts. 16 y 14 CE y el ideario católico»¹⁵. A este respecto, Fernando Rey ha sostenido que la religión apenas se esgrime ante los tribunales desde el art. 14 CE «sino desde su disposición constitucional específica, en el artículo 16 CE; y, por tanto, más desde un enfoque de “libertad” que de “igualdad” o comparación con otras situaciones»¹⁶. Ello seguramente obedezca a que, desde la óptica europea, la igualdad se toma en un «sentido redistributivo de bienes sociales (trabajo, educación, servicios sociales, etc.) entre los diferentes grupos dentro de una misma sociedad»¹⁷. Esta última noción se dirige a ser desarrollada por el legislador mediante medidas de acción y discriminación positiva, pero goza de menor virtualidad para resolver conflictos jurisdiccionales. En España la igualdad entendida como derecho antidiscriminatorio ha florecido a partir del nuevo milenio y se ha incorporado en nuestro sistema constitucional en el ámbito de la igualdad de género¹⁸, no de las minorías culturales.

Las dificultades y resistencias para materializar la prohibición de discriminación en el ámbito de la libertad religiosa animan a explorar vías complementarias que sirvan como garantía del pluralismo cultural en el ámbito religioso. Así, en este trabajo se adopta otra perspectiva: la «democrático-pluralista» en términos de Agustín Motilla¹⁹. Aunque la prohibición de discriminación en el ámbito jurisdiccional y el pluralismo democrático convergen en muchas ocasiones, difieren en el interés jurídicamente protegido. La prohibición de discriminación atribuye un derecho a un individuo en función de su grupo de pertenencia para

¹⁴ FAGGIANA, V., *La controvertida cuestión del velo islámico. Una perspectiva de género desde el espacio europeo*, cit., p. 204.

¹⁵ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y Constitución Española*, Madrid (Tecnos), 2010, p. 112.

¹⁶ REY MARTÍNEZ, F., «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 138.

¹⁷ REY MARTÍNEZ, F., «La (jurídica) igualdad de trato (de origen norteamericano) y la (política) igualdad de oportunidades (de origen europeo): conexiones, confusiones y malentendidos», *IgualdadES*, 9, 2023, p. 21.

¹⁸ El Tribunal Constitucional ha entendido que «constituye discriminación indirecta el tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio, del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre los trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo» (STC 153/2021, de 13 de septiembre).

¹⁹ MOTILLA DE LA CALLE, A., «Consideraciones previas», en MOTILLA DE LA CALLE, A. (ed.) *Los musulmanes en España: libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid (Trotta), 2004, p. 19.

garantizar el efectivo disfrute de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos no pertenecientes al mismo. En cambio, el pluralismo cultural es un principio objetivo que persigue un fin distinto: componer un espacio público en el que participen las personas manifestando, resignificando o impugnando los significados de distintas tradiciones, símbolos o recursos culturales, con independencia de su grupo de pertenencia.

Esta noción de pluralismo cultural no debe confundirse con la postura del multiculturalismo²⁰ que tiende a desembocar en un esencialismo cultural: no se trataría del derecho de los grupos a defender su identidad²¹, sino de las posibilidades de los individuos que componen los grupos para redefinir los patrones culturales que les son asignados²². Como ha explicado Seyla Benhabib, la óptica de la democracia no responde al interés de preservar las diferentes culturas y tradiciones, sino que persigue «la expresión pública de las identidades culturales en espacios cívicos»²³. También Eduardo Vieyitez y José Ramón Intxaurre han señalado la existencia de métodos alternativos al derecho a la igualdad que apuntan en esta dirección de pluralismo democrático para crear un marco de tolerancia en cuanto a la diversidad religiosa, como la apertura hacia una idea de «ciudadanía inclusiva [que] implicaría crear

²⁰ El pensamiento de Charles Taylor expresa la preocupación multicultural. Un punto de discrepancia entre los dos autores es la importancia que este concede a las reivindicaciones colectivas en detrimento, en ocasiones, de los individuos. Vid. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México D. F. (Fondo de Cultura Económica), 2011.

²¹ Esta sería, por ejemplo, la perspectiva de Kymlicka a partir de las reivindicaciones de las culturas que denomina «societales». Aunque el planteamiento de Kymlicka sí adopta una perspectiva desde el derecho del individuo y no el de la supervivencia de las culturas como fin último, termina por atribuir derechos diferenciados a determinados grupos culturales (minorías nacionales), dejando fuera a otras colectividades culturales (como los que se pueden formar como consecuencia de la migración). En este sentido, no tiene en cuenta la agencia del individuo para provocar cambios en los grupos culturales, sino que observa estos como si fueran estables y permanentes. Los derechos son, por tanto, atribuidos en virtud de la pertenencia a uno de los grupos previamente estipulados y no a los individuos *per se*. KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona (Paidós), 1996.

²² Esta posición ha sido defendida por Nancy Fraser en «Nuevas reflexiones sobre el reconocimiento», *New left review*, núm. 4, 2000. La autora advierte del peligro de reificar la cultura, de manera que «la disidencia cultural y la experimentación son desalentadas, cuando no sencillamente equiparadas, con la deslealtad», las diferencias intragrupal se opacan, enmascarando «el poder de las fracciones dominantes [que] refuerza la dominación intragrupal. El modelo de la identidad, por lo tanto, se inclina con demasiada facilidad hacia formas represivas de comunitarismo», p. 60.

²³ BENHABIB, S., *Las reivindicaciones de la cultura*, Buenos Aires (Katz), 2006, p. 50. La autora añade que solo comprendemos los límites fundamentales de todas las reivindicaciones de derechos dentro de una tradición constitucional, así como la validez de esa reivindicación más allá del contexto, cuando los nuevos grupos reivindican un derecho del que inicialmente estaban excluidos. El diálogo democrático, así como el hermenéutico jurídico, se mejoran con el reposicionamiento y la rearticulación de reivindicaciones de derechos en las esferas públicas de las democracias liberales y continúa la autora diciendo que «en una democracia multicultural vibrante, las maniobras jurídicas no deberían reprimir el conflicto cultural y político, ni el aprendizaje a través del conflicto», p. 215.

un sistema abierto de pertenencia»²⁴, obligando al Estado a «negociar constantemente el diseño del espacio público entre todas las sensibilidades que configuran la sociedad». En este sentido, la tutela jurisdiccional de la libertad religiosa debería enfocarse no solo desde el prisma de la igualdad o de la libertad, sino también del pluralismo cultural en el espacio público. Lo que ocurre es que, hasta ahora, la noción de pluralismo cultural entendido en clave democrática pertenece al ámbito de la teoría política, pero ha experimentado un escaso desarrollo como principio jurídico realmente operativo. Como se expone en la tercera parte de este trabajo, esta ausencia es notable en los conflictos constitucionales sobre libertad religiosa. Así, en la última parte de este trabajo se propone la articulación de este principio constitucional *ex art. 44.1 CE* y su aplicación en este ámbito.

II. LA PROTECCIÓN DEL PLURALISMO CULTURAL DERIVADO DEL ART. 16 CE

La configuración de la libertad religiosa en España matiza los aspectos individualistas y liberales de este derecho, en el sentido de que en la actualidad no se configura tanto como un derecho defensivo frente a las eventuales intromisiones del Estado, sino también como un derecho que habilita la intervención del Estado en favor de la religión mayoritaria.

El precepto configura en el apartado uno la libertad de conciencia como un derecho de libertad que confiere una potestad de *agere licere* a su titular, es decir, que impone determinados límites a la actuación del Estado. El contenido esencial de la libertad religiosa incluye dos vertientes. Por un lado, la vertiente interna, que el Tribunal Constitucional ha definido como la garantía de «la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual» (STC 177/1996, de 11 de noviembre FJ 9). Por otro lado, además de esta vertiente interna, el derecho goza de «una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros». El apartado 2 del art. 16 CE completa la vertiente externa con la prohibición de obligar a declarar sobre su ideología, religión o creencias (STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 3).

El legislador ha desarrollado tanto la vertiente interna como la externa en la Ley Orgánica, 7/1980, de 5 de julio de Libertad Religiosa (en adelante, «LOLR»), una norma de carácter muy breve que define el contenido del derecho en el art. 2, en cuyo primer apartado recoge el contenido de abstención del derecho en ambas vertientes. Así, el literal a) reconoce el derecho de toda persona a «profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente

²⁴ INTXAURBE VITORICA, J. R., RUIZ VIEYTEZ, J., «Marco jurídico interno sobre la gestión de la diversidad religiosa: el orden normativo como instrumento para la armonización», en MORONDO TARAMUNDI, D y RUIZ VIEYTEZ, J. (eds.). *Diversidad religiosa, integración social y acomodos. Un análisis desde la realidad local en el caso vasco*, Bélgica (Peter Lang), 2014, pp. 49 y 50.

sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas». Los literales b, c y d detallan las facetas de la vertiente externa y colectiva del derecho que podrían resumirse respectivamente en la práctica de los actos de culto y la participación en conmemoraciones religiosas, el derecho a la enseñanza e información religiosa y el derecho a reunirse o manifestarse con fines religiosos.

De la vertiente externa, vinculada a la práctica religiosa en comunidad, se desprende no solo el mandato de abstención del Estado, sino también algunas obligaciones positivas, pues como el Tribunal Constitucional ha señalado:

«La posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades [...] y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional» (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4).

Efectivamente, el art. 2 de la LOLR reconoce en el apartado tercero que los poderes públicos «adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos».

Junto al contenido subjetivo del derecho, la dimensión objetiva de la libertad religiosa, en cuanto a sus aspectos organizativos, se traduce en el modelo de aconfesionalidad que adopta el Estado, recogido en el apartado 3 del art. 16 CE. La aconfesionalidad no deja de ser una modalidad del laicismo, en tanto que impone la separación entre el Estado y las confesiones religiosas, pero como es bien sabido no existe un modelo único de laicismo, sino que se trata de un principio que opera de manera muy diferente en cada ordenamiento jurídico. Como ha sostenido Víctor Vázquez «la regla de la separación nos informa de que no cabe una confusión institucional o funcional entre lo estatal y lo confesional, pero no de cuál ha de ser la actitud que el Estado ha de mantener con respecto del fenómeno religioso»²⁵.

El art. 3 proporciona, en parte, esta información, pues recoge las dos notas esenciales de la aconfesionalidad²⁶ en España: la separación de los poderes públicos y el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas confesiones²⁷. Es

²⁵ VÁZQUEZ ALONSO, V., «Cinco tesis sobre la neutralidad del Estado», en ARAGÓN REYES, M., VALADÉS, D. (coords.). *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Zaragoza (Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico), 2023, p. 613.

²⁶ También denominada «neutralidad religiosa» (STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9) y «no confesionalidad» (STC 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 5).

²⁷ El Tribunal Constitucional lo ha declarado en los siguientes términos: «el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad, considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener “las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia

decir que, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, el modelo de aconfesionalidad debe entenderse como un tipo de laicidad positiva. Laicidad, por cuanto «veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales» (STC 46/2001, de 15 de febrero) y positiva, en contraposición al modelo de laicismo negativo típicamente francés²⁸, puesto que incluye obligaciones positivas de los poderes públicos y, especialmente, por la obligación de cooperar con las confesiones que existan. Por tanto, el modelo español no supone la mera indiferencia del Estado frente al hecho religioso, sino que garantiza la protección de las prácticas religiosas a través de medidas positivas. De esta protección activa no solo se han beneficiado las religiones con gran respaldo popular, sino también otras confesiones sorprendentes, como la Iglesia de la Unificación (también denominada secta Moon)²⁹. Dicho lo anterior, debe reconocerse que la cooperación del Estado con distintas confesiones garantiza cierto nivel de pluralismo deducido del art. 16 CE. Ahora bien, ¿hasta qué punto la noción de neutralidad garantiza el pluralismo?

La terminología utilizada por el Tribunal Constitucional se presta a confusión, pues ha identificado la neutralidad con la separación entre el Estado y las confesiones religiosas³⁰.

Católica y las demás confesiones”, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» (STC 46/2001, FJ 4). También, las SSTC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9, 154/2002, de 18 de julio, FJ 6, STC 101/2004, FJ 3 y STC 34/2011.

²⁸ Esta neutralidad negativa propia del laicismo «a la francesa» ha sido objeto de múltiples debates. Uno de sus críticos más acerbados ha sido Joseph Weiler en, por ejemplo, WEILER, J. *Una Europa Cristiana. Ensayo exploratorio*. Madrid (Ediciones Encuentro), 2003. Este debate ha aterrizado también en España. Al respecto es indispensable la obra de VÁZQUEZ ALONSO, V. *Laicidad y Constitución*. Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2012. En la obra ya citada del mismo autor, «Cinco tesis sobre la neutralidad», cit. sostiene que la laicidad a la francesa es, en realidad, «un mito jurídico», pues, por un lado, considera la financiación de la escuela religiosa (católicas, por lo general) como un mandato constitucional, con la prohibición del velo no ya en las instituciones públicas, sino en sus usuarios, p. 615. Por su parte, Fernando Rey, ha sostenido la inconveniencia de imitar el modelo francés, pues este no deja de ser el resultado de sus particulares características históricas. REY MARTÍNEZ, F. La laicidad «a la francesa», ¿modelo o excepción? *Persona y Derecho*, núm. 53, 2005.

²⁹ El Tribunal Constitucional recordó en este caso el deber de cooperación del Estado con las distintas religiones, manteniendo «una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional [...] respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas» (STC 128/2011, de 4 de junio, FJ 4).

³⁰ Sobre este extremo llama la atención María José Parejo: «Paradigmático de este uso indistinto por parte del TC es la siguiente cita: STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 6 “En su dimensión objetiva la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 de la CE; por un lado, la neutralidad de los poderes públicos que deriva de la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero FJ 4, que el art. 16. 3 de la Constitución tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre y 177/1996, de 11 de noviembre), considera al componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones introduciéndose de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales (STC 177/1996)”, En PAREJO GUZMÁN, M. J., «Laicidad y ejercicio de la libertad religiosa en un Estado religioso», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVI, 2020, p. 860, nota a pie de página 1.

Sin embargo, la neutralidad en España solo puede ser resultado de la combinación entre la separación y la cooperación entre el Estado y las diferentes confesiones. Una vez que el modelo de aconfesionalidad impone no sólo la separación, sino también la cooperación, la neutralidad no puede consistir solo en la abstención del Estado, sino que también apela a la imparcialidad. En tanto que existe un mandato de cooperación, la neutralidad debería asegurar un trato no discriminatorio por parte de los poderes públicos, evitando la preferencia de unas confesiones sobre otras, para poder dar cumplimiento a la libertad religiosa.

La determinación de la cooperación entre Iglesia y Estado queda a disposición del legislador. La LOLR ha estipulado unas líneas muy generales de los términos en los que se tiene que producir esta cooperación. El art. 7 de la LOLR recoge el principio de igualdad entre confesiones en cuanto al establecimiento de un régimen fiscal favorable. Pero también permite la introducción de diferencias en los acuerdos con base en el criterio del «arraigo en la sociedad española» y del «número de creyentes». Esta cooperación ha tomado forma a través de los Acuerdos con la Santa Sede, celebrados paralelamente a la elaboración de la Constitución y dotando a la religión católica de un estatus especial frente a otras religiones que se practiquen en el país. Además, otras tres normas regulan las relaciones entre el Estado y las diferentes religiones: la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, y la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. Estas normas se han elaborado a imagen y semejanza de los Acuerdos con la Santa Sede, pero han sido denominadas acuerdos «menores», pues no gozan de las ventajas (fiscales, especialmente), que se reconoce a la religión católica³¹. En la práctica no se puede afirmar «la existencia de una auténtica situación de igualdad, pues la diferencia de trato sigue siendo considerable»³².

Es cierto que debe afirmarse la razonabilidad de tratar las religiones de manera diferente, puesto que, como ha sostenido Fernando Rey, «son muy distintas en arraigo social e histórico, en aportación social, en tradiciones culturales, en patrimonio, etc. En ningún lugar del mundo se trata de modo idéntico a las religiones, salvo allí donde se prohíben en la escena pública o se confina a todas en el ámbito privado»³³. Desde este punto de vista, que el legislador dispense mayor protección a los requerimientos de la identidad cultural mayoritaria, no puede comprenderse como discriminatorio, pues se trataría de «una dis-

³¹ En BARRERO ORTEGA, A., «Apuntes críticos al sistema español de acuerdos de cooperación», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 33, 2008, pp. 139-135, procede a un análisis muy completo del modelo de cooperación español, del que estima que, a pesar de suponer un gran avance respecto de la normativa previa, no consigue alcanzar un equilibrio entre libertad e igualdad.

³² BARRERO ORTEGA, A., «Sobre la libertad religiosa en la historia constitucional española», p. 184, *Revista Española de Derecho constitucional*, 21, núm. 61, 2001.

³³ REY MARTÍNEZ, F., (2012). «¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?» *Revista Jurídica de Castilla y León*, 27, p. 10.

paridad de trato derivada de la igualdad consiguiente al tener en cuenta las creencias de la sociedad española; nada distinta a la experimentada en otros ámbitos, como el político, el sindical o el deportivo»³⁴.

Ahora bien, este tratamiento diferenciado tiene límites. En este sentido, Suárez Per tierra ha señalado que «los poderes públicos no pueden cooperar de cualquier modo en cumplimiento del mandato constitucional, porque hay fórmulas de cooperación que pueden devenir inconstitucionales por ser incompatibles con el núcleo duro del sistema»³⁵. Estas incompatibilidades afectan tanto al contenido subjetivo como objetivo del derecho. Respecto de los primeros, Benito Aláez ha sostenido que:

«Aunque en los ordenamientos de neutralidad cooperativa la mayoría social y parlamentaria puede orientarse en favor de las preferencias religiosas, ideológicas o culturales mayoritarias a través de las políticas de derechos fundamentales, expresión de su dimensión objetiva, en materia de limitaciones a los derechos fundamentales no es posible esta parcialidad, pues aquéllas operan sobre el contenido»³⁶.

En cuanto a los límites objetivos que puede adoptar el legislador no son absolutamente nítidos, pues, el Tribunal Constitucional ha afirmado que debe entenderse cumplido el deber de cooperación cuando no se ha «restringido, condicionado u obstaculizado» el ejercicio de la libertad religiosa, si el individuo «ha podido en todo momento desarrollar cualesquiera de las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso» (STC 128/2001, de 4 de junio, FJ 3). La concepción de mínimos que maneja el Tribunal Constitucional del concepto «cooperación» confiere un amplio margen al legislador para configurarla y para decidir en qué términos se va a desarrollar esta cooperación con cada una de las religiones. Asimismo, no determina cuál es el límite superior que el Estado debe respetar en su labor de cooperación, si no quiere transgredir la separación impuesta por la aconfesionalidad.

En conclusión, y respondiendo a la pregunta que nos planteamos en este epígrafe, el modelo de pluralismo cultural que se deduce del art. 16 CE se caracteriza por la relevancia

³⁴ OLLERO TASSARA, A., «Laicidad positiva, igualdad consiguiente», *La Toga*, 196, 2018, p. 223.

³⁵ SUÁREZ PERTIERRA, G., «Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2011, p. 62. Respecto de las obligaciones positivas del Estado, Abraham Barrero estima posible que una confesión religiosa pueda solicitar una prestación que haya sido reconocida previamente de manera exclusiva a otra confesión. El autor desarrolla en profundidad esta idea en su artículo: En este contexto, podría plantearse si no es conveniente optar, desde la laicidad positiva, por una regulación legal amplia, objetiva y generosa, que se completaría después, si se quiere, con acuerdos bilaterales para concretar o puntualizar si se dan los requisitos exigidos, pero no para privilegiar a unas en detrimento de otras en «Multiculturalismo y libertad religiosa», *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, vol. XXVII, 2015, pp. 21-38.

³⁶ ALÁEZ CORRAL, B., «Neutralidad del Estado y símbolos religiosos en el espacio público», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, 2017, p. 246.

pública que la Constitución atribuye a las religiones y de la que se deriva un mandato a los poderes públicos de cooperación. Así pues, el diseño constitucional del pluralismo cultural derivado del art. 16 CE es tendencialmente multiculturalista, en dos sentidos: desde el punto de vista subjetivo, la libertad religiosa protegida como derecho fundamental garantiza que cualquier persona perteneciente a una minoría pueda profesar y manifestar públicamente sus creencias. Desde el punto de vista objetivo, el Estado asume un compromiso positivo con las religiones a través del mandato constitucional. Un Estado laico, en sentido estricto, tiene como principio general la exclusión de los símbolos religiosos en el espacio público, de manera que no se compromete con la plena manifestación de las diferencias. En cambio, un Estado que permite la manifestación de diferentes confesiones en el espacio público, está dando cabida a la expresión del pluralismo cultural. Desde la óptica del pluralismo cultural lo relevante no es la protección ni la preservación de las distintas religiones o identidades religiosas *per se*, sino que las personas puedan participar en la esfera pública de acuerdo con los rasgos culturales con los que se identifican.

Sin embargo, en las últimas décadas y como producto de los flujos migratorios ha aumentado la exposición de símbolos religiosos en el espacio público que han puesto a prueba el supuesto modelo pluralista que se deriva del art. 16 CE. La laicidad positiva no ha favorecido necesariamente a las religiones minoritarias ni, como ha sostenido Alfonso Ruiz Miguel, a quienes son ateos o agnósticos³⁷. Al revés, la expresa mención de la Constitución a la Iglesia católica, la doctrina constitucional desarrollada en favor de la religión mayoritaria y el margen de actuación sobre los límites del art. 16 CE ha permitido que el Estado resuelva estos conflictos dispensando un tratamiento desequilibrado a las diferentes opciones religiosas, lo que no se compadece con el principio de pluralismo cultural.

III. EL PAPEL DE LA CULTURA EN LOS CONFLICTOS EN MATERIA DE LIBERTAD RELIGIOSA

1. Respeto de la dimensión subjetiva del derecho

El legislador ha desatendido la nueva realidad religiosa, dejando sin desarrollo legislativo cuestiones polémicas como la presencia del crucifijo u otros símbolos religiosos y la prohibición de portar vestimentas religiosas en lugares públicos y, muy especialmente, en las aulas escolares. Esto ha generado un aumento de la conflictividad jurisdiccional en

³⁷ En las últimas décadas Alfonso Ruiz Miguel ha criticado la falta de neutralidad del laicismo positivo respecto de aquellas personas que no tienen creencias religiosas, proponiendo una tercera alternativa frente al binomio laicismo negativo-laicidad positiva y abogando por una tercera postura que denomina de laicidad liberal. Giovanni Blando ha sostenido la misma postura, frente a los partidarios del laicismo negativo a la francesa, como Manuel Atienza. Un seguimiento del debate entre estos dos autores y Manuel Atienza puede consultarse en RUIZ MIGUEL, A., «Laicidad liberal y laicismo», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 44, 2021, pp. 475-482, y en BLANDO, G. «La concepción positiva de la laicidad como negación del propio concepto de laicidad», *Derechos y libertades*, 48, 2023, pp. 91-101.

la materia sin que los jueces o tribunales puedan aplicar la ley para resolver el conflicto, por lo que han tenido que completar esta laguna recurriendo a la interpretación del art. 16 CE. En este apartado se examinará cómo los tribunales resuelven este tipo de conflictos y se mostrará que se valen de la noción de «cultura» para fundamentar resoluciones que favorecen a la religión mayoritaria en detrimento del pluralismo cultural.

En lo que atañe a la dimensión subjetiva del derecho, el uso del velo ha sido uno de los conflictos más repetidos³⁸. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «TEDH») ha enjuiciado en diferentes ocasiones la prohibición del velo islámico. En España también se han producido varios conflictos, aunque no hay en estos momentos jurisprudencia constitucional al respecto. La sentencia que ha abordado con mayor claridad este tema proviene de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo³⁹. La sentencia enjuiciaba una ordenanza municipal de Lérida⁴⁰ que permitía «limitar o prohibir acceder o permanecer en los espacios o locales destinados a tal uso, a las personas que porten velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificulten la identificación y la comunicación visual de las personas» en distintos lugares públicos. El Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto en contra de la ordenanza por vulneración del derecho a la libertad religiosa del art. 16 CE.

El escrito de defensa alegaba que el uso del velo provocaba «la perturbación de la tranquilidad que en nuestra cultura occidental produce el ocultamiento del rostro en la realización de las actividades cotidianas». La sentencia reconoció el potencial cultural del conflicto que «suscita en un mundo cada vez más globalizado el fenómeno de la inmigración y con él de las tensiones provocadas por el pluralismo cultural ideológico y religioso y la necesidad de la adecuada conciliación de las diferencias en armonía cívica» (FD 2), pero el Tribunal Supremo estimó que esta colisión no justificaba la restricción en el derecho

³⁸ Aunque ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que ha resuelto múltiples casos sobre el velo islámico procedente de distintos países europeos. Por ejemplo, en *Leyla Sahin contra Turquía*, sentencia de 29 de junio de 2004, aunque posteriormente se pronunció respecto del velo integral en *S.A.S. contra Francia*, sentencia de 1 de julio de 2014, declarando conforme al Convenio esta prohibición. Por otro lado, también el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Dictamen de 5 de noviembre de 2004 se pronunció respecto de la reclamación de una estudiante de Uzbekistán, debido a la entrada en vigor de una nueva ley de libertad de conciencia y organizaciones religiosas, que prohibía a las musulmanas uzbekas usar atuendo religioso en lugares públicos: «El Comité considera que la libertad de manifestar la propia religión comprende el derecho a llevar en público un atuendo que esté en consonancia con la fe o la religión de la persona. Además, considera que impedir a una persona que porte prendas religiosas en público o en privado puede constituir una violación de párrafo 2 del artículo 18 del Pacto, que prohíbe toda medida coercitiva que pueda menoscabar la libertad de una persona de tener o adoptar una religión. El Comité recuerda que la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias no es absoluta y puede estar sujeta a limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos o libertades fundamentales de los demás».

³⁹ STS 693/2013, de 14 de febrero de 2013, FD 10. Sala de lo Contencioso, Sección 7.

⁴⁰ Adoptada en acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de fecha 8 de octubre de 2010.

fundamental⁴¹. Según la sentencia, incluso si se entendiera efectivamente perturbada la tranquilidad de la mayoría cultural predominante, el papel del poder público no debería ser la negación de la primera hasta su supresión, en la medida en que molesta, sino, al revés, la conciliación de los intereses de los distintos grupos y el respeto a todas las creencias, como ya sostuvo el TEDH. Y así, la sentencia declaró que:

«Por lo demás, la perturbación en nuestra cultura occidental afirmada en la sentencia, si es que en realidad existiera, no podría justificar que un órgano del poder público, cual es sin duda un Ayuntamiento, dado el papel que constitucionalmente le atribuye el art. 9.2 CE, solventase la fricción cultural que esa perturbación manifestase, en el sentido en que lo hace la sentencia recurrida» (FD 10).

Debe subrayarse asimismo la relevancia que el Tribunal Supremo concedió a la interpretación de los participantes sobre su propia cultura religiosa, por encima del significado que le atribuyan agentes externos. Así, frente a las lecturas que sostienen que el uso del velo islámico es incompatible *per se* con la igualdad y, por tanto, un límite necesario a la libertad religiosa, el Tribunal introduce la posibilidad de que una interpretación basada exclusivamente en parámetros occidentales puede estar equivocada, en la medida en que se trata, precisamente, de una práctica cultural ajena a nuestra tradición y reivindica la importancia de que la decisión haya sido adoptada libremente por las mujeres. También se tomaron en consideración las consecuencias en la integración para el grupo concreto sobre el que recaía la prohibición:

«En los estudios doctrinales sobre la justificación de una prohibición de tal tipo no es infrecuente resaltar el riesgo del efecto perverso que pueda derivarse de la misma: el enclaustramiento de la mujer en su entorno familiar inmediato, si decide anteponer a otras consideraciones sus convicciones religiosas; lo que a la postre resultaría contrario al objetivo de integración en los diferentes espacios sociales, y en suma, en vez de servir a la eliminación de discriminaciones, pudiera contribuir a incrementarlas, si a la mujer concernida se le cierran esos espacios» (FD 19).

Cabe apuntar, sin detenernos en ello, pues a este respecto existe abundante bibliografía, que la polémica sobre el uso de las vestimentas religiosas se despliega con mayor fuerza en las escuelas públicas⁴². Tras la sentencia del Tribunal Supremo que se pronunció en

⁴¹ Aunque el Tribunal Constitucional ha limitado la libertad religiosa de una religión minoritaria con base en el orden público en la STC 141/2000, de 29 de mayo. Se trataba del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal y el Tribunal estimó constitucional la restricción, que se amparaba en la protección del orden público.

⁴² Para un estudio completo sobre esta temática consultar ALÁEZ CORRAL, B., «Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 483-520.

2013 sobre la legalidad de la prohibición del hiyab en un instituto de Pozuelo de Alarcón la polémica quedó aparcada hasta 2022, año en el que ha tenido lugar una situación similar en un instituto de Málaga⁴³. Los tribunales no se han pronunciado sobre este asunto en el momento en que se escriben estas páginas⁴⁴.

2. Respeto de la dimensión objetiva del derecho

Atendiendo ahora a la dimensión objetiva del derecho, la cultura también ha sido invocada para restringir el alcance del principio de neutralidad. Así, en la STC 34/2011, de 28 de marzo, se confirmó la constitucionalidad del patronazgo de la Virgen de la Inmaculada Concepción del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla. A juicio del Tribunal, la libertad religiosa, el pluralismo y la aconfesionalidad del Estado exigen la neutralidad de todas las instituciones públicas. Ahora bien, la virtualidad de la Virgen excede su significado religioso, puesto que se ha estimado que muchos de los símbolos religiosos han pasado a ser «predominantemente culturales», por lo que «no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE»⁴⁵. Este fue el caso del Colegio de Abogados que en sus estatutos se define como aconfesional. El Tribunal tuvo en cuenta que «la configuración de estos signos de identidad puede obedecer a múltiples factores y cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de ésta, lo que origina que no pocos elementos representativos de los entes territoriales, corporaciones e instituciones públicas tengan una connotación religiosa». No se trataría, entonces, de un símbolo religioso, sino de un elemento cultural, aunque, como reconoce el propio Tribunal, este encuentra su cauce en los símbolos religiosos secularizados⁴⁶. Este tratamiento del predominio del factor cultural no solo supone una excepción a la neutralidad religiosa, sino que beneficia a las religiones extendidas culturalmente y, por tanto, a las religiones mayoritarias⁴⁷.

⁴³ MORILLO, I. (2022), «El vacío legal sobre el uso del velo pone a las escuelas en una encrucijada», *El Confidencial*. 12/03/2022. Disponible en: <https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2022-03-12/vacio-legal-velo-pone-escuelas-encrucijada_3390576/>. [Consultado el 13/11/2014].

⁴⁴ Puede consultarse la información relativa a los conflictos de Shaima Saidani, Zoubida Barik y Fátima Elidrisi, que tuvieron lugar en 2007, 2005 y 2002, respectivamente, en el apartado «La polémica del velo en España», de CEMBRERO, I., publicado en TORRES BENAYAS, V. (2012). La justicia da la razón al instituto de Pozuelo vetó a una alumna con velo. *El País*. 3/02/2012. Disponible en: <https://elpais.com/ccaa/2012/02/03/madrid/1328287815_220287.html>. [Consultado el 13/11/2014].

⁴⁵ STC 34/2011, de 28 de marzo, FJ 4.

⁴⁶ Como ya mencionó la STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 5 respecto del descanso dominical o el ATC 359/1985, de 29 de mayo, FJ 3, respecto de la enseñanza de Derecho eclesiástico en las Universidades públicas.

⁴⁷ Como se puede leer en el caso *Lautsi c. Italia*, sentencia de 18 de marzo de 2011, el Tribunal de casación italiano competente para enjuiciar el caso sostuvo que se trataba de un símbolo expresivo de «toda una civilización o de la conciencia ética colectiva [...], un valor universal, independiente de una confesión religiosa específica», párrafo 23.

Esta línea jurisprudencial no se compadece con el mandato constitucional de neutralidad religiosa, ni siquiera entendida en términos de laicidad positiva, pues el carácter cultural de un símbolo no excluye que porte también una fuerte carga religiosa. Ningún símbolo religioso puede reputarse como neutral teniendo en cuenta que «las minorías religiosas, ateos y agnósticos no pueden sustraerse a su presencia»⁴⁸. Otra cosa es que la debida neutralidad no se vulnere en casos en que los símbolos religiosos tengan un valor patrimonial y artístico que justifique su presencia en un lugar público⁴⁹, en aplicación del art. 46 CE que consagra el deber de los poderes públicos de conservar y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural.

La restricción del principio de neutralidad en favor de la religión mayoritaria se ha producido en otras ocasiones en conflictos similares, respecto de la presencia del crucifijo en las aulas. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León⁵⁰ (en adelante, «TSJCyL») enjuició la negativa por parte de una escuela pública a retirar los crucifijos de las aulas a petición de una madre del centro. El Tribunal de instancia había resuelto que tal negativa no era conforme con la Constitución. El momento en que el TSJCyL emitió el fallo, estaba pendiente de resolverse un caso análogo ante la Gran Sala del TEDH que daría lugar a la famosa sentencia *Lautsi II*⁵¹. El caso era muy similar; en *Lautsi* una madre y sus hijos demandaron a la escuela pública que había denegado su solicitud de retirar el crucifijo del aula en la que los jóvenes recibían clase. La sentencia de Sala había considerado que la exposición en las aulas de un colegio público de un símbolo de la religión mayoritaria difícilmente puede contribuir a preservar una sociedad democrática, concluyendo por lo anterior la vulneración de los derechos de los demandantes. Posteriormente, y ante el revuelo que provocaría esta sentencia, con *Lautsi II* la Gran Sala anuló el fallo previo y declaró que la actuación del centro escolar entra dentro del margen de apreciación que corresponde a cada uno de los Estados en la protección de los derechos del Convenio.

Pero, como hemos señalado, cuando el TSJCyL tuvo que dictar sentencia, *Lautsi II* no había llegado todavía, es decir, que la jurisprudencia europea vigente en este momento había declarado contraria a los derechos del convenio la presencia del crucifijo en el aula. Sin embargo, el TSJCyL introdujo una variación sobre *Lautsi I*, evitando sentar una doctrina

⁴⁸ REY MARTÍNEZ, F., «¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?», cit., p. 29.

⁴⁹ En este sentido, VÁZQUEZ ALONSO, V., *Laicidad y Constitución*, cit., p. 609.

⁵⁰ STSJCyL 6638/2009, de 14 de diciembre de 2009. Sala de lo Contencioso, Sección 3.

⁵¹ Sobre el impacto de esta sentencia en la posterior STC 34/2011, de 28 de marzo, aquí analizada, consultar el estudio crítico de BARRERO ORTEGA, A., «El caso Lautsi: la cara y la cruz», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, 2012. SIMÓN YARZA, F., «Símbolos religiosos, derechos subjetivos y derecho objetivo. Reflexiones en torno a Lautsi», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 43, 2012 realiza un análisis de *Lautsi* en el que sostiene la necesidad de articular un modelo de laicidad que tenga en cuenta los intereses de las pequeñas comunidades religiosas. A pesar de lo bien fundamentado de su trabajo y de que en lo fundamental coincidimos con el enfoque no meramente individualista del derecho a la libertad religiosa y de los derechos fundamentales, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que las «pequeñas comunidades» profesan la fe católica, religión mayoritaria en Italia.

unívoca. La sentencia reconoció que los Consejos escolares estaban habilitados para tomar la decisión sobre la presencia de los crucifijos en las aulas⁵². El tribunal se basó en este extremo en la STC 130/1991, en la que se reconoció la competencia a la comunidad universitaria para tomar las decisiones relativas a los símbolos identitarios en aplicación del derecho a la autonomía universitaria. Esta doctrina constitucional sostiene que en un ordenamiento cuyos valores superiores son la libertad y el pluralismo político la vía natural de expresión de lo que se considera interés público en cada momento lo constituye la voluntad mayoritaria:

«En un Estado democrático de Derecho que proclama como valores superiores del ordenamiento la libertad y el pluralismo político, la vía natural de expresión de la idea y del contenido que la sociedad –en nuestro caso, la comunidad universitaria tiene del interés público vigente en cada momento, cuando se trata de la adopción de Acuerdos que llevan consigo opciones de naturaleza primaria o prevalentemente política– como los adoptados por el Claustro Constituyente en representación de la comunidad universitaria y en ejercicio de su autonomía– lo constituye la voluntad mayoritaria de los órganos representativos, formada en debate público y a través de los procedimientos jurídicos establecidos»⁵³.

La sentencia del TSJCyL aplica un tratamiento equivalente al derecho de los padres a participar en la vida escolar. Sin embargo, el carácter mayoritario de una decisión adoptada colectivamente no debería suponer una injerencia en un derecho fundamental o una excepción en la aplicación del principio de neutralidad. En este sentido, el Tribunal Supremo ha sostenido que:

«No resulta compatible con el marco constitucional y legal vigente, y en particular, con el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas la utilización, incluso ocasional, de banderas no oficiales en el exterior de los edificios y espacios públicos, aun cuando las mismas no sustituyan, sino que concurren, con la bandera de España y las demás legal o estatutariamente instituidas»⁵⁴.

Si bien este pronunciamiento se refiere al ámbito de la neutralidad ideológica de las Administraciones Públicas puede ser perfectamente aplicado al caso que nos ocupa, pues la neutralidad ideológica y la neutralidad religiosa tienen umbrales distintos, ya que la exigencia de neutralidad en el caso de la aconfesionalidad del Estado debe reputarse más

⁵² Como hace notar REY MARTÍNEZ, F. (2012) «¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?» cit., p. 16.

⁵³ STC 130/1991, de 6 de junio, FJ 5.

⁵⁴ STS 1163/2020, de 26 de mayo. Sala de lo Contencioso, Sección 4, que resolvía el recurso presentado el 22 de octubre de 2016 contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, de 30 de septiembre de 2016, que reconocía la bandera canaria como uno de los símbolos del pueblo canario para izarla en la sede central del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

firme que la ideológica. En todo caso, la sentencia tuvo en consideración el respeto a la libertad religiosa de los alumnos que disienten y, en aplicación de la doctrina de *Lautsi I*, se reconoció el derecho de los estudiantes a solicitar la retirada del crucifijo.

El TSJCyL establece una excepción para el principio de neutralidad en la que se permite la identificación entre el Estado y una confesión en favor de la mayoría. Y, si bien es cierto que en último término protege la libertad de los afectados, por cuanto les permite reclamar la retirada del crucifijo, ello solo es posible a costa de mostrar las preferencias religiosas de los estudiantes, lo que resulta problemático desde la óptica del 16.2 CE por la que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su propia confesión⁵⁵.

El TSJCyL no invoca de manera directa el peso que tiene el carácter mayoritario de la religión de que se trata, aunque en la práctica argumenta en favor de la cultura mayoritaria. En *Lautsi*, los tribunales sí se pronunciaron a este respecto. En la jurisdicción contencioso-administrativa el tribunal de instancia⁵⁶ se basó en el carácter secular de la cruz para justificar su presencia en el aula, en el sentido, sostuvo, de que esta no suponía la adhesión a una religión, sino la herencia histórica y cultural de la nación italiana. El Tribunal afirmó que la cruz representaba además un sistema de valores –libertad, igualdad, dignidad humana y tolerancia religiosa e igualmente, por tanto, laicidad del Estado– que coinciden precisamente con aquellos valores constitucionales. En su pronunciamiento no ignoró el alcance que tenía la decisión judicial no solo para los alumnos concernidos, sino para la articulación del multiculturalismo. En sus palabras:

«Nuestra época está marcada por un encuentro agitado con otras culturas, y para evitar que tal encuentro no se transforme en choque, es indispensable reafirmar incluso simbólicamente nuestra identidad, más aún cuando ésta se caracteriza precisamente por los valores de respeto de la dignidad de todo ser humano y de universalidad solidaria».

También el Consejo de Estado confirmó la legalidad de la medida y reiteró que el crucifijo en un ámbito no religioso refleja los valores sostenidos por el sistema constitucional y que, en ese sentido, pueden cumplir con una labor altamente educativa con independencia de la religión que profesen los alumnos, como valores propios de la tradición, del modo de vida, y de la identidad del pueblo italiano.

⁵⁵ Benito Aláez ha señalado que «pretender, como hizo la Sentencia del TSJCyL de 14 de diciembre de 2009, que el crucifijo solo sea retirado de las aulas de los colegios públicos cuando lo pidan los padres afectados, implica no tener en cuenta que esos padres van a tener que revelar las creencias propias o de su hijos (o su no creencia) para justificar por qué se ven afectados en su libertad religiosa negativa, lo que no resulta compatible con la garantía constitucional de no ser obligados a declarar sobre sus creencias». ALÁEZ CORRAL, B., «Neutralidad del estado y símbolos religiosos en el espacio público», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, 2017, p. 244.

⁵⁶ En sentencia del 14 de enero de 2004 del Tribunal Administrativo de Venecia [*Tribunale amministrativo di Venezia*].

En conclusión, la cultura ha sido invocada como un valor que justifica la restricción del derecho a la libertad religiosa. Esta restricción se ha articulado por dos vías diferentes: la primera como legitimación en la injerencia de la libertad religiosa de quienes profesan una fe minoritaria, normalmente estableciendo prohibiciones o restricciones en la exhibición de símbolos y prácticas. La segunda, inaplicando el principio de neutralidad en los casos en que perjudica a la religión mayoritaria, la fe católica. Aunque respecto de la primera restricción el Tribunal Supremo ha sostenido que la cultura mayoritaria no supone un fin legítimo para restringir la libertad religiosa (en sentido positivo)⁵⁷, no existe un pronunciamiento relativo a la inaplicación del principio de neutralidad.

IV. LA PROYECCIÓN DEL ART. 44.1 CE: EL PLURALISMO CULTURAL COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

De lo expuesto hasta ahora, se desprende que la cultura ha sido invocada como un valor que, enarbolado por una mayoría social, permite realizar excepciones en el ámbito protegido por la libertad religiosa. Como ha señalado Juan José Ruiz, la idea de que el interés de la mayoría «permite limitar los derechos individuales, no tiene acomodo en la teoría general de los derechos fundamentales de la sociedad pluralista» y así «la adecuación de los valores constitucionales a concepciones mayoritarias carece de justificación en una Constitución pluralista en la que valores de diverso signo se limitan recíprocamente»⁵⁸. Sin embargo, en virtud de la laicidad positiva, el diseño constitucional de la libertad religiosa exige prestar atención a las creencias religiosas sociales, lo que en la práctica se traduce fácilmente en dispensar un trato favorable a la religión mayoritaria. Desde la perspectiva del pluralismo que se sostiene en este artículo este trato de favor no supone una transgresión constitucional en todo caso. Pero teniendo en cuenta que la libertad religiosa responde al contexto de la

⁵⁷ A la misma conclusión llega ALÁEZ CORRAL, B., «Neutralidad del estado y símbolos religiosos en el espacio público», cit.: «En este sentido, el art. 9 CEDH exige para limitar la libre manifestación de las creencias que la medida sea necesaria en una sociedad democrática para “la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”, es decir, solo para proteger esas finalidades convencionalmente legítimas [...]» (p. 247). También sostiene que: «estas finalidades legítimas representan las únicas opciones políticas que los textos constitucionales y convencionales consideran compatibles con su concreta configuración de la neutralidad (religiosa e ideológica)» (p. 246) respectivamente. En sentido contrario, María José Parejo que considera que la solución que se impondrá es de corte casuístico y que la decisión la toman los actores involucrados. PAREJO GUZMÁN, M. J., «Reflexiones sobre el asunto Lautsi y la jurisprudencia del TEDH sobre símbolos religiosos: hacia soluciones de carácter inclusivo en el orden público europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, 2010, pp. 865-896.

⁵⁸ RICO RICO, J.J., «El debate en torno a la prohibición del velo integral islámico en el espacio público y los problemas de su legitimidad constitucional», en ALÁEZ CORRAL, B. y RICO RICO, J.J. *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Madrid (Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 2014, pp. 224-225. En el mismo sentido, ALÁEZ CORRAL, B., «Neutralidad del estado y símbolos religiosos en el espacio público», cit. p. 221.

integración y de «la guerra cultural»⁵⁹, reconocer excepciones a la neutralidad con base en la voluntad de la mayoría cultural o limitar la libertad religiosa apelando al impacto que las prácticas generan en la cultura mayoritaria, desactiva precisamente lo que el derecho a la libertad religiosa persigue proteger, el pluralismo.

1. Determinación del sentido del pluralismo cultural

Bajo la óptica democrática el pluralismo cultural debe entenderse como la posibilidad de concurrencia de opiniones e ideas en un espacio público y procedimentalmente orientado a asegurar la convivencia en igualdad de derechos entre personas y grupos con diferentes formas de vida y a su participación en la deliberación pública. El pluralismo cultural trasciende «las instituciones formales de las democracias liberales, como las legislaturas, los tribunales y la burocracia, y los procesos no oficiales de la sociedad civil, tal como se articulan en los medios de comunicación y las asociaciones y movimientos sociales»⁶⁰, ampliando la esfera del pluralismo político. El principio de pluralismo cultural aplicado a los derechos no predetermina la protección de las minorías en todo caso, sino que pretende garantizar la participación de las personas en el proceso por el que los significados y valores atribuidos a las prácticas culturales son negociados, disputados o resignificados.

Por tanto, según esta perspectiva, el hecho religioso pluralista no debe respetar simplemente los elementos subjetivos de quienes profesan la religión minoritaria, sino también el principio de neutralidad como prohibición de la identificación entre una concreta confesión y las instituciones públicas. Ello evita la exclusión simbólica de grupos enteros de ciudadanos y la hegemonía cultural auspiciada por los poderes públicos, que sería difícilmente compatible con el contenido del art. 16 y del art. 44.1 CE. El pluralismo operaría como lo hace en el modelo norteamericano, que responde a «la idea de que la razón de ser de la neutralidad es una integración igualitaria en la comunidad política», en el sentido de «que nadie se sienta un *outsider* por razón de su identidad religiosa»⁶¹.

Como ha sostenido Víctor Vázquez, la prolongación del pluralismo político a la libertad religiosa no es una afirmación pacífica en Derecho constitucional⁶². Pero, aunque el art. 1.1 CE que reconoce el pluralismo político no extiende este principio a otros ámbitos, es posible deducirlo de otros preceptos constitucionales más concretos, como explicaré a continuación. La invocación a la cultura se está produciendo ya de manera más o menos

⁵⁹ REY MARTÍNEZ, F., «¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?», cit. p. 18.

⁶⁰ BENHABIB, S., *Las reivindicaciones de la cultura*, cit., p. 202. La autora sostiene que lo que hace único al enfoque deliberativo es «es su visión de la interacción entre los compromisos liberales con los derechos políticos, civiles y humanos básicos, el debido proceso y las luchas políticas democráticas en la sociedad civil», p. 193.

⁶¹ VÁZQUEZ ALONSO, V., *Laicidad y Constitución*, cit., pp. 614-616.

⁶² VÁZQUEZ ALONSO, V., *Laicidad y Constitución*, cit., p. 446.

explícita en las sentencias de los últimos años, porque los tribunales no ignoran el enfrentamiento cultural que entraña el conflicto constitucional sobre libertad religiosa. En aplicación de los arts. 44.1 CE y 9.2 CE, que reconocen el derecho a la cultura y la obligación de los poderes públicos de garantizar la participación de los ciudadanos en la vida cultural, el pluralismo cultural se cifra como una garantía dirigida a que las expresiones culturales formen parte de la deliberación pública. Se ampliaría así el pluralismo político, prolongándose más allá de la esfera de la política institucional, a todos los ámbitos restantes⁶³. Evidentemente, no se pretende que el art. 44.1 CE pueda operar e introducirse en cualquier ámbito de la realidad social para introducir este principio de «pluralismo cultural». Sin embargo, puede proyectarse sobre otros derechos fundamentales que concreten, de este modo, su ámbito de actuación y alcance.

2. Determinación de la eficacia del precepto

Para determinar la eficacia del precepto, debe tenerse en cuenta que el derecho a la cultura ha sido constitucionalizado como uno de los principios rectores de la política económica y social, por lo que no se trata de un derecho subjetivo en sentido estricto. Ello no impide su aplicación como un principio constitucional y, por tanto, como un elemento de ponderación. Paloma Biglino ha subrayado la potencialidad de los principios rectores como elementos de ponderación en los conflictos entre derechos y bienes constitucionales. Así, ha sostenido que «hay, sin embargo, otro aspecto de la eficacia interpretativa de los principios que ha revestido menos interés, aunque quizá tenga mayor importancia. Se refiere a la manera en que los principios han de influir cuando el Tribunal debe resolver casos de conflicto entre derechos o entre derechos y otros bienes constitucionales». En este sentido, cuando se trate de ponderar dos derechos o bienes jurídicos enfrentados, la balanza debería inclinarse en favor de los principios rectores⁶⁴. Siguiendo esta argumentación, el art. 44.1 CE debe ser aplicado en este tipo de conflictos como un elemento de ponderación. La activación del art. 44.1 CE en relación con la libertad religiosa supone incluir en la ponderación entre bienes jurídicos la participación en la esfera pública con arreglo a la identidad cultural, conectada con la libertad religiosa.

⁶³ Una perspectiva diferente, pero no necesariamente opuesta del derecho puede encontrarse en ROCA FERNÁNDEZ, M.J., «La enseñanza de la religión en la escuela y los derechos culturales», *Revista general de derecho constitucional*, núm. 35, 2021. La autora se apoya en el art. 44.1 CE para defender que la enseñanza de religión forma parte del derecho de los estudiantes de acceder a la cultura. A mi juicio, esto es así, siempre que el legislador desarrolle este contenido del principio rector por ley. Mientras tanto, el derecho a la cultura, configurado como un principio rector, difícilmente ostenta un contenido subjetivo *per se*. Otra cosa es que su contenido objetivo, como principio, pueda conectarse a partir de otros preceptos constitucionales, como es la libertad religiosa.

⁶⁴ BIGLINO CAMPOS, P., «Principios rectores, legislador y Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 53-84.

Por relación a las sentencias que hemos visto en el apartado anterior y aplicado el art. 44.1 CE al análisis, podríamos afirmar que el fallo dictado por el Tribunal Supremo incluye la perspectiva de pluralismo cultural en tres elementos diferentes. En primer lugar, el Tribunal no invoca el art. 44.1 CE, pero alude a la obligación de los poderes públicos que el art. 9. 2 CE estipula, la de facilitar la participación en la vida cultural como criterio para resolver los «choques culturales». En segundo lugar, la cultura como un proceso abierto y, por tanto, participativo, aparece en la sentencia al señalarse que la tradición occidental está menos autorizada para imponer su versión del velo (prohibiéndolo en todo caso) de lo que lo están aquellas mujeres que lo llevan para reafirmar o resignificar esta práctica. Por último, la sentencia toma en consideración los efectos que la medida implica para el colectivo afectado, y no lo hace invocando la interdicción de discriminación, sino el riesgo que entraña esta medida como factor que las excluya del espacio público.

En cuanto a la presencia de símbolos religiosos en los espacios públicos, los principales efectos de aplicar el pluralismo cultural sobre los ejemplos expuestos son los que siguen. En primer lugar, en contra de lo que ha sostenido el TC en la STC 34/2011, de 28 de marzo, el carácter secular que se presupone en el símbolo no justifica que sea adoptado para representar al Colegio de Abogados de Sevilla. La apelación al carácter cultural del símbolo no le despoja de su impronta religiosa. En tanto que el pluralismo cultural se manifiesta en distintos elementos, la nota «cultura» no exime de subsumir el fenómeno bajo la protección de la libertad religiosa, sino más bien al revés, obliga a aplicar el genérico principio de pluralismo cultural en el ámbito específico del derecho fundamental.

Respecto del fallo del TSJCyL tampoco este es acorde al principio de pluralismo, y ello a pesar de que en aplicación de *Lautsi I* se propone una medida de ajuste razonable que pretende tutelar la libertad religiosa de los demandantes. A pesar de lo anterior, desde la perspectiva del pluralismo cultural debe descartarse la interpretación de la laicidad positiva sostenido en el fallo. Según la sentencia, la identificación del Estado con los símbolos religiosos en los espacios públicos es acorde a la Constitución cuando la decisión ha sido adoptada por la mayoría cultural. Para respetar la libertad religiosa de las minorías, bastaría con retirar el crucifijo de las aulas ante una eventual petición por parte de quien pueda sentirse perturbado por este símbolo. A este tipo de argumento, utilizado también en *Lautsi*, puede responderse, como así se hizo en *Lautsi II*⁶⁵, que el impacto que tiene sobre el educando el símbolo religioso es mínimo, demasiado pequeño como para declarar la vulneración de los aspectos subjetivos que componen la libertad religiosa, lo que, desde nuestro punto de vista es cierto. La disconformidad con la Constitución no viene dada por la afección a las facultades subjetivas de los demandantes, sino por el quebrantamiento del principio de pluralismo que se proyecta en la dimensión objetiva de la libertad religiosa, pues el símbolo proclama una homogeneidad social que no existe. El fallo del tribunal no toma en consideración la perspectiva del pluralismo como elemento de ponderación entre los bienes jurídicos. La exposición de los símbolos religiosos como representación del

⁶⁵ *Lautsi y otros c. Italia*, sentencia del TEDH de 18 de marzo de 2011.

Estado es incompatible con el pluralismo como un principio que previene la exclusión de las diferencias culturales en la esfera pública, pues, como hemos sostenido, esto entraña el peligro de producir una exclusión simbólica de ciudadanos. Si este principio se retrae, debería por lo menos justificarse con base en los bienes constitucionales más que en la voluntad del Consejo escolar.

V. CONCLUSIONES

La libertad religiosa es un derecho vinculado desde sus orígenes al pluralismo cultural. Esto supone que el modelo de multiculturalidad que adopta un Estado depende, en buena parte, del desarrollo legislativo y de la interpretación constitucional de la libertad religiosa. En España el principio de laicismo positivo y cooperación con las confesiones induce a creer que se trata de un modelo que promueve el pluralismo cultural. Sin embargo, tanto la literalidad del texto constitucional, como el desarrollo legislativo y jurisprudencial de la libertad religiosa tiende a favorecer a la religión mayoritaria. Y, aunque esta preferencia debe respetar límites, estos no son estrictos y permiten un amplio margen al legislador para que en sus políticas de cooperación se introduzca un elemento importante de desequilibrio entre religiones.

A lo anterior hay que sumar que la migración y cierta desatención por parte del legislador han generado un aumento en la conflictividad jurisdiccional del hecho religioso. A través del análisis jurisprudencial, hemos mostrado que, al resolver este tipo de casos, los tribunales han apelado al factor de la «cultura mayoritaria» para restringir el contenido de la libertad religiosa, neutralizando la protección que este derecho dispensa a las minorías. Como hemos señalado, esta interpretación de la cultura no es constitucionalmente adecuada. La participación en la vida cultural del art. 44.1 CE entraña un principio de pluralismo cultural al que los poderes públicos no pueden ser ajenos en el ejercicio de sus funciones, incluyendo la función judicial. Así, aunque el art. 44.1 CE no es invocable de manera inmediata en los tribunales, debe proyectarse sobre el art. 16 CE para tenerse en cuenta como elemento de ponderación. Es cierto que el carácter general del derecho a la cultura dificulta su operatividad jurídica. Pero esta objeción decae si se concreta el contenido del precepto a través de su conexión con los derechos fundamentales que recaen sobre ámbitos culturales. Por tanto, en virtud del art. 44.1 CE estos derechos no solo constituyen libertades, sino que deben ser interpretados como ámbitos en los que se proyecta un principio constitucional de pluralismo cultural.

Así, como hemos mostrado en la última parte del trabajo, la introducción del art. 44.1 CE sobre la libertad religiosa afecta al sentido del fallo y permite prolongar el principio de pluralismo que normalmente se restringe a la esfera de la política institucional. El art. 44.1 CE se erige como un principio que, en los ámbitos culturales de relevancia constitucional (derechos fundamentales), se orienta a garantizar la participación de las personas en el

proceso por el que los significados y valores atribuidos a las prácticas culturales son negociados, disputados o resignificados. De este modo, por mucho que la configuración de la libertad religiosa en la Constitución española admita un régimen diferenciado en favor de la religión mayoritaria, este favorecimiento debe producirse de conformidad con el pluralismo cultural, es decir, sin exclusión de los que sean ajenos a ella.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B., «Neutralidad del estado y símbolos religiosos en el espacio público», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, 2017, pp. 217-256.
- ALÁEZ CORRAL, B., «Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 483-520.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y Constitución Española*, Madrid (Tecnos), 2010.
- BARRERO ORTEGA, A., «Laicidad v. cooperación», *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 31, 2015, pp. 39-58.
- BARRERO ORTEGA, A., «El caso Lautsi: la cara y la cruz», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, 2012, pp. 379-409.
- BARRERO ORTEGA, A., «Multiculturalismo y libertad religiosa», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVII, 2011, pp. 21-38.
- BARRERO ORTEGA, A., «Apuntes críticos al sistema español de acuerdos de cooperación», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 33, 2008, pp. 139-135.
- BARRERO ORTEGA, A., «Sobre la libertad religiosa en la historia constitucional española», *Revista Española de Derecho constitucional*, 21, núm. 61, 2001, pp. 131-185.
- BENHABIB, S., *Las reivindicaciones de la cultura*, Gedisa (Barcelona), 2006.
- BIGLINO CAMPOS, P., «Principios rectores, legislador y Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 53-84.
- CARMONA CUENCA, E., «El velo islámico, la libertad religiosa y la igualdad de género», *Los símbolos religiosos en el espacio público*, REVENGA SÁNCHEZ, M, RUIZ RICO, G., RUIZ RUIZ, J. J. y otros (coords.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2011, pp.157-163.

- FAGGIANA, V., *La controvertida cuestión del velo islámico. Una perspectiva de género desde el espacio europeo*. Valencia (Tirant Lo Blanch), 2020.
- FRASER, N., «Nuevas reflexiones sobre el reconocimiento», *New left review*, núm. 4, 2000, pp. 55-68.
- GARCIMARTÍN MONTERO, M.C., *La religión en el espacio público*, Navarra (Thomson Reuters), 2016.
- GONZÁLEZ BLASCO, P., *Religión y sociedad en la España de los 90*, Madrid (Fundación Santamaría), 1992.
- GONZÁLEZ MORENO, B., *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid (Civitas), 2003.
- GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J., «A propósito del velo islámico ¿es posible una solución multicultural o intercultural?», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 24, 2010, s/p.
- HÄBERLE, P., «La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54, 1998, pp. 11-38.
- HABERMAS, J., «De la tolerancia religiosa a los derechos culturales». *Claves de razón práctica*, núm. 129, 2003, pp. 11-12.
- HASANAJ, S., *Diritti delle minoranze*. Napoli (Editoriale scientifica), 2020.
- INTXAURBE VITORICA, J. R., RUIZ VIEYTEZ, J., «Marco jurídico interno sobre la gestión de la diversidad religiosa: el orden normativo como instrumento para la armonización», en MORONDO TARAMUNDI, D y RUIZ VIEYTEZ, J. (eds.). *Diversidad religiosa, integración social y acomodos. Un análisis desde la realidad local en el caso vasco*, Bélgica (Peter Lang), 2014, pp. 15-53.
- KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona (Paidós), 1996.
- MACÍAS JARA, M., «El velo islámico: diversidad cultural y derechos de las mujeres», en REVENGA SÁNCHEZ, M, RUIZ RICO, G., RUIZ RUIZ y otros (coords.) *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2011, pp.133-156.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La afirmación de la libertad religiosa en Europa. De guerras de religión a meras cuestiones administrativas: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa*, Navarra (Thomson Civitas), 2007.

- MOTILLA DE LA CALLE, A., «Consideraciones previas», en MOTILLA DE LA CALLE, A. (ed.) *Los musulmanes en España: libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid (Trotta), 2004, pp. 13-23.
- OLLERO TASSARA, A., «Laicidad positiva, igualdad consiguiente», *La Toga*, 196, 2018, pp. 115-223.
- PAREJO GUZMÁN, M. J., «Laicidad y ejercicio de la libertad religiosa en un Estado religioso», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVI, 2020, pp. 859-885.
- PAREJO GUZMÁN, M. J., «Reflexiones sobre el asunto Lautsi y la jurisprudencia del TEDH sobre símbolos religiosos: hacia soluciones de carácter inclusivo en el orden público europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, 2010, pp. 865-896.
- REY MARTÍNEZ, F., «La laicidad “a la francesa”, ¿modelo o excepción?» *Persona y Derecho*, núm. 53, 2005, pp. 385-438.
- REY MARTÍNEZ, F., «¿Es constitucional la presencia del crucifijo en las escuelas públicas?» *Revista Jurídica de Castilla y León*, 27, 2012, pp. 1-32.
- REY MARTÍNEZ, F., «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 125-171.
- REY MARTÍNEZ, F., «La (jurídica) igualdad de trato (de origen norteamericano) y la (política) igualdad de oportunidades (de origen europeo): conexiones, confusiones y malentendidos», *IgualdadES*, 9, 2023, pp. 13-43.
- RICO RICO, J.J., «El debate en torno a la prohibición del velo integral islámico en el espacio público y los problemas de su legitimidad constitucional», en ALÁEZ CORRAL, B. y RICO RICO, J.J. *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*, Madrid (Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 2014, pp. 123-231.
- ROCA FERNÁNDEZ, M.J., «La enseñanza de la religión en la escuela y los derechos culturales», *Revista general de derecho constitucional*, núm. 35, 2021, pp. 1-24.
- RUIZ MIGUEL, A., «Laicidad liberal y laicismo», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 44, 2021, pp. 475-482.
- SALGUERO SALGUERO, M., «El laicismo y la neutralidad como instancias de legitimación. A propósito de la prohibición del velo islámico en Francia», en LASAGABASTER HERRARTE. I. (dir.), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi*, Lete (Navarra), 2004, pp. 31-91.

- SIMÓN YARZA, F., «Símbolos religiosos, derechos subjetivos y derecho objetivo. Reflexiones en torno a Lautsi». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 43, 2012, pp. 901-925.
- SUÁREZ PERTIERRA, G., «Laicidad y cooperación como bases del modelo español: un intento de interpretación integral (y una nueva plataforma de consenso)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2011, pp. 41-64.
- TAYLOR, C., *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México D. F. (Fondo de Cultura Económica), 2011.
- VÁZQUEZ ALONSO, V., «Cinco tesis sobre la neutralidad del Estado», en ARAGÓN REYES, M., VALADÉS, D. (coords.). *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Zaragoza (Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico), 2023, pp. 609-632.
- VÁZQUEZ ALONSO, V. *Laicidad y Constitución*. Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2012.
- WEILER, J., *Una Europa Cristiana. Ensayo exploratorio*. Madrid (Ediciones Encuentro), 2003.

LA REGULACIÓN DE LAS NEUROTECNOLOGÍAS: LAS «*SANDBOXES*» PARA LA INNOVACIÓN*

THE REGULATION OF NEUROTECHNOLOGIES: SANDBOXES FOR INNOVATION

MANUEL CASADO GARCÍA **

Resumen: La neurociencia y neurotecnología avanzan cada día más. Los investigadores alertan de la existencia de riesgos y la necesidad de una regulación que garantice un desarrollo compatible con los derechos fundamentales. En esta línea, se han realizado propuestas teóricas desde la filosofía o la dogmática de los derechos humanos, pero no se ha concretado una propuesta deontológica sobre una regulación jurídico-positiva de esta cuestión. Se propone realizar un examen de las *sandboxes* para la innovación contenidas en el reciente Reglamento UE para la inteligencia artificial. La propuesta tiene una finalidad heurística que pretende analizar si esta medida puede ser extrapolable como primer paso para una regulación concreta de la neurotecnología.

Palabras clave: neurociencia, neurotecnología, neuroderechos, inteligencia artificial, cajas de arena.

Abstract: Neuroscience and neurotechnology are growing fast. Researchers warn of potential risks and emphasize the need for regulation that ensures compatibility with fundamental rights. In this context, theoretical proposals have emerged from philosophy and human rights doctrine. However, no concrete deontological framework for a legal regulation has been developed. It is proposed to examine the “sandboxes” for innovation outlined in the recent EU Artificial Intelligence Act. This proposal aims to heuristically assess whether this measure can be extrapolated as a first step towards a specific regulation of neurotechnology.

Keywords: Neuroscience, neurotechnology, neurorights, artificial intelligence, sandboxes.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA NEUROCIENCIA Y LA NEUROTECNOLOGÍA; 1. ¿Qué entendemos por neurociencia y neurotecnología?; 2. Los avances actuales, la perspectiva de la neurociencia y la neurotecnología y los posibles riesgos; III. EL DEBATE SOBRE LA REGULACIÓN DE LA NEUROTECNOLOGÍA; 1. Los neuroderechos; 2. La ausencia de una regulación jurídico-positiva; IV. LA REGULACIÓN DE LA IA COMO CASO DE ESTUDIO;

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2025.51.003>

Fecha de recepción: 30/01/2025

Fecha de aceptación: 06/03/2025

** Finalista en la modalidad de Derecho público y Filosofía jurídica del XIV Premio Jóvenes Investigadores de la RJUAM. Actualmente, doctorando en el Programa de doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Este trabajo es una adaptación y actualización de una de las partes del Trabajo de Fin de Máster en Investigación Jurídica de la UAM, tutorizado por la profesora Silvia Díez Sastre, a quien agradezco profundamente su ayuda, comentarios, dedicación y, en particular, confianza depositada en mí. manuel.casado@uam.es

1. El Reglamento UE como primera regulación para la inteligencia artificial; 2. Las *sandboxes* (cajas de arena) para la innovación como posible espacio regulatorio para la neurotecnología; V. CONCLUSIONES; VI BIBLIOGRAFÍA; VII NORMATIVA.

I. INTRODUCCIÓN

Los avances de la neurociencia y las neurotecnologías, junto al desarrollo de la inteligencia artificial (IA), plantean un reto de grandes dimensiones. Cuando estas tres disciplinas se imbrican, el abanico de posibilidades del avance científico-tecnológico se amplía: redes neuronales, neurodispositivos capaces de leer la actividad neuronal y modularla, neuroprótesis, estimulación cerebral profunda, interfaces cerebro-máquina, etc.¹ Así, el reto radica en qué tratamiento jurídico debemos dar a estas nuevas cuestiones.

En este contexto, los propios neurocientíficos han mostrado su particular temor por los posibles riesgos que pueden conllevar estos desarrollos, así como su creencia, más o menos extendida, en la necesidad de una regulación de estas neurotecnologías². Y es que no debemos olvidar que se trata de tecnologías que pueden afectar al cerebro y al sistema nervioso como nunca antes habíamos imaginado. Hablamos de la posibilidad, no solo de curar enfermedades, sino de potenciar y mejorar la capacidad y funciones cognitivas en individuos sanos desde el punto de vista clínico, lo que abre la puerta al transhumanismo³. A lo que se suma el hecho de que son empresas privadas las que desarrollan estos avances sin controles específicos sobre la materia ante la ausencia de regulación.

Con este punto de partida, la literatura filosófica, política, jurídica y científica ha indagado en buscar respuestas a estos retos⁴. En particular, se han formulado los denominados

¹ BLANCO, C., *Historia de neurociencia. El conocimiento del cerebro y la mente desde una perspectiva interdisciplinar*, Madrid (Biblioteca Nueva), 2014, p. 127; SHREEVE, J., «Beyond the Brain», *National Geographic*, sin fecha. Disponible en: <<https://www.nationalgeographic.com/science/article/mind-brain>> [Consultado el 10 de junio de 2024].

² Tanto para su propia seguridad en cuanto a la investigación, como por los grandes riesgos que se pueden derivar de una ausencia regulatoria cuando estas investigaciones se realizan por parte de empresas privadas, como puede ser el caso del magnate estadounidense Elon Musk y su empresa Neuralink, que ya ha conseguido implantar en un ser humano una interfaz cerebro-máquina. NEURALINK, «PRIME, Study Progress Update», sin fecha. Disponible en: <<https://neuralink.com/blog/prime-study-progress-update/>>. [Consultado el 13 de junio de 2024]. En la propia página web se está ofreciendo un registro para pacientes con tetraplejia que deseen participar en ensayos de investigación.

³ Este es el punto de partida de la filosofía transhumanista: todo individuo humano tiene capacidad de mejora cognitiva. Para una panorámica sobre esta corriente filosófica, CÁRCAR BENITO, J. E., «El transhumanismo y los implantes cerebrales basados en las tecnologías de la inteligencia artificial: sus perímetros neuroéticos y jurídicos», *Ius et Scientia*, núm. 5, 2019, p. 160.

⁴ AMOEDO-SOUTO, C. A., «El Derecho administrativo español ante las neurociencias y el neuroderecho: desarrollos y perspectivas», *Ius et Scientia*, núm. 4, 2018, pp. 84-106, p. 102; GOERING, S. *et al.* «Recommendations for Responsible Development and Application of Neurotechnologies», *Neuroethics* (Springer), núm. 14, 2021, pp. 365-386, p. 371; MOREU CARBONELL, E., «La regulación de los neuroderechos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2022, p. 70.

neuroderechos, una suerte de nuevos derechos humanos que tengan en cuenta el avance en este campo y las consecuencias que puede tener en cómo abordamos nuestra propia naturaleza humana. Por otro lado, otros autores consideran ineficaz la inclusión de estos como derechos humanos. Entienden que es más útil promover un desarrollo legislativo, asumiendo que los derechos fundamentales que ya conocemos pueden absorber estos neuroderechos.

Pues bien, pese a esta propuesta de los neuroderechos, parece que falta o no es suficiente un análisis sobre cómo concretar una regulación jurídico-positiva, más allá de invocaciones a los derechos humanos y fundamentales, sobre la neurociencia y las neurotecnologías. Así, si bien se está debatiendo, en el seno del Derecho privado, sobre la responsabilidad derivada de estos avances, muy particularmente de la de la inteligencia artificial, y, por extensión, de la provocada específicamente por neurotecnologías, parece que se está dejando de lado una cuestión que atañe al Derecho público y consideramos fundamental: los propios límites que debemos (o no) poner a esta neurotecnología.

Por ello, en este trabajo se propone investigar sobre una medida regulatoria concreta para las neurotecnologías: las *sandboxes* o cajas de arena para la innovación. En primer lugar, se tratará brevemente el debate sobre la regulación de la neurotecnología, realizando una panorámica sobre la propuesta teórica de los neuroderechos y la falta de una regulación jurídico-positiva para, posteriormente, analizar el caso de las cajas de arena, concretamente, las contenidas en el reciente Reglamento UE IA, para dilucidar si pueden ser una buena primera medida para la regulación de las neurotecnologías desde una perspectiva *ex ante*. En conclusión, el objetivo de este trabajo es plantear una panorámica sobre las neurotecnologías para examinar, no una propuesta regulatoria general, sino si el *sandbox* puede ser un instrumento regulatorio adecuado para este ámbito.

II. LA NEUROCIENCIA Y LA NEUROTECNOLOGÍA

1. ¿Qué entendemos por neurociencia y neurotecnología?

La neurociencia no es algo netamente nuevo si entendemos esta como el estudio del cerebro y el sistema nervioso humanos. Sin embargo, en un sentido contemporáneo y específico, la neurociencia puede referirse, de forma genérica, al estudio del cerebro y del sistema nervioso en su conjunto: funciones, desarrollo, bioquímica y patologías⁵; así como su interrelación con otras funciones del ser humano: la neurociencia de sistemas actual aborda el estudio de cómo el cerebro procesa la información y el resto de las capacidades humanas, como son los sentidos, la percepción, la memoria, el lenguaje, las emociones, etc.⁶.

⁵ IRISARRI VEGA, N. y VILLEGAS-PAREDES, G., «Aportaciones de la neurociencia cognitiva y el enfoque multisensorial a la adquisición de segundas lenguas en la etapa escolar», *marcoELE. Revista Didáctica Español Lengua Extranjera*, núm. 32, 2021, p. 3.

⁶ BLANCO, C., *Historia de neurociencia. El conocimiento del cerebro y la mente desde una perspectiva interdisciplinar*, Madrid (Biblioteca Nueva), 2014, p. 127.

Así, numerosas ramas confluyen para formar la neurociencia contemporánea: neuropsicología, neuroanatomía, neurofisiología, psicofísica o ciencias computacionales⁷, a las que se debe añadir la inteligencia artificial. En particular, cuando se entrelazan la psicología y la neurociencia, podemos hablar de neurociencias humanas: el cruce entre el estudio del sistema nervioso y el cerebro con el estudio de la mente, la conducta, el comportamiento y las funciones cognitivas⁸. A su vez, la neurociencia cognitiva bebe de la neurobiología del desarrollo para fijar los límites de nuestra capacidad cognitiva y las reglas que rigen en nuestro cerebro, de manera que se nos pueda arrojar una teoría sobre el sustrato biológico de nuestra cognición⁹.

Por tanto, vemos ya la interdisciplinariedad que supone este campo de la ciencia y lo que se deriva de ello en el aspecto jurídico: la complejidad de legislarlo y regularlo. En este sentido, asumiremos, a efectos de este trabajo, una definición de neurociencia amplia, que la posiciona como una disciplina científica que se encarga del estudio del cerebro y del sistema nervioso, sus funciones y estructuras, así como su interrelación con otras funciones humanas, la cognición, el pensamiento, las emociones, etc. Para ello, se apoya en otras disciplinas científicas, como la psicología, la psiquiatría, la biología o la informática. En este sentido, debido a la interdisciplinariedad de la neurociencia, vemos cómo se puede poner la etiqueta «neuro» a aquellas otras disciplinas que la conforman. ¿Por qué no hacerlo con el Derecho cuando este pueda servir para su desarrollo?

Por otro lado, el avance de la neurociencia conlleva la creación de terapias, medicamentos o dispositivos. Podemos hablar de neurotecnología o neurotecnologías, las que se pueden definir, muy generalmente, de una forma bidireccional: las aplicaciones derivadas del avance de la neurociencia, así como la tecnología para dar respuestas y permitir el avance de esta. Así, podemos hablar de herramientas o dispositivos que nos permiten tanto acceder, procesar y monitorizar la actividad neuronal y cerebral, como, gracias a ello, curar o mitigar patologías, complementar funciones motoras, mejorar funciones y aumentar capacidades cognitivas o, por qué no, manipular la mente¹⁰. Hablamos de un área que bebe de la neurociencia, pero también de la ingeniería, de la informática o de la biomedicina para desarrollar desde las bien conocidas técnicas de neuroimagen, como la resonancia magnética, a neuroprótesis, técnicas de estimulación cerebral profunda o interfaces cerebro máquina. En este sentido, se debe señalar una limitación tecnológica tanto aplicativa como para forjar un

⁷ ALBRIGHT, T. P. *et al.*, «Neural Science: A Century of Progress and the Mysteries that Remain», *Cell Press*, núm. 100, 2000, pp. 26-28.

⁸ Por todos, BEAR, M. F. *et al.*, *Fundamentos de Neurociencia y Biología del Comportamiento*. Filadelfia (Lippincott Williams & Wilkins), 2007; KANDEL, E. R. *et al.*, *Principios de Neurociencia*. Nueva York (McGraw-Hill), 2013.

⁹ RACIK, P., «Introduction», en: GAZZANIGA, M. (COORD.), en: *The new cognitive neurosciences*, Boston (MIT Press), 1999, p. 5.

¹⁰ Ahora, cierto es que las técnicas de manipulación mental no son nada nuevo; incluso, el cerebro humano ha presentado cambios debido a tecnologías que no son neurotecnologías, vid. BUENO I TORRENS, D., *Cerebroflexia. El arte de construir el cerebro*, Madrid (Plataforma Editorial), 2016, p. 35

conocimiento teórico: las funciones cognitivas del cerebro no actúan en una zona aislada, sino que existen complejos sistemas, circuitos y redes neuronales que interactúan de miles de maneras entre ellos¹¹. El conocimiento científico y tecnológico actual no nos permite mapear todos estos circuitos de manera que podamos conocer completamente qué sucede si accedemos o estimulamos una zona del cerebro. La comunidad neurocientífica sostiene que existe, como en el caso del ADN y el código genético, un código cerebral: el estudio del cerebro se ha realizado mediante análisis neurona a neurona, pero esto no ha permitido descifrar ese código, ya que las neuronas, en cualquier animal, existen en millones y están, a su vez, conectadas entre sí, dando lugar a billones de conexiones¹².

Desde esta perspectiva, pues, podemos atisbar cómo esto se torna todavía más complicado debido a las múltiples aplicaciones que tiene la neurotecnología. Y es que no solo hablamos de aplicaciones médicas o terapéuticas, sino que también pueden tener aplicaciones no médicas, lúdicas o de mejora. Incluso, aplicaciones mixtas, como es el caso del *neurofeedback*, una aplicación que, a través de técnicas de electroencefalograma (EGG), permite al individuo que la recibe aprender cómo influir en la actividad eléctrica cerebral, de manera que puede tener impacto tanto en casos clínicos como en el entrenamiento y fortalecimiento de tareas y habilidades mentales «sanas»¹³.

2. Los avances actuales, la perspectiva de la neurociencia y la neurotecnología y los posibles riesgos

El foco actual de la neurociencia se encuentra en cartografiar el cerebro, pero no exclusivamente desde esa perspectiva de ir neurona a neurona, sino desde la estrategia de mapear la actividad neuronal completa de tejidos y circuitos neuronales¹⁴. Se inició con pequeños animales y esto llevó a la creación de la iniciativa *Brain Activity Map*, un proyecto iniciado por seis científicos de la Universidad de Harvard en 2013, a imitación del Proyecto Genoma Humano, de manera que se estudiaran y desarrollaran aplicaciones y tecnologías para medir

¹¹ SHREEVE, J., «Beyond the Brain», *National Geographic*, sin fecha. Disponible en: <<https://www.nationalgeographic.com/science/article/mind-brain>>. [Consultado el 12 de junio de 2024].

¹² YUSTE, R., «Las nuevas neurotecnologías y su impacto en la ciencia, medicina y sociedad», *Lecciones Cajal* (Universidad de Zaragoza), núm. 1, 2019 p. 10. Para ayudarnos a entender este punto, Yuste nos ofrece la analogía de una televisión y sus píxeles: intentar entender el funcionamiento del cerebro mirando neurona a neurona sería como intentar ver una película en una pantalla mirando solo un píxel de la misma y, además, comparar ese mismo píxel de esa pantalla con otro de una pantalla diferente. La película se debe ver en una pantalla completa en lo que la ciencia denomina «sistemas emergentes».

¹³ FAJARDO, A. y GUZMÁN, A. L., «Neurofeedback, aplicaciones y eficacia», *Interdisciplinaria. Revista de psicología y ciencias afines* (Centro Interamericano de Investigaciones Psicológicas y Ciencias Afines), núm. 33, 2016, p. 83.

¹⁴ YUSTE, R., «From the neuron doctrine to neural networks», *Nature Reviews Neuroscience*, núm. 16, 2015, pp. 487 y 489.

la actividad de las neuronas y sus circuitos; alterar tal actividad de forma voluntaria, pero con aplicaciones médicas; y analizar todo esto a través de medios informáticos¹⁵.

Inmediatamente tras el lanzamiento de este proyecto, el gobierno de los Estados Unidos de América se hizo eco de la iniciativa y la Administración del entonces presidente Barack Obama lanzó el proyecto BRAIN: *Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies*. Se trata de un proyecto financiado por el Instituto Nacional de Salud, la Fundación Nacional de Ciencias, la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada de Defensa y la Administración de Alimentos y Medicamentos de EEUU¹⁶. El proyecto comenzó a operar en 2015, con el horizonte temporal puesto en 2025, con la premisa fundamental de que, si bien el análisis de los circuitos neuronales es una de las muchas áreas de la neurociencia; en particular, se consideró por sus creadores que es la que podría desembocar en un aumento cualitativo en el progreso de la neurociencia y que, este, adicionalmente, beneficiaría otras áreas de la misma: el objetivo no es solo crear tecnología, sino desarrollarla para que esta nos permita adquirir conocimiento sobre el funcionamiento del cerebro humano y el sistema nervioso para mejorar la salud y curar enfermedades¹⁷. El programa se centra en 7 estrategias: 1) identificar los distintos tipos de células cerebrales y sus funciones; 2) mapear el cerebro a través de la generación de diagramas de circuitos y sinapsis; 3) producir una imagen dinámica del funcionamiento del cerebro; 4) demostrar la causalidad de la relación entre el funcionamiento cerebral y el comportamiento humano a través de aplicaciones que permitan cambiar la dinámica de los circuitos neuronales; 5) establecer fundamentos biológicos para las bases de los procesos mentales a través de nuevas teorías y análisis de datos; 6) avanzar en la neurociencia humana a través del desarrollo de tecnologías que permitan entender el cerebro y tratar sus trastornos y crear redes de investigación para ello; 7) aplicar todo lo anterior al cerebro, de manera que se puedan utilizar las nuevas tecnologías y conceptos para descubrir cómo la actividad neuronal se transforma en cognición, emoción, percepción e impacta en la salud y los trastornos.

En el ámbito europeo, en 2013, la Comisión Europea dio luz verde al Proyecto Cerebro Humano (*Human Brain Project* o HBP por sus siglas en inglés)¹⁸, el cual, en sus propias

¹⁵ ALAN LEO, R., «What Is the Brain Activity Map? A Q&A with George Church», *Harvard Medical School*, 20 de febrero 2013. Disponible en: <<https://hms.harvard.edu/news/what-brain-activity-map>>. [Consultado el 06/06/2024]; ALISIVATOS, A. P. *et al.*, «The Brain Activity Map», *Science*, núm. 339, 2013, p. 2.

¹⁶ FUNDACIÓN PABLO VI, *Diez años de la iniciativa BRAIN*, 10 de abril de 2023. Disponible en: <<https://fpablovi.org/articulos-bioetica/1689-diez-anos-de-la-iniciativa-brain>>. [Consultado el 07/06/2024].

¹⁷ JORGENSON, L. A. *et al.*, «The BRAIN Initiative: developing technology to catalyse neuroscience discover», *Phil. Trans. R. Soc. B*, núm. 370, 2014, pp. 2-3. En este sentido, se observa el carácter bidireccional de la neurotecnología, pues es esta también la que está a servicio de la neurociencia y no solo exclusivamente al contrario.

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, «Final Human Brain Project Summit - Achievements and future of digital brain research», 28 de marzo de 2023. Disponible en:

<<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/final-human-brain-project-summit-achievements-and-future-digital-brain-research>>. [Consultado el 12/06/2024].

palabras, «debería cimentar las bases técnicas para un modelo nuevo de investigación del cerebro basado en las TIC, guiando la integración entre los datos y conocimientos de diferentes disciplinas y catalizando el esfuerzo comunitario para alcanzar una nueva comprensión del cerebro, nuevos tratamientos para enfermedades cerebrales y nuevas tecnologías computacionales a semejanza del cerebro»¹⁹. Entre sus principales hitos, podemos mencionar Ebrains, una herramienta de recopilación de datos e instrumentos informáticos para la investigación cerebral o el Atlas del cerebro humano, un modelo 3D del órgano que consigue recopilar 200 estructuras cerebrales²⁰. A su vez, el proyecto ha potenciado mucho la computación en el estudio del cerebro: sus integrantes han sido conscientes del potencial que arrojan el *big data*, la supercomputación y la inteligencia artificial a la neurociencia moderna y han aplicado estas en sus investigaciones, consiguiendo, entre otros hitos, desarrollar modelos cerebrales para la inteligencia artificial y para robots; y aplicar este conocimiento para la medicina: computación neuromórfica, neuroestimulación para tratar la parálisis, implantes cerebrales para que personas ciegas puedan ver; así como aplicaciones indirectas para tratar las enfermedades, pero no desde tratamientos neurotecnológicos directos, como modelos moleculares que ayudan a realizar descubrimientos en el campo de los medicamentos para enfermedades neurodegenerativas²¹. Sin embargo, a pesar de estos éxitos, el proyecto acabó en 2023 y la Comisión Europea todavía no ha arrojado noticia alguna sobre la continuación de otros proyectos en esta línea.

Como vemos, desde las instituciones públicas se está realizando una fuerte apuesta por la neurociencia y la neurotecnología. Sin embargo, el sector privado también ha comenzado una carrera en este campo, en particular, desde los EEUU, donde se concentran el 65% de las empresas relevantes del sector²². La empresa Kernel, por ejemplo, ha desarrollado un dispositivo de interfaz cerebral, pero no invasivo. Sin embargo, Neuralink, empresa creada en 2016 por el magnate norteamericano Elon Musk, ha ido más allá y ha conseguido, según afirma, implantar en un humano su primera interfaz cerebro-máquina, la cual permite detectar en el paciente sus señales neuronales²³. La comunidad de expertos parece preocupada por la posible falta de transparencia de estas entidades privadas respecto a sus prácticas. Y,

¹⁹ HUMAN BRAIN PROJECT, «Human Brain Project», sin fecha. Disponible en: <<https://www.humanbrainproject.eu/en/>>. [Consultado el 13/06/2024].

²⁰ WIRED, «Human Brain Project: 600 millones de euros en investigación neuronal llegan a su fin», 22 de agosto de 2023. Disponible en: <<https://es.wired.com/articulos/human-brain-proyect-600-millones-de-euros-en-investigacion-neuronal-llegan-a-su-fin>>. [Consultado el 13/06/2024].

²¹ HUMAN BRAIN PROJECT, «Pioneering Digital Neuroscience How the 10-year Human Brain Project has transformed brain research», 2023, pp. 3 y ss. Disponible en: <https://sos-ch-dk-2.exo.io/public-website-production-2022/filer_public/ef/1b/ef1bbfab-f9bb-40e9-9167-99890b963d48/hbp_pioneering_digital_neuroscience.pdf>. [Consultado el 14/06/2024].

²² OFICINA DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Informe C. Avances en neurociencia: aplicaciones e implicaciones éticas La disrupción de las neurotecnologías*, 2023, p. 7. El informe entero ofrece un estado de la cuestión muy sintético y completo.

²³ NEURALINK, «PRIME Study Progress Update». Disponible en: <<https://neuralink.com/blog/prime-study-progress-update/>>. [Consultado el 14/06/2024]. En la propia página web se está ofreciendo (acceso en junio de 2024) un registro para pacientes con tetraplejia que deseen participar en ensayos de investigación.

en particular, parecen plantear un especial riesgo y preocupación las aplicaciones neurotecnológicas no médicas de naturaleza militar, explorándose vías para el potenciamiento de funciones cognitivas de los soldados o el control de armamento a través de interfaces cerebro-máquina²⁴. En este sentido, el Reglamento (CE) 428/2009 del Consejo, de 5 de mayo de 2009, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso es de aplicación para circuitos integrados por redes neuronales y ordenadores neuronales: tecnologías que no son neurotecnologías explícitas, pero sí tienen ese tipo de aplicaciones.

Así, vemos que la neurociencia y la neurotecnología avanzan, de la mano de la inteligencia artificial y la computación, hacia una dirección fundamental de aplicación médica: neuroprótesis, neurorrehabilitación, neuromodelación, etc. Sin embargo, también puede tener aplicaciones no médicas, abriéndose el debate en este caso si debemos permitir aumentos cognitivos y mejoras neurológicas en personas sanas. Es por ello, como tratamos a continuación, que se habla de neuroderechos.

III. EL DEBATE SOBRE LA REGULACIÓN DE LA NEUROTECNOLOGÍA

1. Los neuroderechos

Como ya se ha adelantado, el progreso tecnológico en este campo no plantea únicamente aplicaciones médicas.

Ante los avances de la neurociencia y neurotecnología, la propuesta de los neuroderechos ha surgido como una salvaguardia de la privacidad e integridad mental. Hablamos de derechos que protegen la mente de cualquier intromisión ajena en la misma, girando estos en torno a dos pilares o fundamentos: la privacidad mental, es decir, de nuestros pensamientos y propios datos neuronales –conscientes e inconscientes–; y nuestra propia identidad personal. Desde esta premisa, los implantes en humanos, denominándose *cyborgs* a aquellas personas que los portan, no parecen plantear serios problemas jurídicos en torno a la identidad como sujetos humanos, pero sí, en situaciones específicas en las que el Derecho todavía no ofrece respuestas concretas, como aquellos implantes que puedan comportar mejoras (*cyborg* de mejora)²⁵. Es por ello que una regulación al respecto se torna necesaria, por lo menos, y a nuestro juicio, para establecer la responsabilidad pero, también, y de forma fundamental también, los límites de estos avances, pues el impacto de la neurotecnología y sus posibilidades pueden afectar a la propia identidad y dignidad humana, así como a nuestra propia autoconsciencia y percepción de ser seres humanos y a nuestro libre albedrío: la posibilidad

²⁴ CINEL, C. *et al.*, «Neurotechnologies for Human Cognitive Augmentation: Current State of the Art and Future Prospects», *Frontiers in Human Neuroscience*, núm. 13, 2019, p. 13.

²⁵ MOREU CARBONELL, E., «La regulación de los neuroderechos», *cit.*, pp. 79 y 80.

que se atisba de poder decodificar la información cerebral y modificarla, afectando a nuestra percepción, es un reto que no había sido imaginado todavía por la neuropolítica²⁶.

En este sentido, una primera propuesta es la arrojada por IENCA y ANDORNO en 2017, desde la disciplina de la ética. Ellos definen la interrelación entre del Derecho y la neurociencia desde la perspectiva de los Derechos Humanos (DDHH) y advierten la necesidad de que estos contemplen los avances neurotecnológicos, al igual que se han tenido en cuenta otros avances biomédicos que han dado lugar a declaraciones internacionales en clave de DDHH, como puede ser la Declaración Universal sobre el genoma humano y los Derechos Humanos de la ONU: al igual que la «revolución genética» supuso un hito histórico que tuvo en cuenta el Derecho, la «neurorrevolución» va a conllevar una reconfiguración de nuestras nociones éticas y legales, debiéndose configurar para ello nuevos derechos o, al menos, un desarrollo ulterior de los tradicionales²⁷, conceptualizándose cuatro neuroderechos: libertad cognitiva, privacidad mental, integridad mental y continuidad psicológica. Adicionalmente, la comunidad científica se ha preocupado por el impacto de las neurotecnologías y la protección jurídica que debe haber en torno a ello. Así, el neurobiólogo Rafael YUSTE ha propuesto también una serie de neuroderechos, de nuevo, desde el enfoque de los DDHH, que se condensan en los siguientes²⁸: privacidad mental y consentimiento, identidad mental y toma decisiones, libre albedrío o libertad cognitiva, aumento cognitivo justo y equitativo y ausencia de sesgos.

En contraposición a estas propuestas, un sector de la ética y el derecho consideran innecesaria la consagración de estos neuroderechos²⁹ al poder ser reconducidos a derechos ya existentes –algo que, argumentan, ya se ha producido en otros muchos ámbitos, incluso por vía jurisprudencial–. Por ejemplo, considerar la integridad mental o psíquica como inherentes a los derechos a la intimidad personal y a la integridad física. Se aduce, incluso, que la consagración de estos nuevos neuroderechos como categorías o conceptos autónomos o independientes puede llegar a ser contraproducente ya que un diseño incorrecto de estos derechos podría desprotegerlos de los avances de las neurotecnologías³⁰. Esto podría suceder ante una técnica jurídica que fuese muy restrictiva y no permitiese una introducción de nuevas realidades, teniendo en cuenta la incertidumbre que provocan los avances en este campo: ante mayor especificación y aumento de la complejidad técnico-jurídica en la

²⁶ PASTORINO, M., «Neurotecnología y neuroderechos», *Diálogo Político*, 2 de marzo de 2022. Disponible en: <<https://dialogopolitico.org/debates/neurotecnologia-y-neuroderechos/>>. [Consultado el 15/06/2024].

²⁷ IENCA, M. y ANDORNO, R., «Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology», *Life Sciences, Society and Policy*, núm. 13, 2017, p. 8 y ss.

²⁸ YUSTE, R., «Las nuevas neurotecnologías y su impacto en la ciencia, medicina y sociedad», cit., pp. 27 y ss.

²⁹ WALKER SILVA, N., «Ciborgs y neuroderechos: luces y sombras de la inteligencia artificial», *Idealex press*, 21 de abril de 2021. Disponible en: <<https://idealex.press/ciborgs-y-neuroderechos-luces-y-sombras-de-la-ia/>>. [consultado el 15/06/2024].

³⁰ MOREU CARBONELL, E., «La regulación de los neuroderechos», cit., p. 85.

redacción de un precepto, se reducirá su capacidad para incluir en el ámbito de aplicación de la norma las realidades fácticas que pueden verse afectadas por la regulación en cuestión³¹.

En este contexto, Chile ha sido el único Estado que ha decidido plantear una legislación específica para los neuroderechos, estableciendo dos estrategias:

Por un lado, una reforma constitucional: en el contexto del proceso constituyente que está viviendo el país andino, se ha propuesto la Ley N.º 21383 de reforma constitucional, la cual promueve la modificación del art. 19.1 de la Constitución de la República de Chile, de manera que quede redactado así: «El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella». Así, vemos cómo se produce una constitucionalización de la integridad psíquica, así como de la protección de la actividad cerebral y su información. Sin embargo, el texto constitucional ha sido rechazado tras un referéndum.

Por otro lado, una propuesta de ley: haciéndose eco de la propuesta de Yuste, y con intervención de este, un grupo de senadores chilenos ha realizado una propuesta de ley para regular la neurotecnología. En este sentido, MOREU CARBONELL resalta que no se trata de un listado de neuroderechos explícitos (se habla, por ejemplo, de una protección de la integridad y privacidad mental de forma abstracta) y expone voces críticas con la técnica legislativa y jurídica de la propuesta³². Sin embargo, lo que nos ha llamado la atención y no ha sido tratado de la propuesta son sus arts. 8-10 y su artículo segundo: limitan las investigaciones de este campo a estas garantías; incoa al Estado a promover esta investigación, con mención a aquellas que sean «socialmente deseables»; y, además, modifica el Código Sanitario chileno para que se pueda investigar con cadáveres en este ámbito.

2. La ausencia de una regulación jurídico-positiva

Más allá de conceptualizaciones teóricas y abstractas, no se han ofrecido apenas propuestas concretas de regulación para la neurociencia y las neurotecnologías. Cierto es que se

³¹ En el ámbito de la formación de conceptos, esta dimensión se plasma en la intensión y extensión de los mismos. Así, si se amplía la intensión del derecho a la integridad o la intimidad ampliando sus características a través de la adición de la categoría «psíquica» y «mental» respectivamente, se reduciría la extensión de aquellos, lo que provocaría que menos realidades fácticas pudiesen ser incluidas en el concepto. Sobre la formación de conceptos en el Derecho público y la cuestión de la intensión y extensión de los mismos, una excelente panorámica puede verse en Díez Sastre, S., «La formación de conceptos dogmáticos en el derecho público», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, 2016, pp. 105-135. El trabajo fue ampliado a través de una monografía mucho más completa: Díez Sastre, S., *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Madrid (Marcial Pons), 2018.

³² MOREU CARBONELL, E., «La regulación de los neuroderechos», cit., pp. 87-89.

ha señalado la posibilidad de explorar una nueva regulación mirando a disciplinas conexas que sí están reguladas, pero cuyo ámbito de aplicación no puede incluir a la neurotecnología –o difícilmente puede hacerlo–. Es el caso, por ejemplo, de las investigaciones biomédicas³³. Hasta el momento no se ha indagado en ellas para ver qué podemos extraer para la neurociencia³⁴; o se ha optado por regulaciones carentes de fuerza coercitiva³⁵. Así, en 2021, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el gobierno de España aprobó la *Carta de Derechos Digitales*. La propia Carta admite que no tiene fuerza vinculante, es decir, es un instrumento de *soft-law*: una guía para legisladores y proyectos de regulación futuros³⁶. Se encarga de realizar propuestas en todo el ámbito digital, planteando derechos de libertad, de igualdad, de participación, en el entorno laboral y en entornos específicos. En este último, en particular, el considerando XXVI plantea «derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías», proponiendo que por ley puedan regularse condiciones, límites y garantías en las personas en relación con el empleo de las neurotecnologías. En particular, además, la Carta es consciente de la aparición de una posible regulación internacional, afirmando que «para garantizar la dignidad de la persona, la igualdad y la no discriminación, y de acuerdo en su caso con los tratados y convenios internacionales, la ley podrá regular aquellos supuestos y condiciones de empleo de las neurotecnologías que, más allá de su aplicación terapéutica, pretendan el aumento cognitivo o la estimulación o potenciación de las capacidades de las personas». En este sentido, a pesar de ser un instrumento de *soft-law*, proporciona un significativo avance, pues debe servir de guía ante una posible regulación futura. En particular, tiene en cuenta no solo las aplicaciones médicas, sino las eventuales neurotecnologías que permitan el desarrollo de mejoras cognitivas.

En atención a la situación expuesta de ausencia de regulación, consideramos que es pertinente un análisis sobre disciplinas conexas. En la búsqueda de casos útiles, se han

³³ AMOEDO-SOUTO, C. A., «El Derecho administrativo español ante las neurociencias y el neuroderecho: desarrollos y perspectivas», cit., p. 99.

³⁴ Se ha propuesto la creación de un protocolo adicional al Convenio de Oviedo, que versa sobre la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, que trate sobre las investigaciones neurocientíficas.

³⁵ En Chile se planteó la inclusión del derecho a la integridad mental en su proyecto constituyente, si bien el proyecto decayó en referéndum.

³⁶ Ahora, no se debe olvidar que, a pesar de su carácter no vinculante, sí que puede tener efectos jurídicos. Como señala RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *Planes administrativos. Una teoría general del plan como forma de actuación de la Administración*, Madrid (Marcial Pons), 2023, pp. 26 y 27, en el marco de decisiones estratégicas en los planes administrativos, cuando a estas se les otorga la eficacia particular del *soft-law*, los criterios contenidos en las mismas, a pesar de no vincular en sentido estricto, sí que deben ser advertidos por la Administración, en virtud del deber de lealtad institucional y el principio de colaboración (arts. 3.1.e), 140.1.a), 140.1.c) y 141.1.b) LRJSP); por ende, la Administración podría apartarse de los mismos, pero solo si lo justifica razonadamente. Este planteamiento, pues, entra en consonancia con la Carta de Derechos Digitales, la cual se encuadra, como una decisión estratégica, en una de las reformas del objetivo 16 (Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial), inserto en la Política Palanca VI (Pacto por la ciencia y la innovación. Refuerzo a las capacidades del Sistema Nacional de Salud) del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España (p. 261), disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621-Plan_Recuperacion_Transformacion_Resiliencia.pdf

seleccionado los espacios controlados de pruebas del reciente Reglamento UE IA, pues las neurotecnologías están ligadas al desarrollo de la IA y los riesgos y potencialidades que ambas plantean son similares, o, por lo menos, es la disciplina que más se puede asemejar³⁷.

IV. REGULACIÓN DE LA IA COMO CASO DE ESTUDIO

1. El Reglamento UE IA como primera regulación para la inteligencia artificial

La respuesta jurídica al avance de la tecnología en materia de IA ha sido lenta e insuficiente. Adolece de una falta de ambición, así como de una incapacidad, particularmente, en el establecimiento de garantías suficientes para la protección de los ciudadanos³⁸. En el plano nacional, se han eliminado ciertas cautelas que permitían el establecimiento de garantías mientras que las realidades fácticas que protegían estas garantías se daban con más intensidad todavía. Se decidió que mantener estas cautelas era costoso y podía frenar la utilización de nuevas tecnologías por parte de la Administración, dándose más peso a la posibilidad de usar estos avances por parte del poder público que mantener ciertas cautelas³⁹. En el plano europeo se aprecia una preocupación única por parte del Derecho de la UE por la protección de datos.

Sin embargo, la consciencia sobre el problema y los riesgos que puede suponer la IA ha ido en aumento. A finales de 2020, el Consejo Europeo debatió sobre la transición digital y, en una de sus conclusiones, propuso a la Comisión Europea que legislase sobre la IA. Esta decidió, en abril de 2021, publicar una propuesta de Reglamento para la IA y, tras varios posicionamientos y negociaciones en el Consejo, Comisión y Parlamento Europeos, a través del procedimiento legislativo ordinario, el 21 de mayo de 2024, el Consejo dio luz verde, tras la aprobación en el Parlamento Europeo el 13 del mismo mes, al texto del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial

³⁷ Cabe destacar que no solo hay *sandboxes* para la IA, como se expone *infra*. Sin embargo, a pesar de existir para campos muy variados, desde el ámbito financiero hasta el sanitario, el estudio de la IA es el caso más útil, puesto que plantea una diferenciación de niveles de riesgo, prohibiciones y limitaciones que pueden ser aplicadas perfectamente – con mayor o menor intensidad – a las neurotecnologías de carácter lúdico. Ahora, se ha de resaltar que las neurotecnologías plantean todavía más riesgos que la IA, en particular, el carácter irreversible que pueden plantear algunas de aquellas, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de diseñar los espacios de pruebas. Por razones de espacio, no se entra a teorizar la irreversibilidad de las neurotecnologías, si bien se ha de resaltar su existencia.

³⁸ BOIX PALOP, A., «Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 1, 2020, pp. 238-249.

³⁹ Por ejemplo, la eliminación de la aprobación por parte del órgano administrativo competente del uso de un programa o sistema informático impuesta por el art. 45 Ley 30/1992 (LRJAP-PAC) operada por la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos al Sector Público (LAE), que elimina esa aprobación por parte del órgano administrativo y simplemente habla de una supervisión y la necesidad, según el caso, de una auditoría.

y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 –Reglamento de Inteligencia Artificial o RIA–. La norma regula las distintas categorías de IA que pueden existir y los requisitos para su despliegue en el territorio de la UE, así como quién debe ser el encargado de velar por el cumplimiento de tales requisitos y las sanciones por sus incumplimientos. Además de esto, recoge medidas regulatorias para el desarrollo de la IA, siendo una de estas las *sandboxes* para la innovación.

2. Las *sandboxes* (cajas de arena) para la innovación como posible espacio regulatorio para la neurotecnología

Desde hace unos diez años, se ha comenzado a experimentar con las cajas de arena –*sandboxes*–, espacios regulatorios aislados o espacios de pruebas controladas. Tienen su origen en el mundo financiero, llevándose a cabo las primeras en EEUU, Reino Unido y Singapur. Se trata de un «espacio seguro» regulado para empresas innovadoras y empresas tecnológicas –instituciones financieras en su origen–: se crea un entorno controlado en el que las empresas desarrollan y prueban productos con una menor responsabilidad o un menor riesgo de ser sancionadas por parte de la autoridad pública reguladora en caso de que haya un incumplimiento de la regulación⁴⁰. Como contrapartida, la autoridad reguladora se beneficia de que los participantes en las cajas de arena incorporen salvaguardias necesarias que protejan al mercado y consumidores –y, por extensión, a la ciudadanía– de los riesgos de las novedades en desarrollo⁴¹. En su origen, se procuraba que las *startups* desarrollasen y probasen nuevos productos financieros bajo supervisión de las autoridades reguladoras correspondientes antes de que se lanzasen al mercado⁴². Sin embargo, existen en otros ámbitos más allá del financiero, como el desarrollo de *software* o la salud y biotecnología⁴³, ámbito este último en el que estas cajas de arena han contribuido a un significativo impacto en la eficacia y seguridad de nuevas tecnologías, dispositivos y tratamientos.

Pues bien, la UE parece que ha sido consciente de los posibles beneficios de estas *sandboxes* y ha decidido establecer algunas⁴⁴, como es el caso de los espacios controlados de

⁴⁰ ZETSCHKE, D. A. *et al.*, «Regulating a revolution: from regulatory sandboxes to smart regulation», *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, núm. 23, 2017, pp. 31-103, p. 64.

⁴¹ MONETARY AUTHORITY OF SINGAPORE, «Overview of Regulatory Sandbox», sin fecha. Disponible en: <<https://www.mas.gov.sg/development/fintech/regulatory-sandbox>>. [Consultado el 12/06/2024].

⁴² JENIK, I. y LAUER, K., «Regulatory Sandboxes and Financial Inclusion», *CGAP*, 2017, pp. 1-3.

⁴³ GOVERNMENT OFFICE FOR SCIENCE, «FinTech Futures: The UK as a World Leader in Financial Technologies», 2015. Disponible en: <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7f4d79ed915d74e33f598e/gs-15-3-fintech-futures.pdf>>. [Consultado el 16/06/2024]; LECKENBY, E. *et al.*, «The Sandbox Approach and its Potential for Use in Health Technology Assessment: A Literature Review», *Applied Health Economics and Health Policy*, núm. 19, 2021, pp. 857-869.

⁴⁴ Por ejemplo, la Comisión Europea ha establecido la *European blockchain regulatory sandbox for Distributed Ledger Technologies*, <https://ec.europa.eu/digital-building-blocks/sites/display/EBSI/Sandbox+Project>

pruebas para la IA. Así, el art. 57.1 RIA establece que «los Estados miembros velarán por que sus autoridades competentes establezcan al menos un espacio controlado de pruebas para la IA a escala nacional». Permite, a su vez, establecer espacios adicionales a escala regional o local, asimismo atribuye competencia al Supervisor Europeo de Protección de Datos⁴⁵ para establecer un espacio de pruebas controlado para las instituciones, órganos y organismos de la UE.

En consonancia con esta previsión, el art. 57.5 RIA define estos espacios como aquellos que proporcionen «un entorno controlado que fomente la innovación y facilite el desarrollo, el entrenamiento, la prueba y la validación de sistemas innovadores de IA durante un período limitado antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio, con arreglo a un plan del espacio controlado de pruebas específico acordado entre los proveedores potenciales y la autoridad competente. Tales espacios controlados de pruebas podrán incluir pruebas en condiciones reales supervisadas dentro de ellos».

En cuanto a la intervención administrativa en estos espacios controlados, la autoridad competente tiene la función de orientar, supervisar y apoyar, dentro del espacio, a sus participantes, procurando «determinar los riesgos, en particular para los derechos fundamentales, la salud y la seguridad» –art. 57.6 RIA–, así como orientar a los participantes en estos espacios en materia de regulación y cumplimiento de los requisitos establecidos en el Reglamento para el despliegue de los sistemas y modelos de IA. Incluso, se prevé que los informes redactados por las autoridades competentes de estos espacios controlados puedan ser utilizados como prueba documental del cumplimiento de los requisitos del Reglamento a efectos de los procesos de evaluación de conformidad realizados por los organismos notificados –art. 67.7 RIA– encargados de velar por ello.

Por tanto, el establecimiento de estos espacios controlados procura la consecución de cinco objetivos –art. 57.9 RIA–: 1) la mejora de la seguridad jurídica; 2) la cooperación con las autoridades, de manera que se apoye el intercambio de mejores prácticas para el desarrollo y despliegue de la IA; 3) el fomento de la innovación y competitividad; 4) la promoción del aprendizaje normativo; y 5) la facilitación del acceso al mercado único de la UE de los sistemas de IA, en particular cuando estos sean desarrollados por pymes o *startups*⁴⁶. Todo esto se pretende conseguir a través de la limitación de la responsabilidad de los operadores privados que participen en uno de estos espacios controlados –art. 57.12 RIA–. No dejarán de responder frente a terceros ajenos al espacio controlado, pero en la medida en que respeten el plan particular de su espacio controlado, actúen de buena fe y sigan las

⁴⁵ Esto demuestra el carácter central que tiene la protección de datos en la UE.

⁴⁶ En este sentido, para apoyar a pymes y empresas emergentes, el art. 58.3 RIA establece que se les suministrará «cuando proceda, servicios previos al despliegue, como orientaciones sobre la aplicación del presente Reglamento, otros servicios que aportan valor añadido, como ayuda con los documentos de normalización y la certificación, y acceso a las instalaciones de ensayo y experimentación, los centros europeos de innovación digital y los centros de excelencia».

orientaciones de la autoridad competente, estas no impondrán multas administrativas por infracciones de las obligaciones derivadas del Reglamento IA⁴⁷.

España decidió adelantarse y ha aprobado, antes de la entrada en vigor del RIA, el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. Así, el art.1 establece que la norma tiene por objeto «establecer un entorno controlado de pruebas para ensayar el cumplimiento de ciertos requisitos por parte de algunos sistemas de inteligencia artificial que puedan suponer riesgos para la seguridad, la salud y los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, se regula el procedimiento de selección de los sistemas y entidades que participarán en el entorno controlado de pruebas». La autoridad competente es la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, perteneciente al Ministerio para la Transformación Digital y Función Pública⁴⁸.

Estos *sandboxes* son muy positivos y van a ser muy eficaces en el desarrollo y despliegue de la IA y, por extensión, podrían serlo en el ámbito de la neurociencia y la neurotecnología, ya que consiguen compatibilizar el desarrollo tecnológico con el respeto a los derechos fundamentales y a la legalidad. Como se ha puesto de relieve, nacieron en el mundo financiero, con el objetivo de desarrollar productos que no distorsionasen el mercado, procurando la protección del consumidor y, a su vez, fomentado la innovación. Las empresas se atreverían así a desarrollar productos financieros que, sin ese entorno controlado, podrían causar perjuicios, ser cuestionados o incluso conllevar sanciones administrativas o judiciales.

⁴⁷ Aclara la norma que si hubiesen intervenido otras autoridades competentes responsables de otras disposiciones y normas de la UE (por ejemplo, autoridades responsables de la protección de datos) en el espacio controlado para la IA, hayan proporcionado también orientaciones y hayan sido estas seguidas por los participantes del espacio, tampoco se impondrán multas administrativas en relación con esas disposiciones.

⁴⁸ Muy recientemente se ha aprobado la *Resolución de 20 de diciembre de 2024, de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, por la que se convoca el acceso al entorno controlado de pruebas para una inteligencia artificial confiable, previsto en el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, por el que se establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial*. Se trata de la primera convocatoria real de un *sandbox* para la IA en España. En concreto, el art. 5 de la convocatoria abre el *sandbox* a sistemas del alto riesgo que utilicen IA y que les sean de aplicación no solo el RIA, sino también otra serie de normativa, como el Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) n.º 178/2002 y el Reglamento (CE) n.º 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo, que en 2026 será de aplicación también para productos sanitarios sin finalidad médica –como dispositivos de corriente cerebral electromagnética-. Sin embargo, por otro lado, los sistemas participantes deben estar introducidos ya en el mercado o tener un alto grado de avance que permita su introducción inmediata. Consideramos que este último punto debería haberse ampliado más y que el *sandbox* contribuyese, precisamente, a detectar las virtudes y riesgos de sistemas emergentes, en lugar de servir como aparente único propósito a comprobar la efectividad o no de la incipiente regulación de IA de la UE.

Sin embargo, se han utilizado en ámbitos distintos, como la biotecnología o el sector energético. Por ejemplo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) puso en marcha en 2022 un *sandbox* para la innovación en el contexto de la tensión de la red eléctrica española, con el objetivo de abordar el impacto de la generación de electricidad mediante energías renovables, pues estas inciden, precisamente, en el sistema de la red española energética y afecta tanto a su propio control como al control sobre los precios del mercado⁴⁹. Este *sandbox* contribuyó a configurar el mecanismo regulatorio utilizado por la CNMC para abordar el problema en la gestión de la tensión de la red de distribución eléctrica española, fijando peajes para su acceso y proponiendo un segundo *sandbox* en 2023 para ajustar estos peajes, pues el primer proyecto piloto constató la existencia de barreras en los mismos que impedían la entrada en el mercado de un significativo número de empresas⁵⁰. De esta manera, el *sandbox* se ha constatado como un instrumento jurídico útil y eficiente para afrontar soluciones a problemas derivados de la innovación.

Consideramos así que pueden contribuir al desarrollo de una neurotecnología segura, eficiente, sostenible y respetuosa con los derechos fundamentales. En este sentido, pueden funcionar como «mecanismos autorizatorios»⁵¹, pero de carácter temporal: durante el periodo de tiempo de vigencia del espacio controlado de pruebas, la Administración pública autoriza a los participantes en el mismo a desarrollar una determinada actividad, producto, dispositivo, tratamiento, etc., bajo una serie de condiciones, siguiendo una serie de orientaciones establecidas por tal Administración. A cambio, se exonera a los operadores económicos privados de la responsabilidad que pudiese generar su actividad empresarial cuando cumplan los requisitos establecidos para el espacio controlado⁵². Ahora, no hemos de olvidar que esto no puede suponer una carta blanca: la regulación y legislación suponen un límite –ya sea explícito o implícito– al espacio aislado de regulación. Por ejemplo, La Ley 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero, supone

⁴⁹ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, «La CNMC lanza su primer *sandbox* para el control de tensión en la red eléctrica de transporte ante un escenario de elevada producción de energías renovables», 8 de agosto de 2022. Disponible en: <<https://www.cnmc.es/prensa/DCOOR-sandbox-20220808>>. [Consultado el 23/03/2025].

⁵⁰ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, «El segundo *sandbox* regulatorio de la CNMC se centra en controlar la tensión en las redes eléctricas», 15 de noviembre de 2023. Disponible en: <https://www.cnmc.es/prensa/sandbox-tension-redes-electricas-20231115?utm_source=chatgpt.com>. [Consultado el 23/03/2025].

⁵¹ HUERGO LORA, A. J., «Un “espacio controlado de pruebas” (*regulatory sandbox*) para las empresas financieras tecnológicamente innovadoras», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 76, 2018, p. 51

⁵² No se debe olvidar que se exonera a los operadores privados de su responsabilidad, pero esto no significa que no se puedan producir daños en el desarrollo del *sandbox*. Así, el Derecho ofrece, a nuestro juicio, dos posibles soluciones ante esta cuestión: o establecer una cláusula absoluta por la que nadie responda de los daños, si bien esto podría frenar la propia existencia del *sandbox*. Y, por otro lado, la opción más plausible: iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues el núcleo del *sandbox* es la no transferencia del riesgo operacional a los operadores económicos privados, siempre que estos cumplan con las directrices de la Administración.

un *sandbox* financiero. En este sentido, la posibilidad de acceder a ese *sandbox* concreto, como refleja explícitamente la ley, no significa una autorización para el ejercicio de una actividad financiera regulada general. El espacio controlado es una actividad regulada que permite desarrollar una actividad –financiera en este caso– concreta sin necesidad de obtener una autorización administrativa, sino una evaluación previa por parte de la autoridad pública competente⁵³, para operar durante un determinado periodo de tiempo y bajo unas determinadas condiciones. No supone una certificación o una autorización como, por ejemplo, en el caso de los ensayos con medicamentos, entre otros. Pero, sí puede ser una prueba o demostración para obtener posteriormente una autorización administrativa –por ejemplo, el art. 67.7 RIA, ver *supra*–.

Por tanto, no podemos olvidar los límites que tienen estas cajas de arena, siendo la Administración pública correspondiente que actúe como autoridad competente la responsable, también, de que no se vulnere la legalidad vigente. Es importante que la regulación del espacio controlado fije límites explícitos, incluso aunque estos fuesen deducibles. En este sentido, el RIA ha sido elaborado correctamente desde el punto de vista técnico-jurídico, ya que ha detallado las disposiciones relativas a los espacios controlados y su funcionamiento –art.58 RIA– con solvencia jurídica, estableciendo criterios de admisibilidad; procedimientos para la solicitud, participación, supervisión, salida y terminación del espacio controlado; y condiciones aplicables a los participantes, todas ellas elaboradas por la Comisión a fin de unificar las disposiciones y funcionamiento de estos espacios a través de actos de ejecución.

Todavía más allá, ha elevado la protección de datos: además de ser aplicable, como no puede ser de otra manera, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), se establecen una serie de garantías adicionales para el tratamiento de datos personales en espacios controlados de pruebas para sistemas de IA y para su uso ulterior –art.59 RIA–. En este sentido, esta regulación reforzada de la protección de datos debe ser aplicada tanto por los operadores privados participantes en el espacio controlado como por la autoridad competente. Y, quizás, una medida eficaz para cumplir con este estándar de protección sea el uso de la tecnología *Blockchain*⁵⁴. Se trata de una tecnología que crea una cadena de bloques: permite crear una red formada por una base de datos que, a su vez, almacena todos los movimientos y transacciones –entradas y salidas– que se han producido en la red, pero de tal manera que la información contenida, así como sus transacciones, están encriptadas en bloques. De este modo, solo las personas que tengan acceso a la red dispondrán de la

⁵³ GÓMEZ SANTOS, M., «Régimen jurídico del “Regulatory sandbox” en España», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 1, 2021, pp. 211 y 212.

⁵⁴ Para una panorámica completa sobre *blockchain* y Administración pública, DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (coord.), *Serie Claves 34. Blockchain y Gobiernos locales*, Madrid (Fundación Democracia y Gobierno Local), 2021. En particular, BOIX PALOP, A. y PEREIRO CÁRCELES, M., «Transparencia y protección de datos personales en el uso de la tecnología blockchain: especial consideración de su impacto en el ámbito local», pp. 153-188.

mismas, siendo estas responsables de verificar las transacciones de información⁵⁵. Aportan un gran potencial, ya que cumplen una doble función: garantizar la anonimización a través de la encriptación, sin necesidad de intervenciones de proveedores de servicios externos; así como permitir la automatización, pues la propia red genera claves automáticas⁵⁶. Además, esta tecnología garantiza la inmutabilidad: una vez volcado, el dato no puede ser modificado. Sin embargo, esto conlleva otra consecuencia, ya que el dato no puede ser borrado. Esto plantea problemas en el derecho al olvido del art.17 RGPD, pues impide que una persona física pueda ejercerlo al no poder ser borrados sus datos; sin embargo, este derecho no afecta a personas jurídicas, así que el uso de tecnología *blockchain* para esta cuestión en espacios controlados de IA podría ser factible, en la medida en que no afecte a los posibles particulares intervinientes en las pruebas controladas⁵⁷. Continuando con esta necesidad de límites explícitos, las pruebas en condiciones reales de estos espacios controlados tienen una propia regulación –arts. 59-61 RIA–.

Por último, no podemos terminar sin referirnos a una estrategia diferenciada, pero relacionada con estos *sandboxes*: los *innovation hubs*. Se trata de espacios o estructuras en los que se puede dar un intercambio de información entre los operadores económicos privados y las autoridades públicas: buscar un espacio de colaboración –ya sea físico o digital–, un «punto de contacto» en el que tanto autoridades reguladoras como empresas innovadoras puedan dialogar y asesorarse, de manera que se busquen mejores soluciones a problemas legales⁵⁸. Así, las autoridades públicas pueden ofrecer en estos espacios guías, pero no vinculantes, sobre la actividad innovadora a desarrollar, la necesidad de algún tipo de autorización o licencia para comercializar sus productos o no, etc., pero sin innovar con ello la regulación: un instrumento de *soft-law*⁵⁹. En este sentido, mientras que las cajas de arena sí son un espacio regulatorio y sí hay una monitorización de la actividad innovadora por parte de una autoridad reguladora, los *innovation hubs* son unos canales informales para el intercambio de información y conocimiento, así como espacios de orientación⁶⁰. En esta línea, algunos autores del ámbito financiero señalan que los *innovation hubs* promueven

⁵⁵ PEREIRO CÁRCELES, M., «La utilización del blockchain en los procedimientos de concurrencia competitiva», *Revista general de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, p. 3.

⁵⁶ En este sentido, el art.41 LRJSP permite la actividad automatizada de la Administración, la cual está siendo utilizada, por ejemplo, para la celebración de *smart contracts*.

⁵⁷ PEREIRO CÁRCELES, M., «La utilización del blockchain en los procedimientos de concurrencia competitiva», cit., p. 6. Recalca el autor que, en cualquier caso, no considera que sea ilegal que *blockchain* no pudiese borrar los datos cuando esto sea utilizado por la Administración pública, pues la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales no conlleva sanciones económicas cuando la vulneración provenga de autoridad pública.

⁵⁸ GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., «Financial innovation in the digital age: challenges for regulation and supervision», *Estabilidad Financiera*, núm. 32, 2017, pp. 30 y 31.

⁵⁹ GÓMEZ SANTOS, M., «Régimen jurídico del “Regulatory sandbox” en España». cit., p. 201.

⁶⁰ PARENTI, R., *Regulatory Sandboxes and Innovation Hubs for FinTech. Impact on innovation, financial stability and supervisory convergence*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies (Parlamento Europeo), 2020, p. 20.

una mayor innovación tecnológica que los *sandboxes*⁶¹. Sin embargo, aun bajo la premisa de aceptar esto como cierto, un espacio controlado puede ser una mejor solución para innovar en el ámbito de la neurociencia y las neurotecnologías que un *innovation hub*, precisamente, por el particular impacto que pueden tener estas disciplinas científicas en los derechos fundamentales y en la propia vida e integridad de los seres humanos. La naturaleza de la innovación neurológica es completamente distinta a la de la financiera. Una intervención de la Administración en un sentido jurídico-vinculante, consideramos, se torna necesaria en este campo de la ciencia⁶². Y, además, en defensa de los *sandboxes*, no debemos olvidar incluso el lenguaje que utiliza la ley para referirse al papel que las autoridades reguladoras tienen en el mismo: a pesar de ser actividades vinculantes, como podemos ver en la redacción del RIA, se habla de que la autoridad competente «supervise, oriente, asesore», no que imponga. Las *sandboxes* parecen un instrumento o estructura administrativa con un gran potencial, porque la Administración interviene en su creación y plan de desarrollo para, posteriormente, asumir una posición de supervisión, pero no de imposición. En el ámbito de las neurotecnologías, los *innovations hubs* pueden suponer un paso inicial para acercar posturas y guiar el sendero que debe seguirse; pero, si se desea realmente establecer una regulación con vocación de permanencia en el tiempo, eficiente y segura, el *sandbox*, por su configuración, mayor seguridad y carácter vinculante, puede ser una solución definitiva.

V. CONCLUSIONES

El tratamiento teórico sobre la regulación de la neurociencia y las neurotecnologías se ha condensado en la propuesta de los neuroderechos o en un desarrollo legislativo de derechos ya existentes, decantándonos por esta última opción, pues consideramos que el avance de nuestro ordenamiento jurídico y los de nuestro entorno en materia de derechos fundamentales es suficiente para proteger, con los derechos ya existentes (por ejemplo, integridad física, intimidad personal, indemnidad, identidad o dignidad humana), los bienes jurídicos que se pueden ver afectados por los avances de las neurotecnologías, a pesar del contexto de incertidumbre. Pero, más allá de estas cuestiones, no se ha realizado un análisis sobre una regulación jurídico-positiva concreta.

La reciente propuesta de regulación europea en torno a la IA proporciona un campo de pruebas apasionante que puede ser extrapolable a la neurociencia. Se trata de los espacios aislados de regulación, en concreto, de los espacios de pruebas controladas para la

⁶¹ Por todos, BUCKLEY, R. P. *et al.*, «Building Fintech Ecosystems: Regulatory Sandboxes, Innovation Hubs and beyond», *Washington University Journal of Law & Policy*, núm. 61, 2020, pp. 55-98.

⁶² En este sentido, se ha defendido una tercera vía a los *sandboxes* y los *innovation hubs*. PALÁ LAGUNA, R., «Sandbox como experiencia regulatoria», en MUÑOZ PÉREZ, A.F. (coord.), en: *Revolución digital, derecho mercantil y Token economía*, Madrid (Tecnos), 2019, pp. 171-184, reflexiona sobre la posibilidad de innovar a través de las ya existentes declaraciones responsables. En este sentido, estas pueden ser factibles en el ámbito financiero, pero consideramos, no establecen una protección adecuada ni suficiente para el desarrollo de la neurotecnología, precisamente, por los mayores riesgos que esta puede conllevar.

IA. Creemos que, dentro de las posibilidades de colaboración entre la Administración y el sector privado, estos son los mecanismos idóneos para el desarrollo de una neurotecnología responsable, pero eficiente a la vez. Estos permiten un campo de pruebas pequeño, pero con una muestra significativa. Y, a su vez, ofrecen un estándar de protección de los derechos fundamentales alto, de manera que la Administración regula, supervisa y puede intervenir ante riesgos que considere que no se deben correr. Con una protección reforzada de los datos si se utilizan nuevas tecnologías, como *blockchain*.

En síntesis, la defensa de la necesidad de la intervención administrativa no conlleva una visión completamente estatista que ahogue la iniciativa privada y, con ello, el avance tecnológico. Las posibilidades organizativo-administrativas son amplias y, en cierta medida, como se ha expuesto, pueden ser flexibles y dinámicas y deben ser potenciadas: *innovation hubs*, *sandboxes*, etc. Poner el foco en estas opciones, consideramos, debe ser lo primordial, pues, en este escenario de incertidumbre en el que nos movemos, debemos, en primer lugar, escuchar activamente, con cautelas, pero abiertos a los expertos, de manera que sean ellos los que nos indiquen las posibilidades e imposibilidades, así como los beneficios, los riesgos y los costes de estos avances neurocientíficos y neurotecnológicos para nuestras sociedades. En este sentido, la perspectiva *ex ante* debe jugar un papel crucial, de manera que se debe diseñar una regulación que sepa anticiparse y sea capaz de detectar los posibles riesgos y establecer entonces, si así se considera necesario, limitaciones jurídicas a ciertas prácticas que, desde el consenso ético-científico, no sean admisibles.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALAN LEO, R., «What Is the Brain Activity Map? A Q&A with George Church», *Harvard Medical School*, 20 de febrero 2013. Disponible en: <<https://hms.harvard.edu/news/what-brain-activity-map>>. [Consultado el 06/06/2024].
- ALBRIGHT, T. P. *et al.*, «Neural Science: A Century of Progress and the Mysteries that Remain», *Cell Press*, núm. 100, 2000, pp. 1-55.
- ALISIVATOS, A. P. *et al.*, «The Brain Activity Map», *Science*, núm. 339, 2013, pp. 1-3.
- AMOEDO-SOUTO, C. A., «El Derecho administrativo español ante las neurociencias y el neuroderecho: desarrollos y perspectivas», *Ius et Scientia*, núm. 4, 2018, pp. 84-106.
- BEAR, M. F. *et al.*, *Fundamentos de Neurociencia y Biología del Comportamiento*, Filadelfia (Lippincott Williams & Wilkins), 2007.
- BLANCO, C., *Historia de neurociencia. El conocimiento del cerebro y la mente desde una perspectiva interdisciplinar*, Madrid (Biblioteca Nueva), 2014.

- BOIX PALOP, A., «Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 1, 2020, pp. 223-270.
- BUCKLEY, R. P. *et al.*, «Building Fintech Ecosystems: Regulatory Sandboxes, Innovation Hubs and beyond», *Washington University Journal of Law & Policy*, núm. 61, 2020, pp. 55-98.
- BUENO I TORRENS, D., *Cerebroflexia. El arte de construir el cerebro*, Madrid (Plataforma Editorial), 2016.
- CÁRCAR BENITO, J. E., «El transhumanismo y los implantes cerebrales basados en las tecnologías de la inteligencia artificial: sus perímetros neuroéticos y jurídicos», *Ius et Scientia*, núm. 5, 2019, pp. 157-189.
- CINEL, C. *et al.*, «Neurotechnologies for Human Cognitive Augmentation: Current State of the Art and Future Prospects», *Frontiers in Human Neuroscience*, núm. 13, 2019.
- COMISIÓN EUROPEA, «Final Human Brain Project Summit - Achievements and future of digital brain research», 28 de marzo de 2023. Disponible en: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/final-human-brain-project-summit-achievements-and-future-digital-brain-research>>. [Consultado el 12/06/2024].
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, «La CNMC lanza su primer *sandbox* para el control de tensión en la red eléctrica de transporte ante un escenario de elevada producción de energías renovables», 8 de agosto de 2022. Disponible en: <<https://www.cnmc.es/prensa/DCOOR-sandbox-20220808>>. [Consultado el 23/03/2025].
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, «El segundo *sandbox* regulatorio de la CNMC se centra en controlar la tensión en las redes eléctricas», 15 de noviembre de 2023. Disponible en: <https://www.cnmc.es/prensa/sandbox-tension-redes-electricas-20231115?utm_source=chatgpt.com>. [Consultado el 23/03/2025].
- DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (coord.), *Serie Claves 34. Blockchain y Gobiernos locales*, Madrid (Fundación Democracia y Gobierno Local), 2021.
- DÍEZ SASTRE, S., «La formación de conceptos dogmáticos en el derecho público», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, 2016, pp. 105-135.
- DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Madrid (Marcial Pons), 2018.

- FAJARDO, A. y GUZMÁN, A. L., «Neurofeedback, aplicaciones y eficacia», *Interdisciplinaria. Revista de psicología y ciencias afines* (Centro Interamericano de Investigaciones Psicológicas y Ciencias Afines), núm. 33, 2016, pp. 81-93.
- FUNDACIÓN PABLO VI, *Diez años de la iniciativa BRAIN*, 10 de abril de 2023. Disponible en: <<https://fpablovi.org/articulos-bioetica/1689-diez-anos-de-la-iniciativa-brain>>. [Consultado el 07/06/2024].
- GOERING, S. *et al.* «Recommendations for Responsible Development and Application of Neurotechnologies», *Neuroethics* (Springer), núm. 14, 2021, pp. 365-386.
- GÓMEZ SANTOS, M., «Régimen jurídico del “Regulatory sandbox” en España», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 1, 2021, pp. 195-222.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., «Financial innovation in the digital age: challenges for regulation and supervisión», *Estabilidad Financiera*, núm. 32, 2017, pp. 11-37.
- GOVERNMENT OFFICE FOR SCIENCE, «FinTech Futures: The UK as a World Leader in Financial Technologies», 2015. Disponible en: <<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7f4d79ed915d74e33f598e/gs-15-3-fintech-futures.pdf>>. [Consultado el 16/06/2024].
- HUERGO LORA, A. J., «Un “espacio controlado de pruebas” (*regulatory sandbox*) para las empresas financieras tecnológicamente innovadoras», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 76, 2018, pp. 48-59.
- HUMAN BRAIN PROJECT, «*Human Brain Project*», sin fecha. Disponible en: <<https://www.humanbrainproject.eu/en/>>. [Consultado el 13/06/2024].
- HUMAN BRAIN PROJECT, «Pioneering Digital Neuroscience How the 10-year Human Brain Project has transformed brain research», 2023, pp. 3 y ss. Disponible en: <https://sos-ch-dk-2.exo.io/public-website-production-2022/filer_public/ef/1b/ef1bbfab-f9bb-40e9-9167-99890b963d48/hbp_pioneering_digital_neuroscience.pdf>. [Consultado el 14/06/2024].
- IENCA, M. y ANDORNO, R., «Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology», *Life Sciences, Society and Policy*, núm. 13, 2017.
- IRISARRI VEGA, N. y VILLEGAS-PAREDES, G., «Aportaciones de la neurociencia cognitiva y el enfoque multisensorial a la adquisición de segundas lenguas en la etapa escolar», *marcoELE. Revista Didáctica Español Lengua Extranjera*, núm. 32, 2021, pp. 1-20.
- JENIK, I. y LAUER, K., «Regulatory Sandboxes and Financial Inclusion», *CGAP*, 2017, pp. 1-3.

- JORGENSON, L. A. *et al.*, «The BRAIN Initiative: developing technology to catalyse neuroscience discover», *Phil. Trans. R. Soc. B*, núm. 370, 2014.
- KANDEL, E. R. *et al.*, *Principios de Neurociencia*, Nueva York (McGraw-Hill), 2013.
- LECKENBY, E. *et al.*, «The Sandbox Approach and its Potential for Use in Health Technology Assessment: A Literature Review», *Applied Health Economics and Health Policy*, núm. 19, 2021, pp. 857-869.
- MONETARY AUTHORITY OF SINGAPORE, «Overview of Regulatory Sandbox», sin fecha. Disponible en: <<https://www.mas.gov.sg/development/fintech/regulatory-sandbox>>. [Consultado el 12/06/2024].
- MOREU CARBONELL, E., «La regulación de los neuroderechos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2022, pp. 69-98.
- NEURALINK, «PRIME Study Progress Update». Disponible en: <<https://neuralink.com/blog/prime-study-progress-update/>>. [Consultado el 14/06/2024].
- OFICINA DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Informe C. Avances en neurociencia: aplicaciones e implicaciones éticas La disrupción de las neurotecnologías*, 2023.
- PALÁ LAGUNA, R., «Sandbox como experiencia regulatoria», en MUÑOZ PÉREZ, A.F. (coord.), en: *Revolución digital, derecho mercantil y Token economía*, Madrid (Tecnos), 2019.
- PARENTI, R., *Regulatory Sandboxes and Innovation Hubs for FinTech. Impact on innovation, financial stability and supervisory convergence*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies (Parlamento Europeo), 2020.
- PASTORINO, M., «Neurotecnología y neuroderechos», *Diálogo Político*, 2 de marzo de 2022. Disponible en: <<https://dialogopolitico.org/debates/neurotecnologia-y-neuroderechos/>>. [Consultado el 15/06/2024].
- PEREIRO CÁRCELES, M., «La utilización del blockchain en los procedimientos de concurrencia competitiva», *Revista general de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.
- RACIK, P., «Introduction», en: GAZZANIGA, M. (COORD.), en: *The new cognitive neurosciences*, Boston (MIT Press), 1999, pp. 5-6.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Planes administrativos. Una teoría general del plan como forma de actuación de la Administración*, Madrid (Marcial Pons), 2023.

- SHREEVE, J., «Beyond the Brain», *National Geographic*, sin fecha. Disponible en: <<https://www.nationalgeographic.com/science/article/mind-brain>> [Consultado el 10 de junio de 2024].
- WALKER SILVA, N., “Cíborgs y neuroderechos: luces y sombras de la inteligencia artificial”, *Idealex press*, 21 de abril de 2021. Disponible en: <<https://idealex.press/ciborgs-y-neuroderechos-luces-y-sombras-de-la-ia/>>. [consultado el 15/06/2024].
- WIRED, «Human Brain Project: 600 millones de euros en investigación neuronal llegan a su fin», 22 de agosto de 2023. Disponible en: <<https://es.wired.com/articulos/human-brain-proyect-600-millones-de-euros-en-investigacion-neuronal-llegan-a-su-fin>>. [Consultado el 13/06/2024].
- YUSTE, R., «From the neuron doctrine to neural networks», *Nature Reviews Neuroscience*, núm. 16, 2015, pp. 487-497.
- YUSTE, R., «Las nuevas neurotecnologías y su impacto en la ciencia, medicina y sociedad», *Lecciones Cajal* (Universidad de Zaragoza), núm. 1, 2019.
- ZETSCHKE, D. A. *et al.*, «Regulating a revolution: from regulatory sandboxes to smart regulation», *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, núm. 23, 2017, pp. 31-103.

VII. NORMATIVA

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.
- Ley 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero.
- Ley N.º 21383 de reforma constitucional (Chile).
- Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.
- Reglamento (CE) 428/2009 del Consejo, de 5 de mayo de 2009, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento

de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) n.º 178/2002 y el Reglamento (CE) n.º 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo.

Resolución de 20 de diciembre de 2024, de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, por la que se convoca el acceso al entorno controlado de pruebas para una inteligencia artificial confiable, previsto en el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, por el que se establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

EL PADRE MARIANA EN LOS DEBATES SOBRE LA LICITUD DEL TIRANICIDIO: ENTRE TRADICIÓN Y RADICALIDAD*

FATHER MARIANA IN THE DISCUSSIONS ABOUT THE LAWFULNESS OF TYRANNICIDE: BETWEEN TRADITION AND RADICALISM

PABLO FERNÁNDEZ GARAY**

Resumen: El derecho de resistencia frente a la tiranía ocupará un papel central en el debate político de la Europa moderna, aunque en esta discusión está en lid algo más que la mera justificación o no del tiranicidio. Se trata, en efecto, del campo de batalla intelectual en el que confrontarán las tradicionales concepciones cristianas con la creciente noción de la razón de Estado. El más célebre escrito de Juan de Mariana, *De rege et regis institutione* (1599), no es un tratado más sobre el tiranicidio, sino que participa de esta contraposición de modelos políticos, motivo por el que despertó tanta repercusión en las demás monarquías europeas. El presente artículo pretende situar la obra del padre Mariana en el contexto de las transformaciones políticas de la Europa del XVII.
Palabras clave: Tiranicidio, Juan de Mariana, derecho de resistencia.

Abstract: The right to resist tyranny will play a central role in the political debates of Modern Europe, although this discussion is not limited to the justification or condemnation of tyrannicide. It will, in fact, become the intellectual battleground where traditional Christian conceptions confront the rising notion of the *raison d'État*. Juan de Mariana's most famous work, *De rege et regis institutione* (1599), is not simply another treatise on tyrannicide; rather, it engages with the contrast between these two political models, which is why it had such a profound impact on other European monarchies. This article aims to situate Father Mariana's work within the context of the political transformations of 17th-century Europe.

Keywords: Tyrannicide, Juan de Mariana, right to resist.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: OBEDIENCIA Y RESISTENCIA EN LA DOCTRINA CRISTIANA; II. LOS FUNDAMENTOS DEL PRINCIPADO: EL NACIMIENTO DE LA SOCIEDAD CIVIL Y LOS LÍMITES DEL PODER REGIO; III. LA CUESTIÓN DEL TIRANICIDIO: ¿UN DISCURSO RADICAL?; 1. La licitud de dar muerte al tirano: un desarrollo doctrinal del tirani-

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2025.51.004>

Fecha de recepción: 14/11/2024

Fecha de aceptación: 31/01/2025

** Graduado en Derecho franco-español por la Universidad Autónoma de Madrid y la Universidad de Estrasburgo. Máster en Historia y Ciencias de la Antigüedad por la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad Autónoma de Madrid. Contratado predoctoral en el Departamento de Ciencias Históricas de la Universidad de Cantabria, ligado al grupo de investigación AHIR (PID2023-146594NB-I00), a través de proyecto financiado por la Agencia Estatal de Investigación (PREP2023-001185). Correo electrónico: pablo.fernandezga@alumnos.unican.es

cidio; 2. Las lecturas del pensamiento de Mariana: repercusión de su obra en la política europea moderna; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA; 1. Monografías; 2. Fuentes históricas.

I. INTRODUCCIÓN: OBEDIENCIA Y RESISTENCIA EN LA DOCTRINA CRISTIANA

La cuestión del tiranicidio desborda ampliamente la discusión acerca de la licitud de ajusticiar al tirano y los medios para alcanzar tal fin. Por el contrario, plantea toda una serie de problemáticas sobre el deber de obediencia, pues este no deja de ser el anverso de la moneda del pretendido derecho de resistencia. La contraposición entre obediencia y resistencia es, a su vez, un resultado de la reflexión acerca del origen de la sociedad civil y el fundamento de la *regis potestas*.

La doctrina cristiana se ha visto inmersa en una fructífera discusión al respecto, en especial, en lo que atañe a la obediencia debida del buen cristiano al poder civil. Pablo de Tarso, en su *Epístola a los Romanos*, parece zanjar la cuestión cuando proclama que «todos se sometan a las autoridades constituidas, pues no hay autoridad que no provenga de Dios [...]; de modo que quien se opone a la autoridad resiste a la disposición de Dios» (13. 1-2). Sin embargo, el principio que plantea el apóstol, *nulla potestas nisi a Deo*, suscita más interrogantes de aquellos que resuelva acerca del deber de obediencia. En efecto, si admitimos que el poder civil deriva de la autoridad divina, ¿cómo puede serle esta indiferente? Esta pregunta central marcaría los debates en el seno del catolicismo europeo hasta el siglo pasado.

Si bien la Europa moderna sufrió las consecuencias de la Reforma protestante y las posteriores guerras religiosas, que ejercerán gran influencia en las reflexiones del padre Mariana, nuestro viejo continente vio resucitadas similares inquietudes aún durante la época contemporánea, a raíz de la actitud antirreligiosa de ciertas repúblicas, especialmente la francesa y la española. En 1890 el papa León XIII promulgaba la encíclica *Sapientiae Christianae*, en la que recordaba la doctrina paulina y, señalando la distinción entre los poderes civil y religioso, llamaba a la indiferencia con respecto a las formas de gobierno¹. No obstante, muchos católicos seguían preguntándose si, como resultado de su obediencia a un poder civil considerado enemigo de la religión, no estarían acaso participando de dicha transgresión de los mandamientos cristianos.

Dos años después de su promulgación, el papa se ve obligado a dirigirse a los católicos franceses –en la que será la primera encíclica que se redacte en una lengua romance– mediante su *Au milieu des sollicitudes*, en la que recuerda la obediencia debida a la autoridad constituida y llama a la oposición, por los medios legales posibles, a la legislación antirre-

¹ LEÓN XIII, *Sapientiae Christianae*, Roma (Libreria Editrice Vaticana), 1890, p. 8. «Similique ratione custos iuris sui, observantissima alieni, non ad se putat Ecclesia pertinere, quae maxime forma civitatis placeat, quibus institutis res christianarum gentium civilis geratur: ex variisque reipublicae generibus nullum non probar, dum religio morumque disciplina salva sit».

ligiosa². Nació, la doctrina del *ralliement* de los católicos franceses a la Tercera República, que habría de tener tanto eco en los debates que la cuestión suscitó en el seno de la derecha española durante el periodo republicano³.

De hecho, los acontecimientos de julio de 1936, que se engalanarían de la mística de una secular cruzada, encontraron en la literatura política sobre el tiranicidio una fuente de legitimidad para la empresa nacional. Manuel Ballesteros Gaibrois, en su monografía sobre la figura de Mariana, presenta su visión del «Levantamiento Nacional» a la luz de la doctrina del jesuita como «un caso práctico de tiranicidio»⁴. El interés que suscita la figura del padre Mariana en ciertos sectores católicos durante la primera mitad del siglo XX puede resultar sorprendente, si tenemos en cuenta que su figura se ha convertido, como consecuencia de sus tratados en materia económica, en referente del liberalismo contemporáneo español. No obstante, esto no debe llevarnos a analizar la figura de Juan de Mariana desde una errada dualidad entre el pensador político, por un lado, y el teórico económico, por otro⁵. Por el contrario, la comprensión sincera de los postulados que Mariana plasma en el *De rege* requiere que abordemos la cuestión del tiranicidio dentro del sistema político que perfila en su obra.

II. LOS FUNDAMENTOS DEL PRINCIPADO: EL NACIMIENTO DE LA SOCIEDAD CIVIL Y LOS LÍMITES DEL PODER REGIO

La obra más importante de Mariana fue el *De rege et regis institutione* (1599), concebida como un tratado sobre la educación del príncipe, tan en boga en la Europa renacentista. Se trataba de un encargo de García Loaysa, preceptor del futuro Felipe III. Si bien es cierto que su autor nunca olvidó el carácter pedagógico de la obra que tenía entre sus manos, pareciera que Loaysa le brindó la oportunidad para exponer su pensamiento político, en especial, en lo referente al origen del poder civil. La gran fama que alcanzó la obra, sobre todo allende nuestras fronteras, como la justificación más radical del tiranicidio, pronto ensombreció la

² LEÓN XIII, *Au milieu des sollicitudes*, Roma (Libreria Editrice Vaticana), 1892, p. 8. «Et voilà précisément le terrain sur lequel, tout dissentiment politique mis à part, les gens de bien doivent s'unir comme un seul homme, pour combattre, par tous les moyens légaux et honnêtes, de la législation. Le respect que l'on doit aux pouvoirs constitués ne saurait l'interdire : il ne peut importer, ni le respect, ni beaucoup moins d'obéissance sans limites à toute mesure législative quelconque, édictée par ces mêmes pouvoirs. Qu'on ne l'oublie pas, la loi est une prescription ordonnée selon la raison et promulguée, pour le bien de la communauté, par ceux qui ont reçu à cette fin le dépôt du pouvoir».

³ Vid. ROBINSON, R. A. H., *Los orígenes de la España de Franco. Derecha, República y Revolución. 1931-1936*, tomo I, Barcelona (Ediciones Éxito), 1978, pp. 89-164.

⁴ Continuaba el historiador señalando que era «el pueblo que se subleva contra quien aprovecha el poder para su medio propio e implanta la injusticia, traicionando los cauces nacionales [...]; el Caudillo interpreta esta voluntad del pueblo y lo salva actuando de tiranicida contra un régimen tiránico, desvirtuado, traidor». Citado en HERRERO SÁNCHEZ, M., «El padre Mariana y el tiranicidio», *Torre de los Lujanes*, núm. 65, 2009, p. 106.

⁵ De hecho, Joaquín Costa, aun tomando en consideración sus tratados de economía, había adscrito su pensamiento al colectivismo agrario. Vid. COSTA, J., *Colectivismo agrario en España*, Madrid (Biblioteca Costa), 1915, p. 59.

teoría que sobre el origen de la comunidad política Mariana nos presenta y, de esta forma, también se empobrecían las lecturas de su desarrollo doctrinal del tiranicidio. Entendemos que este aspecto de su obra no puede comprenderse más que dentro del global sistema de pensamiento que encontramos en el *De rege* y del que habremos de esbozar los elementos esenciales.

El primer capítulo de su tratado lo abre una reflexión acerca del origen de la comunidad política y, para ello, adopta una perspectiva claramente historicista, fruto de su inclinación hacia la investigación histórica, como atestigua su monumental *Historiae de rebus Hispaniae*. Se aleja de una conceptualización abstracta del estado de naturaleza, que sería tan característica de la literatura política posterior, y adopta una narrativa marcada por los relatos clásicos sobre las etapas de la humanidad. Juan de Mariana da inicio al mismo con la formulación de una premisa griega, la de la sociabilidad natural del hombre, que el tomismo había preservado a través de la reformulación del aristotelismo⁶. No debemos olvidar que había sido precisamente la gran obra de la escolástica española la restauración del pensamiento tomista como sistema filosófico⁷. El propio Mariana había ostentado, antes de su retiro en Toledo, una cátedra en la facultad de Teología de la Sorbona, donde pudo dedicarse a la enseñanza de la obra de Tomás de Aquino⁸.

Que Mariana fuese miembro de la Compañía de Jesús no supuso impedimento alguno para la gran influencia que el tomismo ejercería en sus escritos. Lejos de las polémicas teológicas entre dominicos, jesuitas y jansenistas⁹, resulta erróneo guiarse por una aparente oposición —que se popularizaría a partir del siglo XVIII— entre el tomismo y el jesuitismo¹⁰. Resulta, de hecho, tarea harto complicada encontrar en la Compañía de Jesús una posición doctrinal unitaria¹¹, especialmente en teoría política, sino que hallaremos las reflexiones individuales de importantes autores jesuitas. La principal disputa en la que se verá inmersa la Compañía será relativa a la infalibilidad de la gracia y su relación con la falibilidad natural del libre albedrío, en la que las posiciones tomistas parecían puestas en entredicho

⁶ Una reformulación en la que el Aquinate amplía la definición aristotélica, ya que el hombre será concebido como un animal político y también social. ULLMANN, W., *A history of political thought: The Middle Ages*, Baltimore, Middlesex y Ringwood (Penguin Books), 1965, p. 175.

⁷ VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, París (Presses Universitaires de France), 2003, p. 330. Hasta 1567 Tomás de Aquino no fue proclamado doctor de la Iglesia, decisión tomada bajo el pontificado de Pío V.

⁸ En una carta de 29 de octubre 1571 escribía Mariana que «el modo de leer que tengo es seguir a Santo Tomás en cuestiones, doctrinas y orden, declarando su doctrina toda. Es verdad que no me pongo a declarar su misma letra, aunque llevo el libro a la clase». Citado en ASTRAIN, A., *Historia de la Compañía de Jesús en la asistencia de España*, tomo II, Madrid (Razón y Fe), 1914, p. 363.

⁹ Vid. HERMANN DE FRANCESCHI, S., «El tomismo agustiniano de los dominicos españoles. Tomás de Lemos y la referencia a san Agustín en tiempos de las Congregaciones de *auxilii*», *Criticón*, núm. 111-112, 2001, pp. 191-213.

¹⁰ Vid IRLÉS VICENTE, M. C., «Tomismo y Jesuitismo en los tribunales españoles en vísperas de la expulsión de la Compañía», *Revista de Historia Moderna*, núm. 15, 1996, pp. 73-100.

¹¹ SÁNCHEZ, J., «La Compañía de Jesús y la defensa de la monarquía hispánica», *Hispania sacra*, vol. 60, núm. 121, 2008, p. 190.

por la doctrina de la libertad de Luis de Molina –que finalmente no fue condenada por el papa Paulo V–. Schneemann, sin embargo, ha señalado la ausencia de contradicciones teológicas internas entre el molinismo y el tomismo¹². No resulta, por tanto, sorprendente que el padre Mariana siguiera las enseñanzas del Aquinate, aun si estas se conjugan con posiciones antropológicas próximas al agustinismo.

Hemos ya adelantado que Mariana toma prestado de los escritos grecolatinos la conceptualización de un tiempo pre-histórico –entiéndase en el sentido de su anterioridad a la comunidad política–, que necesariamente había de estar marcado por la degradación de la condición humana. La corrupción del hombre aparece como determinante en el camino hacia la prudencia y la rectitud como principios organizadores de la sociedad civil; de igual forma que el pecado constituye, en la teología católica, la fuente de la virtud. Por tanto, lejos de proclamar lamentaciones infructíferas por la condición primigenia de los hombres, Mariana apunta que de tales males «divinum bonum, humanitas legesque sanctissime nate sunt»¹³.

En este aspecto, encontramos en los escritos de Mariana la influencia que ejerce el agustinismo político, que, alejado de las posiciones tomistas, consideraba «la ley natural como irremediabilmente manchada y transformada por el pecado original»¹⁴. En Agustín de Hipona, pues, se entrevé un cierto pesimismo antropológico que no puede más que contrastar con la visión tomista, que considera que «homini naturaliter inest quaedam aptitudo ad virtutem», aunque esta «necesse est quod homini adveniat per aliquam disciplinam»¹⁵. Probablemente la adopción de las posturas antropológicas agustinianas determinará la divergencia de Mariana con el desarrollo tomista de la cuestión del tiranicidio. Mientras que en el pensamiento del Aquinate la comunidad política no se ve afectada por el pecado original, para el jesuita español este constituye la causa última de la misma, que condiciona su propia configuración. Ello se debe a que, como acertadamente ha señalado Braun, «Mariana transforms the Fall of man from a single moment in eschatological time to a gradual process in mytho-historical time»¹⁶. Quizá así se entienda mejor el interés que en su obra encontramos por recuperar el modelo constitucional medieval, fruto de un tiempo menos corrupto que el de su presente.

¹² Se trata de una lectura que analiza la decisión de Paulo V desde un punto de vista estrictamente doctrinal, en la que las teorías jesuíticas aparecen como continuadoras de la tradición de la Iglesia. Señala, además, que en ningún caso la autoridad de Santo Tomás fue cuestionada por la Compañía durante dicha controversia. SCHNEEMANN, G., *Origen y desarrollo de la controversia entre el tomismo y el molinismo*, Oviedo (Fundación Gustavo Bueno), 2015, pp. 111-140.

¹³ DE MARIANA, J., *De rege et regis institutione*, Toleti (Apud Petrum Rodericum typog. Regium), 1599, lib. I, cap. I, p. 22.

¹⁴ BRAUN, H. E., «Juan de Mariana, la antropología política del agustinismo católico y la razón de Estado», *Criticón*, núm. 118, 2013, p. 103.

¹⁵ TOMÁS DE AQUINO, *The treatise on Law [Being Summa Theologiae, I-II, qq. 90 through 97]*, ed. bilingüe, Londres y Notre Dame (University of Notre Dame Press), 1993, q. 95, a. 1, p. 280.

¹⁶ BRAUN, H. E., *Juan de Mariana and Early Modern Spanish Political Thought*, Hampshire (Ashgate), 2007, p. 26.

Estas disquisiciones teológicas no resultan ajenas a la reflexión política. Por un lado, la teología ofrecía un medio de aprehensión del orden trascendente¹⁷, que, aun siendo indisponible para el hombre, constituía la fuente de todas las instituciones humanas. Así pues, la teología, la política y el derecho no podían constituir disciplinas independientes y no resulta sorprendente que teólogos, como el propio Mariana, se ocupen de asuntos político-jurídicos¹⁸. Gobernar –y, por tanto, legislar– no era una función al arbitrio de la voluntad del príncipe¹⁹, sino que consistía en la proclama de unos principios preexistentes, derivados del orden inmutable establecido por Dios²⁰. Por otro lado, la teología se presentaba como esencial para la comprensión de la naturaleza humana, que necesariamente había de determinar las teorías acerca del nacimiento de la sociedad civil.

Fue por el pecado original que Dios fue al hombre al único a quien «nudum et inermem, quasi ex naufragio rebus omnibus amissis, in huius vitae erumnas eicit»²¹. En ese contexto y encontrándose aún reciente el recuerdo de la justicia primigenia, las nacientes comunidades políticas las acaudillaban hombres de grandes cualidades –en un claro paralelismo con los relatos clásicos acerca de la fundación de las ciudades grecolatinas–, que precisaban de pocas leyes para ejercer las funciones de gobierno. No obstante, la naturaleza corruptible del hombre condujo, para el aseguramiento de la paz civil, a la proliferación de leyes escritas²². Fue este el mismo motivo que había llevado a los hombres a someterse a una autoridad común²³, de modo que el derecho y el principado encuentran misma causa para su instauración. En este sentido, la teoría del padre Mariana se alinea con los postulados tomistas, pues si bien para el Aquinate el hombre se encuentra predisuesto hacia la virtud, esta se fundamenta en el temor al castigo, de manera que «necessarium fuit ad pacem hominum et virtutem, ut leges ponerentur»²⁴.

¹⁷ LLAMOSAS, E. F., «Probabilismo, probabiliorismo y rigorismo. La teología moral en la enseñanza universitaria y en la praxis judicial de la Córdoba tardocolonial», *CIAN. Revista de Historia de las Universidades*, vol. 14, núm. 2, 2011, p. 281.

¹⁸ PENA-BÚA, P., «El mundo de ayer: la monarquía hispánica. Aspectos filosóficos del orden político-jurídico de la Modernidad católica», *Cauriensia: Revista Anual de Ciencias Eclesiásticas*, núm. 18, 2023, p. 1212.

¹⁹ VALLEJO, J., «El cáliz de plata. Articulación de órdenes jurídicos en la jurisprudencia del *ius commune*», *Revista de Historia del Derecho*, núm. 38, 2009, p. 8: «El proceso de transformación consistía en convertir en preceptos concretos esa realidad objetiva y previa, que está por encima del legislador y de la que le legislador no puede disponer a su arbitrio».

²⁰ Solo desde una perspectiva teológica se pueden comprender las consecuencias jurídico-políticas de las transgresiones de las leyes naturales. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., «El crimen y pecado contra natura», en: TOMÁS Y VALIENTE, F. (coord.), *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid (Alianza), 1991, pp. 33-55.

²¹ DE MARIANA, J., *De rege et regis institutione*, cit., lib. I, cap. I, p. 18.

²² *Ibid.*, lib. I, cap. II, p. 23. «Illud etiam sit verisimile, leges initio paucissimas extitisse, easq; paucis et apertis verbis nulla explicatione eguisse».

²³ *Ibid.*, lib. I, cap. I, p. 20. «Ergo cum vita omnis externis iniuriis esset infesta, ac ne ipsi quidem consanguinei interse et necessarii a mutuis caedibus temperarent manus: qui a potentio ribus premebatur, mutuo se cum aliis societatis foedere costringer [...] hinc urbani coetus primu regia maiestas orta est».

²⁴ TOMÁS DE AQUINO, *The treatise on Law*, cit., I-II, q. 95, a. 1, p. 281.

En el sistema tomista, la comunidad política es el fruto que surge de la necesidad natural del hombre y que se materializa mediante la razón²⁵; mientras que en el pensamiento de Agustín de Hipona, la sociedad civil se presenta como una contingencia, con un claro contenido negativo, fruto del pecado original²⁶. En el *De rege* encontramos la confluencia de ambos postulados, ya que la comunidad política es, al mismo tiempo, necesaria, por la naturaleza del hombre; y contingente, en su formulación histórica, pues está perpetuamente condicionada por la mancha que el pecado original imprimió en la humanidad. No obstante, de esta contingencia no deriva Mariana una concepción negativa de la comunidad política, como plantea el agustinismo, pues la naturaleza manchada del hombre «conserva en sí la posibilidad de orientarse hacia el bien si es debidamente guiada y sabe hacer buen uso de su libertad»²⁷. En el desarrollo de estas premisas, por tanto, el jesuita aparece como un claro continuador del pensamiento tomista, quizá porque ambos se nutren de las lecturas ciceronianas, en las que la ley y el poder regio encuentran un común fundamento en la opresión de los muchos por los elementos más fuertes de la sociedad prepolítica²⁸.

Mayor influencia del Aquinate podemos vislumbrar en la exposición que Mariana realiza, en los capítulos subsiguientes, sobre su preferencia por la monarquía hereditaria, deudora de sus reflexiones acerca de la presentación aristotélica de las distintas formas de gobierno²⁹. No obstante, Mariana matizará la preferencia tomista por el gobierno de uno, puesto que este solo debe preferirse «si optimos quosque cives in consilium adhibeat, atque senatu convocato ex eorum sententia res publicas et privatas administret»³⁰. Se retoma dicha cuestión en el capítulo octavo del *De rege*, consagrado a la relación entre el príncipe y la comunidad. El padre Mariana parte de una perspectiva histórica para aproximarse a la naturaleza de la potestad regia. Nos recuerda, así, que los primeros reyes solo fueron tal porque habían sido elegidos por consentimiento de la comunidad y que en ella reside la

²⁵ TOMÁS DE AQUINO, *El gobierno monárquico, ó sea el libro De regimine principum*, ed. bilingüe, Sevilla (Izquierdo, A.), 1861, lib. I, cap. I, p. 4. «Aliis enim animalibus natura praeparavit cibum, tegumenta pilorum, defensionem, ut dentes, cornua, ungues, vel saltem velocitatem ad fugam. Homo autem institutus est nullo horum sibi a natura praeparato, sed loco omnium data est ei ratio, per quam sibi haec omnia officio manuum posset praeparare, ad quae omnia praeparanda unus homo non sufficit».

²⁶ VERGARA CIORDIA, J., «“Agustinismo político” y los espejos de príncipes», *Anuario de Historia de la Iglesia*, vol. 28, 2019, pp. 223-24.

²⁷ MARAVALL, J. A., *Teoría del Estado en España en el siglo XVII*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1997, p. 37.

²⁸ CICERÓN, *Acerca de los deberes*, ed. bilingüe, Ciudad de México (Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana), 2009, p. 90. Cic. Off. 2.12. «Nam cum premeretur in otio multitudo ab iis, qui maiores opes habebant, ad unum aliquem confugiebant virtute praestantem, qui cum prohiberet iniuria tenuiores, aequitate constituenda summos cum infirmis pari iure retinebat. Eademque constituendarum legum fuit causa quae regum».

²⁹ TOMÁS DE AQUINO, *El gobierno monárquico*, cit., lib. I, cap. II, pp. 13-14. «Manifestum est autem quod unitatem magis efficere potest quod est per se unum, quam plures [...]. Adhuc ea quae sunt ad naturam optime se habent, in singulis enim operator natura, quod optimum est; commune autem naturale regimen ab uno est».

³⁰ DE MARIANA, J., *De rege et regis institutione*, cit., lib. I, cap. II, pp. 33-34.

fuente de la dignidad real³¹. La ley, por tanto, ha de buscar la conservación del principado dentro de los límites de este consentimiento fundacional, en constante amenaza debido a la naturaleza corruptible del hombre. Por este motivo, deriva de la concepción de Mariana de la función regia que el príncipe ha de estar sujeto a las leyes del principado³², pues solo estas pueden prevenir que se convierta en tirano.

No obstante, el padre Mariana no llevó a término el desarrollo de una teoría más pormenorizada del origen de la comunidad política, no solo por el tipo de tratado que estaba elaborando, sino porque mostró siempre cierto desinterés por la especulación abstracta³³. Defensor del pactismo medieval³⁴, la constitución³⁵ de los reinos de España y, en especial, los de la Corona de Aragón³⁶, le ofrecía un modelo concreto de reflexión política³⁷. Descartadas las lecturas que hacen de Mariana un teórico de la soberanía popular³⁸ o un mero pensador teocrático³⁹, el jesuita español mostró preferencia por un sistema en el que los estamentos intermedios –en sintonía con el pensamiento monarcómico– desempeñasen un papel estabilizador en la organización del cuerpo social. Las constituciones medievales aparecían,

³¹ *Ibid.*, lib. I, cap. VIII, p. 88. «Me tamen auctore, quando Regia potestas, si legitima est, a civibus ortum habet, iis concendentibus primi Reges in quaque republica in reru fastigio collocati sunt».

³² *Ibid.*, lib. I, cap. IX, p. 102. «Non ergo se magis liberu putet a suis legibus, qua singuli populares aut proceres ab iis essent exempti, quos pro iure arreptae potestatis ipsi sanxissent. Praesertim cum plures leges non a Principe latae sint, sed universae reip. voluntate constitute, cuius maior auctoritas iubendi vetandique est, ma ius imperium quam Principis, si vera sunt quae superiori disputatione posuimus».

³³ BRAUN, H. E., «¿Quién fue Juan de Mariana? En busca de un pensador político europeo», en: RIVERA DE ROSALES, J. (dir.), *Actas UFV. Congreso Internacional 22, 23 y 24 de marzo de 2017. Talavera de la Reina. La actualidad del padre Juan de Mariana*, Madrid (Editorial UFV), 2018, pp. 186-187.

³⁴ RIVERA DE ROSALES, J., «Juan de Mariana: poder político y tiranicidio», en: RIVERA DE ROSALES, J. (dir.), *Actas UFV. Congreso Internacional 22, 23 y 24 de marzo de 2017. Talavera de la Reina. La actualidad del padre Juan de Mariana*, Madrid (Editorial UFV), 2018, p. 131.

³⁵ El término «constitución» aplicado a la Edad Media debemos entenderlo en un sentido cultural, para el que la historiografía alemana emplea la noción de *Verfassung*, manifestación de los avatares políticos cotidianos de un orden histórico determinado. GROSSI, P., *El orden jurídico medieval*, Madrid (Marcial Pons), 1996, p. 105.

³⁶ Esta lectura, que contrapone el pactismo aragonés a las tendencias centralizadoras castellanas, sin embargo, minusvalora el desarrollo de la administración regia en estos territorios, con independencia de la relación personal del príncipe con las instituciones medievales. Vid. LALIENA CORBERA, C., «Distancia y constitucionalidad. La dinámica política del reino de Aragón en la década de 1440-1450», en: FORANDA, F. y GENET, J.P. (dir.), *Des chartes aux constitutions*, París (Éditions de la Sorbonne), 2019, pp. 277-304.

³⁷ Acorde con el espíritu de los pensadores políticos españoles del siglo XVII, marcado por la finalidad práctica de la educación política. «Importa la acción, y por tanto, impresionar las conciencias con vista a la acción. No se trata de imaginar una política que de tan perfecta no tenga utilidad ninguna». MARAVALL, J. A., *Teoría del Estado en España en el siglo XVII*, cit., p. 32.

³⁸ SKINNER, Q., *The foundation of modern political thought*, vol. 2, Cambridge (Cambridge University Press), 1978, p. 347. El pactismo no puede considerarse «una forma de “democratización” del poder o algo parecido, sino una fórmula para reconocer la alianza objetivamente ineludible entre Monarquía y los estamentos privilegiados», TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, 4.ª ed., Madrid (Tecnos), 2001, p. 289.

³⁹ HERRERO SÁNCHEZ, M., «El padre Mariana y el tiranicidio», cit., p. 115.

por tanto, como paradigma de la libertad política⁴⁰ y en este sentido ha de entenderse su elogio de la Justicia de Aragón⁴¹, así como la relevancia que adquirirán dichos grupos –la nobleza y el clero– en el desarrollo de su doctrina sobre el tiranicidio. Esta confusión que opera en torno a la modernidad del pensamiento de Mariana responde, en gran medida, a una asimilación entre el papel que el Estado desempeña en escritos como los de Bodino y el que se le reserva al príncipe en el *De rege*⁴².

III. LA CUESTIÓN DEL TIRANICIDIO: ¿UN DISCURSO RADICAL?

Si en su programa político Mariana está lejos de ser un osado radical, también habremos de rechazar dicho calificativo para su tratamiento de la cuestión del tiranicidio. En esto, de nuevo, el jesuita no era ningún precursor y eran muchos los pensadores que con anterioridad habían tratado el problema de la tiranía, muchos de ellos católicos, pese a lo que sostendría más tarde Suárez. El propio Tomás de Aquino había abordado la cuestión de manera sucinta e, incluso en el siglo XII, había aparecido una obra bastante prolija al respecto, cuyo autor era Juan de Salisbury. El que fuera obispo de Chartres señaló claramente la licitud del tiranicidio, ya que «siendo como es una imagen de la Divinidad, el príncipe merece ser amado, venerado y asistido; el tirano, como imagen de la depravación, merece, la mayoría de las veces, la muerte»⁴³. Tanto en el *Policraticus*, como en la obra de Mariana, el tirano aparece como la contraposición del príncipe de acuerdo al modelo aristotélico: el uno, lo peor; el otro, lo mejor⁴⁴.

Tampoco en la España del momento la cuestión de la tiranía parecía ajena a los grandes movimientos intelectuales y artísticos de la monarquía. De hecho, resulta un tema

⁴⁰ El constitucionalismo medieval se presenta como un modelo de libertad política, que la historiografía ha ligado, en no pocas ocasiones, a la modernidad. Elías de Tejada señalaba que «la ordenación constitucional de Cataluña alcanzó en el siglo XIV una modernidad que asombra y un sentido de respeto a la libertad humana que bien podemos anhelar en el siglo XX». ELÍAS DE TEJADA, F., *Las doctrinas políticas en la Cataluña medieval*, Barcelona (AYMA Editor), 1950, p. 28. Sin embargo, tales lecturas adolecen de una visión de la modernidad como ruptura absoluta, ignorando los elementos premodernos que podemos encontrar en la construcción de la política moderna. Vid. QUAGLIONI, D., «Constitution et constitutionnalisme (XVI-XVII siècle)», en: FORANDA, F. y GENET, J.P. (dir.), *Des chartes aux constitutions*, París (Éditions de la Sorbonne), 2019, pp. 441-450.

⁴¹ DE MARIANA, J., *De rege et regis institutione*, cit., lib. I, cap. VIII, p. 96. «Eoque consilio delectos ex omnibus ordinibus ad convetus regni, Pontifices tota ditone, proceres, et procuratores civitatum evocare moris erat. Quod hoc tempore in Aragonia aliisque provinciis retentum, vellem nostri Principes reponerent».

⁴² Es una excesiva simplificación identificar el poder del Estado con el poder regio y, en este sentido, las reflexiones de teóricos como Bodino y Mariana no pueden ser fácilmente contrapuestas. TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, cit., p. 263.

⁴³ JUAN DE SALISBURY, *Policraticus*, Madrid (Editorial Nacional), 1984, lib. VIII, cap. XVII, p. 715.

⁴⁴ DE MARIANA, J., *De rege et regis institutione*, cit., lib. I, cap. II, p. 34. «Neque leve argumentum est regiam potestatem caeteris esse praestantiorum, cum eadem labesactata atque in contrarium versa, definat in tyrannidem omnium pessimam atque pestilentissimam formam gubernandi. Optimo enim pessimum opponatur necesse est, maxime pestilentem saluberrimo principatui».

recurrente en el teatro del Siglo de Oro⁴⁵, lo que atestigua hasta qué punto el mismo se trata con normalidad. Esto explica, a su vez, la escasa indignación que el *De rege* suscitó dentro de nuestras fronteras. Incluso en el teatro el tema será tratado sin ambivalencia alguna, a diferencia de lo que ocurre en Francia –probablemente por el contexto de guerra civil y religiosa que atraviesa el país galo–. Lope de Vega en su comedia *El tyrano castigado* caracterizaba magistralmente la perfidia de dicha condición en uno de los últimos diálogos de Teodoro, en el que el protagonista reconocía que fue un rey que no lo había sido⁴⁶. En la escolástica española también otros pensadores habían abordado la cuestión⁴⁷, aunque quizá la represión del movimiento comunero por parte de Carlos V influyó en el decrecimiento del interés por el tiranicidio⁴⁸, en muchas ocasiones reducido a la problemática del usurpador del principado, sobre la que, por otra parte, existía poca controversia.

1. La licitud de dar muerte al tirano: un desarrollo doctrinal del tiranicidio

En primer lugar, habremos de caracterizar al tirano, para lo que resulta imprescindible acudir al modelo aristotélico, en el que principado y tiranía aparecen como gobiernos antagónicos. En esta clásica contraposición, es labor del príncipe «tueri innocentiam, coercere improbitatem, dare salutem, rempublicam bonis omnibus atque felicitate amplificare», mientras que el tirano «nullum est tantum facinus quod non aggrediatur»⁴⁹. Esbozada la teoría de Mariana sobre el origen del poder regio, parece una consecuencia lógica de la misma que el príncipe deviene tirano cuando quebranta el pacto del que emana su autoridad⁵⁰, olvidando así que «se Princeps reipublicae et singulorum dominu arbitrabitur, quamvis assentatoribus id in aure insusurrantibus, sed rectore mercede a civibus designata»⁵¹. Lo resumía magistralmente Quevedo al apuntar que «ser tirano no es ser, sino dejar de ser, y

⁴⁵ Estos temas encuentran siempre un tratamiento jurídico-político en el teatro de la época. Vid. BERMEJO CABRERO, J.L., «Justicia penal y teatro barroco», en: TOMÁS Y VALIENTE, F. (coord.), *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid (Alianza), 1991, pp. 91-108.

⁴⁶ LOPE DE VEGA, *El tyrano castigado*, Madrid (Serrano de Vargas, M.), 1614, p. 295. «Soy un tirano / que no tuvo al cielo miedo, / soy un bárbaro inhumano, / soy de mi padre un Manfred, / soy un Caín de mi hermano [...]. / Soy un Nerón que abrasé / la patria donde nací, / soy un Rey que no lo fue, / cometa que me encendí / y en el aire me acabé».

⁴⁷ CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, F., «El tiranicidio en los escritos de Juan de Mariana: un estudio sobre uno de los referentes más extremos de la cuestión», tesis doctoral, Universidad de Alcalá, 2006, p. 71. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10017/445>> [Consultado el 01/11/2024].

⁴⁸ MERLE, A., «El *De rege* de Juan de Mariana (1599) y la cuestión del tiranicidio: ¿un discurso de ruptura?», *Criticón*, núm. 120-121, 2014, p. 93.

⁴⁹ DE MARIANA, J., *De rege et regis institutione*, cit., lib. I, cap. V, p. 56.

⁵⁰ En estrecha relación con la definición de la función política básica del príncipe, que consiste en conservar el orden dado por Dios. VALLEJO, J., «El príncipe ante el derecho en la cultura del *ius commune*», en LORENTE, M. y VALLEJO, J. (coord.), *Manual de Historia del Derecho*, 1.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, p. 152.

⁵¹ DE MARIANA, J., *De rege et regis institutione*, cit., lib. I, cap. V, p. 59.

hacer que dejen de ser todos»⁵². En efecto, tirano es quien deja de ser príncipe, como consecuencia de la ruptura del pacto social⁵³.

Esto implica la existencia de un sistema de gobierno bueno y justo independiente del propio príncipe, precisamente porque este se encuentra sujeto al mismo. El derecho se presenta como una realidad trascendente, cognoscible a través de la revelación⁵⁴, que escapa a la voluntad humana y, por tanto, a la del príncipe. Este se encuentra sujeto a la ley, pese a la imposibilidad de someterse coercitivamente a la misma. Por este motivo, Tomás de Aquino había establecido una sutil distinción entre la *vis* coercitiva y la *vis* directiva, siendo esta última la que se impone al príncipe como imperativo ético⁵⁵. Mariana, sin embargo, no seguirá esta distinción tomista, pues los cuerpos intermedios –conforme al modelo constitucional medieval– tienen la labor de velar por el sometimiento efectivo del príncipe a las leyes fundamentales del principado.

La concepción del padre Mariana reposaba en una premisa esencial, la confianza tomista en la concordancia entre razón y fe⁵⁶. El orden terrenal y el trascendente, el gobierno del hombre y el de Dios, habían de guiarse por iguales principios, por lo que no puede concebirse un principado ajeno a la moral cristiana⁵⁷. La modernidad, empero, se abría camino a través de un desgarrador dualismo ontológico, que había de quebrar dicha confianza⁵⁸. La política moderna establecía una ruptura que Elías de Tejada consideraba caracterizada por «cinco puñales en la carne histórica de la Cristiandad»⁵⁹. Si bien es cierto que estas habían necesariamente de revestir diversos significados –de hecho, estos cinco

⁵² QUEVEDO, F., *Libro de la política de Dios y Gobierno de Cristo Nuestro Señor*, Barcelona (La Verdadera Ciencia Española), 1885, p. 219.

⁵³ Concebida como un acto de corrupción del príncipe, que remite siempre, en la edad premoderna, a la idea de degeneración. GARRIGA, C., «*Crimen corruptionis*. Justicia y corrupción en la cultura del *ius commune* (Corona de Castilla, siglos XVI-XVII)», *Revista Complutense de Historia de América*, núm. 43, 2017, p. 25.

⁵⁴ CLAVERO SALVADOR, B., «Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones», en: TOMÁS Y VALIENTE, F. (coord.), *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid (Alianza), 1991, p. 65.

⁵⁵ TOMÁS DE AQUINO, *The treatise on Law*, cit., I-II, q. 96, a. 5, p. 332. «Ad tertium dicendum quod princeps dicitur esse solutus a lege quantum ad vim coactivam legis, nullus enim proprie cogitur a seipso; lex autem non habet vim coactivam nisi ex principis potestate [...]. Sed quantum ad vim directivam legis principis subditur legi propria voluntate».

⁵⁶ MARAVALL, J. A., *Teoría del Estado en España en el siglo XVII*, cit., p. 365.

⁵⁷ Con anterioridad, Juan de Salisbury ya había presentado el quebranto del derecho natural como límite que diferencia al príncipe del tirano. Entiende por ley aquella que «es un regalo de Dios, un modelo de equidad, norma de justicia, imagen de la voluntad divina, custodia del bien público, unidad y cohesión para los pueblos, reguladora de los deberes, baluarte en la lucha contra los vicios, castigo de la violencia y de toda injusticia». JUAN DE SALISBURY, *Policraticus*, cit., lib. VIII, cap. XVII, p. 715.

⁵⁸ MEINECKE, F., *Machiavellism. The doctrine of raison d'État and its place in Modern History*, New Haven (Yale University Press), 1962, p. 39.

⁵⁹ Se trataban de «la ruptura religiosa del protestantismo luterano, la ruptura ética con Maquiavelo, la ruptura política por mano de Bodin, la ruptura jurídica en Grocio y en Hobbes, y la ruptura definitiva del cuerpo místico cristiano en los tratados de Westfalia». ELÍAS DE TEJADA, F., *La monarquía tradicional*, Madrid (Ediciones Rialp), 1954, p. 37.

elementos no serán siempre coincidentes y su desarrollo, en ocasiones, ambiguo⁶⁰—, en todos ellos encontramos un proceso de liberación de la ética cristiana y, más concretamente, de ruptura del monopolio teológico sobre la reflexión jurídico-política.

En este sentido, resulta especialmente elocuente la introducción de la noción de razón de Estado. Pese a que razones de Estado podían existir muchas y muy variadas⁶¹, lo cierto es que la mera aparición y popularización del término anunciaba la profunda crisis que había de atravesar el sistema aristotélico-tomista⁶². En efecto, se establecía una lógica del poder guiada por la *necessità* y desligada de la concepción cristiana de la virtud y los límites que la misma imponía. En oposición frontal con los postulados de la escolástica española, tampoco en los teóricos absolutistas la lógica maquiavélica encontraría un pacífico encaje. En estos supuso el fruto de una insalvable contradicción, en tanto que los elementos intangibles necesarios para el fortalecimiento de la función regia resultaban, al mismo tiempo, debilitados como consecuencia de las nuevas tesis políticas⁶³. Por este motivo, la escuela española rechazó de plano los postulados del maquiavelismo. Se trataba, en todo caso y según lo expresó Gracián, de «razones, no de Estado, sino de establo»⁶⁴. Quebrados los lazos entre moral y política, el príncipe maquiavélico no podía ser, en la concepción del padre Mariana, más que un simple tirano.

Podemos aún distinguir entre diversos tipos de tiranos y, si bien es cierto que existen varias clasificaciones⁶⁵, la más pertinente continúa siendo la distinción bartoliana entre el *tyrannus ab origine* y el *tyrannus a regimine*; esto es, el usurpador que se hace con el control

⁶⁰ En ocasiones encontramos elementos de continuidad con la tradición medieval. En otras, se ha señalado la posible ambigüedad en el desarrollo de nociones como la de la razón de Estado, para lo que se alude al hecho de que Maquiavelo mencione a Fernando el Católico como un casi príncipe nuevo. Sin embargo, la visión que se desprende de su obra resulta menos positiva y más ambivalente de lo que se había sostenido. Vid. SARALEGUI, M., «El príncipe afortunado: Fernando el Católico en la obra de Maquiavelo», en: ZORROZA HUARTE, I. (ed), *Virtudes políticas en el Siglo de Oro*, Pamplona (EUNSA), 2013, pp. 29-48.

⁶¹ Vid. GARCÍA MARÍN, J.M., «Razón de Estado y razón de Dios en la práctica política de la Monarquía española (1511-1664)», *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 24, 2017, pp. 11-34.

⁶² GIL PUJOL, X., «La Razón de Estado en la España de la Contrarreforma», en: GIL PUJOL, X. et al. (coord.), *La razón de Estado en la España moderna*, Valencia (Real Sociedad Económica de Amigos del País), 2000, p. 359.

⁶³ MEINECKE, F., *Machiavellism. The doctrine of raison d'État and its place in Modern History*, cit., p. 40. Esta doble contradicción la señalaba Meinecke al apuntar que «on the one hand religion, morality and law were all absolutely indispensable to it as a foundation for its existence; on the other hand, it started off with the definite intention of injuring these whenever the needs of national self-preservation would require it».

⁶⁴ GRACIÁN, B., *El Criticón*, tomo I, Filadelfia (University of Pennsylvania Press), 1938, p. 236. Para profundizar sobre la cuestión, vid. CANTARINO SUÑER, M. E., «Baltasar Gracián y la razón de Estado. El político don Fernando el Católico: del modelo a la teoría y de la teoría al modelo», *eHumanista. Journal of Iberian Studies*, vol. 31, 2015, pp. 342-356.

⁶⁵ Quevedo, por ejemplo, distingue entre aquellos que ejercen la tiranía directamente y aquellos otros que se convierten en tiranos por inacción. MARAVALL, J. A., *Teoría del Estado en España en el siglo XVII*, cit., p. 402.

del principado y aquel que lo deviene fruto del ejercicio abusivo de su legítimo poder⁶⁶. Con respecto al primero, considera el padre Mariana que «in eo consentire tum philosophos tum Theologos video [...] vita et principatu spoliari posse»⁶⁷. Que el usurpador podía ser combatido por todos los miembros de la comunidad era poco discutido, ya que el origen de su poder derivaría de un acto ilícito. Juan de Salisbury lo expuso con gran claridad cuando recordó las palabras de Jesús de que «el que toma la espada merece perecer por la espada»⁶⁸.

Pero, ¿qué ocurre en el segundo supuesto, cuando se trata de oponer resistencia a un legítimo soberano que ejerce el poder tiránicamente? Aunque en la Europa del XVII se trate de un asunto espinoso, como consecuencia de las rebeliones y guerras religiosas que asolan reinos como el de Francia e Inglaterra, y que habrían de despertar acusaciones de sedición contra los defensores del derecho de resistencia; lo cierto es que acordar el mismo en estos supuestos no constituía más que un corolario de su concepción del poder civil. Pese a ello, los teóricos católicos, así como los protestantes, se cuidaron mucho de las acusaciones que tildaban a sus doctrinas de sediciosas. Francisco Suárez, en su *Defensio Fidei*⁶⁹, respondía a las mismas y responsabilizaba a los autores protestantes; aunque estos también se defendieron de tales reproches, como haría el calvinista Teodoro de Beza⁷⁰. Si bien podríamos llegar a creer que dichas teorías son intrínsecamente indiferentes al credo católico o protestante de sus autores⁷¹, el fundamento de ambas difiere sensiblemente. En el pensamiento protestante la política comienza a perfilarse como un hecho independiente⁷² –con una lógica propia, desligada de la reflexión ético-religiosa– y, en este sentido, el tiranicidio aparecía como un medio a disposición del propio poder constituido⁷³. Esto explicaría que la formulación más extensa del tiranicidio se diese, no en los autores protestantes –aunque fuesen los más interesados–, sino en uno católico, como el padre Mariana.

⁶⁶ Este último solo es comprensible desde la aceptación del carácter pactado de la monarquía. IGLESIA FERREIRÓS, A., «Del pactismo y de otra forma de escribir la Historia», *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 67, 1997, p. 651.

⁶⁷ DE MARIANA, J., *De rege et regis institutione*, cit., lib. I, cap. VI, pp. 74-75.

⁶⁸ JUAN DE SALISBURY, *Policraticus*, cit., lib. III, cap. XV, p. 303. «Entiéndase “tomarla” del que la ha tomado por su propia osadía, no del que recibe potestad de Dios para empuñarla».

⁶⁹ SUÁREZ, F., *Defensio Fidei Catholicae*, Leipzig (Birkmann, M.), 1619, lib. V, cap. XXI, p. 18. «Deinde dicimus, non Catholicos, sed haereticos parentes Lutheranorum et Protestantium docuisse, Regem non solum propter haeresim, vel tyrannidem, sed etiam propter quodlibet mortale peccatum rehnun amittere, posseque a popularibus pro su arbitrio corripiri».

⁷⁰ BÈZE, T., *Du droit des magistrats sur leurs sujets*, París (EDHIS), 1575, p. 12. «Il ne faut pas penser que ceux qui enseignent comment en bone conscience on peut resister à une tyrannie manifeste, despouillent les bons et legitimes magistrats de l'autorité que Dieu leur a donee, ou facent ouverture aux seditions. Car au cotraire, l'autorité des magistrats ne peut estre establee, ni la tranquillité publique estre conservee, qui est le but de toutes les vraies polices, sinon qu'en empeschant que la tyrannie ne surviene, ou l'abolissant, quad elle est survenue».

⁷¹ SKINNER, Q., *The foundation of modern political thought*, cit., p. 347.

⁷² NEGRO PAVÓN, D., «Derecho de resistencia y tiranía», *Logos: Anales del Seminario de Metafísica*, núm. extra 1, 1992, p. 694.

⁷³ Se canalizaba a través de la acción de los magistrados. Vid. CARVAJAL ARAVENA, P., «El derecho de resistencia en la teología política de Juan Calvino», *Revista de estudios histórico-jurídicos*, núm. 22, 2000, pp. 335-351.

Tomás de Aquino, ajeno a los conflictos políticos que habían de asolar la Europa moderna, había indicado esa consecución lógica, es decir, que «si vero ad ius alicuius superioris pertineat multitudini providere de rege, expectandum est ab eo remedium contra tyranni nequitiam»⁷⁴. Bien es cierto que el Aquinate también apunta que «si non fuerit excesos tyrannidis, utilius est remissan tyrannidem tolerare ad tempus, quam tyrannum agendo multis implicari periculis, quae sunt graviora ipsa tyrannide»⁷⁵. Y, ¿cuáles son esos peligros? Principalmente el quiebre de la ansiada unidad cristiana, esto es, la posibilidad de caer en la anarquía e, incluso, en la sedición. En cierta medida, los escritos tomistas ya habían previsto las acusaciones que recibiría la obra de Mariana por defender más ampliamente el tiranicidio como medio legítimo de resistencia.

En la obra de Tomás de Aquino, fruto de dicha preocupación, el tiranicidio encuentra unos cauces reducidos para su puesta en práctica, ya que «videtur autem magis contra tyrannorum saevitiam non privata praesumptione aliquorum, sed autoritate publica procedendum»⁷⁶. Probablemente es en este aspecto, habida cuenta de que Mariana no descarta la acción privada para la consumación del tiranicidio, en el que resida la gran novedad –así como el germen de las constantes caracterizaciones como pensador radical– de su obra. Como acertadamente señala Braun, a excepción del padre Mariana, «no Catholic or Jesuit theologian [...] ever argued outright that it was justifiable for a private person simply to go forth and kill a lawful prince on his or her own authority»⁷⁷.

Los pensadores protestantes, como hemos adelantado, rechazarán de plano esa posibilidad. Beza, calvinista, la descarta contra el tirano *a regimine*, pues, aunque pierda la autoridad sobre la comunidad en su conjunto, aún la retendría sobre los sujetos particulares⁷⁸. Hay quien podría argumentar, empero, que Juan de Salisbury ya había previsto dicha posibilidad en su *Policraticus* y, si bien es cierto que una lectura en tal sentido de su obra no es descartable, su formulación resulta de gran ambigüedad⁷⁹ y, por tanto, alejada de la propuesta pormenorizada de Mariana. Precisamente la exposición que al respecto hallamos en el *De rege* pretendía solventar las objeciones que habían llevado a Francisco de Vitoria⁸⁰, en contra del sentido general de la escuela española, a negar el derecho de resistencia contra

⁷⁴ TOMÁS DE AQUINO, *El gobierno monárquico*, cit., lib. I, cap. VI, p. 37.

⁷⁵ *Ibid.*, lib. I, cap. VI, pp. 32-33.

⁷⁶ *Ibid.*, lib. I, cap. VI, p. 36.

⁷⁷ BRAUN, H. E., *Juan de Mariana and Early Modern Spanish Political Thought*, cit., p. 83.

⁷⁸ BÈZE, T., *Du droit des magistrats sur leurs sujets*, cit., p. 29. «Nonobstant qu'il abuse de son droit, retient toutesfois ce fondement d'autorité qu'il a sur ses subiets particuliers, ne pouvant l'obligation qui a esté contractee par consentement commun et public, estre rompue, et mise à neant, à l'appetit d'un particulier».

⁷⁹ JUAN DE SALISBURY, *Policraticus*, cit., lib. III, cap. XV, p. 303. «En consecuencia, con toda razón se arman los derechos contra el que pretende escabullirse de la mano pública. Y con ser muchos los delitos de lesa majestad, ninguno más grave que el que se realiza contra el cuerpo mismo de la justicia».

⁸⁰ LANGELLA, S., «Francisco de Vitoria y la cuestión del tiranicidio», *Salamanca Working Paper Series*, núm. 4, 2015, p. 20.

el tirano. Su oposición se fundaba en ser contrario al derecho natural «quod quis sit actor, iudex et exequutor»⁸¹.

¿De qué manera puede salvarse la objeción de Vitoria? Hemos de señalar que el padre Mariana atribuye, en primer lugar, a la comunidad el pronunciamiento del juicio contra el tirano, pues en última instancia es ella la que le ha conferido el poder que este ejerce fuera de los términos pactados. Ahora bien, introduce una distinción, probablemente marcada por el comentado pragmatismo, en función de que sea posible o no la celebración de reuniones públicas. Aunque este elemento diferenciador, como ha señalado Centenera Sánchez-Seco, no constituye una completa novedad⁸², sí que lo será lo que del mismo se derive.

Por tanto, en caso de que fuesen posibles las reuniones públicas, habrán de celebrarse grandes asambleas en las que se amoneste al príncipe y se le comine al respeto de los límites en los que se ha acordado la concesión de la dignidad real. Solo en el supuesto de que el príncipe desoyese las advertencias, podrá la comunidad política declarararle la guerra cual vil tirano y, en dicho momento, se habrá de atribuir «facultas esto cuicumque privato, qui ipse impunitatis abiecta, neglecta salute in conatu iuvandi rempublicam ingredi voluerit»⁸³. Si bien pudiera parecer que ya en este supuesto Mariana reconoce el derecho de resistencia del sujeto particular, habremos de matizar que actuaría, en esta situación, como mero agente de la comunidad, previa intervención declarada por el cuerpo social.

Mayor interés reviste el segundo escenario, en el que las reuniones públicas han sido vedadas y, por consiguiente, la autoridad pública –entendemos que Mariana se refiere a esos cuerpos intermedios tan centrales en su pensamiento político– encuentra una real imposibilidad de acción. En dicho supuesto, el *De rege* admite que un particular, por propia iniciativa, pueda arrebatarse la vida al tirano⁸⁴. No obstante, con la voluntad de evitar la arbitrariedad denunciada por Vitoria, el padre Mariana somete la acción privada a la condición de que «publica vox populi adsit, viri eruditi et graves in consilium adhibeatur»⁸⁵.

Encontramos, de nuevo, la relevancia del modelo político del que Mariana se siente continuador, en el que los referidos estamentos intermedios, que constituyen esos *virii eruditi et graves*, están llamados a desempeñar un papel central, como intermediarios entre la comunidad política constituyente y el principado. Serán ellos los encargados de canalizar

⁸¹ Continuaba «sed talis esset qui private occideret tyranuum secundo modo: ergo non licet illum occidere». DE VITORIA, F., *Comentario a la Secunda secundae*, tomo IV, Salamanca (Biblioteca de Teólogos Españoles), 1932, q. 64. a. 3, p. 287.

⁸² CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, F., «El tiranicidio en los escritos de Juan de Mariana: un estudio sobre uno de los referentes más extremos de la cuestión», cit., p. 399. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10017/445>> [Consultado el 01/11/2024].

⁸³ DE MARIANA, J., *De rege et regis institutione*, cit., lib. I, cap. VI, p. 76.

⁸⁴ *Ibid.*, lib. I, cap. VI, pp. 76-77. «Par profecto, mea quidem sententia, iudicium erit, cum Principis tyrannide oppressa republica: sublata civibus inter se conveniendi facultate voluntas non desit delendae tyrannidis, scelera Principis manifesta modo et intoleranda vindicandi».

⁸⁵ *Ibid.*, lib. I, cap. VI, p. 77.

la *vox populi* y, de este modo, se evita dejar en las manos arbitrarias de cualquier particular la facultad de juzgar si el príncipe es realmente o no un tirano. Pero si la opinión de estos hombres ilustres proclama la existencia de la tiranía –aun si no se siguen los cauces expuestos en el otro supuesto–, entonces cualquier sujeto privado está legitimado para actuar. Ello no significa, sin embargo, que pueda hacerlo por cualquier medio⁸⁶, pues no es sin motivo que el pensamiento de Mariana se encuentra tan alejado de los postulados maquiavélicos⁸⁷.

2. Las lecturas del pensamiento de Mariana: repercusión de su obra en la política europea moderna

Si en España la obra de Mariana no suscitó mayor controversia, allende nuestras fronteras se percibió como una llamada a la rebelión contra las monarquías que, a diferencia de la española, se enfrentaban a crudos conflictos civiles. El jesuita español, preocupado por la situación de la que él mismo había sido testigo durante su estancia parisina, pretendía con su tratado prevenir a la católica monarquía hispánica de los males de la guerra civil y religiosa⁸⁸. Muchos monarcas europeos, sin embargo, leyeron el *De rege* como una incitación a esa contienda sediciosa en sus propios reinos; una lectura que se vio reforzada por el pragmatismo de Mariana, que le llevó a abordar los acontecimientos más recientes de la Europa de su tiempo.

El padre Mariana se aproxima a la cuestión del tiranicidio refiriéndose a los sucesos acaecidos en Francia, en la que Enrique III había sido muerto por Jacques Clément, un fraile dominico, como respuesta a su política religiosa. Si bien es cierto que Mariana tacha dicho episodio de «foedu spectaculu in paucis memorabile», también reconocía que el mismo «quo Principes doceatur impios ausus haud impune cadere»⁸⁹. Menos ambigua se presentaba la opinión de Mariana sobre el atentado contra la vida del monarca galo cuando, al tiempo que relataba la manera en la que Clément asesta la mortal puñalada a Enrique III, irrumpía el jesuita en gozoso clamor por el «insignem animi considentiam, facinus memorabile»⁹⁰.

⁸⁶ Mariana considera contrario al derecho natural cualquier medio de arrebatarle la vida al tirano que suponga darse la propia muerte, lo que constata la lejanía con respecto a la doctrina maquiavélica. *Ibid.*, lib. I, cap. VII, p. 84. «Nimiru crudele existimarunt, atque a Christianis moribus alienum, quantumuis flagitiis coopertum eo adigere homine, ut sibi ipsima nusasserat pugione in viscera adacto, aut lethali veneno in cibo aut potu temperato».

⁸⁷ El pensamiento de Mariana es, como ya hemos esbozado, contrario a la noción creciente de *ragion di Stato* y, por tanto, contrario a las tesis de Maquiavelo. RIVERA DE ROSALES, J., «Juan de Mariana: poder político y tiranicidio», cit., p. 131. Es más, el modelo de príncipe para Mariana es uno virtuoso, reflejo para sus súbditos, pues «credunt enim homines magis exemplis quam legibus», siendo un príncipe inepto «qui edicta sua, maiorum leges verbis sigit modo, vitiu licentia destruit, sunditusque convellit». DE MARIANA, J., *De rege et regis institutione*, cit., lib. I, cap. IX, p. 102.

⁸⁸ BRAUN, H. E., *Juan de Mariana and Early Modern Spanish Political Thought*, cit., p. 63.

⁸⁹ DE MARIANA, J., *De rege et regis institutione*, cit., lib. I, cap. VI, p. 66.

⁹⁰ *Ibid.*, lib. I, cap. VI, p. 68.

Tanto o más revuelo habían de generar estas palabras en Francia en la medida en que el padre Mariana había ostentado una cátedra de Teología en la Sorbona, gracias a la cual habría cosechado gran renombre en la capital gala, al menos si tomamos por ciertas las anécdotas que reseñan la gran afluencia a sus clases⁹¹. El asesinato de Enrique IV en 1610 contribuyó a dar mayor amplitud a la polémica generada, ya que se pretendía hacer responsable a Mariana y, en última instancia, a la Compañía de Jesús, de la muerte del rey francés. Es más, en carta del 24 de junio de 1600, el Padre General de la Compañía de Jesús, Aquaviva, se dirige a Mariana a propósito de su tratado *De rege*. En la misiva le indica que considera innecesarias –y portadoras de posibles graves consecuencias– las menciones a la situación de la monarquía francesa y le insta a que retire dichas alusiones en la segunda edición⁹². En aquella, sin embargo, Mariana no enmendó sus juicios sobre Clément, sino que se limitó a suprimir un párrafo en el que presentaba al fraile dominico como «aeternum Galliae decus»⁹³.

La pregunta que debiéramos hacernos es si las sentencias de Mariana acerca de Enrique III carecían o no de algún fundamento. La política religiosa del monarca francés había generado una ferviente oposición interna por parte del partido católico y, sumado a la cobarde e indigna muerte que había dado al duque de Guisa, líder de la Santa Liga, pronto se sucedieron las acusaciones de tiranía por parte de los propios católicos franceses⁹⁴. Así pues, la enemistad entre ambas monarquías, la española y la francesa, no puede brindarnos una explicación satisfactoria de la opinión de Mariana. Nos encontramos, sin embargo, ante la contraposición de dos modelos políticos: el de la virtud cristiana como principio ordenador del gobierno y el de la razón de Estado. El padre Mariana toma partido por el primero de ellos y, siendo esta la disyuntiva que está en lid en las guerras que sufre Francia, había necesariamente de terminar posicionado del lado de los liguistas católicos.

Aun Enrique IV, quien para muchos sería un rey «de très bonne et très loüable memorie»⁹⁵ por la promulgación del edicto de Nantes, despertaba gran animadversión entre el partido católico y, de hecho, correría una suerte similar a su predecesor. En el verano

⁹¹ JIMÉNEZ GUIJARRO, P., «Filosofía crítica del Padre Juan de Mariana: un estudio de filosofía social», tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1992, p. 22. Disponible en: <<https://hdl.handle.net/20.500.14352/61567>> [Consultado el 19/12/2025].

⁹² «En ella hay algunas cosas que, para los tiempos que corren y el estado en que están las cosas en Francia, creo que dañarán mucho, como es toda la historia que V. R. toca del rey de Francia muerto [...], deseo que, en todo caso, en la segunda edición lo quite». Citado en ASTRAIN, A., *Historia de la Compañía de Jesús en la asistencia de España*, tomo IV, Madrid (Razón y Fe), 1913, p. 99.

⁹³ CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, F., «El tiranicidio en los escritos de Juan de Mariana: un estudio sobre uno de los referentes más extremos de la cuestión», cit., p. 74. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10017/445>> [Consultado el 01/11/2024].

⁹⁴ TURCHETTI, M., «Tirannide e Resistenza nel pensiero di Juan de Mariana de la Reina (1535-1624)», en: BIANCHIN, L. y FERRONATO, M. (coord.), *Silete Theologi in munere alieno. Alberico Gentili e la seconda Scolastica. Atti del Convegno internazionale (Padova, 20-22 novembre 2008)*, Padua (CEDAM), 2011, p. 343.

⁹⁵ *Arrest de la Cour de Parlement, contre le tres-mechant parricide François Ravaillac (27 mai 1610)*, Lyon (Ancelin, B.), 1610, p. 4.

de 1593, François Morin, miembro de la Santa Liga, escribía un ficticio diálogo entre un liguista católico y un defensor del rey francés, *Dialogue d'entre le Maheustre et le Manant*, en el que planteaba severamente el derecho de resistencia frente a la tiranía⁹⁶ y, justificando la causa del partido católico, llamaba a las armas «pour deffendre nostre Religion, empescher la tyrannie et garder nostre profession»⁹⁷.

Por tanto, las preocupaciones que expresaba Mariana en el *De rege* difícilmente podían permanecer al margen de los acontecimientos que ocurrían en Francia, por la sencilla razón de que allí encontraban estas una manifestación real a través de la causa católica. Es cierto que el magnicidio de Enrique IV a manos de François Ravaillac recrudeció las críticas hacia el jesuita español, quien incluso llegó a ser acusado de ser una de las inspiraciones intelectuales del autor de tal atentado⁹⁸. Pareciera que el padre Mariana hubiese pronunciado su severo juicio no sobre Enrique III, sino sobre su sucesor; y muchos de sus críticos habrían de inducir a esta sibilina confusión⁹⁹.

La muerte de otro soberano francés, encontrándose aún reciente el recuerdo del asesinato de Enrique III, aumenta los ataques de los defensores de la monarquía, ya no solo contra Mariana, sino contra los jesuitas en su conjunto. Ya no se trataba solo del jesuita español, sino de toda la Compañía de Jesús la que era acusada de haber matado al rey¹⁰⁰. Este creciente clima antijesuítico es el motivo que llevará a Coton a publicar, el primero de julio de 1610, un panfleto con el que pretende desvincularse de las tesis de Mariana, llamando a la obediencia¹⁰¹, pues considera que «le corps de nostre Compagnie ne peut estre infecté par l'opinion d'un seul»¹⁰². El 6 de julio, con el mismo ánimo de salvaguardar a los jesuitas

⁹⁶ CROMÉ, F., *Dialogue d'entre le Maheustre et le Manant*, París (Cavellat L. y Thierry, R.), 1593, p. 7. «Comment, voulez vous que l'on recherche par remostrance et obeissance un Prince qui est contraire à la Religion de son peuple, qui a l'espee à la main pour l'exterminer et y establir son opinion, qui a un venin au cœur, et qui tant de fois a manqué à son devoir et à la promesse, et s'est ragé opiniastre à l'heresie, et fait profession apperte d'icelle, comme chef, support et assurance de tous les heretiques tant de ce Royaume que de nos voisins».

⁹⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁹⁸ COTON, P., *Lettre declaratoire de la doctrine des Peres Jesuites, conforme aux décrets du Concile de Constance*, Lyon (Jullieron, N.), 1610, p. 23. Se trataban de acusaciones infundadas, pues la obra de Mariana no pudo ejercer ningún influjo en la decisión de Ravaillac, «attendu que ce meschant n'avoit suffisante intelligence de la langue, en laquelle son livre estoit escrit».

⁹⁹ TURCHETTI, M., «Tirannide e Resistenza nel pensiero di Juan de Mariana de la Reina (1535-1624)», cit., p. 344.

¹⁰⁰ DE L'ESTOILE, P., *Mémoires-journaux. 1574-1611*, tomo X, París (Tallandier), 1982, p. 270. «Donnèrent fort sur les Jésuites, preschèrent contre eux, arguèrent la doctrine erronée contenue en leurs escrits et livres, alléguans entre les autres ceux de Mariana et Becanus. L'abbé Du Bois prescha violemment contre, jusqu'à dire qu'ils estoient cause en partie du malheureux assassinat commis en la personne du feu Roy, et que les Jésuites l'avoient tué».

¹⁰¹ COTON, P., *Lettre declaratoire de la doctrine des Peres Jesuites, conforme aux décrets du Concile de Constance*, cit., p. 19. «Que l'obeissance leur est deuë, non pource qu'ils sont vertueux, sages, puissans, ou doïez de quelques autres loüables qualitez; mais pource qu'ils sont Roys établis de Dieu».

¹⁰² *Ibid.*, p. 21.

franceses de la ira regia, el Padre General de la Compañía emite un decreto —que solo se llega a publicar en Francia— en el que prohíbe «decir o escribir que es lícito a cualquier persona, con cualquier pretexto de tiranía, matar a los reyes o príncipes o maquinárselos la muerte»¹⁰³.

Para comprender la actitud de los jesuitas franceses, hemos de señalar que ya en junio el parlamento de París había condenado a las llamas el tratado de Mariana, acusado de blasfemo y enemigo de Enrique III y de los reyes soberanos¹⁰⁴. Se trataba de una condena de la que el parlamento pretendía hacer partícipe también al partido católico. Se entiende, pues, que se instase a la facultad de Teología de la Sorbona a condenar el *De rege*, así como se ordenase la introducción de una condena del *Quilibet tyrannus* en los juramentos que habían de prestar los doctores y licenciados por dicha facultad¹⁰⁵. El *Quilibet tyrannus*¹⁰⁶ era la formulación con la que Jean Petit había justificado el asesinato del duque de Orleans por orden del duque de Borgoña y que había sido condenada en el concilio de Constanza del 1415. La facultad parisina, haciendo indicación de la decisión conciliar, alegará que «cette proposition prise ainsi generalement et selon la signification de ce mot, Tyran, est une erreur contre la foy catholique, contre la doctrine des bonnes mœurs, et contre le commandement de Dieu, Tu ne tueras point»¹⁰⁷. Presenta, así, una de las críticas más recurrentes que recibiría la doctrina de Juan de Mariana, pero a la que él mismo había dado respuesta en su obra¹⁰⁸, puesto que, entre otros motivos, dicho concilio nunca lo había ratificado ningún romano pontífice.

Si fue en Francia donde mayor repercusión encontró la obra de Mariana, no se limitó, sin embargo, a esta, ya que el conflicto político y religioso que marcaba las preocupaciones del jesuita español también lo conocieron otras monarquías europeas, como la inglesa. La obra de Mariana habría incluso llegado hasta las manos de Cromwell, si damos veracidad al testimonio de Burnet, obispo de Salisbury¹⁰⁹. Quien sí sabemos que tuvo que ser conocedor del *De rege* fue

¹⁰³ Citado en FONT OPORTO, P., «Suárez, Mariana y el tiranicidio: convergencias, divergencias y silencios estratégicos», *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, vol. 4, 2017, p. 16. Aquaviva se mostrará muy reacio a que los jesuitas se vean inmersos en asuntos temporales y sus medidas serán más rigurosas de las que luego adoptarán sus sucesores. SÁNCHEZ, J., «La Compañía de Jesús y la defensa de la monarquía hispánica», cit., pp. 191-194.

¹⁰⁴ CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, F., «El tiranicidio en los escritos de Juan de Mariana: un estudio sobre uno de los referentes más extremos de la cuestión», cit., p. 89. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10017/445>> [Consultado el 01/11/2024].

¹⁰⁵ TURCHETTI, M., «Tirannide e Resistenza nel pensiero di Juan de Mariana de la Reina (1535-1624)», cit., p. 341.

¹⁰⁶ *Collectio iudicorum de novis erroribus*, tomo II, París (Du Plessis d'Argentré, C.), 1745, anno 1610, p. 11. «Quilibet Tyrannus potest et debet licite et meritorie occidi a quocumque suo vasallo aut subdito et per quemcumque modum et maxime per insidias, et per adulationes non obstante quocumque juramento aut confaederatione facta apud eum, non expectando sententiam aut mandatum iudicis cujuscumque».

¹⁰⁷ *Collectio iudicorum de novis erroribus*, cit., anno 1610, p. 11.

¹⁰⁸ DE MARIANA, J., *De rege et regis institutione*, cit., lib. I, cap. VI, p. 80. «Ac proprie Ioannis Parvi Parisiensis Theologi vanitatem improbare animus erat, Ludovici Aurelianensis caedem a Ioanne Burgundo Lutetie sactam, eo commeto excusantis, quasi tyrannum opprimere fas sit privata auctoritate».

¹⁰⁹ BRAUN, H. E., «¿Quién fue Juan de Mariana? En busca de un pensador político europeo», cit., p. 178.

Jacobo I de Inglaterra, quien en su apología del *oath of allegiance* se refiere constantemente a las doctrinas católicas que ponen en peligro la soberanía del monarca¹¹⁰, como bien ilustraban, a su parecer, los acontecimientos vividos en Francia. Podría pensarse que Jacobo I dirige, en parte, sus acusaciones contra Mariana, como miembro de la escuela española, pues recordando el deber de cristiana obediencia, el rey inglés emplea como argumento de autoridad el cuarto concilio toledano, que precisamente se dirigía «vel totius Hispaniae populis»¹¹¹.

Este mismo concilio, junto al de Constanza, serán los que emplee el absolutista Roussel en su panfleto publicado un año más tarde, una vez que Ravaillac haya perpetrado su crimen. El magnicidio de Enrique IV, como hemos visto, acrecentó las críticas contra Mariana, pero no se trataba exclusivamente de defender la obediencia debida al príncipe, como virtud e imitación de Cristo¹¹²; sino que la clara intención de escritos como *L'Antimariana* era la de configurar una teoría absolutista del poder regio¹¹³, que había de presentarse como la defensora de la ansiada paz civil. De esta forma, cuando con tanto fervor Roussel acusa al padre Mariana de portar «sur son front la honte et le blâme d'estre le boutefeu des parricides»¹¹⁴, no debemos pensar que el objeto de su reprobación se limita a sus postulados sobre el tiranicidio, sino que es el conjunto de su teoría sobre el poder civil, heredera de la tradición española y tomista, la que pretende contestarse.

IV. CONCLUSIONES

El siglo XVII haría cada vez más marginales los postulados de Mariana, en la misma medida en la que la razón de Estado se imponía como modelo de gobierno. En Francia aún pudo ejercer cierta influencia en la figura de Gastón de Orleans, eterno conspirador contra la monarquía y defensor del constitucionalismo medieval frente a la centralización absolutista, pero que habría de estar condenado a una perpetua concatenación de fracasos. Precisamente es a Gastón a quien Tristan L'Hermite dedica su drama *La Mariane* (1636)¹¹⁵, que abordaba

¹¹⁰ JAMES I, *An apologie for the oath of allegiance*, Londres (Barker, R.), 1609, p. 53.

¹¹¹ *Colección de cánones y de todos los concilios de la Iglesia de España y de América*, tomo II, Madrid (González, F. A.), 1850, LXXV, p. 312. «Quicumque igitur a nobis vel totius Hispaniae populis qualibet conjuratione vel studio sacramentum fidei suae, quod pro patriae gentisque Gothorum statu vel conservatione regiae salutis pollicitus est, temeraverit aut regem nece alitrectaverit, aut potestate regni exuerit, aut praesumptione tyrannica regni fastigium usurpaverit, anathema sit in conspectu Dei Patris et angelorum».

¹¹² ROUSSEL, M., *L'Antimariana*, París (P. Mettayer), 1610, cap. IX, p. 45.

¹¹³ *Ibid.*, cap. XVII, p.74. «Le souverain degré de iurisdiction est celuy de Dieu sur les Roys, desquels il est le seul iuge».

¹¹⁴ *Ibid.*, cap. XXXII, p. 164. «Il [Mariana] ne s'en doit pourtant glorifier, ains remercier Dieu d'en estre quitte à si bon marché: il sera sagement de reconnoistre sa faute et l'abiurer par un livre contraire, puisqu'elle est condamnee par une compagnie de Theologiens irreprochables, soit aux mœurs, soit en la doctrine: mais premierment par la loy de Dieu et des Postres, et par deux Conciles ausquels il doit obeyr s'il est fils de l'Eglise».

¹¹⁵ Vid. ZELLER, L., «Mettre en scène l'alternative politique réduite au silence : de Juan de Mariana aux Marianes de Caussin et de Tristan L'Hermite», *Early Modern French Studies*, vol. 40, núm. 2, 2018, pp. 133-145. La grafía del nombre, frente a la tradicional francesa *Marianne*, refuerza la tesis de la autora.

el tema de la tiranía a través de un episodio histórico con el que buscaba salvar la censura de palacio. El propio dramaturgo nos advierte acerca de la necesidad de enmarcar la obra en la lejanía del pasado, sin buscar «des finissemens qui pourroient affoiblir en quelque sorte la hardiesse du dessin»¹¹⁶. No obstante, cualquiera que pudiese escuchar el emotivo monólogo en el que Mariane se inmola en prisión, víctima de las falsas acusaciones de su tiránico esposo¹¹⁷, podrá entrever el mensaje que sobre la cuestión de la tiranía introduce veladamente Tristan. La imperiosa necesidad de ocultar estos postulados, que alegremente se expresaban en el teatro español del Siglo de Oro, nos muestra la suerte que le estaba reservada a los postulados del padre Mariana en la moderna política europea.

La Mariane concluía aseverando que «les Rois bien souvent sont esclaves d'eux-mêmes»¹¹⁸ y, en gran medida, eso es lo que sucedió con la figura de Mariana. El jesuita español fue esclavo del éxito de su propia obra, que habría de ligar a su persona el calificativo de radical –o precursor, según se adopte una u otra aproximación–. De esta forma, su obra aparecía desligada de la tradición de pensamiento en la que se enmarcaba y de la que el padre Mariana era un continuador. Esta caracterización, fruto de las guerras políticas del XVII, pudo, sin embargo, perpetuarse a través de las posteriores lecturas de la academia a la hora de estudiar la obra del jesuita español. La labor de contextualización de su pensamiento no pretende minusvalorar la figura del padre Mariana –fuera de toda duda se encuentran el hecho de que sus contribuciones fueron importantes en la teorización del tiranicidio y su impronta en la política europea, gigantesca–, sino destacar su labor continuadora de la tradición tomista y de la obra de la escolástica española, en la que el antiguo modelo constitucional de los reinos de España constituía el punto de partida de las reflexiones políticas.

Solo en el contexto de la intelectualidad española del momento podremos comprender la obra de Mariana y, por extensión, su defensa del tiranicidio en toda su complejidad. Por este motivo, resulta desconsolador que los pensadores de la escuela española del Siglo de Oro reciban tan escasa atención en los planes de estudio de las facultades de Derecho de España. Deudores de sus grandes contribuciones a las ciencias jurídica, política y teológica –en una época en la que esta distinción aún es difusa–, sirva este artículo como reivindicación de nuestra escuela escolástica y, en particular, del padre Mariana, figura sin la cual no se puede entender el devenir de la teoría política europea.

¹¹⁶ L'HERMITE, T., «La Mariane», en : ABRAHAM, C. et al. (ed. crit.), *Le theatre complet de Tristan L'Hermite*, Alabama (The University of Alabama Press), 1975, p. 31.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 84. «Et que la cruauté du tyran qui m'opprime, / ne me suppose un crime / que pour avoir sujet d'en commettre un nouveau».

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 104.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. Monografías

- ASTRAIN, A., *Historia de la Compañía de Jesús en la asistencia de España*, tomo IV, Madrid (Razón y Fe), 1913.
- ASTRAIN, A., *Historia de la Compañía de Jesús en la asistencia de España*, tomo II, Madrid (Razón y Fe), 1914.
- BRAUN, H. E., *Juan de Mariana and Early Modern Spanish Political Thought*, Hampshire (Ashgate), 2007.
- BRAUN, H. E., «Juan de Mariana, la antropología política del agustinismo católico y la razón de Estado», *Criticón*, núm. 118, 2013, pp. 99-112.
- BRAUN, H. E., «¿Quién fue Juan de Mariana? En busca de un pensador político europeo», en: RIVERA DE ROSALES, J. (dir.), *Actas UFV. Congreso Internacional 22, 23 y 24 de marzo de 2017. Talavera de la Reina. La actualidad del padre Juan de Mariana*, Madrid (Editorial UFV), 2018, pp. 177-188.
- CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, F., «El tiranicidio en los escritos de Juan de Mariana: un estudio sobre uno de los referentes más extremos de la cuestión», tesis doctoral, Universidad de Alcalá, 2006. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10017/445>> [Consultado el 01/11/2024].
- CLAVERO SALVADOR, B., «Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones», en: TOMÁS Y VALIENTE, F. (coord.), *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid (Alianza), 1991, pp. 57-89.
- ELÍAS DE TEJADA, F., *Las doctrinas políticas en la Cataluña medieval*, Barcelona (AYMA Editor), 1950.
- ELÍAS DE TEJADA, F., *La monarquía tradicional*, Madrid (Ediciones Rialp), 1954.
- FONT OPORTO, P., «Suárez, Mariana y el tiranicidio: convergencias, divergencias y silencios estratégicos», *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, vol. 4, 2017, pp. 11-34.
- GARRIGA, C., «*Crimen corruptionis*. Justicia y corrupción en la cultura del *ius commune* (Corona de Castilla, siglos XVI-XVII)», *Revista Complutense de Historia de América*, núm. 43, 2017, pp. 21-48.
- GIL PUJOL, X., «La Razón de Estado en la España de la Contrarreforma», en: GIL PUJOL, X. et al. (coord.), *La razón de Estado en la España moderna*, Valencia (Real Sociedad Económica de Amigos del País), 2000, pp. 355-374.

- GROSSI, P., *El orden jurídico medieval*, Madrid (Marcial Pons), 1996.
- HERRERO SÁNCHEZ, M., «El padre Mariana y el tiranicidio», *Torre de los Lujanes*, núm. 65, 2009, pp. 103-121.
- IGLESIA FERREIRÓS, A., «Del pactismo y de otra forma de escribir la Historia», *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 67, 1997, pp. 643-660.
- JIMÉNEZ GUIJARRO, P., «Filosofía crítica del Padre Juan de Mariana: un estudio de filosofía social», tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1992. Disponible en: <<https://hdl.handle.net/20.500.14352/61567>> [Consultado el 19/12/2024].
- LANGELLA, S., «Francisco de Vitoria y la cuestión del tiranicidio», *Salamanca Working Paper Series*, núm. 4, 2015, pp. 1-26.
- MARAVALL, J. A., *Teoría del Estado en España en el siglo XVII*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1997.
- MEINECKE, F., *Machiavellism. The doctrine of raison d'État and its place in Modern History*, New Haven (Yale University Press), 1962.
- MERLE, A., «El *De rege* de Juan de Mariana (1599) y la cuestión del tiranicidio: ¿un discurso de ruptura?», *Criticón*, núm. 120-121, 2014, pp. 89-102.
- NEGRO PAVÓN, D., «Derecho de resistencia y tiranía», *Logos: Anales del Seminario de Metafísica*, núm. extra 1, 1992, pp. 683-708.
- PENA-BÚA, P., «El mundo de ayer: la monarquía hispánica. Aspectos filosóficos del orden político-jurídico de la Modernidad católica», *Cauriensia: Revista Anual de Ciencias Eclesiásticas*, núm. 18, 2023, pp. 1205-1224.
- RIVERA DE ROSALES, J., «Juan de Mariana: poder político y tiranicidio», en: *RIVERA DE ROSALES, J. (dir.), Actas UFV. Congreso Internacional 22, 23 y 24 de marzo de 2017. Talavera de la Reina. La actualidad del padre Juan de Mariana*, Madrid (Editorial UFV), 2018, pp. 127-144.
- SÁNCHEZ, J., «La Compañía de Jesús y la defensa de la monarquía hispánica», *Hispania sacra*, vol. 60, núm. 121, 2008, pp. 181-229.
- SCHNEEMANN, G., *Origen y desarrollo de la controversia entre el tomismo y el molinismo*, Oviedo (Fundación Gustavo Bueno), 2015.
- SKINNER, Q., *The foundation of modern political thought*, vol. 2, Cambridge (Cambridge University Press), 1978.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, 4.^a ed., Madrid (Tecnos), 2001.

- TURCHETTI, M., «Tirannide e Resistenza nel pensiero di Juan de Mariana de la Reina (1535-1624)», en: BIANCHIN, L. y FERRONATO, M. (coord.), *Silete Theologi in munere alieno. Alberico Gentili e la seconda Scolastica. Atti del Convegno internazionale (Padova, 20-22 novembre 2008)*, Padua (CEDAM), 2011, pp. 333-347.
- ULLMANN, W., *A history of political thought: The Middle Ages*, Baltimore, Middlesex y Ringwood (Penguin Books), 1965.
- VALLEJO, J., «El cáliz de plata. Articulación de órdenes jurídicos en la jurisprudencia del *ius commune*», *Revista de Historia del Derecho*, núm. 38, 2009, pp. 1-13.
- VALLEJO, J., «El príncipe ante el derecho en la cultura del *ius commune*», en LORENTE, M. y VALLEJO, J. (coord.), *Manual de Historia del Derecho*, 1.^a ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, pp. 141-178.
- VERGARA CIORDIA, J., «“Agustinismo político” y los espejos de príncipes», *Anuario de Historia de la Iglesia*, vol. 28, 2019, pp. 221-247.
- VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, París (Presses Universitaires de France), 2003.

2. Fuentes históricas

- Arrest de la Cour de Parlement, contre le tres-mechant parricide François Ravaillac (27 mai 1610)*, Lyon (Ancelin, B.), 1610.
- BÈZE, T., *Du droit des magistrats sur leurs sujets*, París (EDHIS), 1575.
- CICERÓN, *Acerca de los deberes*, ed. bilingüe, Ciudad de México (Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana), 2009.
- Colección de cánones y de todos los concilios de la Iglesia de España y de América*, tomo II, Madrid (González, F. A.), 1850.
- Collectio judicorum de novis erroribus*, tomo II, París (Du Plessis d'Argentré, C.), 1745.
- COTON, P., *Lettre declaratoire de la doctrine des Peres Jesuites, conforme aux décrets du Concile de Constance*, Lyon (Jullieron), 1610.
- CROMÉ, F., *Dialogue d'entre le Maheustre et le Manant*, París (Cavellat L. y Thierry, R.), 1593.
- DE L'ESTOILE, P., *Mémoires-journaux. 1574-1611*, tomo X, París (Tallandier), 1982.

- DE MARIANA, J., *De rege et regis institutione*, Toleti (Apud Petrum Rodericum typo. Regium), 1599.
- DE VITORIA, F., *Comentario a la Secunda secundae*, tomo IV, Salamanca (Biblioteca de Teólogos Españoles), 1932.
- GRACIÁN, B., *El Criticón*, tomo I, Filadelfia (University of Pennsylvania Press), 1938.
- JAMES I, *An apologie for the oath of allegiance*, Londres (Barker, R.) 1609.
- JUAN DE SALISBURY, *Policraticus*, Madrid (Editorial Nacional), 1984.
- LEÓN XIII, *Sapientiae Christianae*, Roma (Libreria Editrice Vaticana), 1890.
- LEÓN XIII, *Au milieu des sollicitudes*, Roma (Libreria Editrice Vaticana), 1892.
- L'HERMITE, T., «La Mariane», en: ABRAHAM, C. *et al.* (ed. crit.), *Le theatre complet de Tristan L'Hermite*, Alabama (The University of Alabama Press), 1975.
- LOPE DE VEGA, *El tyrano castigado*, Madrid (Serrano de Vargas, M.), 1614.
- QUEVEDO, F., *Libro de la política de Dios y Gobierno de Cristo Nuestro Señor*, Barcelona (La Verdadera Ciencia Española), 1885.
- ROUSSEL, M., *L'Antimariana*, París (P. Mettayer), 1610.
- SUÁREZ, F., *Defensio Fidei Catholicae*, Leipzig (Birckmann, M.), 1619.
- TOMÁS DE AQUINO, *El gobierno monárquico, ó sea el libro De regimene principum*, ed. bilingüe, Sevilla (Izquierdo, A.), 1861.
- TOMÁS DE AQUINO, *The treatise on Law [Being Summa Theologiae, I-II, qq. 90 through 97]*, ed. bilingüe, Londres y Notre Dame (University of Notre Dame Press), 1993.

MÁS PENAS, MENOS GARANTÍAS: EL RIESGO DE LEGISLAR BAJO LA PRESIÓN DEL POPULISMO PUNITIVO. UN EJEMPLO A TRAVÉS DE LA LO 10/2022 Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD*

MORE PUNISHMENT, FEWER GUARANTEES: THE RISK OF LEGISLATING UNDER THE PRESSURE OF PUNITIVE POPULISM. AN EXAMPLE THROUGH LO 10/2022 AND THE PRINCIPLE OF LEGALITY

MAR JIMÉNEZ COMPANY**

Resumen: La llamada «expansión» del Derecho Penal es una de las notas distintivas de la política criminal actual. El presente trabajo trata de explorar sus principales causas y analizar las consecuencias más relevantes. Para ello, el trabajo se divide en dos partes. En primer lugar, se abordarán los conceptos de populismo punitivo y derecho penal simbólico, para explicar el mal uso que hoy en día se le da a la legislación penal. En segundo lugar, se explorarán las consecuencias que estas prácticas tienen para los principios penales constitucionales. En particular, a través de la reforma del Código Penal introducida por la LO 10/2022, se explica cómo el uso populista del derecho penal conlleva el quebranto de los más elementales principios penales democráticos. En conclusión, se trata de exponer los riesgos que un mal uso de la ley penal –en cuanto a su elaboración y aplicación judicial– presenta para los valores que constituyen la base del Estado Social y Democrático de Derecho.

Palabras clave: Populismo punitivo, principio de legalidad, mandato de determinación, vinculación del juez a la ley, control constitucional.

Abstract: The so-called «expansion» of Criminal Law is one of the defining features of contemporary criminal policy. This paper aims to explore its main causes and analyze its most significant consequences. To this end, the study is divided into two parts. First, it examines the concepts of punitive populism and symbolic criminal law to explain the current misuse of criminal legislation. Second, it explores the impact of these practices on constitutional criminal principles. In particular, through the reform of the Penal Code introduced by Organic Law 10/2022, it explains how the populist use of Criminal Law leads to the violation of the most fundamental democratic criminal principles. In conclusion, the objective is to highlight the risks that the improper use

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2025.51.005>

Fecha de recepción: 30/01/2025

Fecha de aceptación: 06/03/2025

** Accésit en la modalidad de Derecho Público y Filosofía Jurídica en el XIV Premio Jóvenes Investigadores de la RJUAM. Estudiante del Doble Máster de Acceso a la Profesión de Abogado e Investigación Jurídica en la Universidad Autónoma de Madrid. Estudiante del Máster en especialización permanente en Derecho Penal en la misma Universidad y Graduada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Este trabajo es una adaptación de la ponencia de fin de curso que realicé en el Máster de Investigación Jurídica, tutelado por la Prof. Laura Pozuelo, a quien agradezco profundamente su dedicación y el asesoramiento que me ha brindado. Correo electrónico: mar.jimenezc@estudiante.uam.es.

of criminal law—both in its drafting and judicial application—poses to the values that form the foundation of the Social and Democratic Rule of Law.

Keywords: Punitive populism, principle of legality, mandate of determination, judicial adherence to the law, constitutional review.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. POPULISMO PUNITIVO Y DERECHO PENAL SIMBÓLICO; 1. Populismo Punitivo; 2. Derecho penal simbólico; III. LEY ORGÁNICA 10/2022 DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL Y EL CASO «LA MANADA». CONSIDERACIONES A LA LUZ DEL POPULISMO PUNITIVO; 1. Principio de lesividad; 2. Principio de legalidad; IV. LA LO 10/2022 ANTE LOS TRIBUNALES; 1. El caso Alves; 2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo; V. CONTROL CONSTITUCIONAL; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

«La máxima *nullum crimen sine lege* no es una limitación de la soberanía sino, en general, un principio de justicia»¹. No es casualidad que el principio de legalidad aparezca recogido en nuestra Constitución bajo la rúbrica «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»². Un principio de estas características se muestra esencial para la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho así como para la correcta protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, no es ya hoy inusual que los especialistas hablen de una «crisis del principio de legalidad», al encontrarnos ante una elaboración legislativa y una aplicación judicial que desatiende cada vez más las exigencias derivadas de este principio. En este sentido, muy acertadamente expone Montiel:

«La legalidad es puesta en tela de juicio [ante] el abusivo recurso a la ley penal, en la búsqueda de soluciones a los más variopintos problemas sociales. La ley penal pasa a ser la primera herramienta a la que acude el Estado para garantizar la seguridad ciudadana, la sustentabilidad del medio ambiente y hasta para prevenir riesgos financieros, abusando así de la alta carga simbólica que tiene el derecho penal. En este sentido, brilla por su ausencia un debate político profundo sobre los medios de lucha contra la criminalidad y su concreta eficiencia, y se acaba

¹ *United States y otros c. Göring y otros*, sentencia del 30 de septiembre de 1946, «Primer Juicio contra los principales criminales de Guerra previos al Tribunal Militar Internacional: Núremberg, 14 de noviembre de 1945 - 1 de octubre de 1946 171,219» (Núremberg, TMI, 1947).

² «Artículo 25.1 CE: Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

haciendo frente a los flagelos sociales a punta de tipificación de nuevas conductas o degradaciones de pena»³.

Ante esta problemática, el presente trabajo tiene por objeto analizar el fenómeno del derecho penal simbólico y el populismo punitivo, para exponer cuáles son sus implicaciones en el Estado de Derecho. En particular, se analiza la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual, mal conocida como la «Ley Solo Sí es Sí» y cómo esta normativa refleja los efectos del populismo punitivo en la legislación penal española.

El objetivo de este análisis es demostrar cómo el respeto por los principios penales constitucionales y, más concretamente, por el principio de legalidad en todas sus manifestaciones, puede ayudarnos a frenar las indeseables consecuencias del populismo punitivo. A través de este enfoque, se pretende mostrar la necesidad de resistir el populismo punitivo en favor de la coherencia del sistema penal y el respeto por los principios fundamentales del Estado de Derecho.

Para ello, en una primera parte del trabajo se expondrá una definición del concepto de populismo punitivo, explicando los factores que propician la expansión de este fenómeno y, en particular, el uso electoralista del derecho penal. Igualmente, se expondrá la íntima relación existente entre el populismo punitivo y el derecho penal simbólico.

A continuación, en una segunda parte, se ofrece un análisis de las consecuencias prácticas de este fenómeno a través de la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual (en adelante, LO 10/2022), en el cual se expondrán las principales consecuencias que el populismo punitivo tiene para el Estado de Derecho. En segundo lugar, se expondrán una serie de ejemplos jurisprudenciales que muestran las consecuencias prácticas de este modo de proceder en la legislación penal. Por último, se planteará la cuestión de constitucionalidad en caso de leyes con marcos penales especialmente indeterminados.

II. POPULISMO PUNITIVO Y DERECHO PENAL SIMBÓLICO

1. Populismo punitivo

La llamada «expansión» del derecho penal⁴ es una de las notas distintivas de la política criminal actual. Este fenómeno hace referencia a los cambios que el derecho penal ha experimentado en los últimos años. En este sentido, vemos como ha tenido lugar un «resurgir del punitivismo»⁵ que se concreta en un aumento de las penas previstas en el Código

³ MONTIEL, J.P., «Introducción» en EL MISMO (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid (Marcial Pons), 2012, pp. 27 y 28.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Madrid (Edisofer), 2011, p. 441.

⁵ JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Madrid (Civitas), 2006, p. 90.

Penal (en adelante, CP) y en la aparición de nuevos tipos delictivos⁶, todo lo cual supone una transformación de la legislación penal vigente hacia un modelo penal más represivo y punitivo. Esta «expansión» aparece íntimamente relacionada con los fenómenos del populismo punitivo y el derecho penal simbólico.

En relación con el populismo punitivo, este a menudo se define como el *uso electoralista* del derecho penal⁷; se explica como un fenómeno resultante de la relación entre la agenda política, la agenda mediática y la opinión pública.

Uno de los principales problemas del populismo punitivo es la desconexión que existe entre la realidad mediática y la realidad empírica en cuanto al índice de criminalidad⁸. Es decir, aquello que muestran los medios de comunicación es ajeno a lo que realmente muestran los datos. Esta distancia entre ambas realidades se explica a través de la teoría *agenda-setting*⁹. Se trata del proceso mediante el cual los medios de comunicación influyen en la opinión pública; en primer lugar, al seleccionar y destacar ciertos temas y, en segundo lugar, al presentárselos a la audiencia de una determinada manera. Más aun, el proceso *agenda-setting* hace referencia a la interdependencia que existe entre la agenda mediática, la agenda de la opinión pública y la agenda política.

La teoría *agenda-setting* o teoría de la agenda parte del presupuesto de que el mundo y lo que en él ocurre es demasiado extenso como para poder abordarlo todo, así las cosas, se debe hacer filtrar la información que se pretende transmitir. Este sería el primer nivel del proceso, denominado *priming*: los medios de comunicación hacen una selección sobre qué merece ser noticia, decidiendo los hechos que van a ser contados a la opinión pública como importantes.

El segundo nivel consiste en el *framing* o teoría de encuadre. Así, explica Antón Mellón: «Los medios de comunicación no se limitan a presentar los hechos de forma neutra o acrítica, sino que opinan sobre ellos e incluso emiten juicios de valor, generándose así debate y formando opinión pública. Como consecuencia, los medios no sólo informan sobre la realidad sino que la reinterpretan, encuadrándola dentro de una situación plantea-

⁶ Por ejemplo, la inclusión de la acusación particular en el proceso penal de menores (Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre), la prisión permanente revisable para algunos delitos (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) o el aumento de algunas penas (La Ley Orgánica 9/2022 de 28 de julio, que cambia el artículo 234.2 aumentando las penas a prisión de seis a dieciocho meses para el caso de haber sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos leves de hurto y el montante de lo sustraído supere los 400 euros).

⁷ CASTAÑO TIERNO, P., «¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, p. 571.

⁸ POZUELO PÉREZ, L., *Política Criminal Mediática, Populismo Penal, Criminología, Crítica de los medios y de la Justicia Penal*, 21ª ed, Colombia (Grupo Editorial Ibáñez), 2018, p. 70.

⁹ POZUELO PÉREZ, L., *Política Criminal Mediática, Populismo Penal, Criminología, Crítica de los medios y de la Justicia Penal*, cit., p. 71. En el mismo sentido, también ANTÓN MELLÓN, J.; ÁLVAREZ JIMÉNEZ, G.; PÉREZ ROTHSTEIN, P., «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: Estado de la cuestión», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 9, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, 2015, p. 34.

da, llegando a condicionar o modificar lo que la gente piensa»¹⁰. De manera que la teoría *agenda-setting* sugiere que los medios de comunicación no sólo influyen en la elección de temas importantes (primer nivel: qué se va a comunicar), sino también en la forma en que la audiencia piensa sobre esos temas (segundo nivel: cómo se va a comunicar).

En el contexto del populismo punitivo, esto genera diversos inconvenientes, pues los medios de comunicación destacan ciertos problemas criminales (que no tienen por qué ser enteramente ciertos) generando en la opinión pública una sensación de inseguridad ciudadana y de peligrosidad. Se genera lo que Lippmann¹¹ denomina un *pseudo-entorno* distinto del verdadero entorno¹²: el aumento de las noticias sobre la criminalidad en España no está relacionado con un aumento de criminalidad objetiva en la realidad de nuestro país, lo que da lugar a una sobrerrepresentación de crímenes violentos.

Así, ante esta inseguridad infundada que los medios de comunicación generan en la ciudadanía, surgen demandas sociales para incrementar la protección y fomentar la seguridad a través de una legislación penal más represiva¹³. En este contexto, los operadores políticos entienden que pueden obtener réditos electorales por satisfacer tales demandas sociales, y proceden así a aumentar sistemáticamente las penas, sin observar si estas medidas son verdaderamente eficaces para combatir la criminalidad. De esta manera, se produce un incremento del punitivismo por parte de los operadores políticos, quienes dan a la ciudadanía una respuesta a su demanda social, aunque no sea necesariamente una respuesta eficiente, lo que resulta en un uso electoralista del derecho penal¹⁴.

Una muestra de este fenómeno aparece en el caso de Sandra Palo, una joven menor de edad secuestrada, violada y asesinada en el año 2003 por un grupo de tres menores y un adulto en una zona del área metropolitana de Madrid¹⁵. Este trágico evento tuvo una amplia cobertura mediática y coincidió con la campaña electoral de municipios y autonomías, lo que llevó a que la criminalidad e inseguridad ciudadana se convirtieran en un tema destacado en los discursos políticos (interdependencia de agenda mediática y agenda política).

¹⁰ ANTÓN MELLÓN, J.; ÁLVAREZ JIMÉNEZ, G.; PÉREZ ROTHSTEIN, P., «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: Estado de la cuestión», cit., p. 37.

¹¹ LIPPMANN, W., *La opinión pública*, España (Cuadernos de Langre), 2003, p. 15.

¹² ANTÓN MELLÓN, J.; ÁLVAREZ JIMÉNEZ, G.; PÉREZ ROTHSTEIN, P., «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: Estado de la cuestión», cit., p. 47.

¹³ VARONA GÓMEZ, D., «¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España», *InDret*, 2009, p. 9.

¹⁴ Este concepto aparece íntimamente ligado a la idea del derecho penal simbólico, que se explicará en el apartado *infra* 2.2. En este sentido, Cancio Meliá: «Cuando se usa en sentido crítico del concepto de derecho penal simbólico, se quiere, entonces, hacer específica referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la “impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido”, es decir, que en estos ámbitos predomina una función latente sobre la manifiesta, o, dicho en una nueva formulación, que hay una discrepancia entre los objetivos invocados por el legislador –y los agentes políticos que conforman las mayorías de éste– y la “agenda real” oculta bajo aquellas declaraciones expresas». JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 91.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3) núm. 45/2005 de 2 de febrero (Rec. 15/2004).

La familia de Sandra Palo solicitó modificaciones en la ley penal del menor para hacerla más represiva. Concretamente, dos de sus solicitudes llegaron a materializarse en la ley, a saber: permitir a los afectados presentarse como acusación particular contra los menores implicados y permitir que los menores condenados a medidas de internamiento ingresen en prisión al cumplir los 18 años¹⁶.

Así, la Ley Orgánica 15/2003 introduce la acusación particular en el proceso penal de menores. Esta modificación es controvertida pues el concepto de acusación particular encaja difícilmente con los principios de rehabilitación, reeducación y protección que deben inspirar este proceso. En virtud del interés superior del menor¹⁷, la sola actuación del Ministerio Fiscal debería ser suficiente para cumplir con el equilibrio entre promover la reeducación y resocialización del menor y garantizar una correcta asunción de responsabilidades penales cumpliendo con una cierta capacidad de prevención. Sin embargo, no fue esto lo que consideró el legislador al introducir la acusación particular en el proceso penal de menores, sino que trató de dar respuesta a las demandas represivas que venían por parte de la ciudadanía, tal y como se expresa en la Exposición de Motivos de la referida ley: «De acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales, con el fin de conseguir que el ordenamiento penal de una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual»¹⁸.

Posteriormente, la Ley Orgánica 8/2006 endureció las penas y determinó que los menores condenados a medidas de internamiento en régimen cerrado podrían cumplir la pena en un centro penitenciario al cumplir los 18 años. Más grave si cabe es esta modificación, pues en la propia exposición de motivos se reconoció que esta ley no respondía a una necesidad social real, sino a la preocupación pública generada por delitos de gran repercusión, afirmando que «afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social»¹⁹.

En el mismo sentido, el mediático caso de Marta del Castillo avivó el debate sobre la prisión permanente revisable, tanto así que, en 2011, en vísperas de las elecciones generales, la inclusión de esta figura en el Código Penal fue una de las principales consignas de

¹⁶ ANTÓN MELLON, J.; ÁLVAREZ JIMÉNEZ, G.; PÉREZ ROTHSTEIN, P., «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: Estado de la cuestión», cit., p. 44.

¹⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 2. Interés superior del menor «1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

¹⁸ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁹ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

algunos partidos políticos²⁰. Finalmente, la prisión permanente revisable se incluye en el Código Penal tras la reforma del año 2015.

En conclusión, el populismo punitivo confronta con los principios que deberían inspirar el proceso penal y, más concretamente, con el artículo 25.2 de la Constitución Española²¹. Toda vez que la privación de la libertad es necesaria, esta debe ser configurada de tal manera que evite, en la medida de lo posible, sus efectos desocializadores, facilitando la reincorporación a la vida en libertad, lo cual se vuelve ardua tarea cuando hablamos de una legislación esencialmente punitiva y represiva, con penas extraordinariamente altas.

2. El derecho penal simbólico

El concepto del populismo punitivo está íntimamente relacionado con el denominado «derecho penal simbólico»²² el cual se define a través de dos acepciones. Por un lado, se refiere al uso del derecho penal que se hace por parte de los operadores políticos ante las demandas sociales que surgen de la infundada inseguridad que generan los medios de comunicación. Los operadores políticos se ven obligados a dar una respuesta ante los problemas de criminalidad que los medios de comunicación ponen de manifiesto, de manera que aumentan las penas de los delitos, en un intento de simular que hacen *algo* al respecto; un intento por dar una solución, aunque no sea una solución *real*²³.

²⁰ RTVE.es, Agencias (26 de marzo de 2015) El Congreso aprueba la prisión permanente revisable con el único apoyo del Partido Popular. *RTVE Noticias*. <<https://www.rtve.es/noticias/20150326/congreso-aprueba-prision-permanente-revisable-con-unicos-votos-del-partido-popular/1123040.shtml>>.

²¹ «[...] Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. [...]».

²² En este sentido, Cancio Meliá: «Con lo expuesto hasta el momento ya queda claro que ambos fenómenos [punitivismo y derecho penal simbólico] [...] no son, en realidad, susceptibles de ser separados nítidamente. Así, por ejemplo, si se introduce una legislación radicalmente punitivista en materia de drogas, ello tiene una inmediata incidencia en las estadísticas de persecución criminal (es decir, no se trata de normas meramente simbólicas de acuerdo con el entendimiento habitual), y a pesar de ello es evidente que un elemento esencial de la motivación del legislador a la hora de aprobar esa legislación está en los efectos “simbólicos” obtenidos mediante su mera promulgación». JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 96

²³ SARRABAYROUSE, E.C., «La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración» en MONTIEL, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid (Marcial Pons), 2012, p. 35: «Esta clase de leyes tiene una forma aparente de ley, es decir, desde un principio no apuntan a ser efectivas en la práctica [...] en algunos casos, el valor de estas leyes se encuentra en el campo político, pues a través de ellas se pretende reafirmar determinados valores (por ejemplo, una ley que penaliza el aborto). Están dirigidas a la conciencia del grupo social y no se dirigen directamente a obtener alguna clase de comportamiento. En otros casos, se trata de leyes con una apelación moral, en las que el legislador expresa juicios de valor sin pretender obtener cambios de conducta con la norma prohibitiva».

Ello presenta especiales problemas si se trae al debate la acepción del principio de lesividad consistente en que «sólo una pena socialmente útil puede ser justa». Así, aunque la solución que den los operadores políticos sea *simbólica*, no debe olvidarse que detrás de ese incremento de las penas están las vivencias, reales y no simbólicas, de los sujetos que las sufren. Hay quien será investigado, procesado, juzgado y condenado por una conducta que tal vez no debería estar sancionada tan duramente, y ello es una consecuencia real de una decisión *simbólica*²⁴.

No obstante, el derecho penal simbólico no se detiene aquí: cuando se habla de derecho penal simbólico, se habla también del uso que del derecho penal se hace en la política para conformar la identidad de la sociedad. Si se quiere ser una sociedad en contra del terrorismo, se deben penar gravemente aquellos crímenes cometidos por bandas organizadas; si se pretende anunciar que se es una sociedad en contra de la pederastia o de los abusos sexuales, se deben castigar duramente aquellos delitos que afectan a la integridad sexual, especialmente de los menores. De esta manera, se usa el derecho penal no pensando en castigar un acto concreto, sino pensando en definir la identidad de una sociedad. Definición que se hace mediante la exclusión del delincuente: se concibe al delincuente no como un igual, sino como otro, que queda fuera y al margen de la sociedad, de manera que, toda vez que se quiere ser una sociedad antiterrorista, el autor del crimen de terrorismo debe quedar excluido de nuestra sociedad²⁵.

Ambos fenómenos –populismo punitivo y derecho penal simbólico– aparecen íntimamente relacionados. Tanto es así que algunos autores, al hablar de la legislación simbólica, hacen referencia a «aquella producción normativa que busca antes incrementar las posibilidades de éxito electoral de quien la lleva a cabo que satisfacer las necesidades sociales que se dice atender»²⁶. En definitiva, podemos concluir que un uso populista o electoralista del derecho penal supone, inevitablemente, unas consecuencias que si bien son *simbólicas* en la ley, tienen efectos reales en la calidad democrática y legislativa del Estado.

²⁴ JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 91. En el mismo sentido, POZUELO PÉREZ, L., *Política Criminal Mediática, Populismo Penal, Criminología, Crítica de los medios y de la Justicia Penal*, cit., p. 87.

²⁵ Explica Cancio Meliá: «Una sociedad que se representa a sí misma como no machista lo primero que hace es castigar los delitos de violencia de género, independientemente de que la sociedad en sí no haya dejado de ser machista, penalmente parece no serlo: se construye la identidad de la sociedad a través del Derecho penal». Con ello, «el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado “hecho”, sino también (o: sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como “otros”, como no partícipes de esa identidad», JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 97.

²⁶ Así, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. en SARRABAYROUSE, E.C., «La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración», cit., p. 36.

De esta manera, las consecuencias del populismo punitivo no se basan únicamente en el aumento de penas que supone, sino que tiene efectos trascendentales para la sociedad: contribuye a la construcción de nuestra identidad como comunidad, a la visión que se tiene del delincuente y al tratamiento que se merece. Además, todo ello termina plasmado en la legislación penal, alejándose esta cada vez más de los principios resocializadores que deberían inspirarla.

III. LEY ORGÁNICA 10/2022 DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL Y EL CASO «LA MANADA». CONSIDERACIONES A LA LUZ DEL POPULISMO PUNITIVO

Ante la evolución del concepto de sexualidad que ha experimentado la sociedad durante los últimos años y las victorias del movimiento feminista por reivindicar la libertad sexual de las mujeres, se han producido cambios en la legislación penal. De esta manera, en el año 2022 experimentamos una reforma sustancial de la legislación en materia de libertad e integridad sexual. A continuación, se expondrán las principales características de la mencionada reforma en relación con el populismo punitivo.

Esta reforma del Código Penal se vio altamente influenciada por la gran atención que recibió el caso popularmente conocido como «La Manada»²⁷, que se convirtió en un fenómeno mediático y social de gran magnitud en España. Las primeras sentencias que enjuiciaron el caso despertaron en la sociedad, especialmente en los movimientos feministas, un gran sentimiento de injusticia y desprotección. En consecuencia, se inició una oleada de manifestaciones que trajeron los lemas de «sólo sí es sí» y «no means no», queriendo con ello expresar que la sola falta de consentimiento explícito en un encuentro sexual es suficiente para constituir una agresión sexual.

En este clima de alta cobertura mediática y crispación social, determinados sectores y líderes políticos se hicieron eco de lo ocurrido e inmediatamente comenzaron a proponer reformas penales, entre las cuales destacaba la novedosa necesidad de eliminar la distinción entre agresión y abuso sexual²⁸.

²⁷ Cinco hombres violaron a una joven de 18 años en un portal durante la celebración de las populares fiestas de los San Fermín en Pamplona, Navarra. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 344/2019 de 4 de julio (Rec. 396/2019).

²⁸ A este respecto, resulta llamativo que éste proceso de criminalización de nuevas conductas (subir a la categoría de agresión sexual comportamientos que antes se consideraban abuso sexual) se llevara a cabo por parte de la izquierda. Ello porque en el tradicional reparto de roles entre operadores políticos de izquierda y de derecha, los primeros destacaban por defender políticas de descriminalización y resocialización; mientras que eran los segundos quienes mayormente se hacían eco de las demandas de criminalización. Así lo explica JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 93.

Estas demandas de modificación de la ley penal vinieron motivadas por la indignación social que generó el primer fallo de la Audiencia Provincial de Navarra²⁹. Los tribunales calificaron los hechos de abuso sexual y no de agresión sexual, por entender que el supuesto de hecho no revestía los caracteres suficientes para apreciar la concurrencia de intimidación (siendo este, ante la ausencia de violencia, un elemento esencial del tipo de agresión sexual, en virtud del CP de aquel momento). Esta decisión judicial puso de manifiesto la problemática estructural sobre la violencia de género y la percepción de impunidad en el sistema judicial que existía al respecto.

Así, esta reforma pretende poner el foco en la necesidad de dotar de una perspectiva de género los delitos de libertad sexual³⁰. Se trata de incorporar un enfoque que reconozca las desigualdades estructurales entre hombres y mujeres en la sociedad, especialmente en lo que respecta a la violencia sexual. Debiendo así tener en cuenta que las agresiones sexuales afectan mayoritariamente a mujeres, y que estas suelen darse en un contexto de asimetría de poder, tanto física como social, entre el agresor (generalmente un hombre) y la víctima (generalmente una mujer). Desde esta óptica, resulta muy cuestionable que el tribunal, ante un supuesto en el que una joven de 18 años estaba arrinconada en un portal sin posibilidad de escapar de cinco hombres que querían mantener relaciones sexuales con ella, no apreciara la existencia de intimidación ambiental³¹.

Este proceso culminó con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, mal conocida como la «Ley Solo Sí es Sí», que modifica el Título VIII del Código Penal por cuarta vez desde 1995. El aspecto central de esta reforma es la redefinición del concepto de consentimiento en los delitos sexuales y la eliminación de la distinción entre «abuso sexual», y «agresión sexual». Se trató con ello de dar respuesta a una problemática que, en el fondo, no radicaba necesariamente en la legislación penal vigente en el momento de los hechos, como a continuación se va a explicar, sino en la falta de perspectiva de género en el enjuiciamiento del tribunal.

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) núm. 38/2018 de 20 de marzo.

³⁰ En este sentido, explica Muñoz Conde: «La valoración de todas estas circunstancias, relaciones previas, concomitantes o posteriores a la relación sexual deben ser valoradas por el Tribunal de acuerdo con las reglas de la lógica y, en el caso de que la víctima sea una mujer, teniendo en cuenta la “perspectiva de género” entendida, no como un prejuicio ideológico feminista, sino como una diferente sensibilidad femenina, presumiendo que, en tanto no existan circunstancias evidentes que contradigan su declaración, la credibilidad de una persona que afirma que ha sido violada o forzada a tener una relación sexual es tanto mayor cuando mayores sean los factores que hagan pensar que no tenía ningún interés o motivo en hacer una imputación falsa», MUÑOZ CONDE, F., «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”», *Revista Criminalia*, Vol. 86, Núm. 1, 2020, p. 238.

³¹ Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 344/2019 de 4 de julio (Rec. 396/2019) lleva a cabo un análisis jurisprudencial del concepto de intimidación ambiental y concluye reconociendo el delito como una agresión sexual por intimidación.

1. El principio de lesividad

El principio de lesividad, fundamental en el derecho penal, establece que una conducta sólo debe ser sancionada si lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido, es decir, debe causar un daño real y socialmente significativo³². No cualquier acto puede ser castigado, sino únicamente aquellos que alcanzan una lesividad suficiente para la sociedad³³. Siendo esto así, no todos los tipos delictivos responden al mismo grado de lesividad, esto es, no todos ellos, pese a que lesionen el mismo bien jurídico, lo hacen de la misma manera o con la misma intensidad.

A este respecto, la reforma que unifica los delitos de abuso sexual y agresión sexual en una única categoría resulta controvertida, precisamente porque no distingue adecuadamente entre distintos niveles de lesividad. Si bien es cierto que las conductas que antes constituían abuso sexual son lesivas, ya que vulneran el derecho a la libertad sexual de la víctima, no deben ser tratadas con la misma gravedad que las agresiones sexuales, donde se emplea violencia o intimidación. En este caso, la lesividad es claramente mayor, afectando de manera más intensa al bien jurídico protegido. Equiparar ambas conductas bajo un mismo tipo penal ignora esta diferencia esencial en el grado de la lesión, contraviniendo el principio de lesividad al no ajustar la respuesta punitiva a la gravedad del daño causado en cada caso, lo cual podría llevar a una desproporción en la respuesta punitiva³⁴.

De hecho, tanto es así que, para evitar la posibilidad de una respuesta punitiva desmedida, tanto el artículo 178.3³⁵ como el 181.2³⁶ del Código Penal en la versión de la LO 10/2022 reconocen expresamente que el juez penal podrá modular la pena atendiendo a circunstancias tales como la «menor entidad del hecho». Resulta llamativo que expresamente

³² CANCIO MELIÁ, M.; PÉREZ MANZANO, M., «Capítulo III: Principios del Derecho Penal (II)» en Juan Antonio Lascurain Sánchez (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Colección Derecho Penal y Procesal Penal, Madrid (BOE), 2019, p. 70.

³³ MIR PUIG, S., *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito*, Barcelona (Editorial Reppertor), 2019, p. 35.

³⁴ Tanto es así que el análisis sobre la lesividad de la conducta es el primero de los escalones que se han de examinar para saber si la norma penal es proporcionada. Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Principios penales democráticos*, San José, Costa Rica (Jurídica Continental), 2021, p. 87. Igualmente, STC 55/1996. Es decir, una correcta distinción legal entre distintos niveles de lesividad es un requisito esencial a tener en cuenta para determinar la proporcionalidad de la norma penal y, en el presente caso, evitar una respuesta punitiva desproporcionada.

³⁵ Artículo 178.3 CP: «El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, *en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable*» (cursiva añadida).

³⁶ Artículo 181.2 CP: «En estos casos, en atención a la menor entidad del hecho y *valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable*, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o concurren las circunstancias mencionadas en el artículo 181.4» (cursiva añadida).

reconozca el legislador esta facultad del agente juzgador, más allá de los criterios de individualización judicial de la pena los que hace referencia el artículo 66 del Código Penal³⁷.

Parece que la inclusión de estos apartados en los delitos de agresión sexual (art. 178.3 CP) y en el tipo cualificado de agresión sexual a menores de dieciséis años (art. 181.2CP) pone de manifiesto el problema punitivo ante el que se encontró el legislador al unificar ambos delitos. Tras la unión, se corría el riesgo de que a determinados hechos de una lesividad no muy elevada se le asignarán penas desproporcionadas, ya que el mismo precepto sanciona todas las conductas que atentan contra la libertad sexual, desde, por ejemplo, tocamientos no consentidos en el transporte público hasta la agresión sexual violenta³⁸.

2. Principio de legalidad

En el mismo sentido, la fusión de los anteriores delitos de agresión y abuso sexual plantea problemas en relación con el principio de legalidad. A raíz de la mencionada agrupación, vemos como resultado que el artículo 180 CP, que recoge las circunstancias agravantes de las conductas sancionadas en los artículos 178 y 179 CP, prevé horquillas de penas con una diferencia de hasta seis años de prisión.

Concretamente, dispone el referido precepto: «1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de *dos a ocho* años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias [...]». Estamos ante un marco penal de 6 años de diferencia, especialmente relevante si tenemos en cuenta que se trata de un límite mínimo de dos años, esto es, que permite no ingresar efectivamente en prisión³⁹, junto con un límite máximo que implica pasar casi una década en la cárcel.

Por su parte, especialmente llamativa es la redacción del artículo 179 CP tras la reforma introducida por la LO 10/2022, según el cual: «Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión *de cuatro a doce años*». Vemos aquí que el legislador ha unificado todas aquellas conductas que, mediante acceso carnal, supongan un ataque a la libertad sexual de

³⁷ Más concretamente, el art. 66.1.6º CP: «Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho».

³⁸ No debe ignorarse que esta falta de diferenciación entre la conducta cometida con violencia o intimidación o en ausencia de la misma no está presente en otros delitos. El Código Penal identifica como dos ilícitos distintos el hurto y el robo, toda vez que en el segundo concurre violencia o intimidación y en el primero no. Es decir, esta diferencia de lesividad sí se reconoce en la legislación penal respecto de otras conductas.

³⁹ Artículo 80 CP: «1. Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos».

la víctima, independientemente de si media o no violencia o intimidación y, en consecuencia, prevé una sanción de hasta 8 años de diferencia entre el límite mínimo y el máximo.

Este tipo de marcos penales, especialmente indeterminados debido a la amplitud entre sus límites, son cuestionables desde las exigencias que se derivan del principio de legalidad. Concretamente, por lo que respecta al mandato de determinación dirigido al legislador y, consecuentemente, a la vinculación del juez a la ley.

Este principio, consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española, presenta cuatro principales afecciones: *lex scripta*, *lex stricta*, *lex praevia* y *lex certa*⁴⁰. Es esta última concepción del principio de legalidad la que aquí nos interesa: es imprescindible que la norma penal presente un cierto grado de precisión, de manera que determine de forma suficientemente concreta no sólo la conducta que se sanciona sino también la pena que le corresponde⁴¹.

El fundamento del principio de legalidad descansa, junto con el principio de separación de poderes y el valor democrático, en la seguridad jurídica⁴². Esto es, en el reconocimiento de que los ciudadanos deben poder ordenar su vida libremente. Para ello, estos deben conocer, en primer lugar, qué conductas están prohibidas y, en segundo lugar, en caso de elegir actuar en el ámbito de lo prohibido, cuál es la consecuencia jurídica a la que se enfrentan⁴³. Sin embargo, con unos márgenes penológicos tan amplio como los de la LO 10/2022, no puede decirse que el ciudadano tenga certeza respecto de las posibles consecuencias de sus actos.

A su vez, una garantía esencial para respetar la seguridad jurídica es la interdicción de la arbitrariedad judicial, esto es, la vinculación del juez a la ley⁴⁴. En marcos penales tan

⁴⁰ Por todos, MIR PUIG, S., *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito*, cit., p. 41. Igualmente, STC 53/1994, FJ 4.

⁴¹ Por todos, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Sobre el principio de legalidad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, pp. 34-36: «Otro de los aspectos de la legalidad penal es el referido a la exigencia de determinación de la pena [...] El principio de legalidad exige, también con relación a la pena, determinación; y, si bien ello no supone exigencias tan estrictas como en relación al *nullum crimen sine lege*, una excesiva indeterminación en la amenaza penal (...) implica violación del principio de legalidad».

⁴² RUIZ ANTÓN, L.F., *El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*, Cáceres (Servicio de publicaciones de la Universidad de Extremadura), 1989.: «la idea de seguridad jurídica está estrechamente vinculada al principio de legalidad de los delitos y las penas [...] el principio de legalidad implica, bajo este punto de vista, certeza, confianza, seguridad para el ciudadano, entendidas [...] en sentido material [...] como previsión calculable de los actos propios y garantía de la orientación que se va a dar al comportamiento personal».

⁴³ Además, la previsibilidad en la respuesta de la sanción penal es una nota esencial de la prevención general, especialmente de la prevención general negativa. Ello explica que fuera precisamente Feuerbach quien acuñase la expresión *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, expresión original de lo que hoy conocemos como principio de legalidad.

⁴⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal» en PÉREZ MANZANO, M y LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid (Marcial Pons), 2016.

indeterminados como el del art. 179 CP (versión LO 10/2022), sin criterios de individualización específicos, la significación del mandato de sujeción del juez a la ley es cuestionada, por no tener el juez precisión alguna a la que atenerse.

Más aun, el principio de legalidad «no es solo una exigencia de seguridad jurídica, [] sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo»⁴⁵. El principio de legalidad es una de las manifestaciones de la división de poderes sobre la que se sustenta el Estado de Derecho⁴⁶, de tal manera que es obligación del legislador confeccionar la norma penal en su totalidad, concretando tanto la conducta como la pena; y lo que resta al Poder Judicial será la libre valoración de la prueba y el enjuiciamiento de si el supuesto de hecho encaja o no en el tipo delictivo, el cual debe haber sido definido con concreción y precisión por el legislador, así como su pena correspondiente⁴⁷. Con ello, se pretende «excluir el exceso de arbitrariedad judicial y evitar que el juez se convierta así en legislador»⁴⁸ por razones de seguridad jurídica y calidad democrática⁴⁹.

Con esto no se pretende afirmar que la presente reforma sea manifiestamente contraria al principio de legalidad⁵⁰, mas sí poner de manifiesto que algunos de sus elementos juegan con el límite del mismo. Así las cosas, es cuestionable que las disposiciones mencionadas cumplan con el debido mandato de determinación que exige el principio de legalidad y, con ello, con la exigencia de tipicidad propia del derecho penal.

⁴⁵ MIR PUIG, S. *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito*, cit., p. 41.

⁴⁶ MONTIEL, J.P., «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret*, Barcelona, 2017.

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F., «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”», cit., p. 241: «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos para hacer cumplir efectivamente las leyes que ha creado en uso del poder que le confiere la voluntad popular que lo ha elegido en unas elecciones democráticas; pero precisamente por eso no puede renunciar a decidir con toda la claridad posible qué hechos pueden ser constitutivos de delitos, y diferenciar en abstracto y con distinto nombre jurídico antes de que el hecho se realice las categorías que constituyen paradigmas valorativos culturales que han ido cuajando a lo largo de la evolución del Derecho penal antes incluso de que se llegara a la etapa codificadora, que se traducen, además, en distintas repuestas penales con marcos penales también diferenciados».

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Buenos Aires (B de F) 2004, p. 159.

⁴⁹ Por todos, HUERTA TOCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993: «lo que se pretende con él [el principio de legalidad] no es tan sólo garantizar a los ciudadanos que no van a verse sorprendidos por la posterior definición como delitos de conductas que en el momento de ser realizadas no estaban previstas como tales, ni por la aplicación retroactiva de las correspondientes sanciones o de sanciones más graves que las entonces previstas [esto sería la seguridad jurídica] [...] sino también de la erradicación de todo abuso o extralimitación en el ejercicio del poder punitivo, para lo cual se juzga necesario atribuir en exclusiva a un órgano representativo de la voluntad general la facultad de decidir qué restricciones de derechos fundamentales son necesarias para lograr una pacífica convivencia social» y (habría que añadir) en cuánto pueden restringirse esos derechos fundamentales, esto es, cuál es la pena adecuada.

⁵⁰ Ello se explorará en el epígrafe IV. Control Constitucional, *vid. Infra*.

IV. LA LO 10/2022 ANTE LOS TRIBUNALES

1. El caso Alves

Un caso real que muestra con claridad la problemática que se acaba de exponer lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de febrero de 2024⁵¹. El presente caso resuelve el enjuiciamiento de unos hechos «constitutivos [...] de un delito de agresión sexual con acceso carnal de los artículos 178 y 179 del Código Penal, en la versión reformada por la LO 10/2022 de 6 de septiembre»⁵².

En el presente caso, reconoció el tribunal que «[c]onforme al relato de hechos que se consideran probados el acusado cogió bruscamente a la denunciante, la tiró al suelo y evitando que pudiera moverse la penetró vaginalmente, pese a que la denunciante decía que no, que se quería ir. Con ello se cumple el tipo de ausencia de consentimiento, con uso de la violencia, y con acceso carnal»⁵³. Por tanto, el tribunal reconoció la concurrencia de violencia, en primer lugar, así como de acceso carnal; todo ello supone la aplicación de lo que disponía entonces el artículo 179 CP: «Cuando la agresión sexual consista en *acceso carnal* por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de *cuatro a doce años*»⁵⁴.

Como se ha visto en el apartado anterior, el legislador unifica en este tipo penal todas aquellas conductas atentatorias contra la libertad sexual de la víctima cuando se lleven a cabo mediante acceso carnal, independientemente de si media o no violencia o intimidación. Sin embargo, atendiendo a una interpretación sistémica e histórica del legislador, no es extravagante afirmar que el mismo está pensando en que el juez condene, aproximadamente,

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 14/2024 de 22 de febrero; popularmente conocido como “Caso Alves” por ser el acusado un famoso futbolista del FC Barcelona.

⁵² SAP de Barcelona 14/2022 FJ núm. 9. Conviene aclarar que estos hechos fueron enjuiciados en la versión reformada de la LO 10/2022 por ser esta la ley vigente en el momento de los hechos y sin que exista una ley posterior que contenga una regulación más favorable para el reo (artículo 2 CP). Sin embargo, la LO 4/2023 trata de solucionar los principales problemas de indeterminación que introdujo la mencionada reforma y, con ello, modifica el art. 173 CP en los siguientes términos: «1. Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años. / 2. Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiere empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años». Así, la legislación a la que se va a hacer referencia en este apartado ha quedado derogada por la LO 4/2023. No obstante, ello no es óbice para que la solución alcanzada por la SAP 14/2024 nos permita exponer las consecuencias prácticas que supone la desatención de los principios penales constitucionales.

⁵³ SAP de Barcelona 14/2022 FJ núm. 9. (cursiva añadida).

⁵⁴ En la legislación previa a la reforma introducida por la LO 10/2022 se diferenciaban dos tipos penales distintos en los casos de acceso carnal, en función de si mediaba o no violencia e intimidación (arts. 179 y 181.4 CP, respectivamente) con una pena de 6 a 12 años de prisión en el caso de violencia y de 4 a 10 años de prisión en el segundo caso.

de 4 a 8 años, si no media violencia o intimidación, y de 8 a 12 años, en aquellos casos en los que sí se aprecia tal elemento⁵⁵.

No quiere con ello decirse que el juez deba, en estos casos, ahondar en la búsqueda de una especie de *voluntas legislatoris*⁵⁶, en absoluto. Es la labor del legislador expresar con claridad cuál es su intención y, desde luego, si hubiera querido y, tal y como hizo en la reforma operada por la LO 4/2023, podría haber diferenciado los marcos penales entre aquellos casos en los que media violencia o intimidación y aquellos donde no. Sin embargo, no lo hizo así, sino que le otorgó al juzgador un amplísimo margen de decisión.

Ahora bien, ante un margen penológico tan amplio, el juzgador debe acudir a distintos criterios para alcanzar la correcta determinación de la pena o, al menos, la determinación judicial de la pena *más correcta*. Así, habiendo analizado ya la problemática que, desde la perspectiva del mandato de determinación, supone un marco penal de estas características, conviene aclarar que tal falta de cumplimiento por parte del legislador no legitima que la obra del juzgador pueda arrojar cualquier resultado, sino que este sigue obligado a cumplir con su estricta vinculación a la ley⁵⁷. De esta manera, una interpretación razonable meto-

⁵⁵ No sólo porque hasta ahora así se configuraba legalmente la pena para cada una de estas situaciones en función de si mediaba o no violencia o intimidación (interpretación histórica); sino, además, porque no es inusual ver en nuestro Código Penal que la sanción de aquellas conductas en las que concurre violencia o intimidación es más grave que la prevista para aquellos casos en los que se aprecia ausencia de estos elementos pese a que la valoración normativa del resto de elementos fácticos sea idéntica (interpretación sistémica). En este sentido, por interpretación sistemática no se alude «a la ubicación sistemática de la institución en la teoría jurídica del delito *sino a su tratamiento en el resto de pronunciamientos del legislador*», ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho Penal» en MONTIEL, J.P., (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid (Marcial Pons), 2012, p. 201.

⁵⁶ En este sentido, «toda esta actividad no debe preordenarse al descubrimiento de la *mens legislatoris*, del legislador histórico, sino a determinar la *ratio legis* de la ley actual, pues en materia de interpretación, el factor histórico pierde autonomía y se instrumentaliza, importando solo y en la medida que contribuya a clarificar la *voluntas legis*, cometido básico del intérprete: la *mens legislatoris*, del legislador histórico, en sí misma, no interesa», GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, 5º ed., Madrid (Editorial Universitaria Ramón Areces), 2012, p. 834. Sin embargo, podemos observar que en el presente caso la interpretación histórica se refuerza con la interpretación sistémica, que claramente nos orienta a la determinación de que aquellas penas menos graves deberán corresponderse con las conductas en las que no medie violencia o intimidación, reservando las penas más severas para los casos en los que, como ocurre en la SAP 14/2024, el Tribunal considere probada la concurrencia de violencia.

⁵⁷ En numerosas ocasiones, cuando se analizan las exigencias que supone la vinculación del juez a la ley, se encuadra en la problemática de la indeterminación del lenguaje y de la sujeción del juez al tenor literal (por todos, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Sólo Penas Legales, Precisas y Previas: El Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, 1ª ed., Madrid (Aranzadi Doctrina), 2009, pp. 98-138). Ahora bien, en ocasiones, como ocurre en el caso que nos ocupa, la indeterminación legal puede venir dada por la amplitud del marco penal. En estos casos, pese a que no se trate de un problema de indeterminación a la hora de interpretar el significado literal, sigue perfectamente vigente la vinculación del juez a la ley y con ello su obligación de determinar la pena concreta de manera que encaje con el espíritu de la misma y sea coherente con el resto del sistema jurídico-legal.

dológicamente⁵⁸, que acuda al uso de los distintos criterios interpretativos aceptados por la comunidad jurídica⁵⁹, exigiría concluir que, efectivamente, aquellos casos en los que no se ha actuado con violencia se deberá imponer una pena más bien de la primera mitad del marco penal; reservando con ello la segunda mitad para aquellas conductas en las que sí concurre violencia o intimidación.

No fue esta la conclusión a la que llegó la Audiencia Provincial de Barcelona, que determinó una pena de «cuatro años y seis meses de prisión»⁶⁰, esto es, prácticamente la pena mínima posible en atención al marco penal contenido en el art. 179 CP. Ante un caso como este, la duda que se arroja sobre cualquier operador jurídico es la siguiente: ¿qué haremos en aquellos casos en los que no haya violencia o intimidación, pero sí acceso carnal? ¿castigaremos con la misma pena que en los casos en los que sí hay violencia?⁶¹.

Con este caso trato de poner de manifiesto que si ignoramos las exigencias del principio de legalidad en las primeras de sus manifestaciones (esto es, el mandato de determinación o *lex certa* al legislador), quedan entonces indefensos el resto de subprincipios que conforman la *cadena* del principio de legalidad. Así, ante un marco penal indeterminado, la sujeción del juez a la ley se vuelve cada vez más difusa y, con ello, se quebranta en mayor medida el valor de la seguridad jurídica. En palabras del profesor Lascuráin «[y]a puede regir una rígida reserva de ley para la fijación de las sanciones y de sus presupuestos y un mandato vinculante de tipicidad e retroactividad para los aplicadores de tales leyes que es el sistema permite la indeterminación de su contenido se produce un apagón de la seguridad jurídica»⁶² y lo mismo ocurre con la vinculación del juez a la ley.

⁵⁸ Con ello se hace referencia al canon de control constitucional de razonabilidad que configuró el Tribunal Constitucional en su STC 137/1997. Concretamente, por lo que respecta a la razonabilidad metodológica, la misma proscribió aquellos métodos interpretativos que resulten extravagantes por incurrir en quiebras lógicas o distanciarse de los modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica (así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Interpretar o crear: límites a la interpretación penal según el Tribunal Constitucional», *Almacén de Derecho*, 2024. <<https://almacendederecho.org/interpretar-o-crear-limites-a-la-interpretacion-penal-segun-el-tribunal-constitucional>>).

⁵⁹ Esto es, como se ha explicado con anterioridad, la interpretación histórica y la interpretación sistemática. Para un desarrollo sobre las características de cada una de estas interpretaciones, consultar GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, cit., pp. 830-843.

⁶⁰ SAP 14/2024, Fallo.

⁶¹ Nótese que una solución de estas características afecta igualmente a aspectos esenciales del principio de proporcionalidad, toda vez que si para un caso como el presente, donde concurre violencia, se ha impuesto la pena mínima, ello incita a pensar que, de imponer la misma pena (4 años) en aquellos casos en los que no concurre tal elemento de violencia (y, por tanto, el desvalor de la acción es menor) se estará ante un *derroche de coacción*, considerado expresamente inconstitucional. Ello porque no habría manera de justificar que a dos actuaciones cualitativamente distintas en cuanto a su desvalor y ataque al bien jurídico protegido se les imponga la misma pena y, desde luego, lo que quedaría absolutamente injustificado es que en el segundo caso se impusiera una pena superior. En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Principios penales democráticos*, cit., p. 93 sobre las SSTC 55/1996 y 136/1999.

⁶² LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Sólo Penas Legales, Precisas y Previas: El Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, cit., p. 93.

Como se ha visto, el mandato de determinación trata de preservar la seguridad jurídica. Para la consecución de este objetivo no basta con que la ley sea cierta, sea precisa, sino que es esencial la interdicción de la arbitrariedad, tanto del legislador como del juez. Así, de la misma manera que no permitimos que el legislador obre *ad hoc*, de nada servirían las exigencias de determinación si no fueran acompañadas de la obligación del juez de respetar esa precisión.

Así, para la preservación de la seguridad jurídica es esencial garantizar al justiciable que el juez resolverá conforme a la sujeción a la ley y no en base a cualesquiera otros criterios. Más aún, «debe tenerse en cuenta que las exigencias de motivación son mayores cuanto menos determinado esté el tipo sancionador. Lo que no precisa el legislador debe precisarlo el juez»⁶³. De esta manera, en un caso como el que nos ocupa, donde el margen penológico es de 8 años de diferencia, las exigencias de proporcionalidad y coherencia sistémica que se le exigen a la calidad de la legislación deben trasladarse a la aplicación judicial de la ley y, concretamente, a la determinación judicial de la pena.

En conclusión, no se ha cumplido debidamente con el principio de legalidad, en primer lugar, por lo que respecta al mandato de determinación legal. Sin embargo, los problemas no se detienen en este nivel, sino que la solución judicial no puede justificarse exclusivamente bajo los argumentos de que «el tipo penal se presentaba indeterminado» o que «la penal judicialmente determina se encuentra dentro del margen legal»⁶⁴. Lo cierto es que la vinculación del juez a la ley se manifiesta también en la determinación judicial de la pena. Así, el juzgador tiene la obligación de dar la respuesta más coherente, en primer lugar, con las exigencias del principio de proporcionalidad que igualmente se le exigen a la legislación penal y, en segundo lugar, con los criterios interpretativos comúnmente aceptados por la comunidad jurídica (como se ha visto, entre ellos, la interpretación sistemática o la interpretación histórica). No es esto lo que ocurrió durante la resolución de la SAP 14/2024, sino que se ignoró, igualmente, el mandato de determinación *judicial* o sujeción del juez a la ley penal⁶⁵.

⁶³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal» cit., p. 123. En el mismo sentido, STC 151/1997 FJ 3: «el déficit de la ley solo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el Juez lo colma». Igualmente, autores como KUHLEN, L. «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía» en MONTIEL, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid (Marcial Pons), 2012, expresan de manera brillante los motivos por los que puede entenderse que la vinculación del juez a la ley o la *lex stricta* no es más que una extensión del mandato de determinación o *lex certa*.

⁶⁴ Con ello no quiere decirse que existan deseos punitivos de que la pena impuesta en el caso concreto sea más severa. Con independencia de la concreta pena impuesta, lo que con el presente texto se quiere exponer no es que el condenado merezca pasar un mayor o menor tiempo en prisión, sino la necesidad que los operadores jurídicos actúen en cooperación entre ellos y con respeto y coherencia en los principios penales constitucionales.

⁶⁵ KUHLEN, L. «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía», cit., p. 167: «Si la ley en sí misma [...] deja mucho sin determinar, legislador y jurisprudencia establecen al fin y al cabo, en un trabajo conjunto, qué es lo que resulta punible. Desde la perspectiva de la seguridad jurídica en la

Así, se pretende poner de manifiesto que las exigencias del principio de legalidad son esenciales para la preservación de la seguridad jurídica y, con ello, de la libertad de los ciudadanos. En consecuencia, el principio de legalidad debe respetarse en todas sus manifestaciones, tanto en lo que respecta al mandato de determinación *dirigido al legislador*, como esa determinación que, en el fondo, se le exige igualmente al juzgador.

2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

No obstante, lo más grave no es que esto sucediese con un caso aislado, como puede ser la SAP de Barcelona núm.14/2024, sino el criterio jurisprudencial que se ha asentado en nuestro Tribunal Supremo.

A este respecto, son innumerables las sentencias del Tribunal Supremo⁶⁶ que están revisando algunos casos de violación (esto es, acceso carnal mediante violencia o intimidación, conforme a la legislación vigente antes de la entrada en vigor de la LO 10/2022) y procediendo a la rebaja de las penas⁶⁷.

Concretamente, se trata de casos en los que los hechos fueron enjuiciados conforme al tipo del art. 179 CP en la redacción del año 2010⁶⁸ y se solicita su revisión a la luz de lo dispuesto en el actual art. 179 CP. Como hemos visto, este último no hace referencia alguna a la concurrencia de violencia o intimidación y prevé un marco penal de 4 a 12 años de prisión. En estos casos, aquellos que fueron condenados antes de la entrada en vigor de la LO 10/2022 con la pena mínima, esto es, 6 años, solicitan su revisión a la luz de la nueva redacción, que prevé una pena mínima de 4 años. En todos estos casos, el TS ha venido acordando la rebaja de la pena, en aras de no incurrir en *bis in idem* y respetar el tenor literal de ley⁶⁹.

orientación, entonces, parece consecuente exigir, además de la interpretación judicial de la ley, una contribución a la determinación del Derecho penal».

⁶⁶ Por todas, SSTS 10/2023 de 19 de enero; 658/2023 de 21 de septiembre; 837/2023 de 16 de noviembre; 1083/2024 de 27 de noviembre. También algunos TSJ, ATSJ de Navarra 14/2023 de 9 de mayo.

⁶⁷ Considero imprescindible aclarar que el objeto del presente trabajo no es criticar la rebaja o subida de las penas en sí mismas. Es más, se puede observar un espíritu antipunitivista en los apartados relativos al populismo punitivo. No obstante, lo grave no es tanto el resultado final, en cuanto a la rebaja de las penas, sino los criterios interpretativos que está usando el Tribunal Supremo y el papel que el Poder Judicial debe desempeñar en el Estado de Derecho, ante las inconcreciones y vaguedades en las que cae el legislador. Este es el punto de partida de la presente crítica.

⁶⁸ «Cuando la agresión sexual [esto es, la que se realiza con violencia o intimidación] consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años».

⁶⁹ STS 837/2023 de 16 de noviembre, FJ 2: «Considera que, como ya hiciera la Audiencia Provincial, procede la rebaja de la condena que en su día le fue impuesta, conforme a la nueva redacción del art. 179 CP – al amparo de la reforma operada por la Ley 10/2022 de 6 de septiembre –, el cual rebaja el mínimo de su horquilla penológica a cuatro años. Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el art. 2.2 CP, entiende que

No obstante, en estos casos, el elemento de la violencia no se tuvo en cuenta en la individualización de la pena en instancia, por tratarse de uno de los elementos del tipo. En cambio, con la redacción vigente, dado que la violencia o la intimidación no son ya elementos del tipo de violación *ex art.* 179 CP⁷⁰, sí deben tenerse en cuenta, al menos, como criterios de individualización de la pena. Así, la STS 703/2023:

«Consecuencia de ello ha sido una ampliación de los límites, sobre todo mínimos, de las penas contempladas en los arts. 178 a 180 CP, en los que se engloban ahora las agresiones y los abusos sexuales que se diferenciaban en la anterior legislación. Ello debe llevar ahora a valorar circunstancias (como la violencia y la intimidación) que en su momento no operaban en materia de individualización, por formar parte del tipo, pero que ahora sí podrían ser ponderadas al no constituir la violencia elemento integrante del tipo básico de agresión sexual en la LO 10/2022»⁷¹.

Es decir, en el momento de la condena, cuando se fija la pena mínima de 6 años, el elemento de la violencia ha sido tenido en cuenta para configurar el elemento del tipo. En el momento de la revisión, en cambio, el elemento de la violencia no se tiene en cuenta para configurar el tipo, sino que debería utilizarse para modular la pena dentro de la amplísima horquilla que nos deja el legislador. No obstante, el TS decide simplemente ignorar la concurrencia de violencia y decide rebajar la pena, de nuevo, al mínimo de 4 años. En otras palabras, realiza lo mismo que la Audiencia Provincial en el caso Alves: considera que para aquellos casos en los que concurra acceso carnal y violencia o intimidación, procede la pena mínima de 4 años. Qué habría hecho entonces cuando se den supuestos de acceso carnal *sin* violencia o intimidación es aún hoy una incógnita, pues el problema fue ya resuelto por el legislador en la LO 4/2023.

Exactamente en estos términos, y muy acertadamente, concluye la Sala Quinta de lo Militar del TS: «no procede la rebaja de la pena [...] pues la rebaja de la pena mínima de 6 a 4 años [...] hoy en día, dado el empleo de violencia en la agresión, no sería imponible dicha mínima, reservada para los ataques no violentos, por lo que no se altera la pena de 6 años impuesta en la instancia»⁷².

En cualquier caso, la doctrina mayoritaria del TS desarrolla en todas estas sentencias una interpretación esencialmente gramatical, dejando de lado otros criterios interpretativos

debe imponerse la pena de prisión en el citado mínimo de cuatro años [...] mantener la pena de seis años de prisión, no haría sino quebrantar, por un lado, el principio *ne bis idem*, tanto en cuanto la violencia ejercida ya ha sido debidamente penada, y, por el otro, el tenor del nuevo precepto que establece su mínimo en cuatro años de prisión».

⁷⁰ En la redacción introducida por la LO 10/2022, pues actualmente sí que son elementos del tipo atendiendo a la redacción introducida por la LO 4/2023.

⁷¹ STS 703/2023 de 28 de septiembre, FJ 5.

⁷² STS Sala Quinta de lo Militar 38/2023 de 11 de Mayo, FJ 5.

igualmente válidos, tales como el sistemático o el histórico. Concretamente, si tenemos en cuenta que en los delitos contra la libertad sexual siempre se ha diferenciado entre aquellos supuestos en los que concurre violencia o intimidación y aquellos que no (criterio histórico) y que la redacción del art. 178 CP⁷³ mantiene esta diferencia (criterio sistémico) resulta injustificado que tal consecuencia no se tenga en cuenta a los efectos de regular la pena. Es cierto que el tenor literal del art. 179 CP en su versión LO 10/2022 *permite* rebajar la pena en los casos aquí vistos. No obstante, la pregunta que se debe hacer el Tribunal Supremo es si esta rebaja es la respuesta *jurídicamente correcta*, en atención a todos los criterios interpretativos comúnmente aceptados por la comunidad jurídica.

Sin duda, el problema radica en que el legislador ha sido demasiado ambiguo e indeterminado en su elaboración del art. 179 CP. Ahora bien, ello evidentemente no quiere decir que el Poder Judicial no deba procurar de dar la solución más acertada jurídicamente. Por las razones expuestas, condenar con la pena mínima los supuestos en los que media violencia e intimidación no es una respuesta jurídicamente correcta o, al menos, no la mejor.

En primer lugar, porque ignora otros criterios interpretativos igualmente válidos y, en segundo lugar, porque corre el riesgo de quebrantar el principio de igualdad. Si se debe tratar igual aquellos supuestos iguales, a contrario sensu, se les debe dar un trato diferenciado a aquellos escenarios desiguales. No puede condenarse con la pena mínima una agresión sexual con acceso carnal tanto si media violencia o intimidación como si no, porque entonces, evidentemente, una parte considerable del injusto (esto es, la concurrencia de violencia o intimidación) nunca se ve abarcada por la pena⁷⁴.

V. CONTROL CONSTITUCIONAL

Surge entonces la duda de si una regulación como la aquí expuesta adolece de problemas de constitucionalidad en relación con el principio de legalidad hasta el punto de ser declarada inconstitucional.

⁷³ «[...] 2. Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación [...]».

⁷⁴ Así lo advierte el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: «La decisión del Tribunal Superior de Justicia, revocando lo decidido por la Audiencia Provincial y acordando no haber lugar a revisar la pena privativa de libertad impuesta a D. Jacinto, se basó en que “no procede la aplicación mimética y automática de lo dispuesto en el art. 2.2 del CP, ya que la normativa anterior y la vigente presentan ámbitos típicos distintos pese a que el delito mantenga el mismo *nomen iuris*, siendo así inviable el cotejo en plano de igualdad”. Con ello se estaba refiriendo al hecho de que en el marco legal implantado por la LO 10/2022, se englobaban en una sola figura lo que con anterioridad a la reforma constituía dos delitos diferentes en la atención a que concurriera, o no, violencia o intimidación, es decir, por un lado, delito de abuso sexual y por otro, delito de agresión sexual (violación, si había acceso carnal). Por ello entendió que, en el caso de autos, habiéndose empleado violencia para doblegar la voluntad de la víctima, con la pena de cuatro años de prisión impuesta al condenado tras la revisión no quedarían debidamente sancionados los actos de fuerza física, considerando en base a ello que la pena de seis años de prisión podría imponerse con arreglo a la nueva ley, por lo que no era procedente revisar la sentencia tras la reforma operada por la LO 10/2022», STS núm. 837/2023 de 16 de noviembre FJ 3.

Para abordar esta cuestión es conveniente realizar algunas aclaraciones al respecto del control constitucional. El Tribunal Constitucional se ha mostrado siempre deferente con el legislador a la hora de declarar la inconstitucionalidad de leyes penales. Ello así porque evidentemente el Alto Tribunal se enfrenta a un delicado problema democrático a la hora de declarar que aquello que ha sido así decidido por el máximo representante de la soberanía popular no es *acceptable* en términos constitucionales. Por ello, si bien el Tribunal Constitucional se muestra estricto y preciso a la hora de configurar el contenido y los límites de los derechos fundamentales y los principios constitucionales que han de inspirar la legislación penal, se muestra igualmente deferente hacia el legislador a la hora de declarar la inconstitucionalidad de la ley penal⁷⁵. En consecuencia, es posible que en ocasiones, desde un canon *más* estricto de constitucionalidad, una norma pueda plantearse inconstitucional, si bien el Tribunal termine optando por reconocer su validez, en aras de proteger la calidad democrática de la legislación⁷⁶.

Por lo que respecta al principio de legalidad, lo cierto es que el contenido mismo⁷⁷ no se recoge expresamente en la Constitución⁷⁸, sino que ha sido desarrollado por el pro-

⁷⁵ En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «El control constitucional de las leyes penales» en NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. y BECERRA MUÑOZ, J. (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid (Marcial Pons), 2016, pp. 372-373: «creo que el tribunal ha mantenido una actitud deferente ante el legislador penal de un modo consciente y por razones de legitimación democrática. Así lo ha afirmado en sus sentencias, en las que son recurrentes las afirmaciones atinentes al amplísimo campo de decisión de que goza el legislador en el desarrollo de la política criminal y, correlativamente, a la prudencia de que propone revestirse el tribunal a la hora de fijar su juicio de conformidad constitucional». Un ejemplo de esta deferencia lo podemos encontrar en la STC 55/1996 donde, a pesar de que por primera vez se articuló el contenido del principio de proporcionalidad en términos de control constitucional, terminó declarándose la constitucionalidad de la ley enjuiciada. En el mismo sentido encontramos una serie de sentencias (SSTC 161/1997, 127/2008, 99/2008, 45/2009, donde si bien se desarrolla el contenido del principio de proporcionalidad, no se declara la inconstitucionalidad de la norma en ninguna de ellas). De hecho, especialmente llamativa es la STC 136/1999 precisamente por terminar reconociendo la inconstitucionalidad, por desproporcionada, de la ley penal enjuiciada. Para un estudio más detallado de esta cuestión, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *El principio de proporcionalidad penal*, Madrid (Marcial Pons), 2014.

⁷⁶ No puede expresarse de manera más clara que como lo hace BAYÓN MOHÍNO, J.C., «Democracia y derechos: problemas de la fundamentación del constitucionalismo», en CARBONELL y GARCÍA JARAMILLO (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid (Trotta), 2010, p. 298: «el procedimiento de decisión por mayoría no encarna en realidad un ideal valioso [...] a menos que estén satisfechas ciertas condiciones previas; pero cuanto más exigente sea la definición de esas condiciones, mayor es el número de cuestiones que, como prerequisites de la democracia, deberían sustraerse al procedimiento de decisión por mayoría». Por este motivo, el Tribunal Constitucional trata de encontrar el perfecto equilibrio entre sus labores de control y el respeto por la democracia representativa.

⁷⁷ Entendido como *lex scripta, lex certa, lex stricta y lex praevia*. Por todos, MIR PUIG, S. *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito*, cit., p. 41.

⁷⁸ Toda vez que el artículo 25.1 CE se limita a expresar el principio de legalidad penal en el sentido tradicional de Feuerbach *nullum crimen nula poena sine previa lege*: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»; a excepción de la irretroactividad de las normas penales desfavorables, que sí se recoge expresamente en el artículo 9.3 de la Constitución: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, *la irretroactividad de las disposiciones*

pio Tribunal Constitucional⁷⁹. En cuanto al mandato de determinación, el intérprete de la constitución reconoce que si bien es cierto que «los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absoluta»⁸⁰, «el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el derecho penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos»⁸¹. Con ello el tribunal le exige al legislador un mínimo de precisión en el lenguaje utilizado, sin embargo, reconociendo la insuperable vaguedad e indeterminación inherentes al lenguaje, el tribunal le otorga un gran protagonismo al papel de la jurisprudencia para cumplimentar las exigencias de determinación de la ley penal⁸².

Sin embargo, toda esta problemática a la hora de concretar el contenido del mandato de determinación se ve circunscrita al protagonismo que se le reconoce a la determinación del tipo penal en cuanto a la *conducta* punible. Así, es llamativo que el desarrollo en torno a la determinación exigible sobre el marco penal sea mucho más limitado. En este sentido, ya la profesora Mínguez alertaba: «[c]uando se aborda esta exigencia [el mandato de determinación], debe entenderse, [] que la misma se proyecta tanto sobre el comportamiento punible (siempre difícil de acotar por la particularidad del lenguaje) como sobre la consecuencia jurídica vinculada al mismo. «Sin embargo, lo cierto es que este segundo ámbito de proyección de este mandato, el de la determinación de la consecuencia jurídica, ha sido prácticamente olvidado (o, al menos, no ha sido profundizado) tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia []»⁸³.

No obstante, continúa la profesora Mínguez aclarando que, aunque el desarrollo jurisprudencial de este mandato es escaso, sí se han establecido algunas concreciones por parte del Tribunal Constitucional, si bien en relación no con las leyes penales sino con las normas administrativas sancionadoras. Al respecto: «de la jurisprudencia constitucional deriva que las razones por las que una norma sancionadora puede vulnerar el mandato de taxatividad en relación con la sanción que contiene residen bien en que el límite máximo de la misma

sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (cursiva añadida).

⁷⁹ Por todas, la STC 53/1994 FJ 4 reconoce conjuntamente las cuatro manifestaciones de este principio: «En la garantía material de la ley penal, en efecto, existe una estrecha asociación entre los principios legalidad y tipicidad de la ley penal y los de libertad y seguridad jurídica (arts.17.1 y 9.3 CE), principios estos que son esenciales en el Estado de Derecho (STS 219/1989), pues si las normas sancionadoras han de ser no sólo *lex scripta* y *lex praevia* sino también *lex stricta* y *lex certa*».

⁸⁰ STC 69/1989 FJ 1.

⁸¹ STC 62/1982 FJ 7.

⁸² Tanto es así que, como veíamos anteriormente, reconoce el TC que «el déficit de la ley solo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el juez lo colma» (STC 151/1997 FJ 3).

⁸³ MÍNGUEZ ROSIQUE, M., «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019, p. 17 (cursiva añadida). Naturalmente, no quiere con esto decirse que la jurisprudencia y la doctrina hayan ignorado por completo esta cuestión; así, por todos, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Sobre el principio de legalidad*, cit., así como MIR PUIG, S., *Fundamentos de Derecho penal y Teoría del delito*, cit.

queda absolutamente indeterminado en la norma [] bien en que dados un límite mínimo y máximo (siendo relativamente amplio el marco comprendido entre ellos), la norma no contiene criterios para la graduación de las sanciones y para establecer la correspondencia entre la gravedad de la conducta y la sanción, pues en estos casos se está dejando libertad absoluta, no solo un margen de discrecionalidad, al aplicador del derecho, que concebiría la misma como una decisión singular»⁸⁴.

Es este el punto en el que nos encontramos con la LO 10/2022, que introduce marcos penales extraordinariamente amplios. La duda surge a la hora de intentar concretar cuándo un marco penal es demasiado amplio como para ser considerado inconstitucional.

Conviene aquí tener en cuenta que algunos de los contenidos del principio de legalidad operan más bien como reglas y otros como principios, entendidos estos como mandatos de optimización. A este respecto, el mandato de determinación sería así configurado como un mandato de optimización: que la norma penal (y, en concreto, la consecuencia jurídica que contiene) sea todo lo determinada que sea posible sin colisionar con otros intereses y deberes fundamentales. En este sentido, es la necesidad de individualizar el castigo atendiendo a razones de prevención especial lo que justifica la existencia de marcos penales en lugar de una determinación legal de la pena concreta⁸⁵.

No obstante, no debe perderse de vista que lo que se pretende con el mandato de *lex certa* es, en última instancia, proteger la seguridad jurídica e impedir la arbitrariedad del juzgador⁸⁶. Así, un marco penal como el del art. 179 CP, de 8 años de diferencia, que no hace referencia alguna a posibles criterios de individualización (como podría ser la concurrencia o no del uso de violencia o intimidación) es susceptible de ser considerado indeterminado y, con ello, inconstitucional por vulnerar el principio de legalidad.

Sin embargo, como se adelantaba al comienzo de este epígrafe, el Tribunal Constitucional se muestra (por buenas razones) deferente con el legislador penal. Por todo ello, cabe concluir que una declaración de inconstitucional de los preceptos contenidos en la LO 10/2022 es más que improbable.

VI. CONCLUSIONES

El populismo punitivo supone un uso electoralista del derecho penal. En este sentido, la relación de interdependencia entre la agenda mediática, la agenda política y la opinión pública da lugar a un aumento sistemático de las penas sin que ello guarde necesariamente relación con las causas estructurales de la criminalidad ni con los índices de delincuencia

⁸⁴ STC 129/2006 FJ 4.

⁸⁵ Al respecto, MÍNGUEZ ROSIQUE, M., «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, cit.

⁸⁶ En términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garantizar la previsibilidad de la ley penal. Por todas, STEDH Del Río Prada c. España (Gran Sala), de 21 de octubre de 2013.

reales. Este fenómeno aparece íntimamente ligado al concepto de derecho penal simbólico, en virtud del cual se llevan a cabo reformas en la legislación penal que no tienen el foco en la aplicación real de las penas, sino en la necesidad de construir la imagen o identidad de una sociedad a través de la legislación penal.

Todo ello propicia una «expansión» del derecho penal que supone el endurecimiento de las penas, la inclusión de nuevas figuras delictivas en el Código Penal y la aparición de leyes penales cada vez más difíciles de interpretar y aplicar por parte de los jueces. En consecuencia, este tipo de regulación pone en tela de juicio los principios elementales del Estado de Derecho tales como el principio de legalidad y la división de poderes, delegando, en última instancia, funciones legislativas en el Poder Judicial.

Esta crisis del principio de legalidad se proyecta sobre todos los operadores jurídicos e incide con ello en todas las fases de creación del derecho, tanto legal como judicial. Todo ello cobra especial importancia dada la estrecha vinculación del derecho penal con los derechos fundamentales así como con ideas esenciales para la configuración de un Estado Social y Democrático de Derecho, como la seguridad jurídica, el valor democrático y la separación de poderes. En consecuencia, recuperar el respeto por el principio de legalidad y cumplir debidamente con las exigencias que este impone resulta esencial para mantener la calidad jurídica y democrática de nuestro país.

Si concluimos que el principio de legalidad encuentra su fundamento en la seguridad jurídica y en el valor democrático propio del principio de separación de poderes, entonces el respeto de este principio constitucional es esencial para el primero de los artículos de nuestra Constitución, donde la libertad, la justicia, la igualdad, y el pluralismo político, se dibujan como los valores superiores del Estado social y democrático de Derecho.

Es por todo ello que debe optarse por una actitud crítica ante el tratamiento que medios de comunicación y dirigentes políticos hacen de casos mediáticos como aquellos que aquí se han tratado. Si se quiere un equilibrio justo entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, así como unos líderes políticos honestos con su comunidad y unos medios de comunicación que informen a la gente en lugar de desinformarla, debemos tomar conciencia como sociedad de la importancia de resistir el populismo punitivo y de valorar y respetar los principios penales constitucionales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Sobre el principio de legalidad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009.

ANTÓN MELLÓN, J.; ÁLVAREZ JIMÉNEZ, G.; PÉREZ ROTHSTEIN, P., «Medios de comunicación y populismo punitivo en España: Estado de la cuestión», *Revista*

- Crítica Penal y Poder*, núm. 9, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona, 2015, pp. 32-61.
- BAYÓN MOHÍNO, J.C., «Democracia y derechos: problemas de la fundamentación del constitucionalismo», en CARBONELL y GARCÍA JARAMILLO (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid (Trotta), 2010, pp. 285-355.
- CANCIO MELIÁ, M.; PÉREZ MANZANO, M., «Capítulo III: Principios del Derecho Penal (II)» en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Colección Derecho Penal y Procesal Penal, Madrid (BOE), 2019, pp. 69-90.
- CASTAÑO TIERNO, P., «¿Otra política penal es posible? Un estudio sobre la viabilidad de una política criminal alternativa al populismo punitivo», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 561-638.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, 5º ed., Madrid (Editorial Universitaria Ramón Areces), 2012.
- JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Madrid (Civitas), 2006.
- KUHLEN, L., «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía» en MONTIEL, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid (Marcial Pons), 2012, pp. 151-172.
- HUERTA TOCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, pp. 81-114.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «El control constitucional de las leyes penales» en NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. y BECERRA MUÑOZ, J. (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid (Marcial Pons), 2016, pp. 351-377.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *El principio de proporcionalidad penal*, Madrid (Marcial Pons), 2014.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Interpretar o crear: límites a la interpretación penal según el Tribunal Constitucional», *Almacén de Derecho*, 2024. <<https://almacenederecho.org/interpretar-o-crear-limites-a-la-interpretacion-penal-segun-el-tribunal-constitucional>>.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal» en PÉREZ MANZANO, M., y LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (dirs.), *La*

- tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid (Marcial Pons), 2016, pp. 119-148.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Principios penales democráticos*, Costa Rica (Jurídica Continental), 2021.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Sólo Penas Legales, Precisas y Previas: El Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, 1ª ed., Madrid (Aranzadi Doctrina), 2009.
- LIPPMANN, W., *La opinión pública*, España (Cuadernos de Langre), 2003.
- MÍNGUEZ ROSIQUE, M., «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019.
- MIR PUIG, S., *Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito*, Barcelona (Editorial Reppertor), 2019.
- MONTIEL, J.P., «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret*, Barcelona, 2017.
- MONTIEL, J.P., «Introducción» en MONTIEL, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid (Marcial Pons), 2012, pp. 27-29.
- MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Buenos Aires (B de F), 2004.
- MUÑOZ CONDE, F., «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”», *Revista Criminalia*, Vol. 86, Núm. 1, 2020, pp. 221-244.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho Penal» en MONTIEL, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid (Marcial Pons), 2012, pp. 173-205.
- POZUELO PÉREZ, L., *Política Criminal Mediática, Populismo Penal, Criminología, Crítica de los medios y de la Justicia Penal*, 21º ed., Colombia (Grupo Editorial Ibáñez), 2018.
- RTVE.es, Agencias (26 de marzo de 2015) El Congreso aprueba la prisión permanente revisable con el único apoyo del Partido Popular. *RTVE Noticias*. <<https://www.rtve.es/noticias/20150326/congreso-aprueba-prision-permanente-revisable-con-unicos-votos-del-partido-popular/1123040.shtml>>.

- RUIZ ANTÓN, L.F., *El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*, Cáceres (Servicio de publicaciones de la Universidad de Extremadura), 1989.
- SARRABAYROUSE, E.C., «La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio *in dubio pro reo*: una propuesta de integración» en MONTIEL, J.P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid (Marcial Pons), 2012, pp. 31-54.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Madrid (Edisofer), 2011.
- VARONA GÓMEZ, D., «¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España», *InDret*, Barcelona, 2009.

LA PERSONA JURÍDICA Y SU LEGITIMACIÓN COMO TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES: UN ANÁLISIS TEÓRICO*

THE LEGAL PERSON AND ITS LEGITIMACY AS A HOLDER OF FUNDAMENTAL RIGHTS: A THEORETICAL ANALYSIS

MIRIAM MARTÍN PACIENTE**

Resumen: Este artículo examina la evolución histórica de la persona jurídica y su capacidad para ostentar derechos fundamentales, desde sus inicios en la antigua Roma hasta su reconocimiento en la actualidad. Se analizan diversas teorías sobre la personalidad jurídica, como la teoría de la ficción y la teoría orgánica, y su impacto en el derecho contemporáneo. Además, se discuten los argumentos a favor y en contra del reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas en la Constitución española, considerando la interpretación de diferentes preceptos constitucionales y las posturas de la doctrina y el Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Persona jurídica, Derechos fundamentales, Teoría de la ficción, Teoría orgánica, Constitución española.

Abstract: This paper examines the historical evolution of the legal person and its capacity to hold fundamental rights, from its beginnings in ancient Rome to its recognition today. Various theories on legal personality, such as fiction theory and organic theory, and their impact on contemporary law are analyzed. In addition, the arguments for and against the recognition of fundamental rights to legal persons in the Spanish Constitution are discussed, considering the interpretation of different constitutional precepts and the positions of doctrine and the Constitutional Court.

Keywords: Legal person, Fundamental rights, Theory of fiction, Organic theory, Spanish Constitution.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. BREVE HISTORIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS; III. LAS TEORÍAS DE LA CREACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA; 1. Teoría de la ficción o persona ficticia; 2. Teoría orgánica o teoría de la realidad; 3. Teorías en función de la personalidad jurídica; A. *Concepción formalista*; B. *Concepción normativista*; C. *Concepción institucional*; 4. Personas jurídicas perfectas e imperfectas; IV. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPA-

* DOI: <https://doi.org/10.15366/rjuam2025.51.006>

Fecha de recepción: 01/11/2024

Fecha de aceptación: 19/12/2024

** Profesora investigadora y docente/Abogada. Doctora en el Área de Derecho Civil, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC). Correo institucional: miriam.paciente@ulpgc.es. Cofinanciado por la Agencia Canaria de Investigación, Innovación y Sociedad de la Información de la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo y por el Fondo Social Europeo (FSE) Programa Operativo Integrado de Canarias 2014-2020, Eje 3 Tema Prioritario 74 (85%).

ÑOLA; 1. Interpretación de diversos preceptos constitucionales; A. *A favor del reconocimiento de derechos fundamentales a personas jurídicas*; B. *En contra del reconocimiento de derechos fundamentales a personas jurídicas*; V. CONCLUSIÓN; VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La persona jurídica se remonta a la antigüedad¹, cuando las sociedades comenzaron a organizarse en grupos para llevar a cabo actividades conjuntas, como el comercio o la defensa. Con el tiempo, las sociedades se volvieron más complejas, y fueron necesarios este tipo de reconocimientos. Ya en las XII Tablas se encuentran entidades u organizaciones que gozaban de pequeña autonomía². Fue entonces cuando surgieron las primeras formas de persona jurídica reconocidas por el Derecho. Se pueden determinar dos aspectos básicos que propiciaron su inicio:

«Los intereses existenciales de la humanidad, tanto sociales como económicos, que dieron lugar a agruparse para poder subsistir»³. «Los grandes intereses económicos de una sociedad cada vez más globalizada, que configuró jurídicamente el concepto actual de persona jurídica»⁴.

En la sociología clásica se propusieron algunas teorías para dar explicación a la formación de asociaciones y movimientos sociales, como la teoría de la acción colectiva, la teoría de recursos y la teoría de los marcos interpretativos, entre otras⁵. Estas teorías establecen que las personas se unen para conseguir objetivos que no pueden lograr individualmente, para promover un cambio social o para defender sus intereses comunes.

La teoría de la acción colectiva sostiene que la acción conjunta puede ser más efectiva que la acción individual para lograr objetivos que les importan a los miembros del grupo, como el cambio social o la defensa de sus intereses comunes⁶.

¹ MICHOU, L., *La Théorie de la Personnalité Morale et son application au droit français*, 2ª ed., París (Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence), 1924, p.16.

² JORS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, Madrid (Ediciones Labor), 1937, p. 107.

³ MORALES GODOL, J., «Notas sobre la evolución histórica de la persona jurídica», *Ius Et Praxis*, núm. 031, 2000, p. 122. Disponible en: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/download/3624/3560>. [Consultado el 23/09/2024].

⁴ MORALES GODOL, J., «Notas sobre la evolución histórica de la persona jurídica», cit. p.123.

⁵ GALAFASSI, G., «Teorías diversas en el estudio de los movimientos sociales: Una aproximación a partir del análisis de sus categorías fundamentales», *Cultura y representaciones sociales*, vol. 6, núm. 11, 2011, p.8. Disponible en: <<https://www.scielo.org.mx/pdf/crs/v6n11/v6n11a1.pdf>>. [Consultado el 23/09/2024].

⁶ GUADALUPE VARGAS, J., «Teoría de la acción colectiva, sociedad civil y los nuevos movimientos sociales en las nuevas formas de gobernabilidad en Latinoamérica», *Espacio abierto*, vol. 12, núm. 4, 2003, p.529. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/pdf/122/12212403.pdf>>. [Consultado el 29/09/2024]. La mayor defensora de la teoría de la acción colectiva es Mancur Olson, un economista y sociólogo estadounidense. Olson argumentó que la acción colectiva es más efectiva cuando los individuos tienen incentivos personales

La teoría de los recursos es una perspectiva sociológica que explica cómo los recursos, como el dinero, el poder y el conocimiento, influyen en la acción colectiva y en la capacidad de los grupos para lograr sus objetivos comunes. Esta teoría sostiene que los grupos que tienen más recursos tienen más capacidad para controlar y moldear el entorno para así satisfacer sus intereses. Además, esta teoría enfatiza que las desigualdades en el acceso a los recursos son un factor clave en la desigualdad social y en la generación de conflictos sociales⁷.

La teoría de los marcos interpretativos es una perspectiva ética y sociológica que explica cómo los individuos interpretan y dan sentido a la realidad social a través de la construcción de marcos o esquemas mentales; es decir, a través de su interpretación de la realidad al tomar decisiones. Esta teoría sostiene que los marcos interpretativos influyen en la percepción que los individuos tienen de los demás y del mundo que les rodea, y que influyen en su capacidad para tomar decisiones y actuar en la sociedad⁸.

Una vez formadas estas asociaciones de individuos con un fin común, se debe conocer cuáles fueron los primeros ejemplos con atribución jurídica en nuestra historia. De esta manera, se reconoce su origen en la antigua Roma⁹, donde se crearon las primeras corporaciones públicas con personalidad jurídica independiente¹⁰. Se analizará la evolución histórica de la persona jurídica y cómo se fue transformando hasta llegar a la figura que conocemos en la actualidad. En un inicio, el Derecho reconoce al individuo la aptitud para ser sujetos activos y pasivos de relaciones jurídicas¹¹, pero con el paso del tiempo, se reconocerá esta cualidad también a las personas jurídicas.

para participar, como la obtención de beneficios económicos o sociales. También enfatizó la importancia del tamaño y la diversidad del grupo en la capacidad de la acción colectiva para lograr sus objetivos.

⁷ RODEIRO PAZOS, D., et al., «La creación de empresas en el ámbito universitario: una aplicación de la teoría de los recursos», *Cuadernos de Gestión*, Vol. 8. núm. 2, 2008, p. 14. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/pdf/2743/274320551001.pdf>>. [Consultado el 23/10/2024].

⁸ CABALLERO, J. «La interacción social en Goffman», *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, jul. – sep. 1998, p. 136. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/pdf/40184123.pdf?casa_token=c2bw35VbnwwAAAAA:YW_R2Snw9EJhz_wXqAO7e3Pw_vcdy4FmME4YRnoJPhdsWSYN-6qO8BQ7tqzfAIB4IAeaQE_rY9URvDfF6HOxZ3O_z24d0JSNecsFDrsv9SPERmK-OKw>. [Consultado el 23/10/2024].

⁹ CAPILLA RONCERO F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid (Tecnos), 1984, p. 34.

¹⁰ DE CASTRO Y BRAVO F., *La persona jurídica*, Madrid (Civitas), 1991, p. 145.

¹¹ GARCÍA RUBIO, M.P. «La persona en Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas», *Teoría/Derecho, Revista de pensamiento jurídico. Sobre el concepto de persona*, vol. 14, 2020, p.94, Disponible en: <<https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/download/134/131>>. [Consultado el 23/10/2024]. «Capacidad jurídica que corresponde a toda persona por el mero hecho de serlo, que se inicia con su nacimiento y se termina con su muerte y respecto a cuyo reconocimiento no pueden hacerse distinciones que serían discriminatorias».

II. BREVE HISTORIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Su regulación la encontramos en el *Corpus iuris civilis*, o el texto legislativo que contiene las normas civiles en Roma¹². Se distinguen dos tipos de personas reguladas en esta norma, que son las personas jurídicas y las personas morales. Estas últimas contendrán una distinción que depende de la etapa histórica en donde se sitúe la lectura que se realice; es decir, el periodo clásico o periodo bizantino¹³.

En el periodo clásico romano, se extiende desde el siglo I d. C. al III d. C., durante el cual la República romana experimentó un gran crecimiento y fortalecimiento por la expansión territorial de Roma, la creación de instituciones políticas y jurídicas y el desarrollo de las artes y la cultura, siendo sus principales características. Fue entonces, donde se otorgó a ciertas agrupaciones de hombres con intereses comunes personalidad jurídica propia, para facilitarles cierta autonomía. En gran parte fueron de carácter público, como, por ejemplo, los *piae causae* o fundaciones¹⁴.

La creación de estas figuras parte de tres conceptos, *corpus*, *res incorporales* y *universitas*¹⁵, que explicaremos brevemente.

Los *res incorporales* era un concepto utilizado para referirse a los bienes y derechos que no tenían existencia física, como las obligaciones, las relaciones jurídicas, y otros derechos incorpóreos. Como explica Fernández de Buján¹⁶, este concepto fue crucial para entender cómo una entidad no física podía ser titular de derechos y obligaciones. De esta manera, *la res* en el Derecho Romano se refiere a cualquier objeto o cosa, incluyendo los objetos físicos y los objetos abstractos como las obligaciones, las relaciones jurídicas, entre otros. Por lo tanto, *los res incorporales* se referían a las cosas incorpóreas, que no eran tangibles, pero que tenían valor y podían ser objeto de transacción en el Derecho Romano. El *corpus*, referido a los *collegium o solidatas* entre otros, son personas que se unen para

¹² *Corpus Iuris Civilis* es el nombre en latín para el «Cuerpo del Derecho Civil», que es un conjunto de cuatro obras compiladas por orden del emperador bizantino Justiniano I en el siglo VI d. C. Estas obras son la *Instituta*, las *Pandectas* (o *Digesto*), el *Codex* y las *Novelas*. El *Corpus Iuris Civilis* es considerado como uno de los más importantes cuerpos de leyes de la historia y es la fuente del derecho civil moderno en gran parte de Europa y América Latina. Es un compendio de la legislación romana que incluye principios jurídicos y conceptos que todavía están en uso en la actualidad.

¹³ BLANCH NOUGUÉS, J.M., *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho romano*, Madrid (Librería-Editorial Dykinson), 2007, p. 21 y ss, citando a ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in Diritto romano*, I, Torino (Unione Tipografico-Editrice Torinese), 1959, p. 122.

¹⁴ BLANCH NOUGÉS, J. M., «La responsabilidad de los administradores de las *piae causae* en el derecho romano justiniano», *RIDA*, 49, 2002, p. 130.

¹⁵ LOPÉZ HUGUET, M., «El domicilio de las personas jurídicas: evolución desde el derecho romano y significado actual», *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 6, 2008, p.80. Disponible en: <<https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/download/4011/3261>>. [Consultado el 13/11/2024].

¹⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «El concepto de persona jurídica en el derecho romano», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2017, pp. 45-67.

formar un cuerpo con los mismos fines legítimos, pero principalmente con fines religiosos y profesionales. El concepto de corpus se refería a la idea de un cuerpo organizado, una entidad colectiva que tenía existencia más allá de sus miembros individuales. Según Gayo, en sus Instituciones (3.4.1), el corpus representaba una asociación reconocida por el derecho público romano, con capacidad para actuar como una unidad. Los *collegia* y las *societates publicanorum* fueron ejemplos prominentes de corpus en el derecho romano clásico. La *universitas* podían ser tanto públicas como privadas y tenían la capacidad de poseer y administrar bienes y recursos.

Ya en el periodo bizantino se establecieron dos tipologías distintas de entidades, que son las *universitas personarum* y las *universitas rerum*. Las primeras se refieren a una asociación de personas que se unen con un propósito específico y que poseen derechos y responsabilidades comunes como una entidad jurídica separada¹⁷. Ejemplos de estas en el Derecho Romano incluyen gremios, cofradías, comunidades religiosas, así como ciudades y provincias enteras. Por otro lado, el término *universitas rerum* se usa para referirse a una asociación de bienes o patrimonios que estaban bajo una autoridad central. Este concepto de *universitas* se ha mantenido en algunos sistemas jurídicos modernos, incluyendo el español, donde se utiliza el término «persona jurídica»¹⁸.

Durante la Edad Media, la Iglesia Católica desempeñó un papel crucial en el desarrollo del concepto de persona jurídica. El derecho canónico estableció la noción de «*corpus mysticum*» para referirse a la Iglesia como entidad distinta de sus miembros individuales¹⁹. Los canonistas medievales, especialmente Sinibaldo de Fieschi, quien posteriormente se convertiría en el Papa Inocencio IV, desarrollaron teorías fundamentales sobre la naturaleza de estas entidades colectivas como veremos en apartados sucesivos. Durante este período se reconoció la capacidad de las corporaciones para actuar como entidades independientes, se desarrolló la teoría de la ficción legal y se estableció la distinción entre el patrimonio de la entidad y el de sus miembros individuales.

El surgimiento del capitalismo comercial durante los siglos XVI y XVII marcó un punto de inflexión en la evolución de las personas jurídicas. La creación de las primeras compañías comerciales con privilegios reales, como la Compañía Británica de las Indias Orientales en 1600 y la Compañía Holandesa de las Indias Orientales en 1602²⁰, estableció

¹⁷ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M., «Una aproximación a las fuentes doctrinales de la concepción savigniana de la persona jurídica», *Servicios de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid*, 1988, p. 44.

¹⁸ MONREAL BELLO, C., «Concepto de la personalidad jurídica», *En Anales de la Universidad de Chile*. 1930, p. 104; Explica de una manera magistral la historia de las primeras concepciones de la personalidad jurídica. Se establece que las primeras creaciones se deben buscar en el Derecho Romano.

¹⁹ DE COSSÍO CORRAL, A. «Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica» *Anuario de Derecho civil*, vol. 7, núm. 3, 1954, pp. 623-654. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2773494.pdf>>. [Consultado el 27/01/2025].

²⁰ PAYET PUCCIO, J. A., «Notas sobre el origen y la evolución de la Sociedad Anónima», *THEMIS Revista de Derecho*, núm. 84, 2023, pp. 15-34. Disponible en: <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/28353/26242/>>. [Consultado el 27/01/2025].

precedentes importantes para el desarrollo de conceptos fundamentales como la responsabilidad limitada de los socios, la transferibilidad de las participaciones, la separación entre propiedad y gestión, y la continuidad de la existencia más allá de sus miembros originales.

El siglo XIX presenció la consolidación teórica del concepto de persona jurídica, principalmente a través de las contribuciones de la doctrina alemana. Friedrich Carl von Savigny²¹ desarrolló la teoría de la ficción, según la cual la persona jurídica es una creación artificial del derecho para cumplir determinados fines. Por su parte, Otto von Gierke²² propuso la teoría orgánica, que considera a las personas jurídicas como realidades sociales con existencia propia, no meras ficciones legales. Durante este período, la legislación comercial en diversos países comenzó a regular sistemáticamente las diferentes formas de personas jurídicas, especialmente las sociedades mercantiles. Estas teorías se analizarán de una manera más profunda en apartados posteriores.

El siglo XX marcó la expansión y diversificación de las personas jurídicas a nivel global. Se desarrolló la estandarización internacional de formas societarias, surgieron nuevas formas de personas jurídicas, se implementó una regulación más estricta de su funcionamiento y aparecieron las personas jurídicas transnacionales. Se desarrollaron nuevas variantes como las empresas unipersonales, las sociedades de responsabilidad limitada, las organizaciones no gubernamentales y las fundaciones corporativas, adaptándose a las necesidades cambiantes de la sociedad y la economía global²³.

En la actualidad, las personas jurídicas enfrentan desafíos contemporáneos relacionados con la globalización y la tecnología, incluyendo operaciones transfronterizas complejas, comercio electrónico y empresas digitales, así como nuevas formas de organización empresarial. También ha cobrado relevancia la responsabilidad social y ambiental, con un mayor énfasis en la responsabilidad social corporativa, regulaciones ambientales más estrictas y demandas de transparencia y rendición de cuentas. La regulación y control se ha intensificado en áreas como la prevención del lavado de dinero, el control de prácticas monopolísticas y la protección de datos personales.

²¹ SAVIGNY, F. C. v. «System des heutigen römischen Rechts», Berlín (Veit), 1840, pp. 235-273.

²² VON GIERKE, O. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, 1887, p.4. Disponible en: <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=UVZYAAAACAAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=Gierke,+Otto+von.+Die+Genossenschaftstheorie+und+die+deutsche+Rechtsprechung,+Berlín:+Weidmann,+1887.+pp.+142-198.&ots=7v43_6rc56&sig=u0VqOhKr_amlHxhdy4_KTPBNdxQ>. [Consultado el 27/01/2025].

²³ SIEMS, M., y CABRELLI, D. «Comparative company law: a case-based approach», *Bloomsbury Publishing*, 2018. Disponible en: <<https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm?abstractid=2217483>>. [Consultado el 27/01/2025].

En este sentido, se halla frente a una categoría atípica, ya que se debe catalogar como «personas» a organizaciones que no entran dentro de la categoría del ser humano²⁴. El legislador, para designar esta personalidad jurídica, se plantea dos cuestiones:

«Formular enunciados jurídicos que califican como personas jurídicas a ciertos individuos atípicos». «Formular enunciados jurídicos, en virtud de los cuales las personas jurídicas se convierten en sujetos, reales o potenciales, de otros enunciados jurídicos»²⁵.

La personalidad jurídica es absoluta, por tanto, no tiene posibilidad de poder ser graduada²⁶. Las personas jurídicas son, en resumidas cuentas, organizaciones supra individuales, con una autonomía y una capacidad para poder organizarse²⁷.

Ahora bien, para construir el concepto de persona jurídica, se deben estudiar las teorías elaboradas por la doctrina. Siglos más tarde, con influencia del Derecho Canónico, se encuentra el desarrollo de la personalidad jurídica «con la finalidad de distinguir a la unidad ideal de sus integrantes» en la Edad Media²⁸.

III. LAS TEORÍAS DE LA CREACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

De manera introductoria, las teorías de la persona jurídica desempeñan un papel fundamental para la comprensión de la naturaleza y el funcionamiento de las entidades legales. En este apartado, se explorarán las teorías de la ficción o persona *facta* y la teoría orgánica o teoría de la realidad, y su importancia en nuestro ordenamiento jurídico. Las teorías de la persona jurídica buscan explicar la esencia y el fundamento de las entidades legales, reconociéndolas como sujetos de derechos y obligaciones.

²⁴ Las obras que primero establecieron un estudio sobre la conceptualización y creación de la persona jurídica la encontramos en obras como ELIACHEVITCH, B., *La personnalité juridique en droit privé romain*, 1942, JR. F., FERRARA SN., *Le persone giuridiche*, Torino (Unione Tipografico-Editrice Torinese), 1958, pp.18-32, GALGANO, F., «Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica», *Riv. dir. civ.*, vol. 1, 1965, p. 586, KELSEN, H., *Dottrina pura del diritto*, Turin, Einaudi, 1966. Estudió más reciente véase HERNÁNDEZ MARÍN, R. «Sujetos jurídicos, capacidad y personalidad jurídicas», *Revista Persona y Derecho*, 1997, n° 36, p.113. Disponible en: <<https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/download/32037/27530>>. [Consultado el 13/11/2024].

²⁵ HERNANDEZ MARÍN, R. «Sujetos jurídicos, capacidad y personalidad jurídicas», cit. p.114.

²⁶ HERNANDEZ MARÍN, R. «Sujetos jurídicos, capacidad y personalidad jurídicas», cit. p.119.

²⁷ TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Edisofer, Zaragoza, 2002, p.342: «un hecho cierto es que la persona jurídica es un medio ingenioso que el ordenamiento pone a disposición del hombre para la satisfacción de las necesidades humanas».

²⁸ En PAZOS HAYASHIDA, J. M., et al., *La persona jurídica de derecho privado en el sistema jurídico peruano: ensayo de una teoría general*, Sevilla (Universidad de Pablo Olavide), 2017, p. 15, citando a SÁNCHEZ, O., Los colectivos como sujetos de derecho, en: BARRANCO, M.C., et al., *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*, Madrid (Editorial Dykinson) 2012, p. 174.

La importancia de estas teorías radica en su influencia en la regulación y protección de los derechos y obligaciones de las personas jurídicas. Estas teorías proporcionan el marco conceptual necesario para establecer las reglas y normas que rigen la creación, funcionamiento y disolución de las entidades legales en España. Además, ayudan a determinar la responsabilidad legal de las personas jurídicas y sus miembros en caso de incumplimiento de las obligaciones legales.

1. Teoría de la ficción o *persona ficta*

El origen del término «*persona ficta*» surgió como «una solución práctica objetivamente justificada, no como una fórmula teórica»²⁹. Se trata de dar respuesta a la dualidad entre «*corpora*» y «*versitates*». Su nacimiento discurre en el siglo XIII con la intervención de Sinibaldo de Fieschi³⁰. Fue un destacado jurista y cardenal italiano del siglo XIII, el cual fue elegido Papa Inocencio IV en 1243 d. C. Este personaje desempeñó un papel importante en diversos temas políticos y religiosos de la época, donde se incluye la lucha contra el Sacro Imperio Romano Germánico y el establecimiento de la idea de la «*persona ficta*» o personalidad jurídica en el Concilio de Lyon³¹. De esta manera, evitó que las ciudades pudieran ser objeto de una excomunión general y colectiva. Por lo tanto, se debe considerar al Derecho Canónico como parte importante de esta concepción.

El primero de los conceptos que se deben tener en cuenta en esta teoría es el vocablo «*fictio*», que evoca la idea de algo falso e irreal. En opinión de Baldo de Ubaldis, se define la ficción en torno a la persona jurídica como «*falsitos pro veritate cepta, ex specialissima et justissima causa in jure expresse*», o «falsedades tomadas por verdad, por una razón muy especial y justa que expresa una ley»³². De esta manera justifica la introducción de un elemento falso debido a una necesidad lo suficientemente reconocida. Como razona Bueno Salinas:

«Esta teoría se ha basado en una premisa, el sujeto de derecho se identifica con persona humana; otorgar personalidad a un ente patrimonial o corporativo únicamente puede hacerse fingiéndose que es como una persona. Por ello se llama persona fingida o representada»³³.

²⁹ DE CASTRO Y BRAVO F., *La persona jurídica*, cit., p. 145.

³⁰ PANIZO ORALLO, S., *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Madrid, (Universidad Complutense de Madrid) 1973, p. 358.

³¹ El Concilio de Lyon fue una serie de concilios ecuménicos celebrados en la ciudad francesa de Lyon en los siglos XIII y XIV, en los años 1245 y 1274, respectivamente. Disponible en <<https://es.catholic.net/op/articulos/25240/primer-concilio-de-lyon-en-francia-ao-1245.html> - modal.> [Consultado el 20/01/2023].

³² PANIZO ORALLO, S., *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, cit., p. 365.

³³ BUENO SALINAS, S. *La noción de persona jurídica en el derecho canónico: su evolución desde Inocencio IV hasta el CIC de 1983*. Barcelona, (Universidad de Barcelona, Facultad de Teología de Barcelona),

La obra de Álvarez Suárez³⁴ complementa esta visión al proporcionar un análisis detallado del tratamiento de las corporaciones en el derecho romano. Su investigación revela cómo los romanos abordaron la existencia jurídica de las *universitates* desde una perspectiva eminentemente práctica, sin desarrollar una teoría general de la persona jurídica. Esta aproximación pragmática contrasta significativamente con la posterior elaboración medieval del concepto de persona *fictia*, evidenciando la evolución del pensamiento jurídico en esta materia. Se destaca cómo el derecho romano reconocía la existencia y capacidad jurídica de las corporaciones sin necesidad de construir una teoría abstracta sobre su naturaleza. Este enfoque pragmático sentó las bases sobre las que posteriormente se construiría la elaboración medieval de la persona ficticia, aunque los romanos nunca llegaron a teorizar sobre la naturaleza ficticia de estas entidades en los términos que lo haría el derecho canónico.

Para Blázquez³⁵, la importancia histórica de esta construcción teórica, que permitió explicar y justificar cómo una entidad no humana podía ser titular de derechos y obligaciones. Un aspecto particularmente relevante que emerge del análisis conjunto de estas obras es la transformación gradual desde el pragmatismo romano hasta la sofisticación teórica medieval. La persona *fictia* no surgió como una creación teórica aislada, sino como resultado de un proceso evolutivo que respondía a necesidades prácticas específicas de diferentes períodos históricos. Esta evolución conceptual tuvo importantes implicaciones que perviven en el derecho contemporáneo. La distinción fundamental entre la entidad abstracta y sus miembros, establecida por primera vez de manera clara en la teoría de la persona *fictia*, sigue siendo un principio fundamental en el derecho de personas jurídicas. La capacidad de concebir y operar con entidades jurídicas abstractas, separadas de sus integrantes físicos, ha sido crucial para el desarrollo del derecho moderno y las formas contemporáneas de organización social y económica. La influencia de esta construcción teórica se extiende más allá del ámbito estrictamente jurídico, afectando a la comprensión social y filosófica de las entidades colectivas. La persona *fictia* estableció un marco conceptual que permitió el desarrollo posterior de diferentes teorías sobre la naturaleza y función de las personas jurídicas, influyendo significativamente en la evolución del pensamiento jurídico occidental.

Este concepto solo se aplica a las personas jurídicas por temas de practicidad. Según De Castro, se está ante la concepción «disgregante» o «atomística», que entiende a la persona jurídica como criterio de clasificación para un grupo de «hombres»³⁶. Estos, a su

1985, p.126 citado por PAZOS HAYASHIDA, J. M., et al. PAZOS HAYASHIDA, J. M., et al., *La persona jurídica de derecho privado en el sistema jurídico peruano: ensayo de una teoría general*, cit., p. 15.

³⁴ ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Instituciones de Derecho Romano*. Tomo III, Personas físicas y colectivas en el derecho romano. Madrid, (Revista de Derecho Privado), 1977.

³⁵ BLÁZQUEZ, G. S. «La persona jurídica corporativa, en la civilización romana clásica/artificial corporate person in classical roman Civilization», *Quaestio iuris*, vol. 14, núm. 2, 2021, p. 882. Disponible en: <<https://doi.org/10.12957/rqi.2021.58962>>. [Consultado el 29/01/2025].

³⁶ DE CASTRO Y BRAVO F., *La persona jurídica*, cit., p. 150

vez, controlan acciones de las que ya se benefician. Será el máximo valedor³⁷ de esta tesis, Savigny³⁸, pero en una época más moderna. Fue un precursor de la ciencia pandectista alemana, corriente jurídica que floreció en el siglo XIX en Alemania. Se basa en la idea de que el derecho debe ser estudiado desde una perspectiva histórica, y que el Derecho Romano es la principal fuente del Derecho Moderno³⁹. Teniendo gran influencia en el Derecho Romano, el Derecho Canónico o incluso las primeras codificaciones, se defendió esta teoría por la influencia de Sinibaldo de Fieschi⁴⁰.

La ciencia pandectística alemana afirma la idea de que solo el hombre es el único sujeto de derechos dotado de existencia real y todos los demás nace, por imperativos de las necesidades prácticas. Se puede configurar de manera análoga en el campo de lo jurídico, que son puros artificios, carentes de realidad⁴¹. En opinión de Savigny se debe «considerar la capacidad jurídica en relación con otros seres ficticios a los cuales se les llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos y que aparecen al lado del individuo como sujetos en las relaciones de derecho»⁴². Por lo tanto, se modifica esa ley natural que establece que solo es el hombre que puede ser sujeto de derechos, si no es posible crear ese ficticio para un fin al que el individuo por sí mismo no alcanza. No es sino un ente creado con un fin concreto, y esta personalidad no recae ni en uno de sus miembros ni en la colectividad⁴³.

Asimismo, se establece que esta teoría consta de dos ejes fundamentales, donde el primero trata de que el ente al que se le atribuye la personalidad jurídica no «equivale a sus miembros individualmente considerados, ni a la suma total de ellos»⁴⁴. El segundo de los ejes consiste en que «el sustrato o el fin que se le está asignando a la persona jurídica es la nada»⁴⁵.

³⁷ Friedrich Carl von Savigny (21 de febrero de 1779 - 25 de octubre de 1861) fue un jurista e historiador alemán. Savigny perteneció a la escuela histórica de juristas alemanes y se destacó por su papel en la consolidación de esa escuela.

³⁸ SAVIGNY, F., *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, (F. Góngora y Compañía de Editores), 1872, p. 59.

³⁹ BERNAD MAINAR, R. «La Pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno», *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 17, 2016, p. 1-80. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5712766.pdf>>. [Consultado el 20/01/2023].

⁴⁰ PANIZO ORALLO, S., *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, cit., p. 365

⁴¹ PANIZO ORALLO, S., *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, cit., p. 375

⁴² SAVIGNY, F., *Sistema del derecho romano actual*, cit. p. 59.

⁴³ SAVIGNY, F., *Sistema del derecho romano actual*, cit. p. 60.

⁴⁴ LYON, A. *Personas jurídicas*, Santiago (Ediciones UC), 2003, p. 26.

⁴⁵ LYON, A. *Personas jurídicas*, cit. p. 27.

2. Teoría orgánica o teoría de la realidad

La base de esta teoría es la concepción de que tanto aquellas organizaciones como los entes dotados de capacidad jurídica son ostentan verdaderos derechos como lo serían los del propio individuo⁴⁶. En este sentido, se llega a la afirmación de que la sociedad tiene «alma o espíritu colectivo» lo que se asemeja a los miembros de las organizaciones o entes que representan. Los escritores Grocio o Puffendorf⁴⁷ son considerados como los defensores más destacados de esta teoría, ya que sostienen el razonamiento en la base de la sociología.

Sin embargo, el mayor valedor de esta teoría es el autor alemán Otto von Gierke, quien defiende que la personalidad jurídica es de naturaleza «supra individual», y que se trata de una persona efectiva y completa como la persona individual⁴⁸. La doctrina niega que sea una pura creación del legislador, pues la innegable presencia social de todas estas entidades la dota de una vida propia e independiente. Identifica a estos entes por el mero hecho de su existencia y se les reconocen derechos con la persona física.

A partir de esta concepción orgánica de las personas jurídicas, se huye de la concepción de una creación ficticia basada en las sociedades medievales y se adentra en una visión más antropomórfica, donde el ente comprende los derechos de las propias personas que las componen. A este respecto, se sostiene que en la práctica hay sujetos de derechos, sin derechos de la personalidad, ya que no son individuos⁴⁹. Este hecho comporta un tratamiento jurídico complejo.

Esta teoría afirma que se está ante una concepción real, pero la lógica establece que los individuos son las personas reales, no las organizaciones que forman. Es la realidad social lo que hace que se le puedan atribuir estos derechos intrínsecos a la personalidad, a lo que no son personas. En la práctica, el TS se ha decantado por esta teoría de la personalidad jurídica, ya que sería de difícil aplicación la persona *ficticia*, debido a las regulaciones específicas de las diferentes figuras que nos encontramos en la actualidad⁵⁰.

⁴⁶ RAMS ALBESA, J. «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez. (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, enero-febrero 2011, pp. 228 y ss.

⁴⁷ Para profundizar en los pensamientos iusnaturalista y de influencias germánicas véase la obra de RUIZ MIGUEL, A. «Grocio, Puffendorf y el iusnaturalismo racionalista», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*. Navarra (Aranzadi Thomson Reuters), 2014, pp. 2863-2891.

⁴⁸ VON GIERKE, O. «Community in historical perspective», *Cambridge University Press*, 2002. Un estudio de su obra los autores VON GIERKE, O. MAITLAND, F.W. DÍAZ, PENDÁS B. *Teorías políticas de la Edad Media*, *Revista del Centro de estudios constitucionales*, 1995, p.253. Disponible en: <<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35579rcec22247.pdf>>. [Consultado el 20/01/2023].

«Él cree que incluso la idea de una entidad orgánica y unitaria podía provocar -pese a su carácter compuesto- que el concepto artificial de persona ficta se transformará en el concepto de la personalidad colectiva real, si se concebía esta personalidad como sustancia interna y permanente del organismo».

⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Derecho de Obligaciones II*, 5ª edición, Madrid (ed. Dykinson), 2011, p. 396.

⁵⁰ Para CAPILLA RONCERO F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, cit. p.50, sobre su razonamiento del uso de esta teoría en nuestro ordenamiento jurídico y en los tribunales; «se ha generalizado

3. Teorías en función de la personalidad jurídica

Además de las teorías de la ficción y orgánica previamente analizadas, existen otras construcciones teóricas que abordan la naturaleza de la persona jurídica desde la perspectiva de su personalidad. Estas teorías complementan las visiones anteriores y profundizan en aspectos específicos de la personalidad jurídica como concepto fundamental del derecho.

El concepto de personalidad jurídica constituye una base crucial y ampliamente debatida en el derecho, actuando como un pilar esencial para la implementación de diversas teorías y principios legales⁵¹. Al otorgar derechos y obligaciones no solo a individuos, sino también a entidades, este concepto permite la operatividad y las interacciones dentro de los sistemas legales y económicos⁵². Diversas teorías han abordado la personalidad jurídica desde variadas perspectivas, cada una proponiendo una interpretación distinta sobre su esencia, sus limitaciones y las consecuencias de reconocer a una entidad como sujeto de derecho. El estudio de la personalidad jurídica se extiende a lo largo de un *continuum* que incluye desde el normativismo hasta el realismo jurídico, con enfoques mixtos que buscan mediar o contextualizar estos puntos de vista opuestos. El normativismo, por ejemplo, plantea que la personalidad jurídica es una creación exclusivamente normativa, establecida por y para el derecho, independiente de las entidades reales. Este enfoque resalta la importancia del legislador y de las normas legales en la definición y otorgamiento de personalidad⁵³.

En contraste, el realismo jurídico ve la personalidad jurídica como algo que debe estar más integrado a la realidad socioeconómica, argumentando que las leyes deberían reflejar más precisamente las estructuras y prácticas vigentes en la comunidad. Desde esta visión, la personalidad jurídica trasciende la mera abstracción normativa para convertirse en un reflejo de cómo las entidades operan y son reconocidas socialmente. Este apartado tiene como fin profundizar en estas diversas teorías, analizando sus bases, críticas y aplicabilidad en distintos ámbitos jurídicos, con el fin de esclarecer y enriquecer el entendimiento de un tema tan complejo y fundamental en el estudio del derecho.

Concepción formalista

La persona física, como sujeto de derecho natural, posee una capacidad jurídica inherente. La persona jurídica, en cambio, es un sujeto de derecho artificial, creado por ley,

el uso de la expresión órgano para referirlo a los Estados o a los de instituciones privadas, cuyo paradigma es la sociedad anónima. La idea de la llamada representación orgánica se ha consagrado».

⁵¹ DE PABLO CONTRERAS, P., «Las personas jurídicas», en AA.VV., *Curso de Derecho Civil, I, Derecho Privado, Derecho de la Persona*, 2ª ed., Madrid (Edisofer), 2001, pp. 565 y ss.

⁵² CAPILLA RONCERO F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, cit. p. 51.

⁵³ CUELLO CONTRERAS, J., «El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista electrónica deficiencia penal y criminología*, núm. 15, 2013, p.3. Disponible en <<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-03.pdf>>. [Consultado el 23/12/2024].

que agrupa a personas o bienes y adquiere personalidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones⁵⁴. Estamos ante una concepción de la persona jurídica de carácter formal, porque su fundamento es normativo⁵⁵, pero no constituye la única posible formulación teórica posible, ya que existen diferentes «teorías» sobre la naturaleza de la persona jurídica⁵⁶. Esta teoría, defendida por autores como Ferrara, Carnelutti y Coviello, sostiene que la personalidad jurídica es una creación del Estado a través de un acto formal, como una ley o un registro⁵⁷. Se debe poner el énfasis en el acto formal, donde la personalidad jurídica surge en un momento determinado y a partir de un acto específico del Estado. Además, tiene un papel importante la voluntad estatal, ya que es el estado quien tiene la potestad de otorgar o negar la personalidad jurídica a un ente. A esta teoría, se le critica por no explicar el fundamento de la personalidad jurídica más allá de la voluntad del Estado.

Concepción normativista

La teoría normativista de Kelsen es una teoría no formalista, que considera que las personas jurídicas, tanto individuales como colectivas, son un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de persona⁵⁸. Como las obligaciones y los derechos se remiten siempre a las normas jurídicas que las establecen, en realidad, toda persona, sea física o colectiva, no es sino la unidad de un conjunto de normas.

Frente a la concepción anterior, que considera que la persona, en sentido jurídico, es una creación del Derecho, para Kelsen la persona es una «creación de la ciencia del Derecho» para facilitar la descripción de la realidad jurídica. Las concepciones no formalistas sobre la naturaleza de la persona jurídica consideran que existe algún tipo de substrato previo a las normas jurídicas y que el orden jurídico debe tener en cuenta. En el caso de la persona física o natural, estas teorías admiten el fundamento ético de la dignidad y libertad del hombre, por lo que todo hombre debe ser considerado persona jurídica. En el caso de las personas jurídicas, de lo que se trata, es de comprender cómo una entidad que no es un hombre puede ser titular de derechos y obligaciones y actuar jurídicamente⁵⁹. Algunas teorías solo reconocen la cualidad de sujeto de derecho a la persona física o natural y consideran que cuando una colectividad actúa jurídicamente no es ese conjunto, sino los individuos que la componen o representan los que actúan jurídicamente como sujeto de derecho. Por

⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, J., SANCHO REBULLIDA, F. *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, 2.^a edición, vol. 2.º, Madrid (Dykinson Madrid), 2000, p.1 85.

⁵⁵ FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid (Editorial Reus), 1929, p. 330.

⁵⁶ HELLER, H. *Teoría del Estado*, México (Fondo de Cultura Económica), 1947, p. 85.

⁵⁷ RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, Madrid (Editorial Reus), 2007, p. 171.

⁵⁸ KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires (Editorial Labor), 1934, p. 3.

⁵⁹ BURDEAU, G., *Traité de Science politique*, Paris (Librairie générale de Droit et de jurisprudence), Tomo II, 1949, p. 68.

el contrario, desde otros puntos de vista se reconoce la condición de sujeto de derecho a las personas jurídicas, aunque desde justificaciones diferentes.

En otras palabras, esta teoría, desarrollada por Kelsen, sostiene que la personalidad jurídica es una creación del ordenamiento jurídico con estas tres premisas:

«Énfasis en las normas: La personalidad jurídica no es una cualidad inherente a un ente, sino que surge del reconocimiento que le otorgan las normas jurídicas».

«Sistema normativo como base: La personalidad jurídica se deriva de la estructura normativa del sistema jurídico».

«Crítica: Se le critica por no explicar el origen de las normas jurídicas que otorgan la personalidad jurídica».

Concepción institucional

La teoría de la institución de Hauriou mantiene que la persona jurídica es una institución que constituye una unidad de fines o actividades en torno a la cual se reúnen un grupo de hombres interesados en su concreción⁶⁰. De esta manera, Hauriou establece que la expresión persona jurídica no hace referencia a hechos, como consideran las teorías anteriores, sino a una «construcción lógica», por lo que se trata más bien de una «técnica del lenguaje jurídico» que facilita el trabajo de los operadores jurídicos.

Esta teoría, defendida por autores como Romano⁶¹, sostiene que la personalidad jurídica es una cualidad inherente a las instituciones sociales, de las que se puede mencionar destacan de manera detallada las siguientes características:

- Énfasis en las instituciones: La personalidad jurídica no es una creación del Estado ni del ordenamiento jurídico, sino que reside en las instituciones sociales que cumplen una función en la sociedad⁶².
- Realidad social como base: La personalidad jurídica se fundamenta en la realidad social y en la función que cumplen las instituciones.
- Crítica: Se le critica por no explicar claramente cómo se determina qué instituciones tienen personalidad jurídica.

Por consiguiente, estableceremos las comparaciones más importantes de estas teorías para su mejor entendimiento:

⁶⁰ DE LOS MOZOS, J.L. *La evolución del concepto de persona jurídica en el Derecho español*, En: Derecho civil. Métodos, sistemas y categorías jurídicas, Madrid (Civitas), 1988, p. 239 y ss.

⁶¹ ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, trad. de la 2ª edición efectuada por Sebastián Martín- Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1963, p. 202.

⁶² BATTAGLI. F. *II Domma della Personalità giuridica dello Stato*, Italia (Ed Nicola Zancelli), 1942, p. 15.

- La teoría formalista tiene su énfasis en el acto formal dictado por el Estado, dando su origen de la personalidad jurídica. Su crítica es que no explica el fundamento de la personalidad jurídica.
- La teoría normativa tiene su importancia en las normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico, las cuales le otorgan la personalidad jurídica. Su crítica es que no explica el origen de las normas jurídicas.
- La teoría institucional tiene su énfasis en las instituciones sociales establecidas por la realidad social, la cual le otorga su personalidad jurídica. Su crítica es que no explica claramente cómo se determina qué instituciones tienen personalidad jurídica⁶³.

La evolución de estas teorías refleja el desarrollo del pensamiento jurídico desde el formalismo inicial hasta concepciones más complejas que reconocen la dimensión social y funcional de las personas jurídicas, manteniendo una clara conexión con las teorías fundamentales de la ficción y orgánica analizadas anteriormente.

4. Personas jurídicas perfectas e imperfectas

En este escenario, se deberá considerar frente a qué tipo de «entidad» nos encontramos para no errar en nuestra postura. Se puede considerar a las personas jurídicas como «perfectas», conforme a los modelos para lo que se construyeron, como son las asociaciones, corporaciones, sociedades anónimas o el propio Estado. Se construyen tomando como base a la persona humana para su conformación⁶⁴. Hay una completa incomunicación entre el patrimonio de los miembros y el patrimonio de la persona jurídica; en otras palabras, el patrimonio de la persona jurídica y de la persona humana no se entrelazan o se unen, no tiene que ver el uno con el otro.

Las personas jurídicas «imperfectas», por el contrario, son asimiladas a las personas para poder expresar que tienen un derecho que sustentar⁶⁵. Se encuentra en presencia de entidades dentro del derecho privado, ya que no ostentan una independencia total, como podrían ser ciertas asociaciones civiles, y dependen de sus miembros para su gestión y administración⁶⁶. Esta figura denominada «imperfecta», crea tanta problemática como

⁶³ HELLER, H., *Teoría del Estado*, México (Fondo de Cultura Económica), 1947, p. 85.

⁶⁴ DE CASTRO Y BRAVO F., *La persona jurídica*, cit., p. 268.

⁶⁵ Las personas jurídicas imperfectas también son llamadas en la doctrina como «*non incorporated*» o «*petite personnalité*».

⁶⁶ El autor SÁNCHEZ BERNAL, J., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» *Cuadernos del Tomás*, núm. 4, 2012, pp. 121-156. Analiza magistralmente la obra DE CASTRO Y BRAVO F., *La persona jurídica*, cit., p. 236, «las características de las personas jurídicas, distinguiendo entre las que denomina perfectas y las imperfectas». Respecto de las primeras, establece que son aquellas que poseen propia y separada existencia respecto de sus elementos constituyentes –sean estos personales o reales–, con propio y separado patrimonio; una y otro desligado de modo tajante y total de la vida de sus miembros y órganos. Existe, por

la primera, ya que una parte de la doctrina niega la personalidad jurídica imperfecta, que afectaría a las deudas de las sociedades civiles⁶⁷.

Con base en el art. 1.669 del CC, se establece que «no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios () en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros». Esta falta de registro crea una disparidad de criterios entre la jurisprudencia y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, (en adelante DGRN⁶⁸). El problema que genera viene de la mano de la inseguridad jurídica que puede tener origen del «abuso de la personalidad jurídica» y la aplicación de la doctrina de levantamiento del velo⁶⁹. Excede del objeto de estudio de esta tesis, analizar con profundidad en esta figura, pero se debe conocer la complejidad de la persona jurídica en este ámbito para entender la viabilidad de su aplicación en la naturaleza. La consideración de las personas jurídicas como sujetos de derechos totalmente distintos de las personas físicas que componen podría dar lugar a la utilización de dicha personalidad como instrumento formal para impedir la aplicación de la norma a las personas físicas que saldrían perjudicadas⁷⁰.

En este sentido, podría ser la evasión de impuesto u ocultación de patrimonio para ser trasladado a un paraíso fiscal. Este hecho sucede tras haber aceptado la teoría realista sobre

tanto, una completa incomunicación de los patrimonios personales de sus miembros respecto del de la persona jurídica. Por último, indica que la capacidad jurídica y de obrar de estas personas jurídicas perfectas no tiene otros límites que los establecidos por el carecer de un cuerpo, inteligencia o voluntad propios de la persona humana».

⁶⁷ BADÍA SALILLAS, A., «En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 573, 1986, p. 330.

⁶⁸ MUÑOZ GARCÍA, A., «Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 16 de septiembre de 2020 (469/2020). Las comunidades de bienes con ejercicio de actividad económica y la delimitación del concepto de sociedad: Reconocimiento de personalidad jurídica, Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Javier Arroyo Fiestas», en: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Madrid (Dykinson), 2020. p. 324. Disponible en: <<https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2020-20>. [Consultado el 23/12/2024]. El autor establece una posible solución al conflicto suscitado; «Cuando la comunidad no se limita a esa vertiente de mero disfrute y aparece la vertiente dinámica, con la explotación de una actividad económica, por voluntad de los partícipes, surge la naturaleza societaria. Al exteriorizar esa actuación, al participar en el tráfico, al desarrollar esa actividad económica frente a terceros y al utilizar el patrimonio en función de la finalidad común perseguida por los ya socios, se exige una personalidad jurídica, de la que solo se ve privada la sociedad cuyos pactos permanecen secretos entre los socios. Si la sociedad no es interna, al margen de que las partes la hayan denominado comunidad de bienes, la misma gozará de personalidad jurídica».

⁶⁹ En los últimos años se encuentra jurisprudencia sobre la doctrina del levantamiento del velo. Al respecto, véase STSS Sala de lo Civil 3615/2018, STS 3680/2018, STS 3958/2018, STS 3490/2019, STS 2492/2020, STS 87/2021, STS 2703/2021, STS 3610/2021, STS 191/2022 o STS 2340/2022.

⁷⁰ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. «La doctrina del “levantamiento del velo” y las sociedades interpuestas». *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 43, núm. 2, 1995, pp. 11-51, Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/941822.pdf>>. [Consultado el 23/12/2024]. DEL RÍO MULAS, C. «La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia española. 1998. Tesis Doctoral, Universidad de Deusto, Disponible en: <<http://edtb.euskomedia.org/783/>>. [Consultado el 23/12/2024]. Nos muestran un estudio de la doctrina del levantamiento del velo y su jurisprudencia.

la concepción de la personalidad jurídica, donde se termina creando unos tipos de «personas jurídicas descontroladas⁷¹». De Castro identifica el germen del problema afirmando que:

«Bautizar de persona jurídica a una organización cualquiera llevaría habitualmente consigo el mismo efecto mágico, la irresponsabilidad personal de quienes manejan y se aprovechan de ella; respecto de los actos y de las deudas que contraigan en nombre de ella»⁷².

La jurisprudencia ha abordado esta práctica mediante dictámenes que aplican la doctrina del levantamiento del velo. Esta doctrina se ha implementado en la práctica judicial estadounidense, donde el TS, desde 1950, considera que la separación entre las personas y su patrimonio no es oponible en casos de mala fe.⁷³ A su vez, uno de los mecanismos que proporciona el ordenamiento jurídico español es la aplicación del art. 6.4 CC, donde se prohíben los actos cometidos en fraude de ley⁷⁴. Se considera que es eficaz en la teoría, pero ineficaz en la práctica, donde la complejidad de la figura de la persona jurídica en la actualidad hace necesaria la aplicación de esta doctrina para penetrar en el sustrato personal de la sociedad. Entre lo que se ha comentado de este tipo de persona jurídica, se establecen de manera resumida las siguientes características:

a) Personas jurídicas perfectas⁷⁵:

- Capacidad plena: Poseen capacidad jurídica plena, lo que significa que pueden disfrutar de todos los derechos y asumir todas las obligaciones reconocidas por el ordenamiento jurídico, a excepción de aquellos que por su naturaleza sean exclusivos de las personas físicas. Ejemplos son las sociedades mercantiles: sociedades anónimas, sociedades limitadas, sociedades comanditarias, entre otros. Asociaciones: asociaciones sin ánimo de lucro, asociaciones deportivas, etc. Fundaciones: Fundaciones benéficas, fundaciones culturales, entre otros.

b) Personas jurídicas imperfectas⁷⁶:

- Capacidad limitada: Su capacidad jurídica está limitada a un determinado fin o a un conjunto de fines específicos. No pueden realizar actos jurídicos que no estén dentro de su ámbito de actuación⁷⁷. Ejemplos: Comunidades de propietarios: Se

⁷¹ LASARTE C., *Parte General y Derecho de la persona*, Madrid (Ediciones Marcial Pons), 2021, p. 300.

⁷² DE CASTRO Y BRAVO F., *La persona jurídica*, cit. p. 260.

⁷³ LASARTE C., *Parte General y Derecho de la persona*, cit. p. 301.

⁷⁴ Art. 6.4 CC: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

⁷⁵ DE CASTRO Y BRAVO F., *La persona jurídica*, cit., p. 268.

⁷⁶ DE CASTRO Y BRAVO F., *La persona jurídica*, cit., p. 280.

⁷⁷ BADÍA SALILLAS, A. «En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 573, 1986, p. 330.

crean para gestionar los elementos comunes de un edificio o urbanización. Agrupaciones de interés económico: Se constituyen para la realización de una actividad económica común. Obras pías: Se crean con el fin de atender a una determinada finalidad benéfica o social.

De esta manera, se establecen las comparaciones más importantes de estas figuras para su mejor entendimiento:

- En cuanto a su capacidad jurídica, para las perfectas es plena, mientras que para las imperfectas es limitada a un fin o a un conjunto de fines específicos.
- En cuanto a derechos y obligaciones, las perfectas pueden disfrutar de todos los derechos y asumir todas las obligaciones, mientras que las imperfectas Solo pueden disfrutar de aquellos derechos y asumir aquellas obligaciones que estén dentro de su ámbito de actuación.

Ejemplos de las personas jurídicas perfectas son las sociedades mercantiles, asociaciones, fundaciones, entre otras, mientras que de las imperfectas son las comunidades de propietarios, agrupaciones de interés económico, obras pías, entre otras.

IV. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Para avanzar en el estudio, debemos plantearnos si pueden ser titulares de derechos fundamentales las personas jurídicas, apoyando entonces la tesis de la viabilidad del otorgamiento de personalidad jurídica a medios naturales desde una perspectiva civil. En un primer punto de este apartado, se pone de manifiesto la existencia de algunos preceptos constitucionales de cuya interpretación derivan argumentos a favor o en contra de la titularidad de derechos fundamentales por las personas colectivas. Una segunda parte analiza la postura tomada tanto por la doctrina como por el TC en esta cuestión.

1. Interpretación de diversos preceptos constitucionales

La CE no contiene ningún precepto específico en el que de forma expresa aclare su posición respecto a la titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídicas. Ni para afirmar la misma ni tampoco para restringirla a las personas físicas. La falta de claridad de nuestra CE contrasta con la de otros ordenamientos extranjeros, en los que en cierto modo sí se resuelve el tema, al menos en apariencia⁷⁸ bajo nuestro punto de vista.

⁷⁸ El artículo 19.III de la Constitución alemana de 1949 señala que «Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas en tanto y en cuanto por su naturaleza sean aplicables a las mismas». Múltiples y contradictorias interpretaciones de este precepto existen en Alemania. La doctrina dominante y el Tribunal Constitucional alemán estiman que la única razón de éste radica en el individuo como centro exclusivo

A pesar de la ausencia en nuestro ordenamiento de un precepto singular que aborde la cuestión, consideramos que en la propia CE hay una serie de preceptos que, correctamente interpretados, ofrecen una respuesta que, si bien de no del todo satisfactoria, al menos deja la puerta abierta a la posible titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídicas.

A. *A favor del reconocimiento de derechos fundamentales a personas jurídicas*

Aunque no exista un precepto específico que afirme la titularidad de modo genérico, sin embargo, sí hay diversos preceptos en la CE que permiten predicar su titularidad por las personas jurídicas. Así, el art. 16.1 CE (libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades), el art. 27.6 CE (libertad de creación de centros docentes de personas físicas y jurídicas), el art. 28.1 CE (derecho de los sindicatos a formar confederaciones y fundar organismos sindicales internacionales o a afiliarse a los mismos), el art. 29.1 CE (el derecho de petición individual y colectiva de todos los españoles) y el art. 27 CE (proclama en su apartado 1.º la autonomía de las universidades, aunque su naturaleza de derecho fundamental es discutida). Además, la CE garantiza el derecho de asociación (art. 22) y el derecho de fundación (art. 33), aunque es discutido si tales derechos implican necesariamente que a su vez las asociaciones y las fundaciones sean titulares de derechos fundamentales⁷⁹. En relación con todo este conjunto de preceptos constitucionales enume-

de los derechos fundamentales. Esto es, las personas colectivas detentan derechos fundamentales sólo en la medida en que así se facilita la protección de los derechos de los miembros. Otro grupo de autores (Achterberg o Hendrichs) postulan en cambio una lectura literal del 19.III, en cuanto que el precepto consagra la titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídicas como tales. Para una profundización en el problema y en las diferentes posturas de la doctrina alemana vid. DÍAZ LEMA, J.M.: «¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?», *RAP*, n.º120, 1989, pp. 99-101. Disponible en: <<https://scholar.archive.org/work/evuzexihngjghm5w4ylfedsci/access/wayback/http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/download/8150/7801>>. [Consultado el 23/12/2024]. En igual sentido el artículo 12.2 de la Constitución Portuguesa indica que «las personas colectivas gozan de los derechos y están sujetas a los deberes compatibles con su naturaleza». Tal y como explica GÓMEZ MONTORO, A.J., *Derechos fundamentales y personas jurídicas*, Madrid (Publicaciones UAM), 1993, p. 57. Estas dos Constituciones son el prototipo avanzado del Constitucionalismo de posguerra. El movimiento constitucional tuvo lugar a fines del siglo XVIII y se implanta en Europa de forma definitiva tras la 2ª Guerra Mundial. Las Constituciones de posguerra recuperan el concepto genuino de derecho fundamental y vuelven a la concepción individualista del primer Constitucionalismo, es decir, retornan a la idea de que los derechos pertenecen únicamente a la persona individual. Pero a pesar de un denominador común con el primer Constitucionalismo se han introducido novedades importantes en la concepción de los derechos fundamentales. Novedades que consisten en una superación del esquema de que los derechos fundamentales son derechos de defensa frente al Estado, de manera que en la actualidad se cuestiona la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (*Drittwirkuncr*).

⁷⁹ GÓMEZ MONTORO, A.J., *Derechos fundamentales y personas jurídicas*, cit. pp. 101-104. Es interesante plantearse la cuestión de si el derecho de asociación o de fundación constituyen una base suficiente para el reconocimiento de otros derechos fundamentales a las personas jurídicas (entre ellos el honor). Tal idea, explica este autor, tiene su origen en la doctrina alemana que mantiene que el derecho fundamental de asociación no está garantizado de forma plena si su ámbito sólo incluye el derecho a crear asociaciones o a afiliarse a las ya existentes. Este derecho debe incluir además la protección de las organizaciones que son fruto del ejercicio de tal derecho y ello supone el reconocimiento a tales asociaciones de un conjunto de derechos no disponibles por

rados, se ha sostenido que, aun siendo relevantes, no resultan suficientes para concluir la titularidad por las personas jurídicas del resto de los derechos recogidos en el texto constitucional⁸⁰.

Otro argumento esgrimido a favor de las personas jurídicas es el art. 9.2 CE. Algún autor⁸¹ ha mantenido que tal precepto posee como antecedente el art. 2 de la Constitución italiana. El precepto italiano dice que «la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto individualmente como en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad y reclama el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social». En el país vecino la norma citada, ha servido como fundamento a la doctrina para la afirmación de la titularidad de derechos por las personas jurídicas e incluso por las formaciones sociales no personificadas, sin embargo, la opinión mayoritaria lo considera como un precepto que tutela los derechos del asociado o del miembro dentro de las asociaciones en las que se integra⁸².

En nuestro ordenamiento esta referencia a los grupos no se ha colocado en el art. 10.1 CE (precepto que reconoce derechos fundamentales y con inspiración individualista) sino que está incluido en otro precepto, el art. 9.2 CE, que en principio no tiene por fin el reconocimiento de derechos fundamentales sino un mandato a los poderes públicos para que hagan efectivas la libertad y la igualdad tanto de individuos como de grupos. Por tanto, no parece indudable que los redactores del art. 9.2 pensaran en un reconocimiento genérico de los derechos fundamentales a los grupos sociales⁸³.

Por último, se analiza el art. 162.1.b CE. Se refiere a los sujetos con posibilidad de solicitar el amparo de un derecho fundamental ante el TC. De acuerdo con este precepto, las personas jurídicas ostentan legitimación para la interposición de tal recurso. Pero ello no implica, en absoluto, la admisión de tales entes como titulares de derechos fundamentales⁸⁴. Legitimado es aquel que, o bien posee un interés propio (es titular del derecho en

los poderes públicos (es la teoría del Doppplegrundrecht). Para predicar, pues, derechos fundamentales de las personas jurídicas que son resultado del ejercicio del derecho de asociación (en nuestro sistema del artículo 22), no se acude a una interpretación amplia de los titulares de los derechos sino del contenido esencial del derecho de asociación, que se convierte en un «derecho fundamental-fuente» del cual brotan toda una serie de derechos que se afirman, a su vez, de la persona jurídica. Esta construcción la ha asumido a partir de 1981 el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias, pero exclusivamente en relación con los sindicatos (Art. 28.1 CE) y no con otros derechos. Se han señalado también los inconvenientes de tal postura ya que en ocasiones puede conducir a una tutela reforzada de derechos que están excluidos de la Sección 1era del Capítulo 2do. Respecto del reconocimiento del honor no surgiría esta objeción, en cuanto es un derecho ubicado en tal sección.

⁸⁰ GÓMEZ MONTORO, A.J., *Derechos fundamentales y personas jurídicas*, cit. p. 68.

⁸¹ GÓMEZ MONTORO, A.J., *Derechos fundamentales y personas jurídicas*, cit. p. 73.

⁸² GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, Cedam, 2004, p. 192.

⁸³ GÓMEZ MONTORO, A.J., *Derechos fundamentales y personas jurídicas*, cit. p. 73.

⁸⁴ Ahora bien, compartimos la opinión de CRUZ VILLALÓN, P., «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas», *REDC*, núm. 35, 1992, p. 73. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/pdf/24881803.pdf?casa_token=TvXRWkk9TcAAAAA:8w7lobrUE3BDSaHMMgk2iy12IUAsGWTMkCszosjniRtZpZ5TaTgkvkpUVLwPWL_um6iXnZPNlhPOIUfFsQaJCP4qYdXmojRFPymTR8CvT1taSP5g>.

cuestión), o bien posee un interés legítimo (no es titular, pero ostenta un interés suficiente para la defensa de un derecho fundamental ajeno). Por consiguiente, el art. 162.1. b CE, regula la legitimación y no la titularidad de derechos fundamentales, dos conceptos que el propio TC ha señalado como diferenciables⁸⁵. Por último, debemos hacer una mención al art. 24 C, que establece lo siguiente:

«Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

El precepto garantiza derechos fundamentales en el ámbito judicial, principalmente relacionados con la tutela judicial efectiva, la defensa y el debido proceso. Aunque el texto se refiere explícitamente a «todas las personas», la interpretación jurídica y la jurisprudencia han extendido estos derechos también a las personas jurídicas (empresas, asociaciones, fundaciones, etc.). Esto significa que las personas jurídicas tienen derecho, entre otros a la tutela judicial efectiva (acceder a los tribunales y obtener una respuesta judicial adecuada en defensa de sus derechos e intereses), al juez ordinario predeterminado, defensa y asistencia letrada y a un proceso público y sin dilaciones indebidas.

En resumen, el art. 24 CE, abarca su protección, tanto a las personas físicas como a las jurídicas, asegurando que ambas puedan defender sus derechos e intereses legítimos ante los tribunales de manera efectiva y con todas las garantías procesales. En este contexto, la jurisprudencia del TC ha desempeñado un papel crucial en la delimitación y reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas. A través de numerosas sentencias, el Tribunal ha ido construyendo una doctrina que reconoce la titularidad de ciertos derechos fundamentales a las personas jurídicas, siempre que sean compatibles con su naturaleza. Por ejemplo, se ha reconocido el derecho al honor de las personas jurídicas (STC 139/1995)⁸⁶, el derecho a la inviolabilidad del domicilio (STC 137/1985)⁸⁷, y el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 241/1992)⁸⁸, entre otros. Esta jurisprudencia ha sido fundamental para adaptar el marco constitucional a las realidades sociales y económicas contemporáneas, proporcionando una protección más amplia y efectiva a las diversas formas de organización colectiva.

[Consultado el 23/12/2024]. Reflexiona sobre el precepto, que abre la posibilidad, al menos, del reconocimiento de derechos fundamentales a las personas colectivas.

⁸⁵ SSTC 19/1983 de 14 de marzo (ECLI:ES:TC: 1983:19) y 53/1983 de 20 de junio (BOE núm. 168, de 14 de julio de 1983).

⁸⁶ STC 139/1995, de 26 de septiembre (ECLI:ES:TC:1995:139).

⁸⁷ STC 137/1985, de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:1985:137).

⁸⁸ STC 241/1992, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TC:1992:241).

B. En contra del reconocimiento de derechos fundamentales a personas jurídicas

Dos son los preceptos que apoyan la negación de la titularidad de derechos fundamentales a las personas colectivas en nuestro ordenamiento: el art. 10.1 CE y el art. 53.2 CE.

El art. 10.1 CE constituye una prueba significativa de que nuestro ordenamiento responde a los principios liberal-democráticos que inspiran todo el movimiento constitucionalista, en el sentido de que supone la proclamación de que los derechos pertenecen a los individuos⁸⁹. Si la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad se conciben como la base de los derechos fundamentales, esto sin duda representa un obstáculo para su reconocimiento a las personas colectivas. No solo ya porque no son hombres, sino también porque carecen de personalidad que desarrollar⁹⁰.

Otro argumento en principio contrario a este reconocimiento es el art. 53.2 CE. Este precepto encabeza el capítulo IV del Título I, que lleva por rúbrica «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales». Tal precepto tiene una importancia radical en la medida en la que establece las garantías para la efectividad de los derechos y libertades. En concreto, su párrafo 2.^o⁹¹ constituye la garantía más reforzada de determinados derechos, los del capítulo 2.^o del Título I (arts. 14 a 29 CE). Dos vías de protección jurisdiccional hay para los mismos: la vía judicial de amparo ante los tribunales ordinarios mediante un procedimiento preferente y sumario, y la vía constitucional de amparo a través de un procedimiento ante el propio TC.

Dicho precepto ofrece alguna indicación sobre la titularidad de los derechos fundamentales. En una primera aproximación, el art. 53.2 CE, ha significado un claro argumento a favor de aquellos que niegan la titularidad de derechos fundamentales a personas jurídicas, en la medida en la que emplea la expresión «cualquier ciudadano». La literalidad del término ciudadano excluye de su ámbito de aplicación no solo a las personas jurídicas sino también a los extranjeros.

Muchas y variadas interpretaciones se han buscado para salvar el obstáculo del tenor literal del art. 53.2 CE en favor del reconocimiento de una titularidad más amplia y acorde, sin duda, con una mayor y mejor protección de los derechos fundamentales. La mayoría de la doctrina se muestra partidaria de la extensión de la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas y los extranjeros⁹². El art. 53.2 CE debe, pues, interpretarse de

⁸⁹ GÓMEZ MONTORO, A.J., *Derechos fundamentales y personas jurídicas*, cit. pp. 57 y 58.

⁹⁰ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo», *ADH*, 1981, p. 155 y ss.

⁹¹ «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.^a del Capítulo 2.^o ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30».

⁹² ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. «La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales», *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 4, 1984, p. 1207, DÍAZ LEMA, J.M., «¿Tienen derechos fundamentales las personas

forma correcta y su significado preciso ha de buscarse en relación con otros preceptos del mismo texto constitucional, tales como el art. 162.1.b) CE (en lo que respecta a personas jurídicas) y el art. 13 CE (en lo referente a extranjeros). Desde luego es notoria la imprecisión y ambigüedad que el término «ciudadanos» ha establecido en el tema de la titularidad de los derechos, y no hay duda de que hubiese sido más deseable el uso de otra expresión.

El TC por su parte ha realizado una interpretación justa y adecuada del art. 53.2 CE, oponiéndose a una interpretación literal del mismo que disminuiría la eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas al excluir de la titularidad de estas tanto a personas jurídicas como a extranjeros⁹³. A nuestro juicio, de las resoluciones del TC y de la opinión doctrinal generalizada sobre el artículo 53.2 CE, ha de deducirse que en principio las personas físicas no son las exclusivas titulares de los derechos fundamentales. Sin embargo, dos interrogantes surgen en este punto, tal y como señala el profesor Díaz Lema⁹⁴, de qué derechos gozan las personas jurídicas, en qué medida y con qué carácter.

V. CONCLUSIÓN

El estudio histórico y dogmático de la persona jurídica revela una figura que ha evolucionado significativamente desde sus orígenes en el Derecho Romano hasta la actualidad, adaptándose a las cambiantes necesidades sociales y económicas. Esta evolución refleja la capacidad del derecho para crear instrumentos que faciliten la organización colectiva y la consecución de fines que trascienden las posibilidades del individuo aislado. La persona jurídica emerge inicialmente como una respuesta pragmática a las necesidades de organización social y económica, permitiendo la gestión de patrimonios colectivos y la realización de actividades que requieren una estructura organizativa más compleja que la individual. Desde las primeras corporaciones en la antigua Roma, pasando por las instituciones eclesiásticas medievales, hasta las modernas corporaciones multinacionales, la persona jurídica ha demostrado ser un instrumento fundamental para el desarrollo económico y social, facilitando la acumulación de capital, la limitación de responsabilidad y la continuidad de empresas más allá de la vida de sus fundadores.

Las teorías que explican la naturaleza de la persona jurídica han oscilado entre dos polos conceptuales principales: la teoría de la ficción y la teoría orgánica o de la realidad.

jurídico-públicas?», cit. p. 87; GUAITA, A., «Régimen de los derechos constitucionales», *Revista de Derecho Político*, vol. 3, 1982, pp. 77-78 y VICENTE DÍAZ, M., «La protección procesal civil de los derechos fundamentales», *AC*, 1988 (2) p. 1744.

⁹³ Basta leer los arts. 14 a 29 para deducir el sentido del 53.2, que es el afirmar que cualquier ciudadano puede recabar la tutela de tales derechos y libertades, es decir, que todos los ciudadanos son titulares de estos, pero sin que ello limite la posible titularidad por otras personas (F.D.20 de la STC 19/1983 de 14 de marzo. [ECLI:ES:TC: 1983:19] ídem F.D.1º de la STC 53/1983 de 20 de junio, [ECLI:ES:TC:1983:53]). Y, de modo expreso, la STC 241/92 de 21 de diciembre, (ECLI:ES:TC:1992:241), estima que el artículo 53.2 CE hace referencia tanto a personas físicas como a jurídicas.

⁹⁴ DIAZ LEMA, J. M., «¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?», cit. p. 89.

La primera, desarrollada inicialmente por Sinibaldo de Fieschi y posteriormente refinada por Savigny, concibe la persona jurídica como una creación artificial del derecho para satisfacer necesidades prácticas. La segunda, defendida por von Gierke y otros autores, la considera una realidad social con existencia propia. Esta tensión teórica ha influido significativamente en el tratamiento jurídico de las personas jurídicas, determinando aspectos como su capacidad legal, responsabilidad y derechos.

La distinción entre personas jurídicas «perfectas» e «imperfectas» pone de manifiesto la complejidad inherente a estas entidades y los retos que plantean para el sistema jurídico. Esta categorización refleja la diversidad de formas organizativas existentes y la necesidad de un marco legal flexible que pueda acomodar diferentes grados de autonomía y responsabilidad. Las personas jurídicas perfectas, caracterizadas por una separación completa entre su patrimonio y el de sus miembros, contrastan con las imperfectas, que mantienen cierta dependencia de sus integrantes, generando diferentes problemáticas en su tratamiento jurídico.

En el contexto constitucional español, la ausencia de una disposición explícita sobre la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas ha llevado a una construcción jurisprudencial y doctrinal que reconoce esta capacidad de manera matizada. La interpretación de diversos preceptos constitucionales, como los artículos 22 CE (derecho de asociación), 27 CE (derecho a la educación y libertad de enseñanza), o 28 CE (libertad sindical), ha permitido fundamentar el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales a las personas jurídicas, siempre que sean compatibles con su naturaleza. El TC ha desempeñado un papel crucial en esta evolución, desarrollando una jurisprudencia que reconoce la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de manera selectiva y contextualizada. Este desarrollo jurisprudencial ha permitido adaptar el marco constitucional a las realidades sociales y económicas contemporáneas, proporcionando una protección más amplia y efectiva a las diversas formas de organización colectiva. La evolución de la doctrina del «levantamiento del velo» representa un importante desarrollo en la jurisprudencia moderna, permitiendo prevenir el abuso de la personalidad jurídica mientras se mantiene la utilidad de la institución. Esta doctrina ejemplifica cómo el derecho debe equilibrar la protección de la autonomía de las personas jurídicas con la prevención de su uso fraudulento.

En la actualidad, las personas jurídicas enfrentan nuevos desafíos relacionados con la globalización, la digitalización y la creciente importancia de la responsabilidad social corporativa. La capacidad del ordenamiento jurídico para adaptar el tratamiento de las personas jurídicas a estos nuevos contextos, manteniendo al mismo tiempo las garantías fundamentales y previniendo abusos, será crucial para su evolución futura. Es previsible que continúe la evolución de la figura de la persona jurídica para adaptarse a nuevas realidades sociales y económicas. La creciente importancia de las tecnologías digitales, la economía colaborativa y los desafíos ambientales probablemente requerirán nuevas adaptaciones en la conceptualización y regulación de las personas jurídicas.

En conclusión, la persona jurídica se revela como una institución fundamental del derecho moderno, cuya evolución refleja la capacidad del sistema jurídico para adaptarse a las necesidades sociales cambiantes. Su reconocimiento como titular de derechos fundamentales, aunque limitado y contextualizado, representa un importante desarrollo en la protección de los derechos y libertades en una sociedad cada vez más compleja y organizada. El equilibrio entre la autonomía de las personas jurídicas y la prevención de abusos continuará siendo un desafío central en su regulación futura.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. «La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales», *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 4, 1984, pp. 1198-1211.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, U. *Instituciones de Derecho Romano*. Tomo III, Personas físicas y colectivas en el derecho romano, Madrid (Editorial Revista de Derecho Privado), 1977.
- BADÍA SALILLAS, A. «En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 573, 1986, p. 317-332.
- BATTAGLI, F., *Il Damma della Personalità giuridica dello Stato*, Italia (Ed Nicola Zancelli), 1942.
- BERNAD MAINAR, R. «La Pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno», *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 17, 2016, p. 1-80. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5712766.pdf>>.
- BLANCH NOUGÉS, J. M., «La responsabilidad de los administradores de las piae causae en el derecho romano justiniano», *RIDA*, núm. 49, 2002, pp. 129-46.
- BLANCH NOUGUÉS, J.M., *Régimen jurídico de las fundaciones en Derecho romano*, Madrid (Librería-Editorial Dykinson), 2007.
- BLAZQUEZ, G. S. «La persona jurídica corporativa, en la civilización romana clásica/artificial corporate person in classical roman civilization» *Quaestio iuris*, vol.14, núm. 2, 2021, pp. 882-928.
- BUENO SALINAS, S., *La noción de persona jurídica en el derecho canónico: su evolución desde Inocencio IV hasta el C.I.C. de 1983*, Col· lección Sant Pacià, Barcelona, (Universidad de Barcelona, Facultad de Teología de Barcelona), 1985.
- BURDEAU, G. *Traité de Science politique*, Paris, (Librairie générale de Droit et de jurisprudence), Tomo II, 1949.

- CABALLERO, J. «La interacción social en Goffman», *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, jul. – sep. 1998, pp. 121-149. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/pdf/40184123.pdf?casa_token=c2bw35VbnwwAAAAA:YW_R2Snw9EJhz_wXqAO7e3Pw_vcdy4FmME4YRnoJPhdsWSYN6qO-8BQ7tqzfAIB4IAeaQE_rY9URvDfF6HOxZ3O_z24d0JSNecsFDrsV9SPERmK-OKw>.
- CAPILLA RONCERO F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid (Tecnos), 1984.
- CRUZ VILLALÓN, P., «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas», *REDC*, núm. 35, 1992, pp. 63-83. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/pdf/24881803.pdf?casa_token=TvXRWkk9TcAAAAA:_8w7lobrUE3BDSaHMMgk2iy12IUAsGWTMkCszosjniRtzipZ5TaTgkvvpUVLwPWL_um6iXnZPNlhPOIUfFsQaJCP4qYdXmojRFPymTR8CvT1taSP5g>.
- CUELLO CONTRERAS, J., «El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista electrónica deficiencia penal y criminología*, núm. 15, 2013, Disponible en <<http://criminol.ugr.es/recpc/15/recpc15-03.pdf>>.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. «La doctrina del “levantamiento del velo” y las sociedades interpuestas», *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 43, núm. 2, 1995, pp. 11-51. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/941822.pdf>>.
- DE LOS MOZOS, J.L., «La evolución del concepto de persona jurídica en el Derecho español», *Derecho civil. Métodos, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid (Ed. Civitas), 1988.
- DE PABLO CONTRERAS, P., «Las personas jurídicas», en: AA.VV., *Curso de Derecho Civil, I, Derecho Privado, Derecho de la Persona*, 2ª edición, Madrid (Edisofer), 2001, pp. 309-342.
- DEL RIO MULAS, C. «La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia española», Tesis Doctoral, Universidad de Deusto, 1998. Disponible en: <<http://edtb.euskomedia.org/783/>>.
- DÍAZ LEMA, J.M., «Régimen de los derechos constitucionales», *Revista de Derecho Político*, vol 3, 1982, pp. 77-78. Disponible en: <<https://scholar.archive.org/work/evzuxihngjhgms5w4ylfedsci/access/wayback/http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/download/8150/7801>>.
- DÍAZ LEMA, J.M.: «¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?», *RAP*, núm. 120, 1989, pp. 99-101. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17028.pdf>>.

- FERRARA SN., *Le persone giuridiche*, Torino (Unione Tipografico-Editrice Torinese), 1958.
- FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Barcelona, (Ed. Reus), 1929.
- GALAFASSI, G. «Teorías diversas en el estudio de los movimientos sociales: Una aproximación a partir del análisis de sus categorías fundamentales», *Cultura y representaciones sociales*, vol. 6, núm. 11, 2011, pp. 7-32. Disponible en: <<https://www.scielo.org.mx/pdf/crs/v6n11/v6n11a1.pdf>>.
- GALGANO, F., «Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica», *Riv. dir. civ.*, vol. 1, 1965.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo», *ADH*, 1981, pp. 113-128.
- GARCÍA RUBIO, M.P. «La persona en Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas», *Teoría/Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, 2013, núm. 14, pp. 83-108. Disponible en: <<https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/download/134/131>>.
- GÓMEZ MONTORO, A.J., *Derechos fundamentales y personas jurídicas*, Madrid (Publicaciones UAM), 1993, p. 57.
- GUADALUPE VARGAS, J., «Teoría de la acción colectiva, sociedad civil y los nuevos movimientos sociales en las nuevas formas de gobernabilidad en Latinoamérica», *Espacio abierto*, vol. 12, núm. 4, 2003, pp. 523-537. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/pdf/122/12212403.pdf>>.
- HELLER, H. *Teoría del Estado*, México (Fondo de Cultura Económica), 1947.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. «Sujetos jurídicos, capacidad y personalidad jurídicas», *Revista Persona y Derecho*, 1997, núm. 36, pp. 95-126. Disponible en: <<https://revistas.unav.edu/index.php/personayderecho/article/download/32037/27530>>.
- JORS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, Madrid (Ediciones Labor), 1937.
- KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, (Editorial Labor), 1934.
- KELSEN, H., *Dottrinapura del diritto*, Turín (Einaudi), 1966.
- LACRUZ BERDEJO, J., SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, 2.^a edición, vol. 2.^o, Madrid (Dykinson Madrid), 2000.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de Obligaciones II*, 5^a edición, Madrid (ed. Dykinson), 2011.

- LASARTE C., *Parte General y Derecho de la persona*, Madrid (Ediciones Marcial Pons), 2021.
- LOPÉZ HUGUET, M., «El domicilio de las personas jurídicas: evolución desde el derecho romano y significado actual», *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja* (REDUR), núm. 6, 2008, pp. 69-94. Disponible en: <<https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/download/4011/321>>.
- LYON, A., *Personas jurídicas*, Santiago (Ediciones UC), 2003.
- MICHOUD, L., *La Théorie de la Personnalité Morale et son application au droit français*, 2ª ed., Paris (Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence), 1924.
- MONREAL BELLO, C., «Concepto de la personalidad jurídica», *En Anales de la Universidad de Chile*, 1930, pp. 92-219.
- MORALES GODO, J., «Notas sobre la evolución histórica de la persona jurídica», *Ius Et Praxis*, n.º 031, 2000, pp. 123-132. Disponible en: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/download/3624/360>.
- MUÑOZ GARCÍA, A., «Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 16 de septiembre de 2020 (469/2020). Las comunidades de bienes con ejercicio de actividad económica y la delimitación del concepto de sociedad: Reconocimiento de personalidad jurídica». Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Javier Arroyo Fiestas», en: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Madrid (Dykinson), 2020. Disponible en: <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2020-20>.
- ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in Diritto romano*, I, Torino (Unione Tipografico-Editrice Torinese), 1959.
- PANIZO ORALLO, S., *Persona jurídica y ficción, Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Madrid (Universidad Complutense de Madrid), 1973.
- PAZOS HAYASHIDA, J. M., et al., *La persona jurídica de derecho privado en el sistema jurídico peruano: ensayo de una teoría general*, Sevilla (Universidad de Pablo Olavide), 2017.
- SÁNCHEZ, O., «Los colectivos como sujetos de derecho», en: BARRANCO, M.C., et al., *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho*, Madrid (Editorial Dykinson), 2012, pp. 173-190.
- RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, Madrid (Editorial Reus), 2007.
- RAMS ALBESA, J. «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez. (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales,

- de ordinario tratados como lugares comunes)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, enero-febrero 2011, pp. 211-296.
- RODEIRO PAZOS, D., et al., «La creación de empresas en el ámbito universitario: una aplicación de la teoría de los recursos», *Cuadernos de Gestión*, Vol. 8, núm. 2, 2008, pp. 11-28. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/pdf/2743/274320551001.pdf>>.
- ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, trad. de la 2ª edición efectuada por Sebastián Martín- Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1963.
- RUIZ MIGUEL, A., «Grocio, Puffendorf y el iusnaturalismo racionalista», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Madrid (Aranzadi Thomson Reuters), 2014, pp. 2863-2891.
- SÁNCHEZ BERNAL, J. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Cuadernos del Tomás*, núm. 4, 2012, pp. 121-156.
- SAVIGNY, F., *Sistema del derecho romano actual*, Madrid (F. Góngora y Compañía de Editores), 1872.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M., *Una aproximación a las fuentes doctrinales de la concepción savigniana de la persona jurídica*, Madrid (Servicios de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid), 1988.
- TORRENT, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Edisofer, Zaragoza, 2002.
- VICENTE DÍAZ, M., «La protección procesal civil de los derechos fundamentales», *AC*, 1988, pp. 1741-1754.
- VON GIERKE, O. MAITLAND, F.W. DÍAZ, PENDÁS B. «Teorías políticas de la Edad Media», *Revista del Centro de estudios constitucionales*, 1995, pp. 249-257. Disponible en: <<https://www.cepc.gov.es/sites/default/files/2021-12/35579rcec22247.pdf>>.

LA SITUACIÓN DEL CASO ROHINGYA EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA INTERNACIONAL. ¿HAY NUEVAS ALTERNATIVAS?*

THE SITUATION OF THE ROHINGYA CASE IN THE INTERNATIONAL JUSTICE SYSTEMS. ARE THERE NEW ALTERNATIVES?

GUILLERMO MOYA BARBA**

Resumen: La historia de discriminación y violencia hacia el grupo étnico de los Rohingya, en Myanmar, no es ningún secreto. No son escasas las organizaciones que abogan por una pronta solución a lo que ocurre en este país asiático. En este escrito pretendemos traer a colación el estado de los procedimientos que se están llevando a cabo en distintas jurisdicciones internacionales para la rendición de cuentas en Myanmar. En concreto, examinaremos el estado de los procesos ante la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, y la Corte Federal Argentina. Una vez examinados dichos procedimientos, procederemos a tener en consideración dos posibles alternativas adicionales: la instauración de un tribunal internacional *ad hoc*, y la instauración de un tribunal penal mixto. Destacaremos los obstáculos que tanto los procesos actuales como las alternativas futuras tienen para tener éxito en sus respectivas labores, siendo el objetivo de todas ellas la rendición de cuentas por los crímenes cometidos en Myanmar contra la población Rohingya, especialmente el crimen de genocidio.

Palabras clave: Rohingya, Myanmar, Corte Penal Internacional, Corte Internacional de Justicia, tribunal internacional *ad hoc*, tribunal penal mixto.

Abstract: The history of discrimination and violence against the Rohingya ethnic group in Myanmar is no secret. There is no shortage of organisations calling for an early solution to what is happening in this Asian country. In this paper, we seek to bring to the fore the status of the proceedings underway in various international jurisdictions for accountability in Myanmar. Specifically, we will examine the status of proceedings before the International Court of Justice, the International Criminal Court, and the Argentine Federal Court. Once these proceedings have been examined, we will proceed to consider two additional possible alternatives: the establishment of an *ad hoc* international tribunal, and the establishment of a mixed criminal court. We will highlight the obstacles that both the current proceedings and future alternatives face in succeeding in their respective endeavours, the objective of all of them being accountability for the crimes committed in Myanmar against the Rohingya population, especially the crime of genocide.

Keywords: Rohingya, Myanmar, International Criminal Court, International Court of Justice, international *ad hoc* tribunal, mixed criminal court.

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2025.51.007>

Fecha de recepción: 13/07/2024

Fecha de aceptación: 09/10/2024

** Doctorando en la Universidad Rey Juan Carlos.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PROCEDIMIENTOS ACTUALES; 1. La Corte Internacional de Justicia: Gambia c. Myanmar; A. *Las objeciones preliminares de Myanmar*; B. *El test de la «única inferencia razonable»*; C. *Las declaraciones de intervención*; 2. La Corte Penal Internacional: investigación Bangladesh/Myanmar; A. *Las decisiones sobre la jurisdicción de la Corte de 2018 y 2019*; B. *Las primeras objeciones a la decisión de 2019*; C. *La simultaneidad de los procesos*; 3. La aplicación del principio de justicia universal; III. LAS POSIBLES ALTERNATIVAS FUTURAS; 1. La creación de un tribunal penal internacional *ad hoc*; 2. La creación de un tribunal penal mixto; 3. La importancia de la legitimación social; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En 1947, tras la Segunda Guerra Mundial y la derrota del Imperio japonés en Birmania¹, la redacción de la primera Constitución nacional de la mano del General Aung San traía consigo un futuro esperanzador para hasta la entonces colonia británica. La redacción de este texto tenía como objetivo la conformación de un Estado secular, cuya ciudadanía se extendiera sin discriminación alguna; sin embargo, con la llegada de la rama militar al poder en 1962, este objetivo devino inalcanzable. En efecto, en 1962 las Fuerzas Armadas birmanas o *Tatmadaw*, liderado por el General U Nu, dio un golpe de Estado con el que impuso un modelo de organización política basada en el budismo², la religión predominante en Birmania, a la que seguían otras como el islam o el cristianismo. Este cambio trajo consigo una consecuencia nefasta para la población rohingya, un grupo étnico de religión musulmana que fue colocado en el punto de mira de la junta militar birmana en lo que vendría una absoluta represión. Los antecedentes históricos relativos al apoyo de este grupo étnico al bando británico, así como su diferenciación tanto religiosa como étnica, hicieron de este grupo el sujeto perfecto para la fabricación de un discurso populista, en el cual, los Rohingyas eran considerados no como ciudadanos birmanos, sino como extranjeros³.

A partir de la década de 1970 se produjeron las primeras oleadas de violencia contra este grupo étnico, lo que provocó, a lo largo de las siguientes décadas, que estos tuvieran que refugiarse en el país vecino: Bangladesh, en el cual se sitúa el campo de refugiados más grande del planeta, Cox's Bazar. Sin embargo, no fue hasta 2017 cuando la situación se tornó más delicada, al producirse un duro recrudecimiento de la situación. Ya inmersos en el gobierno «democrático» de la premiada con el Nobel de la Paz, Aung San Suu Kyi, la represión contra los Rohingya alcanzó la cifra de alrededor de 725.000 refugiados hacia

¹ Birmania es el antiguo nombre con el que se le conocía al actual Estado de Myanmar antes de junio de 1989. El nombre oficial del país pasó de ser República Socialista de la Unión de Birmania a República de la Unión de Myanmar. BÜNTE, M., «Burma's Transition to "Disciplined Democracy": Abdication or Institutionalization of Military Rule?», *GIGA Working Papers*, 2011, p. 5.

² IBRAHIM, A., *The Rohingyas. Inside Myanmar's Genocide*, London (Hurst & Company), 2018, p. 36.

³ IBRAHIM, A., *The Rohingyas. Inside Myanmar's Genocide*, cit., p. 28.

Bangladesh⁴. A raíz de estos sucesos, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas –CDHNU–, de la mano de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar –IIFMM–⁵, redactó dos informes en los que concluía que existía una «fuerte inferencia» de la intención genocida perpetrada por parte del Estado de Myanmar⁶.

Como punto final a esta introducción histórica al conflicto, cabe mencionar el reciente retorno al poder del *Tatmadaw* cuando, en febrero de 2021, la junta militar birmana liderada por Min Aung Hlaing organizó un golpe de Estado que acabó con el ejecutivo de Aung San Suu Kyi. El anterior gobierno pasó al exilio bajo la denominación de Gobierno de la Unidad Nacional de Myanmar. Teniendo en cuenta la dificultad para recoger información acerca del estado de los derechos humanos en Myanmar tras el golpe de Estado, informes redactados por órganos de Naciones Unidas, como ONU Mujeres, hacen entrever que la situación con la junta militar podría empeorar⁷.

Ante esta situación se cuestiona qué opciones tienen los Rohingya de hacer valer sus derechos y reclamar la investigación y rendición de cuentas de los crímenes acontecidos en Myanmar y que han sido calificados, como se ha dicho, como genocidio. Actualmente hay tres procedimientos llevándose a cabo en instancias nacionales e internacionales en relación con este asunto. El primero de ellos es el procedimiento incoado por Gambia ante la Corte Internacional de Justicia –CIJ– en noviembre de 2019 sobre la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. El segundo procedimiento que se está llevando a cabo es el relativo a la investigación, por la Corte Penal Internacional –CPI–, del crimen de lesa humanidad de traslado forzoso cometido contra la población Rohingya –siendo en este caso el ámbito territorial limitado al Estado de Bangladesh, por cuanto este Estado sí es parte del Estatuto de Roma de 1998–. Por último, el tercer procedimiento es el que se está llevando a cabo en la Corte Federal de Argentina en aplicación del principio de justicia universal para investigar los crímenes de genocidio y lesa humanidad sucedidos en Myanmar contra la población Rohingya.

No obstante, las posibles alternativas no acaban con las tres expuestas anteriormente. En este escrito se analiza también la posibilidad de instaurar otros órganos jurisdiccionales, como un tribunal penal internacional *ad hoc*, o un tribunal penal mixto. Pese a que ambos

⁴ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, «Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar». A/HRC/39/CRP.2, 2018, p. 178.

⁵ Misión establecida el 24 de marzo de 2017 por el Consejo de Derechos Humanos para investigar las alegaciones sobre violaciones de derechos humanos cometidas por el *Tatmadaw* en Myanmar. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 34/22. Situación de los derechos humanos en Myanmar», 2017.

⁶ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, «Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar», cit., p. 419, para. 1671; CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, «Detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar». A/HRC/42/CRP.5, 2019, p. 175, para. 667.

⁷ MOYA BARBA, G., «La Crisis de los Rohingya: el genocidio invisible», *Revista Historia Autónoma*, núm. 21, 2022, pp. 133-134.

modelos de tribunales responden a una característica común, tal como es su carácter temporal, concluiremos que, actualmente, su forma de constitución los aleja en la práctica de toda posibilidad de instauración. Mientras que los primeros deben ser autorizados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas –CSNU–, los segundos deben contar con un acuerdo entre dos o más sujetos, tales como Estados u Organizaciones Internacionales.

Este trabajo tiene por objeto realizar un análisis de los procedimientos actuales en relación con la situación en Myanmar, concretamente en relación a los crímenes cometidos por el gobierno y las fuerzas armadas birmanas contra la población Rohingya en el norte del Estado de Rakhine⁸. Este análisis se realizará en el apartado II, examinando los procedimientos en el seno de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, y la Corte Federal Argentina a raíz de la activación del principio de justicia universal. Una vez concluido este análisis, en el apartado III se considerarán dos posibilidades adicionales para ofrecer una solución jurídica a este caso: la creación de un tribunal penal internacional *ad hoc*, y la creación de un tribunal penal mixto. Por último, se finalizará con unas conclusiones.

II. LOS PROCEDIMIENTOS ACTUALES

En el presente apartado se examinarán los tres procedimientos que actualmente se están llevando a cabo en el marco de la rendición de cuentas sobre el conflicto de los Rohingya. El primero de ellos es el procedimiento incoado por Gambia ante la CIJ en noviembre de 2019 por la vulneración, por parte del Estado de Myanmar, de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, de la cual ambos Estados son parte. Actualmente estamos pendientes de que finalicen los actos de réplicas y dúplicas entre ambas partes, previsto para finales del año 2024. El segundo procedimiento que se está llevando a cabo es el relativo a la investigación, por parte de la CPI, de supuestos crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de Bangladesh –debido a que este sí es parte del Estatuto de Roma, no siendo así en el caso de Myanmar–. El tercer procedimiento es el que está llevando a cabo la Corte Federal Argentina en base al principio de jurisdicción universal y a la querrela presentada por un grupo de activistas Rohingya en noviembre del año 2019.

1. La Corte Internacional de Justicia: Gambia c. Myanmar

El 11 de noviembre de 2019, la República de Gambia presentó ante la CIJ una solicitud para abrir un procedimiento contra Myanmar por el incumplimiento de la Convención para la prevención y sanción del Delito de Genocidio de 1948 –Convención sobre el Genocidio–

⁸ El Estado de Rakhine es uno de los siete Estados en los que se divide administrativamente el Estado de Myanmar. Está situado al oeste del país, coincidiendo su costa con el Golfo de Bengala y limitando al norte con el sur de Bangladesh. Antiguamente el nombre de este territorio era «Arakan», debido a que este es el nombre de la cordillera que lo limita con el interior del país. MOYA BARBA, G., «La Crisis de los Rohingya: el genocidio invisible», cit., p. 127.

por los actos realizados por el gobierno de Myanmar contra miembros del grupo étnico Rohingya. Estos actos, según la solicitud, estarían atribuidos en su totalidad al Estado de Myanmar; en concreto, este Estado sería responsable internacionalmente por la violación de los artículos I, III, IV, V y VI de la Convención⁹. La solicitud se fundamentó en el artículo 36 del Estatuto y 38 de las Reglas de Procedimiento de la Corte.

En enero de 2020, siguiendo la solicitud de Gambia para adoptar medidas provisionales –de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto de la CIJ–, la Corte adoptó e instó por unanimidad el cumplimiento de las siguientes medidas: i) prevenir la comisión de actos de genocidio contra la población Rohingya; ii) garantizar que la rama militar, así como cualquier otro grupo armado controlado o apoyado por ella, cometa actos de genocidio contra la población Rohingya; iii) asegurar la preservación de la prueba relacionada con las alegaciones sobre actos de genocidio; y iv) remitir a la Corte un informe con todas las medidas adoptadas al efecto¹⁰. Sin embargo, y con la llegada de la junta militar al poder en 2021, los Rohingyas siguen viviendo una situación que les ha forzado a huir no solo hacia Bangladesh, sino a otros territorios como la India o Indonesia¹¹. Pese a esta situación, no ha sido hasta finales de 2023 cuando llegaron las primeras solicitudes de intervención en el procedimiento por parte de terceros países. Así, en noviembre declararon su intención de personarse en el proceso de acuerdo con el artículo 63 del Estatuto de la CIJ, los siguientes Estados: Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Países Bajos, Reino Unido¹², y las Maldivas¹³. Todos estos sujetos argumentaban su participación en el proceso bajo la defensa de una norma *ius cogens*, tal como lo es la prohibición del genocidio¹⁴, la cual fue reconocida por la propia Corte en el caso de la *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y*

⁹ CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures», 11 de noviembre de 2019, p. 56.

¹⁰ CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Request for the Indication of Provisional Measures», Orden de 23 de enero de 2020, pp. 30-31.

¹¹ MOYA BARBA, G., «La Crisis de los Rohingyas: el genocidio invisible», cit., p. 144.

¹² CPI, «Joint declaration of intervention of Canada, the Kingdom of Denmark, the French Republic, the Federal Republic of Germany, the Kingdom of the Netherlands, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland pursuant to Article 63 of the Statute of the International Court of Justice in the case of Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)», 15 de noviembre de 2023.

¹³ CPI, «Declaration of intervention of the Republic of Maldives. Intervention pursuant to Article 63 of the Statute of the International Court of Justice in the case of Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)», 15 de noviembre de 2023.

¹⁴ Se entiende por normas *ius cogens*, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, «una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter». Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, art. 53. Pese a la ausencia de un catálogo expreso, actualmente existen comportamientos cuya prohibición es considerada una norma *ius cogens*, de conformidad con lo expresado por la Comisión de Derecho Internacional en 1996 en un comentario a la Convención de Viena. Entre estos

Castigo del crimen de genocidio (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro) en 2007¹⁵. En junio de 2024 la Corte autorizó a los sujetos anteriores a participar en el procedimiento, y actualmente está abierto el plazo para que presenten sus observaciones a la Corte¹⁶.

A. *Las objeciones preliminares de Myanmar*

Actualmente la Corte no ha resuelto aún; sin embargo, sí lo hizo sobre las objeciones preliminares instadas por Myanmar el 20 de enero de 2021: la primera objeción preliminar cuestionaba si Gambia es, en realidad, el verdadero denunciante, argumentando que actúa no en nombre propio, sino en nombre de la Organización para la Cooperación Islámica –OCI–; la segunda objeción preliminar trataba sobre el *ius standi* de Gambia por no ser un «Estado perjudicado» por las acciones que se están llevando a cabo en Myanmar; en la tercera objeción Myanmar trajo a colación su reserva al artículo IX de la Convención sobre el Genocidio; y, en su cuarta objeción, Myanmar cuestionaba la existencia de una disputa entre las Partes.

Durante el examen de las distintas objeciones presentadas por Myanmar, la Corte realizó un interesante trabajo que ha proporcionado ciertos argumentos destacables en las siguientes líneas. En primer lugar, Myanmar objetó que Gambia fuera el verdadero denunciante, pues alegaba que estaría actuando como un órgano o agente de la OCI que urgió a Gambia a actuar en su nombre para llevar el caso de los Rohingya ante la CIJ, en su consideración como presidente del Comité Ministerial *ad hoc* para la rendición de cuentas por violaciones de derechos humanos contra los Rohingya¹⁷. Sin embargo, Gambia inició el procedimiento no en nombre de la OIC, sino en su propio nombre y como Estado parte del Estatuto de la CIJ y de la Convención sobre el Genocidio. La Corte consideró que, si bien un país pudiera haber aceptado la propuesta de una organización internacional de la que es miembro, así como apoyo de la misma o de sus miembros para iniciar un procedimiento ante la Corte, ello no perjudica y modifica de ninguna forma su posición frente a la misma¹⁸.

En segundo lugar, y ligada a la primera objeción preliminar, Myanmar cuestionó la verdadera existencia de una disputa entre las partes, tal como se requiere por el artículo

actos se hayan la piratería, la esclavitud o el genocidio. QUISPE-REMÓN, F., «Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo», *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 28, 2012, p. 156.

¹⁵ CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)». Sentencia de 26 de febrero de 2007, pp. 110-111, paras. 161 y 162.

¹⁶ CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Admissibility of the Declarations of Intervention», Orden de 3 de julio de 2024.

¹⁷ OIC, «Final Communiqué of the 14th Islamic Summit Conference». OIC/ SUM-14/2019/FC/FINAL, 31 de mayo de 2019, p. 10, para. 47.

¹⁸ CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Preliminary Objections». Sentencia de 22 de julio de 2022, p. 22, para. 44.

IX de la Convención sobre el Genocidio¹⁹. De acuerdo con la propia jurisprudencia de la Corte, una disputa es un desacuerdo sobre una cuestión de hecho o derecho, un conflicto de opiniones jurídicas o de intereses entre las partes²⁰, y para determinar si existe en realidad esa disputa, es necesario acreditar que la alegación de una parte es «positivamente opuesta» por la otra²¹, mediante el examen de los documentos y declaraciones intercambiados entre ambas partes²² y en el seno de foros multilaterales²³. Tras examinar las declaraciones y documentos intercambiados entre las partes, la Corte concluyó que Myanmar tenía conocimiento de las opiniones de Gambia respecto de la situación en su territorio, y el hecho de que Myanmar no hubiera respondido determinadas comunicaciones emitidas por Gambia, tampoco justificaba la inexistencia de una disputa entre las partes. En efecto, una «oposición positiva de una parte hacia la otra no tiene que estar necesariamente expresada de forma verbal *–expressis verbis–*; por el contrario, la posición de una parte puede ser establecida por «inferencia»²⁴, es decir, por deducción.

En tercer lugar, Myanmar objetó la jurisdicción de la Corte alegando la reserva que realizó al artículo VIII de la Convención sobre el Genocidio.

«Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas, a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III»²⁵.

En este sentido, Myanmar argumentó que su reserva incluía en el concepto «órganos competentes de las Naciones Unidas» a la propia Corte. Sin embargo, la Corte procedió a

¹⁹ «Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia». Convención sobre la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio, 1948, art. IX.

²⁰ CPJI, «The Mavrommatis Palestine Concessions». Sentencia No. 2, 30 de agosto de 1924, p. 11.

²¹ CIJ, «South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa). Preliminary Objections». Sentencia de 21 de diciembre 1962, p. 328.

²² CIJ, «Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)». Sentencia de 20 de julio de 2012, pp. 443-445, paras. 50-55.

²³ CIJ, «Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation). Preliminary Objections». Sentencia de 1 de abril de 2011, pp. 94-95, paras. 51 y 53.

²⁴ CIJ, «Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria). Preliminary Objections», Sentencia de 11 de junio de 1998, p. 315, para. 89.

²⁵ El único Estado objetor de tal reserva fue Reino Unido. En virtud del artículo 21.3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1961, entre el Estado que realizó la reserva y el Estado que la objetó no se aplicarán las disposiciones afectadas. UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, «Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide». Disponible en: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4> [Consultado el 27/10/2024].

una interpretación de este concepto en base al resto del articulado, especialmente la parte en la que expresa «a fin de que éstos tomen (..) las medidas que juzguen apropiadas», lo que infiere que el concepto objeto en cuestión no se refiere a la Corte, sino a aquellos órganos con capacidad de tomar decisiones discrecionales en función de una determinada situación, cuyo mayor ejemplo es el CSNU. Ello difiere notablemente de las funciones atribuidas a la CIJ por su Estatuto. Adicionalmente, el artículo IX de la Convención constituye la base sobre la que se sustenta la jurisdicción de la Corte, disposición que no fue objetada por Myanmar.

Por último, Myanmar argumentaba que la Corte carecía de jurisdicción por la falta de legitimidad de Gambia para promover la causa por no ser un «Estado perjudicado» por las actividades realizadas por el primer Estado. Así, Gambia no estaría actuando en base a un interés particular, sino para perseguir un interés común, pero ello no posibilita que se pueda activar el mecanismo de la Corte para invocar la responsabilidad estatal. La Corte, sin embargo, recordó que, en una Convención de este tipo, ninguna de las Partes tiene un interés particular, sino que todas se comprometen a perseguir un interés común; en este caso, la prohibición de cometer genocidio. Esta persecución de un interés común deriva en lo que se conoce como una norma de carácter *erga omnes*, es decir, una norma perseguible por cualquier Estado de la comunidad internacional, pudiendo alegar cualquiera de ellos tener interés jurídico en su protección²⁶. Así, la Corte declaró lo siguiente:

«La responsabilidad por una supuesta violación de las obligaciones *erga omnes partes* en virtud del Convenio sobre el genocidio puede invocarse mediante la incoación de un procedimiento ante el Tribunal, independientemente de que pueda demostrarse un interés especial»²⁷.

En base a todas las argumentaciones anteriores, la Corte procedió a rechazar todas las objeciones preliminares instadas por Myanmar, y reafirmar así su jurisdicción a la hora de abrir una investigación.

B. *El test de la «única inferencia razonable»*

En el caso *Brdjanin*, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) dictaminó que, para afirmar que las acciones del acusado tenían la intención de cometer genocidio, es decir, para afirmar el elemento del *dolus specialis* o *mens rea* del crimen de genocidio, y a falta de pruebas directas de dicha intención, esta podría también inferirse de las circunstancias del caso; sin embargo, dicha inferencia o deducción, debía ser la única

²⁶ CIJ, «Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain). Second Phase». Sentencia de 5 de febrero de 1970, p. 32, para. 33.

²⁷ CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Preliminary Objections, para. 108.

razonable²⁸. Este mismo test para afirmar el *dolus specialis* del crimen de genocidio fue realizado por la CIJ en el caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. En este caso, la Corte dictaminó que, para afirmar que las acciones de un Estado tenían la intención de cometer genocidio, era necesario lo siguiente: del patrón de conductas examinado, que la única deducción razonable fuera el intento de destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, total o parcialmente. En aquel caso, la parte croata tuvo en consideración distintos factores para deducir de ellos que la única inferencia razonable era el intento de cometer genocidio; algunos de estos factores fueron: la política expansionista de Serbia, las declaraciones realizadas por funcionarios serbios, los excesos en las actividades militares realizadas por Serbia; las naturaleza sistemática de los ataques hacia los croatas, la obligación a los croatas de identificarse, el número de croatas asesinados, el uso de un lenguaje discriminatorio y vejatorio, el desplazamiento forzoso de croatas, o la destrucción de monumentos culturales y religiosos croatas²⁹.

De entre todos estos factores, la Corte afirmó que los más relevantes para demostrar el intento genocida eran aquellos relativos a la escala y naturaleza sistemática (7) de los ataques, el hecho de que estos ataques se dirigieran exclusivamente a un grupo concreto de la población (8), el número de miembros del grupo asesinados y desaparecidos en proporción a la población local (10), así como el hecho de que estos fueran realizados de forma excesiva e injustificada desde el punto de vista militar (3), incluyendo un examen del grado de las lesiones causadas (11)³⁰.

Para determinar esta «única inferencia razonable» del comportamiento del Estado birmano, cobra especial relevancia la actividad realizada por la IIFFMM y los dos informes de los años 2018 y 2019. Las pruebas recabadas por la Misión no solo son de utilidad para invocar la responsabilidad estatal, sino también para invocar la responsabilidad penal individual, en el caso del procedimiento llevado a cabo ante la CPI o ante otro órgano jurisdiccional *ad hoc* que pudiera crearse en el futuro. Por ello resulta tan importante el lenguaje con el que la IIFFMM redactó sus informes. Como podemos observar en el documento del año 2018, expresa directamente que, de los patrones de conducta derivados de los actos de violaciones, violencia sexual y esclavitud sexual perpetrados contra las mujeres de la población Rohingya, se conduce «inevitablemente a la inferencia de que dichos actos estuvieron dirigidos a destruir la fábrica de la comunidad [Rohingya]»³¹. De acuerdo con el artículo II de la Convención sobre el genocidio, es un acto de genocidio «d) las medidas

²⁸ TPIY, «Prosecutor v. Radoslav Brdjanin». IT-99-36-T, Sentencia de 1 de septiembre de 2004, p. 314, para. 970.

²⁹ CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)». Sentencia de 3 de febrero de 2015, pp.119–120, para. 408.

³⁰ CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)», cit., p. 121, para. 413.

³¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, «Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar», cit., p. 355.

destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo»³². La jurisprudencia emanada del Tribunal Penal Internacional para Ruanda –TPIR– en el caso *Akayesu* se deduce que la violación puede constituir un crimen de genocidio, en tanto fuera perpetrada con la intención de destruir a un grupo en particular³³.

Así, el test de la única inferencia razonable no solo sirve para aclarar la responsabilidad internacional de un Estado en base a la violación de la Convención sobre el Genocidio, sino que también sirve para aclarar la responsabilidad penal individual por la comisión de genocidio, tipificado en el artículo 6 del Estatuto de Roma de 1998³⁴. De esto se puede deducir, que adquiere relevancia para aclarar una u otra responsabilidad, el hecho de que un órgano jurisdiccional haya concluido o se hubiera puesto en relevancia la comisión de genocidio, tal como se afirmó en el caso *Croacia c. Serbia*³⁵. En aquel caso, la Corte consideró relevante el hecho de que, en otro procedimiento llevado a cabo en un órgano jurisdiccional diferente relativo al esclarecimiento de una responsabilidad penal individual sobre el crimen de genocidio, el fiscal de aquel caso hubiera decidido o no imputar el crimen de genocidio a un individuo perteneciente al aparato del Estado en cuestión³⁶.

C. *Las declaraciones de intervención*

Como ya se mencionó supra, el 3 de julio de 2024 la Corte declaró admisibles las declaraciones de intervención de Maldivas, por un lado, y de un conjunto de seis países³⁷, por otro lado. Todos ellos actuaron en base al artículo 63 del Estatuto de la CIJ, el cual requiere que los Estados que deseen intervenir en el procedimiento sobre la interpretación de un tratado, sean también Parte del mismo. Así, las declaraciones emitidas tenían como objetivo poner a disposición de la Corte su interpretación sobre los artículos I, II, IV, V y VI de la Convención sobre el Genocidio.

«Artículo I: Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de Derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

³² Convención sobre la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio, 1948, art. II.d).

³³ UNITED NATIONS INTERNATIONAL RESIDUAL MECHANISM FOR CRIMINAL TRIBUNALS, «Historic judgement finds Akayesu guilty of genocide». Comunicado de Prensa, 1998. Disponible en: <<https://unictr.irmct.org/en/news/historic-judgement-finds-akayesu-guilty-genocide>> [Consultado el 27/10/2024].

³⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998, art. 6.

³⁵ CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)», cit., p. 76, para. 187.

³⁶ CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)», cit., p. 76, paras. 187 y 440.

³⁷ Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Países Bajos, y Reino Unido.

Artículo II: En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo IV: Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.

Artículo V: Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

Artículo VI: Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción»³⁸.

Según los declarantes, la obligación de sancionar el crimen de genocidio del artículo I debería ser examinada en conexión con las disposiciones de los artículos IV a VI; el contenido de esta obligación del artículo I estaría compuesto por otros deberes de los Estados, como la adopción de medidas legislativas apropiadas y eficaces, o la garantía de un proceso judicial ante un tribunal competente o mediante la cooperación con un tribunal extranjero competente, así como la propia obligación de investigar y perseguir el crimen de genocidio. Este conjunto de obligaciones debe ser interpretado de acuerdo a los criterios reconocidos internacionalmente bajo el régimen del Derecho internacional de los derechos humanos³⁹ y el Derecho internacional humanitario⁴⁰, que establecen ciertos elementos o estándares mínimos relativos a los procesos judiciales y a la persecución de delitos.

³⁸ Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948.

³⁹ El artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que «todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil». Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 14.

⁴⁰ El artículo 3.1.d) de los Convenios de Ginebra de 1949 dispone que se prohíben «las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados». ACNUR. «Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)», 1949. Disponible en: <<https://www.acnur.org>>

Respecto de la interpretación del artículo II, las Partes declarantes abordaron diferentes aspectos, a la hora de examinar el *actus reus* del crimen de genocidio:

- a. El genocidio no se extiende únicamente a la matanza de miembros del grupo, sino que lo hace también a otros actos, como los actos de violencia sexual, lesiones físicas o mentales, o desplazamientos forzosos, sin que hubiera una relación jerárquica entre ellos. El exterminio total de un grupo no es el único factor determinante de un crimen de genocidio, sino que lo son todos los actos enumerados en el artículo II, perpetrados con la intención de destruir a ese grupo, total o parcialmente⁴¹.
- b. Dentro de los subtipos 2.b), 2.c) y 2.d) es posible incluir como crimen de genocidio los actos de violencia sexual y violaciones, de acuerdo con la propia jurisprudencia de la CIJ y otros tribunales internacionales. En el caso *Bosnia c. Serbia*, en el cual la Corte hizo referencia al caso *Akayesu* para determinar que dichos actos podían constituir el *actus reus* del crimen de genocidio bajo el subtipo 2.b)⁴². En el caso *Kayishema* del TPIR, el órgano dictaminó que, aunque los actos de violación y otras formas de violencia sexual no encaminaran directamente a la muerte física de la persona, sí podían considerarse como métodos para infligir unas condiciones de vida que llevaran a la destrucción total o parcial del grupo en relación al subtipo 2.c)⁴³. Por último, en el caso *Akayesu*, el TPIR enumeró una serie de acciones que constituían genocidio bajo el subtipo 2.d), tales como la mutilación sexual o las violaciones, cuando están destinadas a la procreación por miembros fuera del grupo, o cuando provocan que la mujer se niegue, posteriormente, a procrear como consecuencia del acto⁴⁴.
- c. En relación con los crímenes cometidos contra los niños, las Partes declararon que el umbral para considerar la gravedad de las lesiones físicas y mentales (2.b), así como de las condiciones de vida a las que las víctimas fueran sometidas (2.c) –incluyendo en estos casos el acceso a alimento, hogar y otros medios de subsistencia– debía rebajarse cuando la víctima fuera un niño.
- d. Las Partes declarantes reconocen, en relación con la jurisprudencia del TPIY⁴⁵, que el desplazamiento forzoso también puede ser considerado como un acto de genocidio, ya sea por la deportación forzosa llevada a cabo directamente por los

org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0189.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0189> [Consultado el 17/10/2024].

⁴¹ TPIR, «Prosecutor v. Akayesu». ICTR-96-4-T, Sentencia de 2 de septiembre de 1998, para. 497.

⁴² CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)», cit., p. 128, para. 300.

⁴³ TPIR, «Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana». ICTR-95-1-T, Sentencia de 21 de mayo de 1999, para. 116.

⁴⁴ TPIR, «Prosecutor v. Akayesu», cit., paras. 507 y 508.

⁴⁵ TPIY, «Prosecutor v. Tolimir». IT-05-88/2-A, Sentencia de 8 de abril de 2015, para. 209.

perpetradores, o como consecuencia de otros actos como la violencia, incluyendo la violencia sexual.

Las Partes también ofrecieron su interpretación sobre el aspecto intencional del crimen de genocidio: la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso —*dolus specialis* o *mens rea*—:

- a. En primer lugar, la intención de cometer genocidio puede deducirse de las circunstancias del caso, es decir, a través de pruebas indirectas, tal como se reflejó en el caso *Croacia c. Serbia*⁴⁶. Este tipo de pruebas deberían tenerse en consideración a la hora de realizar el test de la única inferencia razonable (ver supra) en relación a un determinado patrón de conducta.
- b. En segundo lugar, las Partes destacan que el test de la única inferencia razonable podría elevar el umbral para la determinación del *dolus specialis* a un nivel demasiado alto, de acuerdo con la opinión disidente del Juez Caçado Trindade en el caso *Croacia c. Serbia*⁴⁷. Así, las Partes proponen una aproximación más equilibrada en el razonamiento de la Corte, debido a la dificultad para suministrar pruebas directas; es decir, a través de un criterio basado en la *razonabilidad* de las pruebas presentadas, tanto directas como indirectas. Asimismo, las Partes aseguran que la utilización del test de la única inferencia razonable solo debería aplicarse para deducir el *dolus specialis* de patrones de conducta, sin que fue aplicable a la determinación de otros factores determinantes del mismo, como la gravedad o el alcance de la conducta.
- c. En tercer lugar, la evidencia proporcionada debe ser evaluada de forma holística, es decir, de forma conjunta, sin que se proceda a un análisis compartimentado de las evidencias.
- d. Por último, las Partes declarantes consideran que el número de víctimas asesinadas no es un factor determinante del *dolus specialis* por parte del Estado; la comisión de otros actos, como la violencia sexual, los actos cometidos contra los niños, o los desplazamientos forzados, también pueden llegar a ser constitutivos del crimen de genocidio cuando se cometen con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo por determinadas razones. En estos casos, la gravedad y la naturaleza sistemática de las acciones emprendidas por el perpetrador también pueden ayudar a inferir el intento genocida por parte del Estado. De hecho, las circunstancias pueden ser tales que el perpetrador no pueda, o decida no proceder en la manera más rápida o directa para acometer la destrucción física o biológica

⁴⁶ CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)», cit., p. 3, para. 143.

⁴⁷ CIJ, «Judge Caçado Trindade Dissenting Opinion in Croatia v. Serbia», 3 de febrero de 2015, pp. 360-361, para. 467.

del grupo protegido. Para la formulación de esta frase las Partes se hacían eco de lo expuesto por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Krstic*⁴⁸.

Finalmente, las Partes declarantes consideran especialmente valiosas las evidencias proporcionadas por las *fact-finding missions* de Naciones Unidas⁴⁹; aunque no se mencione expresamente, es evidente que las pruebas recogidas en los informes de 2018 y 2019 por la IIFFMM, creada a través de una resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, entra dentro del alcance de esta interpretación.

En la siguiente tabla se podrán observar las principales evidencias recogidas por la IIFFMM y reportadas en sus dos informes de 2018 y 2019.

Informes IIFFMM
Las operaciones de limpieza de 2017
<p>Más del 40% del total de pueblos en el norte del Estado de Rakhine fueron destruidos, total o parcialmente. Más de 725.000 Rohingya se desplazaron a Bangladesh para septiembre de 2018.</p> <p>Patrones de serias violaciones de derechos humanos perpetradas por las fuerzas armadas birmanas:</p> <p>(a) Asesinatos y ataques indiscriminados hacia la población Rohingya, sin que estuvieran dirigidos a un objetivo militar particular, o haciendo una distinción entre soldados del <i>Arakan Rohingya Salvation Army</i> –ARSA– o población civil;</p> <p>(b) Asesinatos y ejecuciones llevados a cabo de formas realmente brutales e inhumanas, en ocasiones a base de golpes, quemando sus hogares, o con la presencia del resto de la familia;</p> <p>(c) Ataques a las embarcaciones utilizadas por los Rohingya para huir a Bangladesh, resultando en más víctimas mortales;</p> <p>(d) Muertes producidas a consecuencia de minas terrestres;</p> <p>(e) Violaciones y otros actos de violencia sexual, incluyendo actos humillantes, esclavitud sexual, mutilaciones genitales y violaciones en grupo, donde las niñas y las mujeres fueron los principales objetivos; estos actos fueron perpetrados mayoritariamente por el Tatmadaw;</p> <p>(f) Los niños también fueron objetivo de ataques inhumanos, y muchos de ellos murieron quemados dentro de sus hogares;</p> <p>(g) Arrestos y detenciones arbitrarias, que en muchas ocasiones terminaron en desapariciones forzosas de hombres y niños Rohingya;</p> <p>(h) Destrucción y saqueo de los hogares y las propiedades de la población Rohingya;</p> <p>(i) Los desplazamientos forzosos de la población Rohingya hacia Bangladesh provocaron también muchas víctimas mortales, en ocasiones asesinadas por soldados del Tatmadaw posicionados en rutas estratégicas.</p> <p>El cálculo de las víctimas mortales Rohingya en el marco de las operaciones de limpieza se ve altamente afectado por factores como la propia naturaleza de las operaciones y por la ausencia de un censo que permita tener un registro demográfico efectivo. Se estima que, entre el 25 de agosto y el 24 de septiembre de 2017, murieron entre 9.425 y 13.759 Rohingya, de los cuales entre 6.759 y 9.867 lo hicieron por un acto violento.</p>

⁴⁸ «The offence of genocide does not require proof that the perpetrator chose the most efficient method to accomplish his objective of destroying the targeted part. Even where the method selected did not implement the perpetrator's intent to the fullest, leaving that destruction incomplete, this ineffectiveness alone does not preclude a finding of genocidal intent». TPIY. «Prosecutor v. Krstic». IT-98-33-A, Sentencia de 19 de abril de 2004, para. 32.

⁴⁹ CIJ, «Joint Declaration of Intervention of Canada, the Kingdom of Denmark, the French Republic, the Federal Republic of Germany, the Kingdom of the Netherlands, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland», cit., p. 18, para. 76.

Violaciones del Derecho internacional
<p>Derecho internacional de los derechos humanos:</p> <p>(a) Exceso en el uso de la fuerza: las acciones realizadas durante las operaciones de limpieza no cumplían los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad para entrar dentro de los límites del uso de la fuerza;</p> <p>(b) Derecho a la vida –Derecho internacional consuetudinario–;</p> <p>(c) Prohibición de discriminación hacia las mujeres –Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o CEDAW–;</p> <p>(d) Derechos a la vida, a la supervivencia y desarrollo de los niños –Convención sobre los Derechos del Niño–;</p> <p>(e) Prohibición de realizar detenciones o arrestos arbitrarios –Derecho internacional consuetudinario y Declaración para la Protección de las Personas de las Desapariciones Forzadas–;</p> <p>(f) Prohibición de la tortura –Derecho internacional consuetudinario–;</p> <p>(g) Derecho a un nivel de alimentación y a una vivienda adecuados –Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–.</p> <p>Derecho internacional humanitario: Debido a la suficiente organización del ARSA, la IIFFMM considera que puede hablarse de una situación de conflicto armado no internacional.</p> <p>(a) El Tatmadaw no distinguió en sus acciones militares entre objetivos militares y objetivos civiles; por el contrario, se considera que el Tatmadaw dirigió sus acciones deliberadamente hacia la población civil;</p> <p>(b) Quema y destrucción generalizada de casas, mezquitas, escuelas y propiedad civil;</p> <p>(c) Asesinatos masivos, violaciones y violaciones masivas, así como tomar como objetivo a niños.</p>
Genocidio
<p><i>Actus reus</i>: Según los cálculos de la IIFFMM, el Tatmadaw ha asesinado a más de 10.000 Rohingyas durante las operaciones de limpieza, causando lesiones físicas y mentales, sometido a condiciones de vida degradantes con el objetivo de la destrucción total o parcial del grupo, y adoptado medidas para prevenir los nacimientos en el seno del grupo.</p> <p><i>Dolus specialis o mens rea</i>: la Misión no ha llegado a la conclusión de que individuos concretos cometieran los actos prohibidos identificados con la intención especial requerida, dando lugar a responsabilidad penal individual por genocidio.</p> <p>En su lugar, la Misión evaluó el conjunto de la información disponible a la luz de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, y consideró si los factores que han permitido inferir razonablemente la intención genocida en otros contextos y casos, están presentes en el caso de los Rohingyas. Este ejercicio se ha llevado a cabo para ayudar en cualquier determinación posterior de intención genocida por parte de autores concretos, debidamente identificados, ante un tribunal de justicia.</p> <p>(1) Contexto histórico en el que se llevaron a cabo las acciones: persecución y restricción sistemática de derechos y libertades.</p> <p>(2) Declaraciones de funcionarios del gobierno, políticos, autoridades religiosas y mandos militares, así como de los autores directos antes, durante y después de la violencia, a través de un lenguaje despectivo, amenazante y discriminatorio.</p> <p>(3) Existencia de planes y políticas discriminatorios que pretenden cambiar la composición demográfica y étnica del Estado de Rakhine, con el objetivo de reducir la proporción de Rohingyas: restricción del matrimonio y los nacimientos en el seno del grupo de los Rohingyas, apropiación de tierras, y relocalización de otros grupos étnicos en el norte del Estado de Rakhine.</p> <p>(4) La existencia de un plan organizado de destrucción: la consistencia, sistematicidad y el <i>modus operandi</i> de las operaciones llevadas a cabo por las fuerzas birmanas demuestran un grado de preparación y de organización que puede entenderse como parte de un plan organizado.</p> <p>(5) La gravedad y brutalidad de las acciones.</p> <p>En el informe de 2019, la Misión concluyó lo siguiente: «la Misión tiene motivos razonables para concluir que existe una fuerte inferencia de intención genocida continuada por parte del Estado, que existe un grave riesgo de que se repitan las acciones genocidas y que Myanmar está incumpliendo su obligación de prevenir el genocidio, investigar el genocidio y promulgar una legislación eficaz que tipifique como delito y castigue el genocidio» –para. 667–.</p>

Crímenes contra la humanidad
<p>Actus reus:</p> <p>(a) Asesinato: Según los cálculos de la IIFFMM, el Tatmadaw ha asesinado a más de 10.000 Rohingya durante las operaciones de limpieza.</p> <p>(b) Exterminio: En comparación con otros escenarios donde se calificó a los actos perpetrados de exterminio –Siria, Ruanda o Yugoslavia–, la IIFFMM considera que hay pruebas suficientes para calificar a los actos perpetrados contra los Rohingya como actos de exterminio.</p> <p>(c) Esclavitud: Los Rohingya han sido utilizados como mano de obra por parte del Tatmadaw sin ningún tipo de remuneración por sus trabajos de cultivo, o la construcción de carreteras u otras infraestructuras. Estos trabajos fueron impuestos de manera forzosa por parte del Tatmadaw.</p> <p>(d) Deportación y traslado forzoso: Durante los años 2016 y 2017, más de 800.000 Rohingyas tuvieron que dejar sus hogares y buscar refugio principalmente en Bangladesh, siendo uno de los criterios clave a la hora de analizar este tipo penal, el hecho de que esta población no tenía otra opción más que huir de sus hogares. Respecto a su «presencia legal» en el territorio de Rakhine –<i>lawfully present</i>–, la Misión considera insignificante en este caso la ausencia de un reconocimiento legal de su presencia o residencia en dicho territorio. Al mismo tiempo, la Misión considera que dentro del Estado de Rakhine se produjeron actos dignos de ser incluidos dentro del crimen de traslado forzoso, pues alrededor de 128.000 Rohingyas fueron llevados a campamentos para desplazados dentro del propio territorio de Rakhine.</p> <p>(e) Encarcelación, tortura y desapariciones forzadas: La IIFFMM recogió pruebas sobre la comisión de numerosos incidentes de detenciones y arrestos arbitrarios en el contexto de las operaciones de limpieza, lo que en una gran parte de los casos estaba ligado a situaciones de desapariciones forzadas.</p> <p>(f) Violación, esclavitud sexual y violencia sexual: Los actos de violación y violencia sexual fueron unos de los más reportados por las víctimas. La Misión afirma que esta clase de actuaciones se realizaron de forma planeada, con mucha frecuencia y a gran escala. Durante largos periodos, las víctimas eran objeto de esclavitud sexual.</p> <p>(g) Persecución: Los Rohingya han sufrido largos episodios de discriminación en base a su etnia y religión, plasmados en políticas restrictivas de derechos y libertades, mayoritariamente opresivas por parte del Estado.</p> <p>(h) Apartheid: La Misión considera que el Estado de Myanmar ha sometido a los Rohingya a un estado de subordinación y opresión continuo, siendo así marginalizados del resto de la sociedad birmana como un grupo separado del resto.</p> <p>Actos generalizados –<i>widespread</i>– y sistemáticos –<i>systematic</i>–: La Misión considera que los actos llevados a cabo durante las operaciones de limpieza no fueron actos individualizables, sino que son parte del mismo flujo de eventos. Los ataques fueron generalizados en términos de alcance geográfico y por el número de personas a las que alcanzaron; además, los patrones de los ataques y la naturaleza de los mismos, con un <i>modus operandi</i> prácticamente homogéneo, hacen entrever una naturaleza organizada y sistemática de los mismos.</p>

2. La Corte Penal Internacional: investigación Bangladesh/Myanmar

A diferencia de la CIJ, la CPI sí posee competencia para enjuiciar a individuos por la comisión de una serie de crímenes internacionales recogidos en su propio Estatuto. Sin embargo, una de las limitaciones de la CPI es que no puede extender su jurisdicción a todos los Estados de la comunidad internacional, sino solo en aquellos territorios cuyo Estado haya ratificado y, por tanto, sea Parte del Estatuto de Roma de 1998⁵⁰. En este caso, el principal

⁵⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998, art. 4.2. Este artículo también brinda la posibilidad de que la CPI firme un acuerdo especial con un Estado no Parte del Estatuto para el ejercicio de sus atribuciones en determinadas ocasiones.

obstáculo es que Myanmar no es un Estado Parte del Estatuto de Roma. No obstante, cabría una posibilidad de que la CPI tuviera competencia para investigar los crímenes sucedidos en Myanmar, aunque no fuera Parte del Estatuto y dejando a un lado la posibilidad de que Myanmar asuma posteriormente su competencia mediante declaración voluntaria. Se trata de la posibilidad de que el CSNU remita el asunto a la Corte, aunque el Estado del que sea nacional el autor o donde se estén produciendo esos crímenes no sea Parte del Estatuto, puesto que el artículo 13.b) del mismo otorga esa facultad al Consejo. Sin embargo, aunque en la teoría esto es posible, no es probable que se produzca en la práctica, y es que tanto China como Rusia, ambos miembros permanentes del CSNU con derecho a veto, poseen intereses diversos en relación a Myanmar. Estas relaciones derivaron en vetos y abstenciones de los sucesivos proyectos de resolución en el seno del CSNU que exigían al Gobierno de Myanmar avances en democracia –2007– y la condena del golpe de Estado del Tatmadaw –2022–⁵¹.

Esta tendencia, sin embargo, sufrió un quiebre con la Resolución 2669 del CSNU de 21 de diciembre de 2022⁵² que, aunque no condena el golpe de Estado de 2021 de forma expresa, hace hincapié en la necesidad de que «los militares» –así los llama la Resolución– faciliten la liberación de los presos detenidos de forma arbitraria desde que tomaron el poder, así como los procesos democráticos necesarios para *buscar la reconciliación* con el pueblo de Myanmar; un proceso que debería estar basado, según señala la Resolución, en el seguimiento del Consenso de los Cinco Puntos⁵³ de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental –ASEAN–⁵⁴. Lo significativo de esta resolución debería ser la mención expresa al caso Rohingya⁵⁵. Amnistía Internacional la califica como un «paso pequeño pero importante»⁵⁶; por su parte, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar, Tom Andrews, advierte que esta resolución «no

⁵¹ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, «S/PV.5619», 2007 –voto en contra de Rusia y China–; CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. «S/PV.9231», 2022 –abstención de Rusia y China–.

⁵² CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 2669 (2022)», 2022.

⁵³ Se trata de un plan de actuación en el que la ASEAN se enmarca como agente mediador en la situación actual en Myanmar, fundamentalmente entre el gobierno militar y el gobierno democrático. Estos cinco puntos son: «el fin de la violencia, el diálogo constructivo entre todas las partes, un enviado especial de la agrupación para la mediación del proceso de diálogo, la asistencia humanitaria del bloque regional y una visita del enviado especial del bloque regional al país». Fuente: ASEAN, «Chairman’s Statement on the ASEAN Leaders’ Meeting. 24 de abril de 2021». Disponible en: <<https://asean.org/wp-content/uploads/Chairmans-Statement-on-ALM-Five-Point-Consensus-24-April-2021-FINAL-a-1.pdf>> [Consultado el 17/10/2024].

⁵⁴ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 2669 (2022)», cit., punto 5.

⁵⁵ Las resoluciones emanadas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas son vinculantes para todos los miembros de Naciones Unidas, tal como dispone el artículo 25 de la Carta de Naciones Unidas. Esta provisión lo diferencia sustancialmente de la Asamblea General de Naciones Unidas que, en base al artículo 10 del mismo instrumento, solo podrá dictar recomendaciones. Carta de las Naciones Unidas, 1945, arts. 10 y 25.

⁵⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Myanmar: La resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, un paso pequeño pero importante para abordar la crisis de derechos humanos». 2022. Disponible en: <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2022/12/un-security-council-myanmar-coup/>> [Consultado el 21/10/2024].

es lo suficientemente enérgica»⁵⁷. No se trata de una resolución condenatoria del golpe de Estado de 2021 como hubiera sido lo más preferible, pretende basar la solución del problema en la actuación de la ASEAN, no condena la situación de apatridia de los Rohingya, y no establece medidas concretas con respecto a este tema. El único punto de la parte operativa de la resolución relativo a la situación de este grupo étnico se centra en «la necesidad de abordar las causas profundas de la crisis del estado de Rakhine y crear las condiciones necesarias para el regreso voluntario, seguro, digno y sostenible de los refugiados y desplazados internos Rohingyas»⁵⁸, instando a gestiones diplomáticas para abordar los problemas de este grupo⁵⁹.

Pese a los obstáculos anteriores, la CPI sí ha iniciado una investigación relativa a la cuestión de los Rohingya bajo la rúbrica *Situación en la República Popular de Bangladesh / República de la Unión de Myanmar*. Esta investigación fue promovida por la propia Oficina del Fiscal de la CPI –OTP por sus siglas en inglés–, que el 4 de julio de 2019 solicitó la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte para iniciar una investigación por ciertos crímenes de lesa humanidad –deportación, persecución y otros actos inhumanos– cometidos en el Estado de Rakhine –Myanmar– desde el 9 de octubre de 2016, al recaer uno de sus elementos en el Estado de Bangladesh, Parte del Estatuto. Esta solicitud se basaba en el artículo 15 el Estatuto de Roma, que otorga al Fiscal de la Corte la facultad de iniciar una investigación de oficio sobre un crimen competencia de la Corte y solicitar la autorización pertinente a la Sala de Cuestiones Preliminares. El 14 de noviembre del mismo año, solo tres días después de que Gambia iniciara el procedimiento ante la CIJ, la mencionada Sala autorizó el inicio de la investigación solicitada por la OTP. Esta decisión, según el autor Nicolás Carrillo Santarelli, supuso un alivio tanto para las víctimas como para la propia Corte en sí misma, al poder considerarse este como un avance hacia la lucha contra la impunidad⁶⁰, la cual constituye el objetivo último de la CPI.

⁵⁷ NOTICIAS ONU, «La resolución del Consejo de Seguridad sobre las violaciones de derechos humanos en Myanmar es insuficiente, dice experto», 22 de diciembre de 2022. Disponible en: <<https://news.un.org/es/story/2022/12/1517627>> [Consultado el 21/10/2024].

⁵⁸ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. «Resolución 2669 (2022)», cit., punto 10.

⁵⁹ Crisis, no genocidio, del Estado de Rakhine, no de los Rohingya, son dos aspectos que, bien a primera vista no parecen destacables, sí lo son cuando se trata de abordar una cuestión tan seria como una vulneración flagrante de los derechos humanos calificada de “genocidio” por algunos órganos de Naciones Unidas. Se trata de una resolución que, aunque importante para romper la tendencia del veto de China y Rusia, que esta vez decidieron abstenerse, junto a la India, deja mucho que desear con tal de abordar la crisis de los Rohingya de un modo efectivo.

⁶⁰ CARRILLO SANTARELLI, N., «La decisión “humanizadora” de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional sobre competencia y jurisdicción frente a algunos crímenes cometidos de forma transnacional: el caso de los Rohingya expulsados hacia Bangladesh», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 36, 2018, DOI: 10.17103/reei.36.14, p. 4.

A. Las decisiones sobre la jurisdicción de la Corte de 2018 y 2019

Esta decisión tuvo como precedente la solicitud por la OTP a la Corte para que esta se pronunciara respecto de la siguiente cuestión: si la Corte podía ejercer su jurisdicción sobre el crimen de deportación de la población Rohingya desde Myanmar hasta Bangladesh, con fecha de 9 de abril de 2018. En su exposición, el Fiscal procedió a distinguir los crímenes de deportación y traslado forzoso, incluidos ambos en la letra 7.1.d) del Estatuto, y definidos conjuntamente en el artículo 7.2.d). Una de las cuestiones principales fue aclarar si el cruce de una frontera internacional era un elemento constitutivo del crimen de deportación, pues la única indicación que nos ofrece el artículo 7.2.d) del Estatuto de Roma, es que la víctima debe haber sido expulsada «de la zona en que esté legalmente presente, sin motivos autorizados por el derecho internacional». Sin embargo, la interpretación que ofreció el Fiscal del crimen de deportación sí exige que una persona sea forzada a cruzar una frontera *–border–* internacional. El crimen de deportación requiere, *de iure* o *de facto* que la víctima sea forzada a cruzar una frontera *–border–* internacional, recayendo uno de los elementos del crimen, por tanto, en el segundo Estado. Por otra parte, el crimen de traslado forzoso, según el Fiscal, no requeriría el cruce de dicha frontera internacional. Para fundamentar su interpretación del crimen de deportación, el Fiscal se basó en la jurisprudencia emanada de otros órganos jurisdiccionales internacionales, como el TPIY en el caso *Stakic*, donde la Sala de Apelaciones expuso los elementos principales del crimen de deportación:

- a) Que el desplazamiento de las personas sea involuntario, a través de la expulsión u otras formas de coerción, sin que sea necesario únicamente la utilización de actos violentos o mediante el uso de la fuerza;
- b) Que el desplazamiento tuviera lugar a través de las fronteras *–borders–* reconocidas internacionalmente, o fronteras *–boundaires– de facto* no reconocidas internacionalmente. No obstante, esta cuestión cuenta con una gran controversia a su alrededor, pues en el mismo Tribunal, la Sala Primera respaldó la opinión contraria, es decir, que este requisito trasfronterizo era insignificante, pues «lo que en la jurisprudencia se ha considerado dos delitos distintos [deportación y traslado forzoso], es en realidad uno solo». No obstante, tras examinar en profundidad esta cuestión, la Sala de Apelaciones llegó a la conclusión de que el crimen de deportación requería de un elemento transfronterizo⁶¹.

A la hora de examinar la solicitud de la OTP en 2018, la Corte siguió el pronunciamiento del párrafo anterior, y declaró que el artículo 7.1.d) comprende dos crímenes distintos, siendo el crimen de deportación aquel que comprende, entre sus elementos objetivos, el desplazamiento forzoso de una persona a través de una frontera⁶². Asimismo, la Sala de

⁶¹ TPIY, «Prosecutor v. Stakic». IT-97-24-A, Sentencia de 22 de marzo de 2006, pp. 94-95, para. 288.

⁶² CPI, «Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute». ICC-RoC46(3)-01/18-37, Decisión de 6 de septiembre de 2018, p. 34, para. 59.

Cuestiones Preliminares también se pronunció sobre el alcance del artículo 12.2.a) del Estatuto, el cual extiende la competencia de la Corte hacia aquellos crímenes cometidos en el territorio de un Estado Parte. Siguiendo la línea jurisprudencial iniciada por el caso *Lotus* ante la Corte Permanente de Justicia Internacional –CPJI–, en el cual se negó el carácter absoluto del principio de territorialidad en el derecho penal y también su coincidencia con la soberanía territorial⁶³, la Sala confirmó que podía extender su jurisdicción al Estado de Bangladesh si, al menos, un elemento del crimen de deportación se había producido en su territorio⁶⁴.

Adicionalmente, y sin que la OTP hiciera mención de estos aspectos en su solicitud, la Sala consideró apropiado aprovechar la ocasión para determinar si este mismo razonamiento servía para extender su jurisdicción a otros crímenes competencia de la Corte. Puso como ejemplo los crímenes de persecución –7.1.h)– y otros actos inhumanos –7.1.k)–, los cuales, al estar conectados con el crimen de deportación, también entrarían dentro de la jurisdicción de la Corte⁶⁵.

Finalmente, el 4 de julio de 2019 la OTP solicitó autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar una investigación en relación a la comisión de los siguientes crímenes de lesa humanidad contra la población Rohingya en Myanmar: deportación, persecución, y otros actos inhumanos, bajo la premisa de que, al menos, una parte de dichos crímenes, tiene lugar en el Estado de Bangladesh.

Al contrario que Myanmar, Bangladesh sí es un Estado Parte del Estatuto de Roma y, por tanto, la Corte, como hemos señalado, en base a la atribución competencial *ratione loci* del artículo 12.2.a), puede investigar los crímenes que hayan tenido lugar en el territorio del Estado parte. Así, el 14 de noviembre de 2019 –tres días después del inicio del proceso ante la CIJ–, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI concluyó que tenía competencia para conocer del caso en los siguientes términos: por razón del lugar o *ratione loci*, la Corte tiene competencia para conocer de los crímenes que han tenido lugar, al menos en parte, en territorio de Bangladesh; por razón de la materia o *ratione materiae*, la Corte tiene competencia para conocer de cualquier crimen competencia de la Corte que se haya cometido al menos, en parte, en territorio de Bangladesh (resaltó particularmente la posibilidad de que se cometieran los crímenes de deportación y persecución, tipificados en el artículo 7 del Estatuto relativo a los crímenes de lesa humanidad); y, por razón temporal o *ratione temporis*, la Corte se muestra competente para conocer de los hechos sucedidos desde el 1 de junio de 2010 –o anteriores si los mismos continuaron a partir de tal fecha–, momento

⁶³ «The territoriality of criminal law, therefore, is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty». TPIJ. «The case of the S.S. Lotus (France v. Turkey)». Sentencia No. 9, 7 de septiembre de 1927, p. 20.

⁶⁴ CPI, «Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute», cit., p. 42, para. 73.

⁶⁵ CPI, «Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute», cit., pp. 42-45, paras. 74-79.

en que Bangladesh ratificó el Estatuto de Roma⁶⁶. Respecto de la competencia *ratione personae*, la Sala no se pronunció.

B. Las primeras objeciones a la decisión de 2019

Esta conclusión a la que llegó a la Corte sobre su jurisdicción a la hora de autorizar el inicio de las investigaciones, no escapó a las objeciones de ciertos sujetos. En concreto, en octubre de 2019, el Dr. Tin Aung Aye –Sr. Aye en adelante–, la Confederación de Sindicatos de Myanmar –CTUM por sus siglas en inglés–, y la Alianza para la Justicia Social –AJS– solicitaron a la Sala de Cuestiones Preliminares autorización para remitir sus observaciones como *amicus curiae*, bajo el amparo del artículo 103(1) de las Reglas de Procedimiento de la Corte. Veamos a continuación, el contenido de las dos primeras solicitudes de intervención, siendo la tercera de ellas relativa únicamente a cuestiones relacionadas con la admisibilidad de las actividades de la fiscalía previas a la autorización para investigar.

En su escrito, el Sr. Aye criticó la posibilidad de que la Corte extendiera su jurisdicción al crimen de deportación o traslado forzoso bajo el argumento de que uno de los elementos del traslado ocurre en un Estado Parte del Estatuto, siendo así un factor objetivo para determinar esto, la necesidad de que durante el traslado se produzca un paso a través de una frontera internacionalmente reconocida; en este caso, la frontera entre Myanmar y Bangladesh. Según el solicitante, la redacción de este crimen en el Estatuto de Roma no implica la necesidad de que el individuo objeto de dicho traslado tenga un objetivo o destino concreto, sino que basta con que dicha persona haya sido expulsada de la zona en que esté «legítimamente» presente, sin motivos autorizados por el Derecho internacional.

«El alcance espacial y, por tanto, cuantitativo de dicho desplazamiento sería entonces una consideración a tener en cuenta por la fiscalía a la hora de decidir si acusar o no a un individuo por el delito de deportación»⁶⁷.

En resumen, el Sr. Aye afirmaba que el artículo 7.2.d) del Estatuto de Roma debía ser interpretado de forma que no era necesario probar el cruce de una frontera nacional o la presencia de la población en otro Estado para poder probar todos los elementos del crimen de deportación y de traslado forzoso; por el contrario, todos estos elementos se completan desde el momento del desplazamiento ilegal, es decir, dentro de las fronteras de Myanmar, sin que la Corte pudiera extender su jurisdicción a dicho territorio. De igual manera, y siguiendo una argumentación similar, el Sr. Aye desafiaba la postura del Fiscal de la CPI, al

⁶⁶ CPI, «Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar». ICC-01/19-27, Decisión de 14 de noviembre de 2019, pp. 53-57, paras. 124-134.

⁶⁷ CPI, «Application pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure & Evidence». ICC-01/19-13, Solicitud de 10 de octubre de 2019, p. 9, para. 17.

asegurar que el crimen de persecución del artículo 7.1.h) se había cometido en su totalidad dentro de las fronteras de Myanmar⁶⁸.

Por su parte, la CTUM trató de desafiar las alegaciones del Fiscal de la CPI en relación al contexto de discriminación y violencia contra la población Rohingya en Myanmar. En primer lugar, la CTUM argumentó que una buena parte de la población Rohingya que se desplazó hasta Bangladesh durante los años 2016 y 2017, lo hizo como consecuencia de un miedo subjetivo, pero no como resultado de una política organizada e intencional de expulsión. En segundo lugar, la CTUM buscó oponerse a la argumentación del Fiscal sobre que el término «Rohingya» podía ser definido como una connotación de un grupo étnico distintivo; por el contrario, la parte solicitante afirmaba que dicho término debía ser visto como el resultado de un proceso de formación de una identidad que unió a las comunidades musulmanas en el norte del Estado de Rakhine, con un perfil cultural similar, aunque con un pasado histórico diverso⁶⁹. Asimismo, la Parte solicitante trató de argumentar que los Rohingya no eran, desde un punto de vista histórico, individuos que residieran legalmente en Myanmar, sino que sus orígenes se remontan a inmigrantes ilegales provenientes de Bangladesh⁷⁰. En tercer lugar, la CTUM buscó refutar los argumentos de la fiscalía respecto de la creación de condiciones para prevenir el retorno de la población desplazada a través de la provisión de instrumentos bilaterales firmados con Bangladesh para el retorno de personas desplazadas en 2017 y 2018⁷¹. Por último, la CTUM buscaba confrontar los argumentos de la fiscalía concernientes a la aplicación discriminatoria de la legislación birmana sobre ciudadanía, así como de otras leyes nacionales. En este sentido, la CTUM afirmaba que la situación irregular en la que se encuentran los Rohingyas es una cuestión pendiente por resolver por el gobierno birmano, pero cuyo retraso ha sido debido a cuestiones administrativas o a la incorrecta implementación de la legislación existente, pero no como consecuencia de actos políticos intencionalmente discriminatorios⁷².

Todas estas solicitudes, sin embargo, fueron rechazadas por la Sala de Cuestiones Preliminares, en tanto su contenido no tenía la suficiente relevancia en la etapa en la que se encontraba el procedimiento, es decir, antes de la apertura de las investigaciones. De hecho, la Sala afirmó que todas las cuestiones alegadas por las partes solicitantes podían ser nuevamente traídas a colación en etapas posteriores del procedimiento⁷³.

⁶⁸ CPI, «Application pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure & Evidence». ICC-01/19-13, cit., pp. 14-15, para. 27.

⁶⁹ CPI, «Application pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure & Evidence». ICC-01/19-16, Solicitud de 16 de octubre de 2019, p. 6, para. 10.

⁷⁰ CPI, «Application pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure & Evidence». ICC-01/19-16, cit., pp. 8-9, para. 16.

⁷¹ CPI, «Application pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure & Evidence». ICC-01/19-16, cit., pp. 10-11, paras. 18-19.

⁷² CPI, «Application pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure & Evidence». ICC-01/19-16, cit., p. 16, para. 34.

⁷³ CPI, «Decision on requests for leave to submit amicus curiae observations». ICC-01/19-26, Decisión de 14 de noviembre de 2019, para. 15.

Desde el inicio de las investigaciones en noviembre de 2019, estas continúan su curso. Como ya se ha observado en el apartado anterior, las pruebas recabadas por la IIFFMM no solo son de utilidad para invocar la responsabilidad estatal, sino también para invocar la responsabilidad penal individual, en el caso del procedimiento llevado a cabo ante la CPI. Es tal la relevancia que tienen estas pruebas, que la propia OTP se basó extensivamente en ellas para la redacción de su solicitud de inicio de la investigación⁷⁴. Sin embargo, y tal como reconoció la propia Misión, ésta no llegó «a la conclusión de que individuos concretos cometieran los actos prohibidos identificados con la intención de especial requerida, dando lugar a responsabilidad penal individual por genocidio»⁷⁵.

C. La simultaneidad de los procesos

En este caso se nos muestra una discordancia realmente visible entre los dos tribunales internacionales analizados: la CPI y la CIJ. Mientras que la primera se propone investigar los hechos cometidos bajo el parámetro del crimen de lesa humanidad, en el segundo se enjuicia al Estado por la comisión del crimen de genocidio. De acuerdo con el planteamiento de la profesora Carmen Quesada, será realmente importante tener en cuenta la sentencia que se emita en primer lugar, pues su contenido podría influir en la del segundo tribunal. Como señala la profesora, ambos utilizan, al menos en parte, los mismos medios de prueba, que son los conferidos por los distintos órganos de investigación del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: la IIFFMM y el Mecanismo Independiente de Investigación –IIMM–. Coincidimos con la profesora Quesada en que, en el futuro, la CIJ tiene mayores probabilidades de emitir primero su fallo y, por ende, dirigir de alguna manera la investigación de la CPI hacia determinadas personas y en base al crimen, o no, del genocidio⁷⁶.

Esta complementariedad entre ambos tribunales internacionales es también examinada por Natalia Luterstein en *Gambia vs. Myanmar y la dualidad de responsabilidad internacional en materia de genocidio: ¿Nuevas reglas de juego?*, donde la autora afirma que la CIJ utilizaba una metodología que consistía en el uso de la jurisprudencia de un tribunal penal previo que atribuyera la responsabilidad de un crimen a un individuo para, después, dilucidar si tal responsabilidad podría extenderse o no al Estado⁷⁷. De acuerdo con el Capítulo II

⁷⁴ CPI, «Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15». ICC-01/19-7, Autorización de 4 de julio de 2019, p. 15, para. 29.

⁷⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, «Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar», cit., p. 359, para. 1418.

⁷⁶ QUESADA ALCALÁ, C., «La CIJ y la CPI frente a los crímenes internacionales cometidos contra los Rohingya: Confluencias y discrepancias», en: TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., y ESPÓSITO MASSICCI, C. (dirs.), *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los derechos humanos, III Jornadas sobre los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia*, Revista española de derecho internacional, 2022, pp. 308-309.

⁷⁷ LUTERSTEIN, N., «“Gambia vs. Myanmar” y la dualidad de responsabilidad internacional en materia de genocidio: ¿Nuevas reglas de juego?», en: TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., y ESPÓSITO

del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁷⁸, será atribuible al Estado el comportamiento de: i) los órganos del Estado; ii) toda persona o entidad que ejercite atribuciones del poder público –incluso si se extralimita de sus competencias o contraviene instrucciones–; iii) el órgano de un Estado puesto a disposición a otro Estado; iv) toda persona o grupo de personas si actúa o actúan por instrucciones o bajo la dirección o control del Estado; v) movimientos insurreccionales o de otra clase, siempre que se convierta en el nuevo gobierno del Estado; y vi) el comportamiento que el Estado reconozca y adopte como propio⁷⁹. Así, la metodología usada por la CIJ debería tener en cuenta, en conjunción, tanto la atribución de responsabilidad penal internacional a una persona determinada como la posibilidad de atribuir al Estado el comportamiento de esa persona de acuerdo con los parámetros esbozados.

Tal como trata la profesora Quesada en su escrito, se trata de una cuestión de fechas. Cabe recordar que la CPI no está investigando el crimen de genocidio en su investigación de Bangladesh/Myanmar, sino del crimen de deportación forzosa como crimen de lesa humanidad –artículo 7 del Estatuto de Roma–. Por tanto, ante este vacío jurisprudencial previo, la CIJ se verá obligada, tal como enuncia Luterstein, a examinar los aspectos del caso a partir de las «conclusiones fácticas de órganos no jurisdiccionales»⁸⁰, llevando a la Corte ante la obligación de modificar la metodología que venía utilizando a priori en casos similares. El resultado final podrá manifestarse, bien en un acercamiento del régimen de justicia penal internacional y el régimen de responsabilidad de los Estados, o bien la reafirmación de que ambos regímenes son autónomos e independientes, tal como expresó en su sentencia en el asunto *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro)* de 2007⁸¹.

3. La aplicación del principio de justicia universal

En el presente apartado se examinarán dos casos en los que se ha tratado de aplicar el principio de justicia universal en relación a los crímenes acontecidos en Myanmar contra la población Rohingya. Por un lado, se estudiará el caso de la jurisdicción argentina, que autorizó la apertura de investigaciones sobre los crímenes alegados por un grupo de acti-

MASSICCI, C. (dirs.), *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los derechos humanos, III Jornadas sobre los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid (La Ley), 2022, pp. 155-178.

⁷⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, «Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos». Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexo por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

⁷⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, «Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos», cit., arts. 4-11.

⁸⁰ LUTERSTEIN, N. «“Gambia vs. Myanmar” y la dualidad de responsabilidad internacional en materia de genocidio: ¿Nuevas reglas de juego?», cit., pp. 160-161.

⁸¹ CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)», cit., p. 43, para. 182.

vistas birmanos y, por otro lado, la decisión del Fiscal General de Alemania de declinar un procedimiento de investigación similar.

En octubre de 2012, en el seno de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños –CELAC–, el Representante Permanente de la República de Argentina, Martín García Moritán, realizó un *excursus* sobre la posición de Argentina en torno al principio de jurisdicción universal. En base a este discurso, Argentina⁸² considera este principio como «uno de los componentes esenciales del sistema de justicia penal internacional»⁸³ y, si bien reitera que la obligación primaria de investigar y enjuiciar los crímenes de mayor trascendencia corresponde al Estado en cuya jurisdicción se están cometiendo, también admite que hay circunstancias en las que ese Estado no desea o no tiene la capacidad de hacer frente a tal situación. En estos casos, el principio de jurisdicción universal permite a otros Estados no directamente vinculados actuar para impedir la impunidad sobre ese crimen. El representante aclara que la utilización de este instrumento es «de carácter excepcional y de aplicación subsidiaria»⁸⁴. En la nación Argentina, este principio y la implementación del Estatuto de Roma se encuentran recogidos, respectivamente, en el artículo 118 de su constitución y en la Ley 26.200⁸⁵.

Al tener el genocidio la consideración de crimen penal internacional, por un lado, y al ser la prohibición del genocidio una norma *ius cogens*, por otro, es aplicable el principio de justicia universal y, por tanto, los actos cometidos en Myanmar son perseguibles por terceros Estados⁸⁶. Fue precisamente, en base a este principio, que el 13 de noviembre de 2019 –dos días después del inicio del procedimiento ante la CIJ y un día antes de su apertura en la CPI– un grupo de activistas Rohingya de la Organización Burmese Rohingya

⁸² Argentina prevé este principio en el artículo 118 de su Constitución nacional, mediante el siguiente precepto: «La actuación de estos juicios [criminales] se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio». Constitución de la Nación Argentina. Ley N° 24.430, 15 de diciembre de 1994, art. 118.

⁸³ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO DE ARGENTINA, «Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Tema 87. Intervención del Representante Permanente de la República Argentina, Embajador Martín García Moritán». 2012. Disponible en: <<https://enaun.cancilleria.gob.ar/es/alcance-y-aplicacion-del-principio-de-la-jurisdiccion-universal-tema-87#:~:text=La%20Argentina%20considera%20a%20la,razonable%20de%20a%20jurisdiccion%20universal>> [Consultado el 17/10/2024].

⁸⁴ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO DE ARGENTINA, «Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Tema 87. Intervención del Representante Permanente de la República Argentina, Embajador Martín García Moritán», cit.

⁸⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, «Ley 26.200. Ley de Implementación del Estatuto de Roma, aprobado por la Ley N° 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, de la Corte Penal Internacional. Disposiciones Generales Penas y principios generales. Delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional. Relaciones con la Corte Penal Internacional». Disponible en: <<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123921/norma.htm>> [Consultado el 20/10/2024].

⁸⁶ PÉREZ CEPEDA, A.I. (dir.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, pp. 338-340.

Organization U.K. –BROUK– presentó un caso ante un tribunal penal argentino sobre la comisión de crímenes de genocidio y lesa humanidad contra la población Rohingya en Myanmar; sin embargo, este caso fue rechazado por el órgano al alegar que no era el foro apropiado para conocer del asunto. Tras recurrir dicha decisión, en agosto de 2021 la Corte Federal Argentina inició las investigaciones penales pertinentes contra los funcionarios militares y civiles en Myanmar. Los principales sujetos objeto de investigación son la líder Aung San Suu Kyi, así como los oficiales de la junta militar⁸⁷, el general Min Aung Hlaing y los ex presidentes U Htin Kyaw y U Thein Sein. Esta medida no resulta incompatible con los trabajos de la CPI, pues se trata de una medida complementaria, y así lo ha señalado la juez Van den Wyngaert en el asunto de la orden de detención⁸⁸. No obstante, aunque en la teoría existe el deber de perseguir estos crímenes, no es frecuente que los Estados lo pongan en práctica cuando no existe un nexo, ya sea en relación con la autoría o con la víctima del crimen, o ya sea que este produce efectos negativos para sus intereses. En el caso de Argentina, resulta prácticamente improbable encontrar algún nexo de estas características⁸⁹.

Además, otro de los problemas que la Corte Federal deberá atender será el relativo a la obtención de pruebas. La Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1973 sobre los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad* establece que

«Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas»⁹⁰.

Asimismo, la sentencia de la CIJ en el *asunto del Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania)* de 1949 estableció que las alegaciones de excepcional gravedad que se realizaran contra otro Estado requerirían un cierto grado de certeza⁹¹; es decir, las pruebas aportadas

⁸⁷ TRIAL INTERNATIONAL, *Universal Jurisdiction Annual Review 2022*. 2022, p. 19.

⁸⁸ En este asunto, la magistrada Van den Wyngaert realizó opinión disidente sobre la competencia universal, tema del cual la Corte no se había pronunciado: «*La competencia universal no es contraria al principio de la complementariedad que se establece en el Estatuto de Roma respecto de una corte penal internacional*». CIJ. «Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)». Sentencia de 14 de febrero de 2002, pp. 177-178, para. 67.

⁸⁹ BASSIOUNI, M.C. «Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea». *Virginia Journal of International Law Association*, Otoño 2001, 42 Va. J. Int'L. 81, p. 9.

⁹⁰ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 3074 (XXVIII) sobre los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad». 1973.

⁹¹ CIJ, «The Corfu Channel Case». Sentencia de 9 de abril de 1949, p. 17.

en este tipo de acusaciones deben ser lo más certeras posibles. Esta exigencia parecería también ser necesaria en la atribución de responsabilidad penal individual. Por tanto, para el correcto enjuiciamiento de los presuntos responsables de estos crímenes es necesaria la obtención previa de una «prueba de culpabilidad». Una posible solución para la Corte Federal es hacer uso de documentos y pruebas aportados por órganos extraestatales, tales como oenegés (Amnistía Internacional o Médicos Sin Fronteras) u órganos creados en instancias internacionales, como la ya mencionada IIFFMM creada por el Consejo de Derechos Humanos y en cuyo informe de septiembre de 2019 recogía las pruebas suficientes para calificar a estos actos de crímenes de genocidio. Algunos ejemplos de este tipo de pruebas son las imágenes captadas por satélites de terrenos calcinados, o los centenares de entrevistas realizadas a determinados individuos. Al mismo tiempo, la Corte Federal comenzó a escuchar a un número de víctimas Rohingya, las cuales comparecieron de forma remota para contar al tribunal sus experiencias durante las operaciones de limpieza de 2017⁹².

El trabajo conjunto del tribunal argentino, del resto de oenegés implicadas en el caso, y de órganos de Naciones Unidas como el IIMM es clave para la recopilación correcta y eficaz del máximo número de pruebas testimoniales y documentales posibles sobre los crímenes alegados. El caso argentino es un proceso complementario al que, actualmente, se está llevando a cabo ante la CPI; sin embargo, para garantizar dicha complementariedad, es necesaria una comunicación fluida entre todos estos tribunales, especialmente con el objetivo de no duplicar esfuerzos, optimizar el tiempo y compartir recursos.

Años más tarde de la presentación de la denuncia ante la jurisdicción argentina, en enero de 2023 se presentó una denuncia por Fortify Rights y 16 denunciantes de Myanmar ante el Fiscal General Federal de Alemania, solicitando que iniciara un caso en Alemania contra altos generales militares de Myanmar por crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad⁹³. No obstante, en noviembre del mismo año, el Fiscal rechazó la solicitud y decidió no abrir investigaciones por los hechos alegados⁹⁴.

Las razones detrás de esta decisión por parte del Fiscal General son: la ausencia de sospechosos presentes en Alemania, y el hecho de que su apertura supondría una duplicación de esfuerzos por parte de la Fiscalía y la IIMM. En el Código de Enjuiciamiento Penal Alemán –*Strafprozeßordnung*–, la Sección 153.f, relativa al rechazo, por parte del fiscal, para perseguir crímenes contra el derecho internacional, establece que la Oficina del Fiscal

⁹² GLOBAL JUSTICE CENTER, «El caso de jurisdicción universal en Argentina que investiga crímenes contra las personas Rohingya en Myanmar». Disponible en: <<https://www.globaljusticecenter.net/el-caso-de-jurisdiccion-universal-en-argentina-que-investiga-crímenes-contra-las-personas-rohingya-en-myanmar/>> [Consultado el 21/10/2024].

⁹³ FORTIFY RIGHTS, «German Federal Prosecutor Declines to Investigate Myanmar Atrocities, Fortify Rights Committed to Ending Impunity». 2023. Disponible en: <<https://www.fortifyrights.org/mya-inv-2023-11-30/>> [Consultado el 21/10/2024].

⁹⁴ IIMM, «Universal Jurisdiction. The case in Argentina». Disponible en: <<https://iimm.un.org/universal-jurisdiction/#:~:text=In%20January%202023%2C%2016%20applicants,this%20complaint%20in%20September%202023>> [Consultado el 21/10/2024].

podrá declinar la investigación sobre ciertos crímenes cometidos en el extranjero contra el derecho internacional: si el acusado no reside ni se espera que resida en Alemania, si el acusado no es alemán, si la víctima no es alemana, o si el delito está siendo perseguido por un tribunal internacional⁹⁵.

Por último, resulta destacable que, en junio de 2022, las autoridades turcas iniciaron una investigación preliminar sobre posibles crímenes cometidos por miembros de la junta militar de Myanmar contra la población Rohingya, incluyendo al general Min Aung Hlaing entre los sujetos investigados. Este caso fue presentado en marzo de dicho año por el Myanmar Accountability Project⁹⁶.

Se trata del primer caso traído a una jurisdicción extranjera por los crímenes cometidos en Myanmar tras el golpe de Estado de 2021 por la junta militar; este caso no se centra en los crímenes cometidos contra la población Rohingya, sino en supuestos crímenes de tortura cometidos por la junta militar en centros de interrogación militares en la ciudad de Mingaladon⁹⁷.

III. LAS POSIBLES ALTERNATIVAS FUTURAS

Una vez examinados los procedimientos actuales que se están llevando a cabo, debe cuestionarse qué posibles alternativas futuras hay ante esta situación. Entre estas alternativas, desde el punto de vista de la rendición de cuentas examinaremos dos: la creación de un tribunal penal internacional *ad hoc*, y la creación de un tribunal penal mixto. En ambos casos examinaremos qué ventajas y qué inconvenientes –trayendo a colación, a su vez, aspectos de índole geopolítica que podrían suponer un obstáculo o una ventaja para su establecimiento– poseen ambas alternativas.

1. La creación de un tribunal penal internacional *ad hoc*

La década de 1990 fue testigo de numerosas violaciones de derechos humanos y numerosas intervenciones para detener estos conflictos⁹⁸; sin embargo, hubo dos sucesos, en

⁹⁵ FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE, *The German Code of Criminal Procedure*. 1987, Sección 153.f).

⁹⁶ MYANMAR ACCOUNTABILITY PROJECT, «Turkish Authorities Open Unprecedented Investigation into Myanmar Junta». 2022. Disponible en: <<https://the-world-is-watching.org/2022/06/02/turkish-authorities-open-unprecedented-investigation-into-myanmar-junta/>> [Consultado el 21/10/2024].

⁹⁷ MYANMAR NOW, «Criminal charges of torture filed against Myanmar junta leaders in Turkey». 2022. Disponible en: <<https://myanmar-now.org/en/news/criminal-charges-of-torture-filed-against-myanmar-junta-leaders-in-turkey/>> [Consultado el 22/10/2024].

⁹⁸ Algunos de los conflictos a destacar son la Guerra del Golfo (1990-1991), el estallido del conflicto en Somalia (1991), la Guerra de Bosnia (1992-1995), o la Guerra Civil de Sierra Leona (1991-2002). No nos detendremos a analizar cada uno de estos dos conflictos más allá de calificar a los crímenes acontecidos en ambos territorios como crímenes de extrema gravedad calificables como genocidio, crímenes de guerra y crímenes

concreto, que provocaron que el CSNU adoptara sendas resoluciones por las que se constituía, por primera vez en la historia bajo su iniciativa, dos tribunales penales internacionales *ad hoc* para el enjuiciamiento de los individuos responsables de los crímenes en la antigua Yugoslavia y Ruanda. Así, el CSNU a través de sus resoluciones 808 y 827⁹⁹, por una parte, y su resolución 955¹⁰⁰, por otra, instauró el TPIY y el TPIR.

Las características principales de estos tribunales son su carácter temporal, su competencia para el enjuiciamiento de ciertos crímenes en un determinado territorio, y su modo de constitución: se requiere un acuerdo entre un órgano de Naciones Unidas y el Estado donde se deben investigar los crímenes. En primer lugar, esto presupone un obstáculo a la hora de constituir un tribunal de este estilo, lo que alcanza también a los tribunales penales mixtos: la voluntad del Estado donde se están cometiendo los crímenes de constituir un tribunal *ad hoc* para la rendición de cuentas de determinadas personas, y la legitimación social de dicho órgano. En el caso actual de Myanmar, ambos elementos están actualmente excluidos debido la situación política en la que se encuentra el país. Por lo tanto, y aunque se trata de un asunto de gran relevancia, de aquí en adelante se deberá obviar esta cuestión y reforzar la hipótesis de creación de un tribunal internacional *ad hoc* para Myanmar, con el objeto de atribuir responsabilidad individual por los crímenes cometidos contra los Rohingya.

Como bien establece la profesora Quesada Alcalá, el establecimiento de un tribunal internacional *ad hoc* debe adecuarse al principio de legalidad¹⁰¹, lo que requiere una definición de los delitos que se proponga enjuiciar –*nullum crimen sine iure*–. De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, y en base a las pruebas recogidas por la IIFFMM, sería preferible pensar en un tribunal internacional *ad hoc* para el genocidio Rohingya en Myanmar. El crimen de genocidio se encuentra definido en varios instrumentos, entre los que destaca la Resolución 96(I) de la Asamblea General de Naciones Unidas¹⁰², la Convención sobre el Genocidio de 1948, el Estatuto de Roma de 1998, los Elementos de los Crímenes¹⁰³, o los estatutos del TPIY y el TPIR. Además, la prohibición de cometer genocidio es una norma *ius cogens* respaldada por la jurisprudencia internacional en el caso ante la CIJ sobre la *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro)* de 2007. Adicionalmente, el Juez Antonio Cassese afirmó que «el genocidio es un delito proscrito por el Derecho internacional consuetudinario»¹⁰⁴. En

de lesa humanidad, los cuales están tipificados en cada uno de sus estatutos como parte de la jurisdicción de estos tribunales y destacan entre los demás conflictos de la década por su extrema dureza.

⁹⁹ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 808 (1993)», 1993; CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 827 (1993)», 1993.

¹⁰⁰ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 955 (1994)», 1994.

¹⁰¹ QUESADA ALCALÁ, C., «El crimen de agresión contra Ucrania, un crimen cierto de enjuiciamiento incierto», *Revista de Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 46, 2023, p. 320.

¹⁰² ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 96(I). El crimen de genocidio». 1946.

¹⁰³ Adoptados en el marco de la CPI en la Conferencia de Revisión de 2010.

¹⁰⁴ CASSESE, A., «Afirmación de los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg», *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2009, p. 8.

definitiva, el crimen de genocidio está claramente tipificado en el Derecho internacional convencional y reconocido por el Derecho internacional consuetudinario¹⁰⁵.

Con objeto de que este nuevo tribunal sea un mecanismo complementario de los trabajos de la CPI que se están llevando a cabo en estos momentos, el alcance o *scope* del mismo deberá limitarse a aquellos crímenes que la Corte no esté conociendo y no sea capaz de juzgar; en este caso, la creación de un tribunal internacional *ad hoc* para el crimen de genocidio en Myanmar encajaría en dicha limitación y no perjudicaría el trabajo que se está llevando a cabo en la CPI, pues esta basa su competencia en ciertos crímenes de lesa humanidad.

En relación a la competencia temporal del tribunal, hay que tener en cuenta que cuanto más atrás en el tiempo dirija su mirada el tribunal, más difícil será encontrar los medios de prueba necesarios y suficientes como para que pueda llegar a una conclusión clara y precisa sobre lo sucedido. En el caso de los Rohingya, las primeras oleadas de violencia y persecución pueden datarse de 1978 con la denominada «Operación Nagamin» –Operación Dragón–, es decir, hace casi 50 años. La segunda oleada de violencia se dio en la década de 1980, como, por ejemplo, la «Operación Nación Limpia y Hermosa». El punto más álgido de violencia se dio en los años 2012 y 2017. Por tanto, parecería que lo más sensato, desde el punto de vista práctico, enjuiciar los crímenes cometidos desde las denominadas «masacres de 2012», incluyendo lo sucedido desde dicho año en adelante. Para la elección del marco temporal adecuado, se debería atender a la cantidad de pruebas recogidas por diferentes organismos internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales. Esta afirmación es la enunciada por la querrela mencionada supra del BROUK ante la Corte Federal Argentina, por la cual se solicitaba investigar los crímenes cometidos desde 2012. Así, en el estatuto del nuevo tribunal, debería incluirse una cláusula sobre la competencia temporal del órgano que permita enjuiciar a los presuntos responsables del crimen de genocidio a partir de 2012 –o 2017, según se decida respecto del balance de pruebas recogidas– contra la población Rohingya, de forma similar al artículo 1 del Estatuto del TPIY¹⁰⁶.

Por último, cabe señalar que los acontecimientos actuales en relación a la guerra de Rusia y Ucrania pueden allanar el camino hacia la constitución de este nuevo tribunal internacional penal *ad hoc* para Myanmar. En efecto, una iniciativa encabezada por países

¹⁰⁵ Otros casos en el seno de la CIJ que reconocen a la prohibición de cometer genocidio como norma *ius cogens* son: *Actividades Armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Ruanda)* de 2006 y *Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Croacia c. Serbia)* de 2015. CIJ. «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)», cit., p. 46, para. 86. Actualmente la CIJ está conociendo de tres casos relacionados con la aplicación de la Convención sobre el Genocidio: *Gambia c. Myanmar*; *Ucrania c. Federación Rusa y Sudáfrica c. Israel*.

¹⁰⁶ Artículo 1 –Competencia del Tribunal Internacional: «El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991 de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto». OHCHR. «Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia», 1993, art. 1.

Europeos como Países Bajos, Estonia o la propia Ucrania pretende poner en funcionamiento un tribunal penal especial *ad hoc* que investigue y castigue los crímenes de agresión contra Ucrania perpetrados desde 2014¹⁰⁷. Este órgano no pretende obstaculizar de ninguna forma el actual procedimiento que se está llevando a cabo en la CPI respecto de los crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad cometidos en territorio ucraniano, sino que pretende ser un complemento al centrarse no en dichos delitos, sino en el crimen de agresión, sobre el cual no tiene competencia la CPI¹⁰⁸. Este crimen no puede ser objeto de competencia de la Corte en este caso puesto que ni Rusia ni Ucrania habían ratificado ni el Estatuto de Roma ni las enmiendas de Kampala, y la declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte por Ucrania en 2014 no incluía el crimen de agresión¹⁰⁹. Además, el CSNU tampoco está en posición de remitir este caso a la fiscalía de la Corte debido a su bloqueo interno¹¹⁰. Este precedente implicaría la constitución de un tribunal penal internacional *ad hoc* apoyado en el sistema de Naciones Unidas, seguramente en la Asamblea General, donde en votaciones anteriores se hizo patente la condena de la Comunidad Internacional de las acciones rusas en Ucrania¹¹¹. Este órgano, además, deberá contar con el apoyo y colaboración de Ucrania y la CPI, actuando como un procedimiento complementario y no sustitutivo de los llevados a cabo por este último tribunal. Preferiblemente, su instrumento constitutivo devendría en una resolución de la Asamblea General, basándose en las competencias otorgadas por la Resolución 377 (V) Unión Pro Paz.

Para la puesta en marcha de este tribunal se han materializado ya las primeras iniciativas con la creación de un Registro de Daños y un Centro Internacional para el Enjuiciamiento del Crimen de Agresión en Ucrania. El Registro funciona como una plataforma de almacenamiento, en forma documental, de las reclamaciones y pruebas sobre daños, pérdidas o perjuicios causados por los actos de Rusia contra Ucrania, pudiendo recibir reclamaciones de particulares y empresas. El objetivo del Registro es la creación de una

¹⁰⁷ PARLAMENTO EUROPEO, «Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2023, sobre la creación de un tribunal para el crimen de agresión contra Ucrania» (2022/3017(RSP)), 2023, p. 5. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0015_ES.html> [Consultado el 17/10/2024].

¹⁰⁸ PARLAMENTO EUROPEO, «Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2023, sobre la creación de un tribunal para el crimen de agresión contra Ucrania», cit., p. 4.

¹⁰⁹ En agosto de 2024 el Parlamento de Ucrania tomó la decisión de ratificar y adherirse al Estatuto de Roma, convirtiéndose así en el Estado Parte número 125. De acuerdo con la notificación del Secretario General de Naciones Unidas de 25 de octubre de 2024, el Estatuto entrará en vigor para Ucrania el 1 de enero de 2025. UNITED NATIONS, «Depositary Notification». Ref.: C.N.440.2024.TREATIES-XVIII.10, 25 de octubre de 2024.

¹¹⁰ En su fundamentación, el Parlamento Europeo trae a colación la Resolución 377 (V) o Unión Pro Paz de 1950 de la Asamblea General de Naciones Unidas, la cual dicta que en caso de que el CSNU deviniera inoperativo debido a la utilización del derecho de veto de uno de sus miembros permanentes, la Asamblea General adquiriría determinadas competencias derivadas del Consejo. PARLAMENTO EUROPEO, «Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2023, sobre la creación de un tribunal para el crimen de agresión contra Ucrania», cit., p. 1.

¹¹¹ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, «Resolución ES-11/4. Integridad territorial de Ucrania: defensa de los principios de la Carta de las Naciones Unidas». 2022.

base probatoria que permita, en un proceso judicial posterior, evidenciar la comisión de crímenes de agresión por parte de los dirigentes rusos en Ucrania¹¹². El Centro, por su parte, tiene como objetivo servir de apoyo a las investigaciones respecto del crimen de agresión en Ucrania. Su funcionamiento implica la participación de fiscales nacionales de distintos Estados europeos que, con el apoyo de la agencia Eurojust, facilitará el intercambio de pruebas¹¹³ y, en general, la cooperación entre las distintas jurisdicciones.

La creación de mecanismos de recopilación de pruebas a nivel de Naciones Unidas sería un avance realmente significativo, para la creación de un tribunal de estas características para Myanmar, pues posibilitaría reunir todas las pruebas aportadas en diferentes jurisdicciones nacionales en un mismo registro. Estos avances pondrían de relieve el interés de la Comunidad Internacional en perseguir y acabar con la impunidad de aquellos perpetradores de los crímenes más graves del Derecho internacional, especialmente en territorios de Estados no europeos; en estos escenarios, las investigaciones por parte de la CPI se dilatan mucho más en el tiempo. En los casos de Ucrania y Palestina, la propia OTP ya ha solicitado varias órdenes de arresto, y algunas de ellas ya han sido autorizadas por la Corte¹¹⁴. Sin embargo, para los perpetradores de crímenes en Myanmar la suerte corre de su lado, y las órdenes de arresto se harán de rogar por mucho más tiempo si la Comunidad Internacional no presta su apoyo.

No obstante, cabe recordar que la creación de un tribunal penal internacional *ad hoc* de estas características requiere también una legitimación social que, en vista de la situación política en la que se encuentra Myanmar actualmente, resulta prácticamente inviable.

2. La creación de un tribunal penal mixto

Desde la creación del TPIR y el TPIY en 1994 y 1995 respectivamente, y de la puesta en funcionamiento de la CPI en 2003, hubo un periodo de gran proliferación de órganos judiciales mixtos¹¹⁵, que se caracterizaron por tener la competencia de enjuiciar tanto crí-

¹¹² EMBASSY OF UKRAINE IN THE KINGDOM OF THE NETHERLANDS, «Register of Damage Caused by the Aggression of the Russian Federation Against Ukraine». 2024. Disponible en: <<https://netherlands.mfa.gov.ua/en/partnership/cooperation-international-organisations/register-damage-caused-aggression-russian-federation-against-ukraine>> [Consultado el 27/10/2024].

¹¹³ QUESADA ALCALÁ, C., «El crimen de agresión contra Ucrania, un crimen cierto de enjuiciamiento incierto», cit., pp. 335-336.

¹¹⁴ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, «Report of the International Criminal Court», A/78/322, 2023, p. 11.

¹¹⁵ Éstos son: los Paneles Especiales para Crímenes Graves en Dili de 2000 (Timor Oriental), el Tribunal Especial para Sierra Leona en 2002, las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya en 2003, el Alto Tribunal Penal Iraquí en 2005, el Tribunal Especial para el Líbano en 2007, y el Tribunal Especial para Kosovo en 2015. GEISS, R., y BULINCKX, N., «Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados», *International Review of the Red Cross*, núm. 861, 2006.

menes legislados en las normas internacionales como a nivel nacional¹¹⁶. Para cumplir con sus funciones, se suele seguir la siguiente secuencia junto con determinadas características:

1º. Un acuerdo entre el Estado en cuestión y otro actor: Las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya fueron creadas a partir de un acuerdo entre Naciones Unidas y el gobierno camboyano¹¹⁷, al igual que Tribunal Especial para Sierra Leona¹¹⁸. Por su parte, los Paneles Especiales para Crímenes Graves en Dili se crearon a partir de la competencia conferida a una misión de Naciones Unidas para ejercer tanto las funciones legislativas, ejecutivas como judiciales en Timor-Leste¹¹⁹, y el Tribunal Especial para Kosovo fue creado a partir de un acuerdo entre Estados Unidos y la Unión Europea –UE–¹²⁰. El Tribunal Especial para el Líbano, por su parte, se creó a partir de una resolución del CSNU¹²¹. Por último, el Alto Tribunal Penal Iraquí fue creado por un acuerdo entre una coalición liderada por Estados Unidos y el Consejo de Gobierno iraquí¹²².

De los mencionados tribunales, la mayoría fueron creados para enjuiciar crímenes anteriores a la puesta en funcionamiento de la CPI en 2003. En el caso del Tribunal Especial para el Líbano y el Alto Tribunal Penal Iraquí, estos Estados no son Parte del Estatuto de Roma y, por tanto, de la CPI.

- 1º. El mandato siempre es temporal, dirigido a los crímenes cometidos en un determinado territorio y en un determinado periodo de tiempo¹²³.
- 2º. En lo referente a la composición de los tribunales, todos ellos tienen en su composición a jueces nacionales e internacionales. Sin embargo, en el Tribunal Especial para Kosovo, los jueces del Tribunal provienen de terceros Estados¹²⁴.

¹¹⁶ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, «Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Aprovechamiento al máximo del legado de los tribunales mixtos», Nueva York y Ginebra, 2008, p. 1.

¹¹⁷ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 57/228. Procesos contra el Khmer Rouge» (A/RES/57/228), 2003.

¹¹⁸ BLANC ALTEMIR, A., «El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario», *Anuario Español De Derecho Internacional*, núm. 19, 2003, p. 108.

¹¹⁹ MERA, S. S., «Tribunales híbridos: ¿un modelo uniforme?», *RECORDIP*, núm.1 (2), 2014.

¹²⁰ CATALETA, M.S., «The Kosovo Specialist Chambers, an international tribunal inside the national judicial system», *Journal of International Criminal Law*, Vol. 3, 2022, p. 6.

¹²¹ FRASCHINA, A., «Una nueva jurisdicción penal de carácter internacional: El Tribunal Especial para el Líbano», *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, núm. 16, 2008, p. 7.

¹²² OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, «Anexo 5: Mecanismos en Medio Oriente. Iraq: Alto Tribunal Penal Iraquí». Modelos de Justicia. *Manual para el Diseño de Mecanismos de Responsabilización Penal por Crímenes Graves*, 2018, p. 743. Disponible en: <<https://www.justiceinitiative.org/uploads/a21b56ca-8ca4-4a3b-af80-1f18c23faefb/options-justice-esp-anexo5-mideast-20180501.pdf>> [Consultado el 17/10/2024].

¹²³ SWINNEN, J., «Las ventajas de los Tribunales Penales Mixtos como modelo de justicia para el futuro ¿Una alternativa creíble a la jurisdicción penal internacional *ad hoc*?», *Prudentia Iuris*, núm. 82, 2016, p. 109.

¹²⁴ CATALETA, M.S. «The Kosovo Specialist Chambers, an international tribunal inside the national judicial system», cit., p. 6.

Además de la ventaja ofrecida al poder enjuiciar crímenes tipificados a nivel internacional como a nivel nacional, los tribunales penales mixtos cuentan con una doble vía de financiación de su personal; por ejemplo, en el caso de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya, coexistía el personal camboyano, financiado por el propio gobierno de Camboya, con el personal de Naciones Unidas, financiado por esta a través de contribuciones voluntarias de los Estados que la integran¹²⁵. Además, mediante la utilización de este sistema, se estaría evitando el obstáculo del derecho de veto, existente en las cuestiones de fondo del CSNU, pues sería la Asamblea General, en coordinación con otros órganos como el Secretario General o la tercera comisión –asuntos sociales, humanitarios y culturales– los encargados de llevar a cabo las negociaciones. Aunque cabría la opción de que se estableciera este tipo de tribunal a través del acuerdo con un tercer Estado, para preservar la imparcialidad del proceso, y a diferencia de como se hizo en el caso del Alto Tribunal Penal Iraquí¹²⁶, Naciones Unidas podría ser el foro idóneo para ello.

No obstante, en comparación con los tribunales internacionales *ad hoc*, la instauración de un tribunal penal mixto requiere de un cierto balance entre el derecho interno del Estado en cuestión, y el derecho internacional. Ni la constitución birmana ni su código penal tipifican como delito el genocidio, por lo que podrían ser necesarios ciertos ajustes en el sistema legal birmano en este sentido, y con el objetivo de que el proceso judicial se acomode lo máximo posible a las garantías que instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– imponen al respecto¹²⁷; además, hemos de tener en consideración que los países del Sudeste Asiático no son parte del Estatuto de Roma, siendo de vital importancia para ellos el respeto a la soberanía estatal y la no injerencia en asuntos internos. La reforma constitucional y del marco penal de un Estado de esta región es una tarea que deberá enfrentarse a estos principios si desea fructificar –teniendo en cuenta, al mismo tiempo, que se encuentra bajo un gobierno militar autoritario–.

3. La importancia de legitimación social

A pesar de todas las ventajas que ofrecen estas dos alternativas, hay un elemento necesario para el establecimiento de un tribunal de estas características, y este tiene como centro la propia sociedad civil de Myanmar: la legitimación social. ¿Realmente está la población

¹²⁵ EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA, «How is the court financed?» Disponible en: <<https://www.eccc.gov.kh/en/faq/how-court-financed#:~:text=The%20ECCC%20is%20financed%20by,to%20development%20assistance%20in%20Cambodia>> [Consultado el 23/10/2024].

¹²⁶ En el caso del Alto Tribunal Penal Iraquí, según relata Michael A. Newton, la financiación corría a cargo de Estados Unidos, así como (al menos indirectamente) los jueces. Asimismo, los jueces y fiscales recibían asistencia de los asesores designados por el gobierno estadounidense. NEWTON, M. A., «El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones», *Revista Internacional De La Cruz Roja*, núm. 862, 2006, p. 7.

¹²⁷ El artículo 14 del PIDCP recoge varias garantías en el marco de un procedimiento judicial, tales como el principio de igualdad ante los órganos de justicia, el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, el derecho a la presunción de inocencia, o el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 14.

birmana a favor de enjuiciar estos crímenes? O, ¿realmente está interesada la sociedad civil birmana en impartir justicia por el genocidio de los Rohingya? A este respecto habla el escritor Kenan Malik cuando se hace esta pregunta: «¿Dónde estaban los protestantes cuando los Rohingyas estaban siendo asesinados?»¹²⁸. En efecto, no hay ni ha habido un movimiento de protesta civil contra las medidas del Tatmadaw sobre los Rohingyas, como sí lo ha habido cuando dio el golpe de Estado en 2021. Cuando hablamos de sociedad civil, debemos matizar este concepto, pues la sociedad civil birmana puede dividirse fundamentalmente en términos religiosos –musulmanes, budistas y, en menor medida, cristianos y étnicos (hasta 135 grupos étnicos reconocidos)¹²⁹. La represión del régimen militar no solo se dirigió durante toda su historia hacia los Rohingya, sino que también se han dado oleadas de violencia y discriminación contra otros grupos étnicos, otorgando una preferencia sobre las demás y, por tanto, una relación de dominación respecto de los demás grupos étnicos, a la población de la propia etnia birmana o *bamar*, que constituye la etnia mayoritaria de Myanmar.

La oposición de esta sociedad a la creación de este tribunal, cuyo objeto es juzgar los crímenes cometidos contra solo una parte de ella, podría resultar determinante para que sus actuaciones se vieran seriamente obstaculizadas y su legitimidad gravemente dañada. Por tanto, en el caso de implantación de un tribunal penal mixto, la mejor opción sería enjuiciar aquellos crímenes –tanto genocidio como lesa humanidad– cometidos por los distintos regímenes en todo el territorio de Myanmar –particularmente desde el golpe de Estado de 2021–, lo que a su vez requeriría una mayor dilación temporal de los procedimientos, mayores esfuerzos de investigación y, asimismo, mayores niveles de inversión necesarios para hacer viable este proyecto. El hecho de que la sede del tribunal se halle en el Estado donde se han cometido los crímenes también puede ayudar a que este órgano tenga la debida legitimación social, pues el «legado»¹³⁰ que dejan es mucho mayor que el que dejan los tribunales penales internacionales con sede en el extranjero.

IV. CONCLUSIONES

Los procedimientos llevados a cabo ante la CIJ, la CPI y la Corte Federal Argentina suponen un paso hacia delante innegable en la rendición de cuentas en Myanmar. Según las propias características de estos procesos, parece más probable que sea la CIJ la que emita un veredicto en el plazo más próximo; sin embargo, ello no implicará responsabilidad pe-

¹²⁸ MALIK, K., «Where were the protesters when the Rohingya were being murdered? », *The Guardian*, 2021. Disponible en: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2021/feb/21/where-were-the-protesters-when-the-rohingya-were-being-murdered-myanmar>> [Consultado el 17/10/2024].

¹²⁹ MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, «Myanmar República de la Unión de Myanmar», Oficina de Información Diplomática. Ficha País, p. 1.

¹³⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, «Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Aprovechamiento al máximo del legado de los tribunales mixtos», cit., p. v.

nal individual alguna, sino que pretenderá resolver sobre la responsabilidad estatal por la violación de la Convención sobre el Genocidio. No obstante, esta primera resolución podría allanar el camino para los demás procedimientos penales ante la CPI –teniendo en cuenta las claras diferencias de ambos procedimientos en relación a los crímenes alegados en un caso y en otro– y la Corte Federal Argentina, pues para poder invocar la responsabilidad estatal, los crímenes alegados deben haber sido atribuidos plenamente al comportamiento del Estado, ya sea por sus órganos, o por una persona que ejerza atribuciones de poder público¹³¹, lo que implicaría la posible responsabilidad penal individual de ciertos oficiales públicos del gobierno y de las fuerzas armadas.

Parte del problema surge no tanto del Derecho internacional como de la política internacional, es decir, las posiciones que asumen los Estados y las decisiones que toman en torno a dichas posiciones en el seno de las instituciones internacionales. El hecho de que Myanmar no haya ratificado el Estatuto de Roma de la CPI –aun cuando regía el orden «democrático» de Aung San Suu Kyi–, o las decisiones de Rusia y China de vetar resoluciones del CSNU relativas a la condena del genocidio, son expresiones de ello. La postura realista de John J. Mearsheimer en *The false promise of international institutions* cuando establece que las instituciones tienen una influencia mínima en el comportamiento de los Estados, cobra mucho sentido¹³². La jurisdicción penal internacional cuenta con muchas dificultades para realizar su tarea, pues debe confiar plenamente, en primer lugar, en que los Estados parte cumplan sus decisiones, sobre todo las órdenes de arresto internacionales, y, en segundo lugar, lidiar con la problemática de los crímenes cometidos por Estados que no son parte del Estatuto.

La instauración de un tribunal penal internacional *ad hoc*, ante esta situación, parece la mejor opción, y el hipotético precedente de creación de este órgano para el caso ucraniano podría sentar las bases para otros posteriores. Un tribunal jurisdiccional de estas características no basado en una resolución del CSNU, sino en una resolución de la Asamblea General, donde no existe poder de veto, y donde se representa de una forma más fiable la voluntad de la Comunidad Internacional –al participar en la votación la práctica totalidad de los Estados reconocidos–, podría llegar a ser la herramienta más eficaz para esclarecer las responsabilidades del régimen birmano hacia la población Rohingya. El establecimiento de un tribunal penal mixto también es otra alternativa a tener en cuenta; sin embargo, su instauración requeriría de un correcto balance entre el derecho interno birmano y el derecho internacional, pues ni la constitución birmana ni su código penal tipifican como delito el genocidio; además, hemos de tener en consideración que los países del Sudeste Asiático no son parte del Estatuto de Roma, siendo de vital importancia para ellos el respeto a la soberanía estatal y la no injerencia en asuntos internos. La reforma constitucional y del marco

¹³¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, «Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos», cit., art. 5.

¹³² J. MEARSHEIMER, J., «The false promise of international institutions», *International Security*, Vol. 19, núm.. 3, 1994, p. 11.

penal de un Estado de esta región es una tarea que deberá enfrentarse a estos principios si desea fructificar.

Se trata de un verdadero reto para el Derecho internacional público, en especial en lo que concierne al Régimen de Justicia Penal Internacional y el enjuiciamiento de un suceso que afecta a una parte de la población de un Estado y no goza de interés general para el resto de esta población. Además, el CSNU se convierte en un órgano inoperante debido a los intereses políticos y económicos de Rusia y China, los cuales pueden y han ejercido sus derechos de veto. El avance realizado por la CPI es realmente significativo, pues, aunque Myanmar no forma parte del Estatuto de Roma, mediante su decisión de septiembre de 2019, la Corte es capaz de iniciar investigaciones sobre la deportación de Rohingyas desde Myanmar hacia Bangladesh, lo que también supondrá en el futuro un avance en cuestiones similares que puedan surgir en otros escenarios.

La historia, como declara José Antonio Sanahuja, tiene la clave de su análisis «en su propio devenir»¹³³, y parece que en el caso de los Rohingya se deberá esperar a ese devenir para poder establecer una hoja de ruta clara sobre qué hacer para solucionar su situación y, en concreto, encontrar la forma de aplicar el Régimen de Justicia Penal Internacional. Un cambio de régimen, el cambio de postura de aquellos monjes budistas que sostienen a los militares, la acción sorpresiva de terceros Estados, o cualquier otra circunstancia podría hacer cambiar por completo el panorama y llevarnos a un escenario en que podamos encontrar una solución. Hasta entonces, la labor de la Comunidad Internacional –tanto por sus actores estatales como no estatales– debe estar dirigida a paliar las consecuencias de estos actos genocidas y aplicar el principio de justicia universal para dictar, cuanto antes, las órdenes de arresto contra los perpetradores de estos crímenes, sirviéndose para ello de la cooperación entre los distintos tribunales nacionales e internacionales, y de las pruebas recabadas por las instancias internacionales y las oenegés presentes en la zona.

V. BIBLIOGRAFÍA

ACNUR, «Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)», 1949. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0189.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0189>> [Consultado el 17/10/2024].

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, «Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Aprovechamiento al máximo del legado de los tribunales mixtos». Nueva York y Ginebra, 2008. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HybridCourtsSP.pdf>> [Consultado el 17/10/2024].

¹³³ SANAHUJA, J.A., «¿Bipolaridad en ascenso?», *Foreign Affairs Latinoamérica*, vol. 20, núm. 2, 2020, p. 79.

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Myanmar: La resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, un paso pequeño pero importante para abordar la crisis de derechos humanos», 2022. Disponible en: <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2022/12/un-security-council-myanmar-coup/>> [Consultado el 21/10/2024].
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 57/228. Procesos contra el Khmer Rouge», (A/RES/57/228), 2003.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 3074 (XXVIII) sobre los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad», 1973.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, «Resolución ES-11/4. Integridad territorial de Ucrania: defensa de los principios de la Carta de las Naciones Unidas», 2022.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 96(I). El crimen de genocidio», 1946.
- ASEAN, «Chairman’s Statement on the ASEAN Leaders’ Meeting», 24 de abril de 2021. Disponible en: <<https://asean.org/wp-content/uploads/Chairmans-Statement-on-ALM-Five-Point-Consensus-24-April-2021-FINAL-a-1.pdf>> [Consultado el 17/10/2024].
- BASSIOUNI, M.C., «Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea», *Virginia Journal of International Law Association*, 42 Va. J. Int’L. 81, 2001, pp. 1-67.
- BLANC ALTEMIR, A., «El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario», *Anuario Español De Derecho Internacional*, núm. 19, 2003, pp. 101-137.
- BÜNTE, M., «Burma’s Transition to “Disciplined Democracy”: Abdication or Institutionalization of Military Rule?», *GIGA Working Papers*, 2011, pp. 1-32.
- CARRILLO SANTARELLI, N., «La decisión “humanizadora” de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional sobre competencia y jurisdicción frente a algunos crímenes cometidos de forma transnacional: el caso de los Rohingya expulsados hacia Bangladesh», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 36, 2018, DOI: 10.17103/reei.36.14, pp. 1-15.
- CASSESE, A., «Afirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg», *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2009.

- CATALETA, M.S., «The Kosovo Specialist Chambers, an international tribunal inside the national judicial system», *Journal of International Criminal Law*, Vol. 3, 2022, pp. 1-9.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, «Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos». Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexo por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, «Detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar». A/HRC/42/CRP.5, 2019.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. «Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar». A/HRC/39/CRP.2, 2018.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 34/22. Situación de los derechos humanos en Myanmar», 2017.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 808 (1993)», 1993.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 827 (1993)», 1993.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 955 (1994)», 1994.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, «Resolución 2669», 2022.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.
- Convención sobre la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio, 1948.
- CPI, «Declaration of intervention of the Republic of Maldives. Intervention pursuant to Article 63 of the Statute of the International Court of Justice in the case of Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)».
- CPI, «Joint declaration of intervention of Canada, the Kingdom of Denmark, the French Republic, the Federal Republic of Germany, the Kingdom of the Netherlands, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland pursuant to Article 63 of the Statute of the International Court of Justice in the case of Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)». 2024.

EMBASSY OF UKRAINE IN THE KINGDOM OF THE NETHERLANDS, «Register of Damage Caused by the Aggression of the Russian Federation Against Ukraine». 2024. Disponible en: <<https://netherlands.mfa.gov.ua/en/partnership-cooperation-international-organisations/register-damage-caused-aggression-russian-federation-against-ukraine>> [Consultado el 27/10/2024].

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998.

EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA, «How is the court financed?». Disponible en: <<https://www.eccc.gov.kh/en/faq/how-court-financed#:~:text=The%20ECCC%20is%20financed%20by,to%20development%20assistance%20in%20Cambodia>> [Consultado el 23/10/2024].

FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE, The German Code of Criminal Procedure, 1987.

FORTIFY RIGHTS, «German Federal Prosecutor Declines to Investigate Myanmar Atrocities, Fortify Rights Committed to Ending Impunity», 2023. Disponible en: <<https://www.fortifyrights.org/mya-inv-2023-11-30/>> [Consultado el 21/10/2024].

FRASCHINA, A., «Una nueva jurisdicción penal de carácter internacional: El Tribunal Especial para el Líbano», *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), núm. 16, 2008, pp. 1-18.

GEISS, R., y BULINCKX, N., «Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados», *International Review of the Red Cross*, núm. 861, 2006, pp. 1-22.

GLOBAL JUSTICE CENTER, «El caso de jurisdicción universal en Argentina que investiga crímenes contra las personas Rohingya en Myanmar». Disponible en: <<https://www.globaljusticecenter.net/el-caso-de-jurisdiccion-universal-en-argentina-que-investiga-crimenes-contra-las-personas-rohingya-en-myanmar/>> [Consultado el 21/10/2024].

IBRAHIM, A., *The Rohingyas. Inside Myanmar's Genocide*. London (Hurst & Company), 2018.

IIMM, «Universal Jurisdiction. The case in Argentina». Disponible en: <<https://iimm.un.org/universal-jurisdiction/#:~:text=In%20January%202023%2C%2016%20applicants,this%20complaint%20in%20September%202023>> [Consultado el 21/10/2024].

J. MEARSHEIMER, J., «The false promise of international institutions», *International Security*, Vol. 19, núm. 3, 1994, pp. 5-49.

LUTERSTEIN, N., «“Gambia vs. Myanmar” y la dualidad de responsabilidad internacional en materia de genocidio: ¿Nuevas reglas de juego?», en: TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. y ESPÓSITO MASSICCI, C. (dirs.), *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los derechos humanos, III Jornadas sobre los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid (La Ley), 2022, pp. 155-178.

MALIK, K., «Where were the protesters when the Rohingya were being murdered?», *The Guardian*, 2021. Disponible en: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2021/feb/21/where-were-the-protesters-when-the-rohingya-were-being-murdered-myanmar>> [Consultado el 17/10/2024].

MERA, S. S., «Tribunales híbridos: ¿un modelo uniforme?» *RECORDIP*, núm. 1(2) 2014, pp. 1-38.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, «Myanmar República de la Unión de Myanmar», Oficina de Información Diplomática. Ficha País.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, «Ley 26.200. Ley de Implementación del Estatuto de Roma, aprobado por la Ley N° 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, de la Corte Penal Internacional. Disposiciones Generales Penas y principios generales. Delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional. Relaciones con la Corte Penal Internacional». Disponible en: <<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123921/norma.htm>> [Consultado el 20/10/2024].

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO DE ARGENTINA, «Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Tema 87. Intervención del Representante Permanente de la República Argentina, Embajador Martín García Moritán». 2012. Disponible en: <<https://enaun.cancilleria.gob.ar/es/alcance-y-aplicaci%C3%B3n-del-principio-de-la-jurisdicci%C3%B3n-universal-tema-87#:~:text=La%20Argentina%20considera%20a%20la,razonable%20de%20la%20jurisdicci%C3%B3n%20universal>> [Consultado el 17/10/2024].

MOYA BARBA, G., «La Crisis de los Rohingya: el genocidio invisible». *Revista Historia Autónoma*, núm. 21, 2022, pp. 125-147.

MYANMAR ACCOUNTABILITY PROJECT, «Turkish Authorities Open Unprecedented Investigation into Myanmar Junta». 2022. Disponible en: <<https://the-world-is-watching.org/2022/06/02/turkish-authorities-open-unprecedented-investigation-into-myanmar-junta/>> [Consultado el 21/10/2024].

- MYANMAR NOW, «Criminal charges of torture filed against Myanmar junta leaders in Turkey». 2022. Disponible en: <<https://myanmar-now.org/en/news/criminal-charges-of-torture-filed-against-myanmar-junta-leaders-in-turkey/>> [Consultado el 22/10/2024].
- NEWTON, M. A., «El Alto Tribunal Penal iraquí: controversias y contribuciones», *Revista Internacional De La Cruz Roja*, núm. 862, 2006, pp. 1-30.
- NOTICIAS ONU, «La resolución del Consejo de Seguridad sobre las violaciones de derechos humanos en Myanmar es insuficiente, dice experto», 22 de diciembre de 2022. Disponible en: <<https://news.un.org/es/story/2022/12/1517627>> [Consultado el 21/10/2024].
- OIC, «Final Communiqué of the 14th Islamic Summit Conference». OIC/ SUM-14/2019/FC/FINAL, 2019.
- OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, «Anexo 5: Mecanismos en Medio Oriente. Iraq: Alto Tribunal Penal Iraquí». Modelos de Justicia. *Manual para el Diseño de Mecanismos de Responsabilización Penal por Crímenes Graves*, 2018, pp. 738-786.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.
- PARLAMENTO EUROPEO, «Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2023, sobre la creación de un tribunal para el crimen de agresión contra Ucrania» (2022/3017(RSP)). 2023. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0015_ES.html> [Consultado el 17/10/2024].
- PÉREZ CEPEDA, A.I. (dir.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012.
- QUESADA ALCALÁ, C., «El crimen de agresión contra Ucrania, un crimen cierto de enjuiciamiento incierto», *Revista de Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 46, 2023, pp. 299-340.
- QUESADA ALCALÁ, C., «La CIJ y la CPI frente a los crímenes internacionales cometidos contra los Rohingya: Confluencias y discrepancias», en: TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., y ESPÓSITO MASSICCI, C. (dirs.), *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los derechos humanos, III Jornadas sobre los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid (La Ley), 2022, pp. 179-196.
- QUISPE-REMÓN, F., «Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo», *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 28, 2012, pp. 143-183.

SANAHUJA, J.A., «¿Bipolaridad en ascenso?», *Foreign Affairs Latinoamérica*, vol. 20: núm. 2, 2020, pp. 75-84.

SWINNEN, J., «Las ventajas de los Tribunales Penales Mixtos como modelo de justicia para el futuro ¿Una alternativa creíble a la jurisdicción penal internacional *ad hoc*?», *Prudentia Iuris*, núm. 82, 2016, pp. 107-124.

TRIAL INTERNATIONAL, *Universal Jurisdiction Annual Review 2022*, 2022.

UNITED NATIONS, «Depositary Notification». Ref.: C.N.440.2024.TREATIES-XVIII.10, 25 de octubre de 2024.

UNITED NATIONS INTERNATIONAL RESIDUAL MECHANISM FOR CRIMINAL TRIBUNALS, «Historic judgement finds Akayesu guilty of genocide». Comunicado de Prensa, 1998. Disponible en: <<https://unictr.irmct.org/en/news/historic-judgement-finds-akayesu-guilty-genocide>> [Consultado el 27/10/2024].

UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, «Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide». Disponible en: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4> [Consultado el 27/10/2024].

Jurisprudencia

Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI)

TPIJ, «The case of the S.S. Lotus (France v. Turkey)». Sentencia No. 9, 7 de septiembre de 1927.

TPJI, «The Mavrommatis Palestine Concessions». Sentencia No. 2, 30 de agosto de 1924.

Corte Internacional de Justicia (CIJ)

CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)». Sentencia de 26 de febrero de 2007.

CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)». Sentencia de 3 de febrero de 2015.

- CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures», 11 de noviembre de 2019.
- CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Preliminary Objections», Sentencia de 22 de julio de 2022.
- CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). Request for the Indication of Provisional Measures», Orden de 23 de enero de 2020.
- CIJ, «Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). The Court decides that the declarations of intervention filed by seven States are admissible», Orden de 3 de julio de 2024.
- CIJ, «Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation). Preliminary Objections», Sentencia de 1 de abril de 2011.
- CIJ, «Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)». Sentencia de 14 de febrero de 2002.
- CIJ, «Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain). Second Phase». Sentencia de 5 de febrero de 1970.
- CIJ, «Judge Cançado Trindade Dissenting Opinion in Croatia v. Serbia», 3 de febrero de 2015.
- CIJ, «Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria). Preliminary Objections», Sentencia de 11 de junio de 1998.
- CIJ, «Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)». Sentencia de 20 de julio de 2012.
- CIJ, «South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa). Preliminary Objections», Sentencia de 21 de diciembre de 1962.
- CIJ, «The Corfu Channel Case». Sentencia de 9 de abril de 1949.

Corte Penal Internacional (CPI)

- CPI, «Application pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure & Evidence». ICC-01/19-13, Solicitud de 10 de octubre de 2019.

CPI, «Application pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure & Evidence». ICC-01/19-16, Solicitud de 16 de octubre de 2019.

CPI, «Decision on requests for leave to submit amicus curae observations». ICC-01/19-26, Decisión de 14 de noviembre de 2019.

CPI, «Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute”». ICC-RoC46(3)-01/18, Decisión de 6 de septiembre de 2018.

CPI, «Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar». ICC-01/19-27, Decisión de 14 de noviembre de 2019.

CPI, «Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15». ICC-01/19-7, Autorización de 4 de julio de 2019.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY)

TPIY, «Prosecutor v. Krstic». IT-98-33-A, Sentencia de 19 de abril de 2004.

TPIY, «Prosecutor v. Radoslav Brdjanin». IT-99-36-T, Sentencia de 1 de septiembre de 2004.

TPIY, «Prosecutor v. Stakic». IT-97-24-A, Sentencia de 22 de marzo de 2006.

TPIY, «Prosecutor v. Tolimir». IT-05-88/2-A, Sentencia de 8 de abril de 2015.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)

TPIR, «Prosecutor v. Akayesu». ICTR-96-4-T, Sentencia de 2 de septiembre de 1998.

TPIR, «Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana». ICTR-95-I-T, Sentencia de 21 de mayo de 1999.

CICERÓN Y LA INFLUENCIA HELÉNICA EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA*

CICERO AND THE HELLENIC INFLUENCE ON ROMAN JURISPRUDENCE

PABLO NICOLÁS SÁNCHEZ**

Resumen: La obra de los jurisperitos romanos es indisociable de la filosofía helénica, incorporada en gran medida al acervo cultural romano por obra de Cicerón. Con base en ello, a la luz de las fuentes históricas y literarias primarias, el presente trabajo persigue analizar cómo, gracias a la naturaleza de la jurisprudencia romana, el pensamiento ciceroniano de cuño helénico otorgó un nuevo pilar filosófico sobre el que asentar la obra de los juristas. Así pues, tras haber analizado la influencia helénica en el nacimiento de la jurisprudencia romana clásica durante los últimos años de la República, nos detendremos en la recepción de la doctrina ciceroniana de origen académico en el pensamiento de los juristas clásicos. El estudio de esta recepción resulta determinante para entender con precisión los conceptos jurisprudenciales básicos de *iustitia* y de *sapientia*, así como el posterior desarrollo jurisprudencial del *ius gentium*, principalmente.

Palabras clave: *iurisprudentia*, filosofía helénica, Cicerón, *ius naturale*, *ius gentium*.

Abstract: the work of Roman jurisperitos is inseparable from Hellenic philosophy, which was largely incorporated into the Roman cultural heritage through Cicero's work. Therefore, in the light of primary historical and literary sources, this paper aims to analyse how, thanks to the nature of Roman jurisprudence, Ciceronian thought of Hellenic origin provided a new philosophical pillar on which to base the work of the jurists. Thus, after having analysed the Hellenic influence on the birth of classical Roman jurisprudence during the last years of the Republic, we will now focus on the reception of Ciceronian academic doctrine in the thought of classical jurists. The study of this reception is decisive for a precise understanding of the basic jurisprudential concepts of *iustitia* and *sapientia*, as well as the subsequent jurisprudential development of *ius gentium*, mainly.

Keywords: *iurisprudentia*, Hellenic philosophy, Cicero, *ius naturale*, *ius gentium*.

SUMARIO: I. CICERÓN: LA INFLUENCIA HELÉNICA Y EL NACIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA; II. LA CONCRECIÓN DE LAS DOCTRINAS CICERONIANAS EN LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA; III. CONCLUSIÓN; IV. BIBLIOGRAFÍA.

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2025.51.008>

Fecha de recepción: 30/01/2025

Fecha de aceptación: 06/03/2025

** Graduado en Derecho por la Universidad de Salamanca (2022-2023), estudiante de último curso del grado en Filosofía por la Universidad de Salamanca y estudiante del Máster en Derecho Digital por la Universidad Internacional de La Rioja. Contacto: pnicolas.l@usal.es.

I. CICERÓN: LA INFLUENCIA HELÉNICA Y EL NACIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA

Según Schulz, desde la conclusión de la Segunda Guerra Púnica (201 a.C.), la ciencia del Derecho Romano se introdujo en una nueva etapa histórica que haríamos bien en denominar: «el periodo helenístico de la jurisprudencia romana». Y es que, no fue hasta los últimos dos siglos de la República romana que esta influencia griega se concretó en un movimiento intelectual que nosotros podemos llamar: «Helenismo». En efecto, el sobresaliente resultado de esta influencia griega no fue otro que «el desarrollo de la ciencia del Derecho Romano como una ciencia profesional de tipo helenístico», que se adhirió al *modus operandi* de la ciencia helénica. «Esta nueva ciencia no fue una *commixtio* de elementos griegos y romanos, sino una unidad orgánica» entre ambas culturas donde «la disciplina griega propició que la natural y nacional energía romana se revelase a sí misma: *doctrina vim promovit insitam*¹»².

Así pues, debido a la posible influencia de las Leyes de Solón en las Doce Tablas³ (D. 1. 2. 2. 4⁴), incluso del derecho griego en la aceptación de los *mores maiorum* como

¹ Hor., C., IV, 4, 33, Traducción de MORALEJO, J. L., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 2007, p. 448: «La enseñanza lleva a más la virtud que se ha heredado».

² SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, 1ª ed., Londres (Oxford University Press), 1946, pp. 38 y 39.

³ El origen griego de las Doce Tablas se encuentra muy discutido en la doctrina, tal y como se recoge en: cf. BUIS, E. J., «Del derecho griego (Solón, F60 [R]) a las XII Tablas: un caso de intertextualidad jurídica», *Florentia iliberritana*, núm. 19, 2008, pp. 39-70. En este sentido, para FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Romano*, 8ª ed., Madrid (Dykinson), 2024, p. 96, «la doctrina está prácticamente de acuerdo en que el contenido de las XII Tablas es producto del genio jurídico romano».

⁴ «*Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi: datumque est eis ius eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur neque provocatio ab eis sicut a reliquis magistratibus fieret. qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum. quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris hermodorum quendam ephesium exulantem in italia quidam rettulerunt*». De aquí en lo sucesivo, todas las citas en latín se extraerán de The Latin Library. Disponible en: <<https://www.thelatinlibrary.com>>. [Consultado el 12/09/2024]. «Luego, para que esto no continuara más tiempo, se decidió públicamente nombrar diez personas que fueran a pedir leyes a las ciudades griegas, a fin de que Roma se basara en leyes; escritas las cuales, en tablas de marfil, se colocaron en la plaza pública para que pudieran conocerse más abiertamente. Y durante aquel año se les dio el máximo poder de derecho en Roma para que corrigieran las leyes, si fuera necesario, y las interpretasen, y no se pudiese apelar de sus decisiones como podía hacerse respecto de los demás magistrados. Advirtieron ellos que algo faltaba a estas primeras leyes y, por ello, al año siguiente añadieron otras dos a las anteriores tablas, y por esta circunstancia se denominaron «leyes de las Doce Tablas»; cuya legislación, dijeron algunos, había inspirado a los decenviros un tal Hermodoro de Éfeso, que andaba desterrado por Italia». JUSTINIANO, *Digesto*, Traducción de D'ORS, A., 1ª ed., Pamplona (Aranzadi), 1968, que se utilizará en lo sucesivo.

una fuente del Derecho con fuerza de ley⁵, se aprecia que existe una continuidad de la influencia griega sobre la historia de la jurisprudencia romana. Esta continuidad encuentra su causa en que la jurisprudencia romana no es solamente práctica, popular⁶ y creativa del Derecho, sino que es fundamentalmente tradicional⁷. En palabras de Valencia:

«Una perfecta continuidad histórica se percibe desde los más antiguos jurisperitos hasta los más recientes. La generación posterior no deja a un lado lo que ha alcanzado la anterior. Acoge aquello que todavía puede ser útil, introduciendo únicamente las innovaciones sugeridas por la evolución de la sociedad»⁸.

Por lo tanto, situados temporalmente en el crepúsculo de la República, época en la que el influjo helénico alcanzó su cénit y donde Cicerón fue uno de los principales encargados de anegar la obra de los jurisconsultos en los conceptos y métodos helénicos, se distingue de manera nítida este carácter tradicional de los juristas romanos, caracterizados por la *auctoritas* personal heredada de los pontífices⁹, así como por la helenización, habitual en los ambientes aristocráticos¹⁰.

En cuanto a la helenización, la *interpretatio iuris*, durante este siglo II a.C., paulatinamente mudó en una auténtica ciencia, autónoma, técnica, indisociable de la autoridad, completa, gracias a la dialéctica y a la retórica griegas, que llevaron a los juristas «a constituir un *corpus* doctrinal basado en una fuerte conceptualización y una rigurosa lógica interna ajena

⁵ Influencia griega que alcanza incluso a la distinción entre derecho escrito y derecho no escrito (*ágraphoi nomoi*, *ágrapha nómina*), que se recoge en un texto de Ulpiano en el Digesto (D. 1. 1. 6. 1) y que se relaciona con la aceptación de los *mores maiorum* y de la *interpretatio iuris* como fuentes del Derecho. Así lo explica Fernández de Buján, matizando que «parece probable, a la luz de los textos correspondientes, que dentro de la categoría de *ius non scriptum* se comprendió en las distintas etapas la interpretación de los juristas, propia de las épocas republicana y clásica, y la costumbre, de manera específica así considerada en Derecho justiniano. En todo caso, la terminología escrita-no escrita no responde a la realidad, pues más bien por derecho escrito cabe considerar el derecho del poder público (comicios, senado, magistrados, emperadores), esté o no recogido por escrito, aunque normalmente lo estaría, y por derecho no escrito cabe entender el derivado de la observación uniforme de reglas de conducta sentidas como jurídicas (costumbre), o la interpretación que del Ordenamiento jurídico realizan los juristas». FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 11ª ed., Madrid (Iustel), 2022, p. 43.

⁶ Popular en el sentido de que era el pueblo quien aceptaba y reconocía la autoridad de los prudentes, realizando estos últimos notables esfuerzos sintéticos para que sus fórmulas fuesen fácilmente comprendidas por los legos en Derecho y para adherirse al general sentir del pueblo romano.

⁷ VALENCIA RESTREPO, H., «La jurisprudencia romana clásica», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 94, 1994, pp. 113-116.

⁸ VALENCIA RESTREPO, H., «La jurisprudencia romana clásica», cit., p. 114.

⁹ En cuanto a la *auctoritas*, para que nos hagamos una idea de cómo respondía a las consultas un prudente republicano, esta, al igual que sucedía con los pontífices, se traducía en respuestas extremadamente sobrias, carentes de profusas reflexiones, y los *responsa* encontraban su propio fundamento en la propia autoridad del jurista. Cicerón, en *Brut.*, 197, Traducción de REYES CORIA, B., 1ª ed., Ciudad de México (Universidad Nacional Autónoma de México), 2004, p. 72, que se utilizará en lo sucesivo, nos ofrece un brillante ejemplo

a otras realidades de la vida social»¹¹. Sobre todo, gracias al «método dialéctico de división por géneros descrito por Platón en su diálogo sobre *El sofista*»¹², que, en su aplicación al mundo jurídico, nos ha sido también transmitido por el Arpinate:

«Hisce ego rebus exempla adiungerem, nisi apud quos haec haberetur oratio cernerem; nunc complectar, quod proposui, brevi: si enim aut mihi facere licuerit, quod iam diu cogito, aut alius quispiam aut me impedito occuparit aut mortuo effecerit, ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat, tum propriam cuiusque vim definitione declaret, perfectam artem iuris civilis habebitis, magis magnam atque uberem quam difficilem et obscuram»¹³.

a este respecto en el que evidencia, primero, una venerable continuidad entre antepasados y descendientes, y segundo, el laconismo jurisprudencial; todo ello asentado sobre la *auctoritas* del juriconsulto: «¿Que cuántas cosas aquí acerca de la autoridad de su padre, quien siempre había defendido que aquello era el Derecho? ¿Que cuántas cosas acerca de conservar del todo el Derecho Civil? Como de veras dijera todo esto con pericia y sabiduría, además breve y apretada y muy adornada y muy elegantemente, ¿quién había en el pueblo, que o esperara o pensara que algo podía hacerse mejor?». Así, a diferencia de la *lex*, el *ius* es el resultado de la ciencia de los juristas, que consiste en realizar una interpretación asimilada a los casos concretos. En un primer momento, esta interpretación era prerrogativa exclusiva del Colegio Pontifical, hecho que no debe extrañarnos porque, dada la importancia preponderante que tuvo el culto en la vida romana –tanto pública como privada–, siendo la religión un elemento estructural del pensamiento romano, el monopolio jurisprudencial por parte de los pontífices era solo el corolario de que el *ius sacrum-divinum-pontificum* formara parte esencial del ordenamiento jurídico romano. En el «enquiridion» redactado por Pomponio se nos habla sobre el monopolio jurisprudencial de este Colegio Pontifical (D. 1. 2. 2. 6), lo que resulta fundamental para entender el proceso de secularización jurisprudencial: «*Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est*». «Pero la ciencia de la interpretación de estas leyes, así como el conocimiento de las acciones se hallaba en el colegio de los pontífices, de los que se designaba uno que cada año atendiera a los pleitos privados». Cf. AZARA, A., EULA, E., s.v. *iurisprudentia*, *Novissimo Digesto Italiano*, 3ª ed., Tomo IX, Torino (Unione tipografico editrice torinese), 1957, p. 349; CASSO Y ROMERO, I., CERVERA Y JIMÉNEZ ALFARO, F., s.v. juriconsulto, *Diccionario de Derecho Privado*, 1ª ed., Tomo II, Barcelona (Editorial Labor), 1961, p. 2417.

¹⁰ DOMINGO OSLÉ, R., «La jurisprudencia romana, cuna del Derecho», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 81, 2004, p. 376.

¹¹ ANDRÉS SANTOS, F. J., «Roma y los juristas. El modelo romano en la jurisprudencia europea del siglo XIX», *Minerva: Revista de Filología Clásica*, núm. 15, 2001, pp. 293-294.

¹² DOMINGO OSLÉ, R., «La jurisprudencia romana, cuna del Derecho», cit., p. 377.

¹³ Cic., *De orat.*, I, 190, Traducción de ISO, J. J., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 2002, p. 164, que se utilizará en lo sucesivo: «A estos puntos le añadiría ejemplos si no viera ante quiénes estoy hablando. Ahora voy a resumir brevemente lo que antes me propuse: en efecto, si me fuera permitido hacer lo que ya hace tiempo pienso, o si cualquier otro me sustituyera por serme imposible o tras mi muerte consiguiera, en primer lugar, disponer todo el derecho en géneros –que son muy pocos–, a continuación hacer como partes de los miembros de esos géneros, y por fin establecer mediante definición la particular esencia de cada una, tendríais una acabada ciencia del derecho, más imponente y rica en posibilidades que difícil y oscura».

Domingo Oslé pone la introducción de este método dialéctico en el mundo romano en relación con la obra de Quinto Mucio Escévola, el Pontífice, de quien Cicerón fue discípulo, y explica lo siguiente:

«Individuó [Quinto Mucio Escévola], por ejemplo, entre otros, los *genera tutelae* (Gayo 1. 188) y los *genera possessionum* (Paulo, D. 41. 2. 3. 23). Pero, además —y esto es realmente lo meritorio—, a él atribuye Pomponio la primera ordenación del Derecho, inspirado en el método de la dialéctica, en dieciocho libros (D. 1. 2. 2. 41: “... *ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo*”), conforme a la siguiente clasificación: herencia (testamento y sucesión intestada), personas (matrimonio, tutela, *statuliberi*, *patria potestas*; *dominica potestas*; *liberti*, apéndice: *procurator* y *negotiorum gestio*), cosas (posesión y usucapión; no uso y *libertatis usucapio*), y obligaciones (*ex contractu* y *ex delicto*)»¹⁴.

Asimismo, junto con esta nueva disciplina y metodología científica, se importó en Roma una clase de discusión propia del espíritu griego, que es la relativa a la metafísica y, consiguientemente, al *iusnaturalismo*. Este tema, no lo suficientemente estudiado por los romanos, que siempre se habían visto más atraídos por la praxis y las concreciones, fue tratado con inquisitivo detenimiento por Cicerón, alcanzando su labor ecléctica y su labor *iusfilosófica* una altura y una influencia en la jurisprudencia romana sin parangón hasta el momento¹⁵. Cicerón

¹⁴ DOMINGO OSLÉ, R., «La jurisprudencia romana, cuna del Derecho», cit., p. 378.

¹⁵ RODRÍGUEZ GALLÓN, V., «Positivismo y iusnaturalismo en la jurisprudencia romana clásica», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 57, 1982, p. 213. Y es que, siendo Cicerón, como expone Ferrater Mora (FERRATER MORA, J., s.v. Cicerón, *Diccionario de filosofía*, 6ª ed., Tomo I, Madrid (Alianza Editorial), 1986, p. 488.), «discípulo del epicúreo Fedro, del académico Filón, del estoico Diodoto, del académico Antíoco de Ascalón, del epicúreo Zenón y del estoico Posidonio (cuyas lecciones oyó en Rodas)», podemos exaltar su vertiente como filósofo sin detrimento de su faceta como abogado, como *rethor* o como político, si es que acaso estas facetas pueden disociarse cuando se trata de nuestro autor. Por eso, Sánchez Hidalgo opina que, pese a la posición dominante en la doctrina germana y anglosajona de considerar a Cicerón como un abogado, el Arpinate, en realidad, no llegó a considerarse a sí mismo jurista. Bien es cierto que las altas magistraturas que llegó a desempeñar, así como su ocupación como *rethor* y su estrecho contacto con importantes juristas, le otorgaron un piélagos de cultura jurídica, motivo por el que, desde sus inicios, su carrera filosófica se centró en los problemas *iusfilosóficos*. SÁNCHEZ HIDALGO, A. J., recensión de LLANO ALONSO, F. H., *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón*, Pamplona (Thomson Reuters Aranzadi), 2017, 201 pp., publicado en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 37, 2018, p. 167. Así pues, este platónico puro, como llama a Cicerón Menéndez Pelayo, cumple a la perfección el resumen telegráfico respecto de la helenización romana dado por Horacio en el Libro II de sus *Epístolas*, que dice: «*Grecia capta ferozem cepit captiorem*». Hor., *Ep.*, II, 156-157, Traducción y notas de MORALEJO, J. L., Madrid (Editorial Gredos), 2008, p. 315: «La Grecia conquistada a su fiero vencedor conquistó». Por tanto, siguiendo a Castro Sáenz, puede afirmarse que «nunca —en ninguna época y por ningún otro autor, jurídico o no— se ha retratado al jurista desde una proximidad tan nutriente como en la obra de Cicerón. Profesión aristocrática como pocas, admiró no poco a este *homo novus*, que vio en ella una manifestación de la esencia de Roma». CASTRO SÁENZ, A., *Cicerón y la jurisprudencia romana: un estudio de historia jurídica*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, pp. 29-31. Cf. MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de las Ideas Estéticas en España*, 1ª ed., Tomo I, Madrid (Críticos), 1890, pp. 160-161.

estudió filosofía con Antíoco de Ascalón (125 a.C-68 a.C.)¹⁶, «quien fue el verdadero restaurador de la Academia platónica, y aun cuando no restauró del todo la filosofía de Platón, llegó a afirmar que el estoicismo era substancialmente idéntico a la filosofía platónica-aristotélica y se distinguían solo por la forma»¹⁷.

En este orden de cosas, en el *De legibus*, después de señalar que los jurisconsultos, «pese a la amplitud de sus declaraciones, se contentaron con pequeñas cosas»¹⁸, Cicerón apunta que Platón es su predilecto¹⁹, y siguiendo la estela platónica de dibujar la perfecta república y sus leyes perfectas, escribe el Arpinate:

«*Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas*»²⁰.

Lo que resulta verdaderamente notable de este párrafo es que, a pesar de la reverencia que Cicerón siempre mostró hacia los ancestros y la obra de los prudentes, en este texto se delata paradigmáticamente esa penetración de la filosofía como ciencia primera –tan propia de la cultura helénica– sobre la que hay que edificar la república, sus leyes y su Derecho.

Ofreciendo otro ejemplo de esta exhortación ciceroniana a introducir la filosofía de cuño helénico en el mundo romano y consumir, así, este proceso de helenización, todavía incompleto por el desinterés metafísico del pragmatismo romano, escribe Cicerón en sus *Tusculanae disputationes*:

¹⁶ También deja constancia de la influencia de Antíoco y, por ende, del influjo académico en el pensamiento ciceroniano: cf. PALACIOS CHINCHILLA, T., «El Hombre, según Cicerón», *Helmantica: Revista de filosofía clásica y hebrea*, núm. 103-105, 1983, pp. 509-522; asimismo, Ferrater Mora: cf. FERRATER MORA, J., s.v. Cicerón, *Diccionario de filosofía*, cit., p. 488; y el propio Cicerón: cf. Cic., *Acad.*, I, 4, 14.

¹⁷ LOZANO VÉLIZ, M. Del C., *El Derecho Romano y la Filosofía Griega*, Informe de actividad profesional, Universidad Panamericana, 2017, p. 25. Disponible en: <https://www.academia.edu/51785647/Derecho_Romano_y_Filosof%C3%ADa_Griega> [Consultado el 10/09/2024]. Más adelante, en el mismo texto, afirma la autora que Cicerón es «el responsable de la introducción de la filosofía griega en el pensamiento romano, impregnado la argumentación de los juristas con sus conceptos y métodos». LOZANO VÉLIZ, M. Del C., *El Derecho Romano y la Filosofía Griega*, cit., p. 26.

¹⁸ Cic., *Leg.*, I, 14, Traducción de D'ORS, A., 3ª ed., Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2002, pp. 65-67, que se utilizará en lo sucesivo.

¹⁹ Cic., *Leg.*, I, 15, p. 67.

²⁰ Cic., *Leg.*, I, 17, p. 69: «Entonces tu idea es que no hay que tomar por fuentes de la ciencia jurídica ni el Edicto del pretor, como hacen casi todos hoy, ni las Doce Tablas, como los antepasados, sino propiamente la filosofía esencial». Más adelante, en el mismo texto, señala el Arpinate: «*Natura enim iuris explicanda nobis est, eaque ab hominis repetenda natura, considerandae leges quibus civitates regi debeant; tum haec tractanda, quae composita sunt et descripta iura et iussa populorum, in quibus ne nostri quidem populi latebunt quae vocantur iura civilia*». «Así, hemos de explicar la naturaleza del derecho, deduciéndola de la naturaleza del hombre; luego, hemos de considerar las leyes que deben regir en las ciudades, y, finalmente, hemos de tratar de los derechos y preceptos positivos propios de cada pueblo, sin omitir entre ellos los llamados derechos civiles del nuestro». Apunta D'ORS a pie de página que «*iussa populorum* equivale a *leges*».

«Nos autem universae philosophae vituperatoribus respondimus in Hortensio, pro Academia autem quae dicenda essent, satis accurate in Academicis quattuor libris explicata arbitramur; sed tamen tantum abest, ut scribi contra nos nolimus, ut id etiam maxime optemus. In ipsa enim Graecia philosophia tanto in honore numquam fuisset, nisi doctissimorum contentionibus dissensionibusque viguisset. Quam ob rem hortor omnes, qui facere id possunt, ut huius quoque generis laudem iam languenti Graeciae eripiant et transferant in hanc urbem, sicut reliquas omnes, quae quidem erant expetendae, studio atque industria sua maiores nostri transtulerunt»²¹.

²¹ Cic., *Tusc.*, II, 4-5, Traducción de MEDINA GONZÁLEZ, A., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 2005, pp. 208-209. «A los detractores de la filosofía en su conjunto les he respondido en el *Hortensio* y, respecto de lo que había que decir en defensa de la Academia, pienso que lo he expuesto con bastante precisión en los cuatro libros de los *Académicos*; a pesar de ello, me hallo tan lejos de no querer que se escriba en mi contra, que incluso es lo que más deseo. La filosofía no habría gozado de hecho en la misma Grecia de tanta consideración si las polémicas y las discrepancias de los más sabios no le hubieran infundido renovados bríos. Por esta razón exhorto a todos los que puedan hacerlo a arrancar a Grecia, que está ya en declive, la gloria también en este campo y transferirla a nuestra ciudad, del mismo modo que nuestros antepasados, con empeño y con celo, nos transfirieron todas las demás cosas que merecían su desvelo». En este intento de importación y asimilación de lo helénico en el mundo romano, Cicerón no vierte sus esfuerzos intelectuales en transliteraciones, sino que trata, siempre, de encontrar una palabra latina que presente cierto grado de sinonimia con el término helénico que se pretende incorporar al acervo romano, o, en su caso, otorga significados helénicos a ciertos términos latinos. Esta segunda solución ciceroniana –normalmente combinada con la primera–, la de otorgar una significación helénica a un término latino que ya tiene un significado muy específico en el mundo romano, es la que, en un primer momento, parece oscurecer esta cuestión. Mediante este método, en su retiro tusculano, trata de arrojar luz sobre la filosofía helénica desde las letras latinas (cf. Cic., *Tusc.*, I, 5, pp. 108-109). Así, por ejemplo, escribe en Cic., *Acad.*, I, 4, 14, Traducción de PIMENTEL ÁLVAREZ, J., 1ª ed., México D. F. (Bibliotheca scriptorum graecorum et romanorum mexicana), 1990, p. 6, que se utilizará en lo sucesivo: «A mí, por cierto, dijo Ático, pues ¿qué hay que prefiera tanto como recordar las doctrinas oídas, hace ya tiempo, de labios de Antioco, y simultáneamente ver si ellas pueden decirse en latín con suficiente comodidad?». O en Cic., *Fin.*, II, 13, Traducción de HERRERO LLORENTE, V. J., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 1987, pp. 202-203, que se utilizará en lo sucesivo: «Así, pues, ¿éstos entienden lo que dice Epicuro, y yo no lo entiendo? Para que veas que lo entiendo, en primer lugar, llamo *voluptas* a lo que él llama *hedoné*. Es cierto que con frecuencia buscamos un término latino correspondiente a una palabra griega y que signifique lo mismo; aquí no tuvimos que buscar nada». Y esto es justo lo que intentará, aunque con ciertas dificultades teóricas, como explicaremos más adelante, al traducir el término griego *vóμος*, en el sentido general de normas, como *lex*, alejándose de la ortodoxia jurídica romana para convertir un instrumento propio del derecho público (la *lex*) en el fundamento del derecho privado y, por lo tanto, del *ius gentium*. La primera vez que Cicerón realiza esta tentativa es en el año 52 a. C., siete años antes de dedicarse en exclusiva a la labor filosófica, en su defensa de Tito Annio Milone (Cic., *Mil.*, 4, 10-11, Traducción de BAÑOS BAÑOS, J. M., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 1994, pp. 484-485, que se utilizará en lo sucesivo), donde reflexionando sobre si «existe alguna muerte injusta contra un traidor y un ladrón», sobre «para qué sirven nuestras escoltas» y «para qué las espadas», habla de una ley no escrita, pero natural, que no ha sido aprendida ni legada, sino tomada, arrancada, extraída de la propia naturaleza, y que, por ende, nos es innata: «si nuestra vida corriera peligro ante las asechanzas, la violencia y las armas de ladrones o enemigos, todo medio de busca de nuestra salvación se considera legítimo». Acto seguido, en el siguiente párrafo, escribe: «*silent enim leges inter arma*».

II. LA CONCRECIÓN DE LAS DOCTRINAS CICERONIANAS EN LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA

Cuenta Plutarco que Cicerón, decidido a tomar parte en el gobierno, «lleno de lisonjeras esperanzas», se vio moderado en su ímpetu por un oráculo porque, «habiendo preguntado en Delfos al dios cómo adquiriría grande fama, le había aconsejado la Pítia que tomara su propia naturaleza por regulador de su conducta, y no la opinión del vulgo»²². De ahí toma el Arpinate su concepto de *sapientia*, de la inscripción que se hallaba en el pronaos del templo de Apolo en Delfos («conócete a ti mismo»), que inspiró la obra socrática y, por ende, el intelectualismo moral. En palabras del propio Cicerón, de todas las cosas que la «filo-sofía» enseña, la más brillante y excelente es conocernos a nosotros mismos:

«Precepto este [el de conocernos a nosotros mismos], de tanto valor y sentido, que se atribuye, no ya a un hombre cualquiera, sino al dios de Delfos. En efecto, el que se conozca a sí mismo empezará a sentir que hay algo divino en él; pensará que su espíritu es una imagen consagrada en el templo de su cuerpo; [...]; y una vez que se haya estudiado y visto a fondo, comprenderá qué bien provisto por la naturaleza vino él al mundo, y de cuántos medios dispone para alcanzar y apropiarse la sabiduría (*sapientia*)»²³.

Consiguientemente, el Arpinate, en su concepción teológica del mundo, considera que el hombre que profundiza en el conocimiento de su propia naturaleza, simultáneamente crece en el conocimiento de las cosas divinas y humanas, esto es, en el conocimiento de la *lex* suprema que debe orientar todo el Derecho y la obra de los prudentes²⁴. A este respecto,

²² Plu., *Vitae parallelae*, Cic., V, Traducción de RANZ ROMANILLOS, A., 1ª ed., Tomo IV, Madrid (Imprenta Central a cargo de V. Saiz), 1880, pp. 417-418.

²³ Cic., *Leg.*, I, 58-59, p. 111: «*Sed profecto ita se res habet, ut quoniam uitiorum emendatricem legem esse oportet commendatricemque uirtutum, ab ea <dem> uiuendi doctrina ducatur. Ita fit ut mater omnium bonarum rerum <sit> sapientia, a quouis amore Graeco uerbo philosophia nomen inuenit, qua nihil a dis immortalibus uberius, nihil florentius, nihil praestabilius hominum uitae datum est. Haec enim una nos cum ceteras res omnes, tum, quod est difficillimum, docuit, ut nosmet ipsos nosceremus, cuius praecepti tanta uis et tanta sententia est, ut ea non homini quoipiam, sed Delphico deo tribueretur. Nam qui se ipse norit, primum aliquid se habere sentiet diuinum ingeniumque in se suum sicut simulacrum aliquid dicatum putabit, tantoque munere deorum semper dignum aliquid et faciet et sentiet, et quom se ipse perspexerit totumque temptarit, intellet quem ad modum a natura subornatus in uitam uenerit, quantaque instrumenta habeat ad obtinendam adipiscendamque sapientiam, quoniam principio rerum omnium quasi adumbratas intellegentias animo ac mente conceperit, quibus inlustratis sapientia duce bonum uirum et, ob eam ipsam causam, cernat se beatum fore».* También en: Cic., *Fin.*, II, 36-37, p. 120: «¿Qué es lo que juzgan los sentidos? Si algo es dulce o amargo, suave o áspero, próximo o lejano, inmóvil o en movimiento, cuadrado o redondo. Así, pues, una sentencia justa la pronunciará la razón ayudada, en primer lugar, por el conocimiento de las cosas divinas y humanas, que con todo derecho puede llamarse sabiduría».

²⁴ Cic., *Rep.*, III, 33, Traducción de D'ORS, A., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 1991, p. 137: «La ley es la recta razón congruente con la naturaleza, general a todos, constante, perdurable, que impulsa con sus preceptos a cumplir el deber, y aparta del mal con sus prohibiciones. [...]. Tal ley, no es lícito suprimirla, ni derogarla

parcialmente, ni abrogarla por entero, ni podemos quedar exentos de ella por voluntad del senado o del pueblo, ni debe buscarse un Sexto Elio que la examine como intérprete, ni puede ser distinta en Roma y en Atenas, hoy y mañana, sino que habrá siempre una misma ley para todos los pueblos y momentos, perdurable e inmutable; y habrá un único dios como maestro y jefe común de todos, autor de tal ley, juez y legislador, al que, si alguien desobedece huirá de sí mismo y sufrirá las máximas penas por el hecho mismo de haber despreciado la naturaleza humana, por más que consiga escapar de los que se consideran castigos». Esta *lex*, como hace constar Cicerón, no es objeto de la obra jurisprudencial, sino que es la base sobre la que se edifica la obra de los jurisconsultos, tal y como se deduce de su referencia a Sexto Elio. Este concepto de *lex*, por tanto, resulta novedoso porque en Roma, resumidamente, el *ius* era una fuente del Derecho –por lo tanto, una fuerza lícita–, que manaba del ejercicio de la *auctoritas* del jurista y no de la imposición por parte de quien ostentaba la *potestas*, mientras que la *lex*, precisamente, era el resultado de un acto de potestad. Cf. VANNEY, M. A., «Álvaro D’Ors y la filosofía política», *Persona y Derecho*, núm. 75, 2016, p. 367. Además, según LUCHETTI, G., «El valor del precedente jurisprudencial en el Derecho Romano y en la tradición romanística», *Vergentis. Revista de investigación de la cátedra de Inocencio III*, núm. 7, 2018, p. 96, la aportación de la ley como fuente del Derecho Romano resultaba marginal, pese a que, por ejemplo, durante el Principado, la ley tomase un papel restrictivo de la autonomía privada. La ley, por tanto, siguiendo a KASER, M. *et al.*, *Derecho Privado Romano*, Traducción de LAZO GONZÁLEZ, P. y ANDRÉS SANTOS, F., 1ª ed., Madrid (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado), 2022, p. 82, resultaba insuficiente para hacer frente al mundo fáctico, y se abocó, de manera muy principal, a la solución de problemas políticos contingentes, interviniendo durante la época de la República únicamente en casos jurídicos excepcionales. Sin embargo, a raíz de la introducción ciceroniana del término *lex* en un sentido general y helénico, incompatible con la significación romana de fuente del Derecho contrapuesta y equiparable al *ius*, Cicerón comenzó a utilizar ambos términos de manera equívoca a lo largo de su obra. Por este motivo, el Arpinate llega a otorgar a los *mores maiorum* fuerza de ley (sentido helénico) y, en ocasiones, para hacerse accesible a sus contemporáneos, habla del *ius* como la obra de los juristas, como Derecho-norma o como derecho-facultad, indistintamente. Lo más claro de su obra en este sentido es la primacía del *ius naturale* –presentado como sinónimo de la *lex*– sobre el resto de fuentes del Derecho. D’Ors profundiza en estas distinciones, matizándolas, en: D’ORS, A., Introducción, traducción y notas de CICERÓN, *De legibus*, 3ª ed., Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2002, pp. 39-41. Así, desde el punto de vista ciceroniano, no debemos interpretar la *lex* desde la ortodoxia republicana como *lex publica*, *lex privata* o *lex contractus*, o como las Doce Tablas, sino que, siguiendo a Villey, debemos entender que la gran influencia jurídica del Arpinate es el pensamiento aristotélico, por lo que la *lex* auténtica, la que tiene primacía sobre el resto de fuentes del derecho y es sinónimo del *ius naturale*, es un *koinòs nómos* (ley común y natural aplicable a todos los pueblos) vinculado con la *physikòn dikáion* (la justicia natural aplicable a todos los pueblos). Cf. D’ORS, A., *De la guerra y de la paz*, 1ª ed., Madrid (Ediciones Rialp), 1954, pp. 28-29; VILLEY, M., «La notion romaine classique de *jus* et le *dikaion* d’Aristote», *La filosofía griega e il diritto romano*, Roma (Accademia Nazionale dei Lincei), 1976. En última instancia, como explica Serrao, el problema radica en que cuando Cicerón afirma (cf. *Leg.*, I, 18-19, p. 71) que el término griego *vóμος* enfatiza el valor de la equidad, mientras que el término latino *legere*, el de la elección, siendo ambas cosas propias de la *lex*, se aleja en cierta medida de las conclusiones filológicas actuales porque, por lo general, se prefiere vincular el sustantivo *lex* con el verbo *legare*, cuyo significado es: «legar», «dar un encargo», «delegar una autoridad, un poder», y, por lo tanto, «regular» o «estatuir», conforme a *XII Tab.* V, 3: «*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*». Esto, más que un error por parte de Cicerón, es consecuencia de querer justificar etimológicamente a los ojos de sus contemporáneos lo que, en realidad, no era una reflexión etimológica, ni lógica, sino plenamente filosófica, epistemológica y metafísica, en busca de un principio –actuando puramente como un académico– sobre el que edificar el perfecto derecho de la república perfecta. Cf. SERRAO, F., *s.v. legge*, *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, 1ª ed., Milano (Giuffrè), 1958, p. 794. Para un estudio más detenido en relación con los avatares relativos a los inveterados conflictos entre los conceptos de ley (*vóμος*) y naturaleza o realidad en sí del mundo (*φύσις*), trasladados con la traducción ciceroniana al mundo jurídico romano: cf. NICOLÁS SÁNCHEZ, P., «Tomás de Aquino: libertad, ley y breve reflexión sobre el origen genealógico de su doctrina», *Ciencia Tomista*, núm. 151, 2024, pp. 105-112.

expone Castro Camero que Ulpiano traslada «al ámbito del *ius* la visión ciceroniana de la sabiduría (*sapientia*)», por lo que la prudencia, que es la característica fundamental del jurista y que es la virtud que permite discernir lo justo de lo injusto, derivaría necesariamente de esta filosofía previa²⁵, de esta *sapientia* que es conocimiento de las cosas de dios y de las cosas de los hombres:

«*Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*»²⁶.

«*Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*»²⁷.

En vista de lo expuesto, para Cicerón la justicia es «virtud por la que los hombres son llamados buenos»²⁸, y siendo la virtud una adecuación práctica a la ley suprema, la justicia asimismo presupone ese conocimiento de la naturaleza universal, eterna e inderogable. Es decir, el hombre, para ser justo, tiene que haber alcanzado antes la *sapientia*. De este modo, la justicia queda articulada como el ideal teleológico²⁹ al que debe tender la obra de los juristas en el discernimiento prudente de lo justo y de lo injusto. Esto es así porque, precisamente por proceder el *ius* de la *iustitia*, la justicia es su causa final:

«*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi*»^{30,31}.

²⁵ DE CASTRO CAMERO, R., «El jurista romano y su labor de concreción de la justicia», *Persona y Derecho*, núm. 74, 2016, pp. 126 y 127.

²⁶ D. 1. 1. 1. 1. (Ulp. *I inst.*): «En razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes; en efecto, rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados, si no yerro, a una verdadera y no simulada filosofía».

²⁷ D. 1. 1. 10. 2. (Ulp. *I reg.* = Inst. 1,1 pr. & 3,1): «La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto».

²⁸ Cic., *Off.*, II, 38, Traducción de ESTRADA MORÁN, B., 1ª ed., México D. F. (Bibliotheca scriptorum graecorum et romanorum mexicana), 1962, p. 77.

²⁹ DE CASTRO CAMERO, R., «El jurista romano y su labor de concreción de la justicia», cit., p. 124.

³⁰ «Es la equidad la que permite que la justicia se haga realidad, porque permite que se reconozca lo que le corresponde a cada uno, según la razón práctica (prudencia). La ausencia de la equidad da lugar a lo que Cicerón en su obra *De officiis* I, 13, llamó: *summum ius summa iniuria*». Tal y como se recoge en: LOZANO VÉLIZ, M. Del C., *El Derecho Romano y la Filosofía Griega*, cit., p. 30.

³¹ D. 1. 1. 1. (Ulp. *I inst.*): «Conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca primeramente de dónde deriva el término *ius*. Es llamado así por derivar de “justicia”, pues, como elegantemente define Celso, el derecho es la técnica de lo bueno y de lo justo».

De esta manera, si se comprende la *sapientia* como una verdadera filosofía, podemos entender que el jurista romano, captando lo justo en la realidad, lo ponía en conexión con la naturaleza auténtica de las cosas. «Por este motivo, cuando formulaba máximas no exponía su fundamentación, sino que la refería a la observación de la naturaleza, a la *ratio iuris*, con una seguridad que es propia del derecho natural»³²: la naturaleza es la razón del *ius*, y el jurisprudente, dotado de *auctoritas* por su saber socialmente reconocido (*sapientia*), se permitía responder con sobriedad³³ porque sus *responsa* se encontraban fundamentados y, en consecuencia, limitados, por la propia naturaleza de las cosas –la realidad en sí del mundo–, captada a través del ejercicio racional. Por estas razones, la obra de los prudentes, fundamentalmente casuística, encontró un pilar filosófico y eterno que le otorgaba consistencia, límites y continuidad. El propio Paulo, en el Digesto, se refiere a la naturaleza como la *ratio iuris* para adoptar una respuesta³⁴: «*Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*»³⁵.

Sin embargo, donde más esplendor alcanzó la teoría griega del Derecho natural y donde más se destacó la posición de Cicerón como principal catalizador del helenismo en el mundo romano, es en el *ius gentium*, el cual, basado en el Derecho natural, se comprendió como «el Derecho aplicable en igual medida a ciudadanos y no ciudadanos». A tenor de esta doctrina, la esencia de la humanidad es común a todos los hombres, sin distinciones, de lo que se deduce que muchas instituciones, normas y figuras jurídicas son coincidentes para todos los pueblos. «De estas instituciones la cultura jurídica romana creó un Derecho –principalmente iusprivatístico– “de todos los pueblos” (*ius gentium*) que vincula a todos los hombres libres», lo que influyó asimismo en el Derecho Civil, que se vio completado y desarrollado³⁶.

Para Cicerón, que es la fuente historiográfica más remota a este respecto, el *ius gentium* encuentra su fundamento en la razón natural –la *lex*–, y, siguiendo a Valiño, este derecho de gentes, en la doctrina ciceroniana:

«Apartándose de las exigencias formalistas ligadas a la idiosincrasia particular de cada pueblo o comunidad política, anhela exclusivamente la consecución de la justicia material y aspira a hacer efectiva esa justicia del caso concreto, adaptando las decisiones a las exigencias de la naturaleza humana»³⁷.

³² DE CASTRO CAMERO, R., «El jurista romano y su labor de concreción de la justicia», cit., p. 128.

³³ De conformidad con lo expuesto por el Arpinate en: Cic., *Brut.*, 197, p. 72.

³⁴ DE CASTRO CAMERO, R., «El jurista romano y su labor de concreción de la justicia», cit., p. 128.

³⁵ D. 50. 17. 10: «Es conforme a la naturaleza que las ventajas de una cosa correspondan al mismo que sufre los inconvenientes».

³⁶ KASER, M. et al., *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 100 y 101.

³⁷ VALIÑO ARCOS, A., «Aproximación a la distinción conceptual entre *ius civile* y *ius gentium* en las fuentes romanas», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Valencia (Universidad de Valencia), 2008, p. 1696.

Coinciden Fernández de Buján³⁸, D'Ors³⁹ y Valiño⁴⁰ en señalar que, en *De officiis* III, 17, 69, el Arpinate, al establecer una división tripartita del Derecho (derecho de gentes-derecho de aquellos que pertenecen a una misma *gens*-derecho de la ciudad), matiza su doctrina sobre el *ius gentium*, determinando que, al ser el derecho de gentes un derecho natural aplicable a todos los hombres y, por tanto, gozar este de un ámbito de aplicación más extenso que el Derecho Civil, el *ius gentium* tiene que estar recogido por el *ius civile*, pero no al revés. De este modo, Cicerón, que concibe el *ius gentium* como un derecho natural no necesariamente escrito, salva la plena vigencia del derecho de gentes en la *civitas* romana. El problema es que:

«En Cicerón, ya hemos visto, prima la consideración de filósofo, de modo que sin entrar en el examen detallado de qué instituciones y normas son de Derecho Civil y cuáles de derecho de gentes, viene a subsumir el derecho de gentes dentro del Derecho Civil, sin contraponerlos realmente»⁴¹.

Gayo recoge el testigo de la preocupación ciceroniana por el derecho de gentes y, en ausencia de contradicciones entre sus doctrinas, se puede reconocer una influencia directa de Cicerón sobre este prudente⁴². En realidad, por el hecho de ser jurista y trabajar, por lo tanto, más apegado a la realidad y alejado del ámbito especulativo, es probable que Gayo se viera en mejor disposición para ofrecer una doctrina clara acerca del *ius gentium* y así esclarecer las nociones propuestas por Cicerón y adoptar con mayor precisión el esquema aristotélico (*ídios nómos-koinòs nómos*⁴³), detallando, en su caso, qué normas e instituciones son de *ius civile* y cuáles de *ius gentium*:

³⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, cit., p. 42.

³⁹ D'ORS, A., Introducción, traducción y notas de CICERÓN, *De legibus*, cit., p. 29.

⁴⁰ VALIÑO ARCOS, A., «Aproximación a la distinción conceptual entre *ius civile* y *ius gentium* en las fuentes romanas», cit., p. 1697.

⁴¹ VALIÑO ARCOS, A., «Aproximación a la distinción conceptual entre *ius civile* y *ius gentium* en las fuentes romanas», cit., p. 1701.

⁴² VALIÑO ARCOS, A., «Aproximación a la distinción conceptual entre *ius civile* y *ius gentium* en las fuentes romanas», cit., p. 1701.

⁴³ Este esquema aristotélico lo encontramos desarrollado en: cf. Arist., *EN*, V, 7, 1134b20-25, Traducción de PALLÍ BONET, J., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 1993, p. 254 y cf. Arist., *Rh.*, I, 13, 1373b4-10, Traducción de BERNABÉ, A., 1ª ed., Madrid (Alianza Editorial), 1998, pp. 122-123. Así, pues, siguiendo este esquema aristotélico, «puede decirse que Cicerón distingue el *ius civile* (propio de la comunidad ciudadana, de la *civitas*) [en Aristóteles, ley particular o *ídios nómos*] del *ius gentium* (común a todos los hombres) [en Aristóteles ley común o *koinòs nómos*, conformado siempre a la naturaleza con independencia del parecer humano] y del *ius naturale* (que constituye el orden de la comunidad superior); pero este último debe regir como norma superior los otros dos», aunque la diferenciación entre el *ius gentium* y el *ius naturale* o la *lex*, debido a que Cicerón se mueve en un campo meramente especulativo, no está del todo clara y parece que se identifican. Conforme a: D'ORS, A., Introducción, traducción y notas de CICERÓN, *De legibus*, cit., pp. 28 y 29.

«*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus*»⁴⁴.

Asimismo, Ulpiano (D. 1. 1. 1. 2⁴⁵) nos ofrece una división tripartita del Derecho privado –influencia de Cicerón–: el Derecho natural (D. 1. 1. 1. 3⁴⁶), común a todos los animales (v. gr. la procreación y el matrimonio) –se aleja de Cicerón, que no reconoce estatuto jurídico en los animales homologable al de los seres humanos⁴⁷ y abraza doctrinas helénicas como las de Pitágoras y Empédocles–; el Derecho de gentes (D. 1. 1. 1. 4⁴⁸), que es un derecho natural solo de hombres y común a todas las naciones –coincide absolutamente con Cicerón, aunque, en el caso de Ulpiano, este *ius gentium* solo recoge el derecho natural que es exclusivo de los hombres, por lo que se trata de un derecho de gentes más limitado–; y, por último, el Derecho civil, que es el aplicable a los ciudadanos romanos.

⁴⁴ Gai. *Inst.*, 1, 1 (DOMINGO, R. (coord.)), *Textos de Derecho Romano*, 1ª ed., Pamplona (Aranzadi), 1998: «Todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres usan en parte su propio derecho y en parte el derecho común de todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo establece para sí, ése es suyo propio, y se llama derecho civil, como si dijéramos derecho propio de la ciudad; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, ése se observa uniformemente entre todos los pueblos y se llama derecho de gentes, como si dijéramos el derecho que usan todas las naciones. Así, pues, el pueblo romano usa en parte su propio derecho y en parte el derecho común de todos los hombres. Cómo sea cada uno de ellos lo trataremos en su debido lugar».

⁴⁵ «*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*». «Dos son las posiciones en este estudio: el público y el privado. Es derecho público el que respecta al estado de la república, privado el que respecta a la utilidad de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de utilidad privada. El derecho público consiste en el ordenamiento religioso, de los sacerdotes y de los magistrados. El derecho privado es tripartito, pues está compuesto por los preceptos naturales, de gentes y civiles».

⁴⁶ «*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerit*». «Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y del mar, también es común a las aves. De ahí deriva la unión del macho y la hembra que nosotros denominamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho».

⁴⁷ Cf. Cic., *Leg.*, I, 22-24, pp. 75-77 y cf. *Rep.* III, 19, p. 136.

⁴⁸ «*Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur: quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit*». «Es derecho de gentes aquel que usan todos los pueblos humanos. El cual puede entenderse fácilmente que se distingue del natural porque el natural es común a todos los animales y el de gentes únicamente a los hombres entre sí».

A tenor de estas fuentes primarias, según Fernández de Buján, podemos extraer cuatro acepciones diferentes de *ius naturale*:

1. «*Ius naturale* como derecho basado en la propia naturaleza, sin más adjetivaciones», que es la concepción recogida por Ulpiano.
2. *Ius naturale* como el derecho fundamentado en la *naturalis ratio*, «entendiendo por tal, con Lombardi, la lógica natural que se deduce de la realidad objetiva de las cosas» y que se identifica con la definición de *ius gentium* ofrecida por Gayo, jurista inspirado por el pensamiento helénico de Cicerón.
3. «*Ius naturale* como derecho basado en la equidad», que es una concepción ideal del derecho recogida por Paulo en D. 1. 1. 11: «... *id quod semper aequum et bonum est ius dicitur, ut est ius naturale...*»⁴⁹.
4. «*Ius naturale* como un orden ideal trascendente inspirado por la providencia divina, que puede y debe servir de inspiración al derecho positivo, [...] subordinado a él», de conformidad con lo recogido en Instituciones de Justiniano, 1. 2. 11.

A juicio del autor, «la concepción clásica de derecho natural es la que lo identifica con la razón natural de las cosas y con la equidad»⁵⁰.

Toda esta teorización, dice Valiño, responde a la voluntad de los jurisprudentes clásicos de encontrar un fundamento para extender el derecho de ciudadanía de Roma. Los juristas encontraron ese fundamento en el *iusnaturalismo* helénico importado por Cicerón, así como en las instituciones comunes de los distintos pueblos.

«Es, por consiguiente, por obra de la jurisprudencia y no de la Cancillería (destáquese que ni una sola de las *constitutiones principum* se refiere al *ius gentium*) que la noción de *ius gentium* en este sentido privatístico adquiere principal protagonismo en este período, erigiéndose en el fundamento de muchas instituciones del derecho de obligaciones y de los derechos reales»⁵¹.

E instituyéndose, por tanto, la filosofía helénica –y ciceroniana– en un pilar inspirador de la jurisprudencia romana.

III. CONCLUSIÓN

De todo lo dicho podemos extraer las siguientes conclusiones:

⁴⁹ «Cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como es el derecho natural».

⁵⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, cit., pp. 40 y ss.

⁵¹ VALIÑO ARCOS, A., «Aproximación a la distinción conceptual entre *ius civile* y *ius gentium* en las fuentes romanas», cit., p. 1702.

En primer lugar, Cicerón, alejándose del concepto romano de *lex*, entendió la *lex* como «*ratio summa, insita in natura*»⁵², que conforma la naturaleza y que puede ser descubierta mediante el ejercicio de la *naturalis ratio*, teniendo que estar edificado todo el Derecho, incluida la jurisprudencia, sobre esta ley suprema, que es conocimiento de las cosas de dios y de las cosas de los hombres. Por lo tanto, el hombre alcanza la *sapientia* mediante la introspección en su propia naturaleza y el descubrimiento de esta ley divina, quedando obligado el jurista –que goza de un saber socialmente reconocido– a alcanzar esa sabiduría para hacer ejercicio de su autoridad. Así, tal y como demuestran las citas de Ulpiano o Paulo, la naturaleza y la filosofía se erigieron en fundamento, pero también en límite, de las labores jurisprudenciales.

En segundo lugar, la universalidad de la *lex*, vigente para todos los hombres y no necesariamente escrita, permitió a los jurisprudentes, que creaban Derecho acorde con esta ley natural, desarrollar con independencia de la Cancillería un *ius gentium* con el que extender el derecho de ciudadanía romana más allá de la *civitas*. Para ello, los juristas tomaron como base esa naturaleza común de la humanidad, regida por la misma *lex*, así como los paralelismos institucionales que apreciaron en los distintos pueblos.

Por último, si la creación de Derecho Romano clásico se daba sobre todo en la interpretación del Derecho positivo aplicado a casos concretos, el romano, gracias a esta nueva metafísica, entendió lo que probablemente ya intuía: que hay una naturaleza en las cosas, «independiente del conocimiento que cada cual tuviera de ella, y creía, además, que la inteligencia humana tiene capacidad para conocer tal naturaleza objetiva»⁵³, de modo que la naturaleza, gracias a los helenos, se erigió en presupuesto y fin de las labores jurisprudenciales, lo que exigió a los juristas convertirse en filósofos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS SANTOS, F. J., «Roma y los juristas. El modelo romano en la jurisprudencia europea del siglo XIX», *Minerva: Revista de Filología Clásica*, núm. 15, 2001, pp. 281-302.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Traducción de PALLÍ BONET, J., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 1993.
- *Retórica*, Traducción de BERNABÉ, A., 1ª ed., Madrid (Alianza Editorial), 1998.
- AZARA, A., EULA, E., *Novissimo Digesto Italiano*, 3ª ed., Tomo IX, Torino (Unione tipografico editrice torinese), 1957.

⁵² Cic., *Leg.*, I, 18, p. 71.

⁵³ RODRÍGUEZ GALLÓN, V., «Positivismo y iusnaturalismo en la jurisprudencia romana clásica», cit., p. 215.

- BUIS, E. J., «Del derecho griego (Solón, F60 [R]) a las XII Tablas: un caso de intertextualidad jurídica», *Florentia iliberritana*, núm. 19, 2008, pp. 39-70.
- CASSO Y ROMERO, I., CERVERA Y JIMÉNEZ ALFARO, F., *Diccionario de Derecho Privado*, 1ª ed., Tomo II, Barcelona (Editorial Labor), 1961.
- CASTRO SÁENZ, A., *Cicerón y la jurisprudencia romana: un estudio de historia jurídica*, 1ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.
- CICERÓN, *Academica*, Traducción de PIMENTEL ÁLVAREZ, J., 1ª ed., México D. F. (Bibliotheca scriptorum graecorum et romanorum mexicana), 1990.
- *Brutus*, Traducción de REYES CORIA, B., 1ª ed., Ciudad de México (Universidad Nacional Autónoma de México), 2004.
 - *De finibus bonorum et malorum*, Traducción de HERRERO LLORENTE, V. J., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 1987.
 - *De legibus*, Traducción de D'ORS, A., 3ª ed., Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2002.
 - *De officiis*, Traducción de ESTRADA MORÁN, B., 1ª ed., México D. F. (Bibliotheca scriptorum graecorum et romanorum mexicana), 1962.
 - *De oratore*, Traducción de ISO, J. J., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 2002.
 - *De Re Publica*, Traducción de D'ORS, A., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 1991.
 - *Pro Milone*, Traducción de BAÑOS BAÑOS, J. M., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 1994.
 - *Tusculanae disputationes*, Traducción de MEDINA GONZÁLEZ, A., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 2005.
- D'ORS, A., *De la guerra y de la paz*, 1ª ed., Madrid (Ediciones Rialp), 1954.
- Introducción, traducción y notas de CICERÓN, *De legibus*, 3ª ed., Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2002.
- DE CASTRO CAMERO, R., «El jurista romano y su labor de concreción de la justicia», *Persona y Derecho*, núm. 74, 2016, pp. 117-164.
- DOMINGO OSLÉ, R., «La jurisprudencia romana, cuna del Derecho», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 81, 2004, pp. 371-393.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 11ª ed., Madrid (Iustel), 2022.
- *Derecho Romano*, 8ª ed., Madrid (Dykinson), 2024.

- FERRATER MORA, J., *Diccionario de filosofía*, I, 6ª ed., Madrid (Alianza Editorial), 1986.
- GAYO, *Institutiones* (DOMINGO, R. (coord.)), *Textos de Derecho Romano*, 1ª ed., Pamplona (Aranzadi), 1998.
- HORACIO, *Carmina*, Traducción de MORALEJO, J. L., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 2007.
- *Epístolas*, Traducción y notas de MORALEJO, J. L., 1ª ed., Madrid (Editorial Gredos), 2008.
- JUSTINIANO, *Digesto*, Traducción de D'ORS, A., 1ª ed., Pamplona (Aranzadi), 1968.
- KASER, M. *et al.*, *Derecho Privado Romano*, Traducción de LAZO GONZÁLEZ, P. y ANDRÉS SANTOS, F., 1ª ed., Madrid (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado), 2022.
- LOZANO VÉLIZ, M. Del C., *El Derecho Romano y la Filosofía Griega*, Informe de actividad profesional, Universidad Panamericana, 2017. Disponible en: <https://www.academia.edu/51785647/Derecho_Romano_y_Filosof%C3%ADa_Griega>. [Consultado el 10/09/2024].
- LUCHETTI, G., «El valor del precedente jurisprudencial en el Derecho Romano y en la tradición romanística», *Vergentis. Revista de investigación de la cátedra de Inocencio III*, núm. 7, 2018, pp. 95-121.
- MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de las Ideas Estéticas en España*, 1ª ed., Tomo I, Madrid (Críticos), 1890.
- NICOLÁS SÁNCHEZ, P., «Tomás de Aquino: libertad, ley y breve reflexión sobre el origen genealógico de su doctrina», *Ciencia Tomista*, núm. 151, 2024, pp. 87-112.
- PALACIOS CHINCHILLA, T., «El Hombre, según Cicerón», *Helmantica: Revista de filosofía clásica y hebrea*, núm. 103-105, 1983, pp. 509-522.
- PLUTARCO, *Vitae parallelae*, Traducción de RANZ ROMANILLOS, A., 1ª ed., Madrid (Imprenta Central a cargo de V. Saiz), 1880.
- RODRÍGUEZ GALLÓN, V., «Positivismo y iusnaturalismo en la jurisprudencia romana clásica», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 57, 1982, pp. 211-218.
- SÁNCHEZ HIDALGO, A. J., *recensión de LLANO ALONSO, F. H., El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón*, Pamplona (Thomson Reuters Aranzadi), 2017, 201 pp., publicado en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 37, 2018, pp. 165-178.

- SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, 1ª ed., Londres (Oxford University Press), 1946.
- SERRAO, F., *Enciclopedia del diritto*, 1ª ed., Tomo XXIII, Milano (Giuffrè), 1958.
- The Latin Library. Disponible en: <<https://www.thelatinlibrary.com>>. [Consultado el 12/09/2024].
- VALENCIA RESTREPO, H., «La jurisprudencia romana clásica», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 94, 1994, pp. 109-122.
- VALIÑO ARCOS, A., «Aproximación a la distinción conceptual entre *ius civile* y *ius gentium* en las fuentes romanas», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Valencia (Universidad de Valencia), 2008, pp. 1689-1703.
- VANNEY, M. A., «Álvaro D'Ors y la filosofía política», *Persona y Derecho*, núm. 75, 2016, pp. 359-380.
- VILLEY, M., «La notion romaine classique de *jus* et le *dikaion* d'Aristote», *La filosofía greca e il diritto romano*, Roma (Accademia Nazionale dei Lincei), 1976, pp. 71-81.

LIFE OR DEATH? HAVING THE WILL TO TERMINATE LIFE: RECOGNISING AND BUILDING THE RIGHT TO DIE WITH DIGNITY IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW*

¿VIDA O MUERTE? TENER LA VOLUNTAD DE PONER FIN A LA VIDA:
RECONOCER Y CONSTRUIR EL MARCO DEL DERECHO A MORIR CON
DIGNIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHO
HUMANOS

EMMA SEGELKE**

Abstract: International human rights law fails to protect people who wish to have a dignified death by not recognising the existence of the right to die yet implicit in dignity-based human rights. This paper explores the issues of euthanasia and assisted suicide both in the context of international human rights law and of jurisprudence. It attempts to build an international human rights law framework, called the right to die *with dignity* (RTD) framework, charged with giving people in distressing health conditions access to end-of-life practices. The paper is a legal paper above all else, tasked with investigating how existing dignity-based human rights could be used as legalisation enablers. However, it also inscribes itself in the field of the philosophy of law considering that the philosophical normativity of the framework as well as its reconciliation with natural law theory and sanctity of life arguments are great matters of interest.

Keywords: Euthanasia, European Convention on Human Rights, dignity, self-determination, slippery slope.

Resumen: El derecho internacional de los derechos humanos no protege a las personas que desean tener una muerte digna al no reconocer la existencia del derecho a morir, que aún está implícito en los derechos humanos basados en la dignidad. Este artículo explora las cuestiones de la eutanasia y el suicidio asistido tanto en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos como de la jurisprudencia. Intenta construir un marco legal internacional de derechos humanos, llamado marco del derecho a morir con dignidad (DTR), encargado de brindar a las personas en condiciones de salud difíciles acceso a prácticas para el final de la vida. El artículo es, por encima de todo, un documento jurídico, cuya tarea es investigar cómo los derechos humanos existentes basados en la dignidad podrían usarse como facilitadores de la legalización. Sin embargo, también se inscribe en el campo de la filosofía del derecho considerando que la normatividad filosófica

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2025.51.009>

Fecha de recepción: 24/06/2024

Fecha de aceptación: 11/09/2024

** Máster en Derecho en Derecho de los Derechos Humanos (LLM) (últimos estudios finalizados). Actualmente realizando un doctorado en la Universidad Autónoma de Madrid (Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica) y en la Universidad de Kent (Kent Law School). Me gustaría agradecer especialmente a mi director del trabajo, el profesor Yutaka Arai, por su apoyo y sus valiosos consejos, que me ayudaron mucho a lo largo de mi investigación. También me gustaría agradecer al profesor Harm Schepel por hacerme reflexionar sobre la inclusión de pacientes con demencia en el marco del RTD. Correo electrónico: ell.segelk@hotmail.fr.

del marco, así como su reconciliación con la teoría del derecho natural y los argumentos de la santidad de la vida, son cuestiones de interés.

Palabras clave: Eutanasia, Convenio Europeo de Derechos Humanos, dignidad, autodeterminación, pendiente resbaladiza.

SUMMARY: I. INTRODUCTION; II. EUTHANASIA AND ASSISTED SUICIDE FOR WHO?

AVOIDING THE SLIPPERY SLOPE AT THE OUTSET; 1. Adult patients suffering from severe physical pain; *A. Adult patients suffering from a terminal/incurable disease; B. Adult paralysed patients*; 2. Adult patients suffering from dementia; III. BUILDING A COHERENT AND CONSISTENT RIGHT TO DIE WITH DIGNITY FRAMEWORK BASED ON DIGNITY-BASED HUMAN RIGHTS; 1. The foundational right to life: an obvious forum to infer the right to die with dignity; *A. Strasbourg's strict construction of the right to life under article 2 ECHR; B. An international evaluation around the right to life: source of inspiration for the European Court of Human Rights; C. Does the right to die with dignity already exist?; D. The living instrument doctrine: do present day conditions allow for inferring a right to die with dignity?*; 2. The right to die with dignity derived from the prohibition against inhuman or degrading treatment; *A. Pretty's unfounded interpretation of article 3 ECHR; B. The linkage between the right to be free from degrading treatment and dignity*; 3. The right to die with dignity derived from the right to private life; *A. The right to die with dignity derived from the right to self-determination included under the scope of the concept of private life; B. The right to die with dignity derived from the broad meaning of the concept of private life*; IV. THEORETICAL INQUIRIES INTO THE CONCEPT OF DIGNITY: THE HIDDEN NOTION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW CAPABLE OF NORMATIVELY JUSTIFYING THE EXISTENCE OF THE FRAMEWORK; 1. A misplaced Kantian meaning of dignity applied by the European Court of Human Rights in its interpretation of the right to life; *A. Kant's conception of dignity as wholly intrinsic; B. Montaigne and Dworkin's conception of dignity as personal; C. The European Court of Human Rights' Kantian philosophy*; 2. Rebutting «sanctity of life» arguments; *A. Natural law vs legal positivism – Rebutting religious sanctity of life arguments; B. Rebutting secular sanctity of life arguments*; V. CONCLUSION; VI. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCTION

«Making someone die in a way that others approve, but he or she believes a horrifying contradiction of his or her life, is a devastating, odious form of tyranny»¹.

The concept of a «good death» has for centuries held man spellbound. It is now epitomised in the word «euthanasia» formed by the combination of two ancient Greek

¹ DWORKIN, R., *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, 1st ed, New York (Vintage Books by the Knopf Doubleday Publishing Group), 1994, p. 217.

words: «eu» (good) and «thanatos» (death)². The significance of a good death can be attributed to Roman emperors like Hadrian, who was one of the first prominent political figures known to have had recourse to euthanasia³. At the time of Imperial Rome, values such as courage, strong-mindedness and honour crystallised in death, hence the importance of having a «good death»⁴. Intriguingly, this Roman conception has re-emerged since the beginning of the 1990s when authors from diverse backgrounds started to question society's stance towards death in light of medical advances. A movement fighting for the legalisation of euthanasia came to being and swiftly gained popularity in European countries⁵. It was given, in this author's opinion, the incorrect name of «the right to die movement». As a matter of fact, it is not so much a right *to die* that euthanasia proponents advocate for, but rather a right *to die with dignity*. Instead of viewing the right to die as antonymous to the right to life, it should be viewed as a novel right arising from a shift in society's value orientation⁶. Curiously, treaty bodies have yet to recognise its existence both in treaty law and in caselaw. This paper will seek to fill this legal lacuna by answering the following research question: how could international human rights law uplift the dignity of human beings until the end of their lives while protecting them from abuse of their right to die?

Although «euthanasia» and «assisted suicide» cannot be used interchangeably as the former relates to a lethal injection given by a *third party* to a suffering consenting individual while the latter concerns the patient's *self-injection*, in this paper they will be treated together.⁷ What ought to be differentiated are the varied euthanasia practices:

Active euthanasia involves a positive action while passive euthanasia is legally classified as an omission⁸. What will be referred to in the paper as «withdrawing of life support» should be viewed as a lesser form of passive euthanasia. By and large, voluntary active euthanasia (VAE) means that the patient autonomously requests that his life be terminated; non-voluntary active euthanasia (NVAE) happens when a patient, unable to consent, is «killed» nonetheless presumably for his own good; and involuntary active

² NEMTOI, G., «The Right to Life versus the Right to Die», *Logos Universality Mentality Education Novelty: Law*, n.8, 2020, p. 3.

³ *Ibidem*, p. 3.

⁴ FLEMMING, R., «Suicide, euthanasia and medicine: reflections ancient and modern», *Economy and Society*, n.34, 2005, p. 317.

⁵ Noteworthy, Spain has recently legalised euthanasia in 2021.

⁶ GRIFFITHS, J., *et al*, *Euthanasia and the Law in Europe*, 2nd ed, Oxford and Portland, Oregon (Hart Publishing), 2008, p. 523.

⁷ *Ibidem*, p. 2. Most of the time in this paper it is not relevant to make the distinction between «euthanasia» and «assisted suicide» since they only mainly differ in the «means» conducive to death not the end-result nor the patient's ability or intention to resort to end-of-life practices. Besides, in any case, a third-party is involved, either by injecting, or providing the lethal drug. When the distinction needs to be made, it will be clearly stated.

⁸ DUGUET, A., «Euthanasia and Assistance to End of Life Legislation in France», *European Journal of Health Law*, n.8, 2001, p. 109.

euthanasia (IAE) occurs when the patient is «killed» *regardless* of his wishes⁹. These two last practices are out of the scope of discussion. The sole focus of this paper will be on voluntary active euthanasia (VAE) mainly in the European context following the European Court of Human Rights (ECtHR)'s jurisprudence. More particularly, Dutch law will be used as a case study throughout the paper as it is a country with a unique stance on euthanasia and legalised it a long time ago compared to other European countries (in 2002).

This article will argue that international human rights law could uplift the dignity of human beings until the end of their lives by creating a safeguarded right to die with dignity framework based on existing dignity-based human rights. It will have the following structure: the first section (II) demonstrates how vulnerable people will be protected from abuse of their right to die by devising an eligibility template; the middle part (III) directly argues that the right to die with dignity can be implicitly inferred from existing dignity-based human rights; and the final section (IV) endeavours to challenge the European Court of Human Rights' philosophical conception of dignity in relation to the right to life and reconcile the framework with natural law theory and sanctity of life arguments.

II. EUTHANASIA AND ASSISTED SUICIDE FOR WHO? AVOIDING THE SLIPPERY SLOPE AT THE OUTSET

The right to die with dignity is a distressing right with troubling and irreversible implications. Unless its framework is properly safeguarded and its access clearly delimited at the outset, recognising its existence under international human rights law will open the floodgates and create a «slippery slope»¹⁰. However, if such a right can be inferred in order to uplift the dignity of human beings until the end of their lives, it should be equally available to *all* human beings, following the principle of universality of human rights¹¹ and the right to non-discrimination¹². Needless to say, this is problematic. Should everybody have the right to access the RTD framework, even «vulnerable people»? This first section will attempt to answer this legal conundrum by suggesting a template to determine whether someone should be allowed to rely on his right to die.

First, although the right to die should be available to everyone, this does not mean that everyone should be able to enforce it; rather, its accessibility ought to be based on a

⁹ BISWAS, T., SENGUPTA, A., «Euthanasia and its Legality and Legitimacy from Indian and International Human Rights Perspectives», *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, n.2, 2010, p. 18.

¹⁰ The fear of a «slippery slope» is shared by advocates of the slippery slope argument, «a philosophical and legal concept which states that one exception to a law is followed by more exceptions until a point is reached that would initially have been unacceptable»: PEREIRA, J., «Legalising euthanasia or assisted suicide: the illusion of safeguards and controls», *Current Oncology*, n.18, 2011, p. 40.

¹¹ Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5 (ECHR), article 1 states that the parties shall secure to *everyone* in their jurisdiction the rights [...] – my own emphasis.

¹² *Ibidem*, article 14 ECHR.

meticulous procedure¹³. A few eligibility rules have already been formulated in numerous jurisdictions including the United States, the Netherlands, Canada, and Belgium among others. In order to guarantee that the RTD framework will protect vulnerable people from abuse, these rules must be combined so as to devise an eligibility template. Drawing from these jurisdictions, it seems that five common rules can easily be discerned: (1) is the suffering unbearable and the disease terminal or incurable? (2) Is the patient mentally competent at the time of deciding to terminate his life? (3) Does he voluntarily consent? (4) Would he be able to dignifiedly die but for the framework? (5) Would this particular patient suffer more than another?

1. Adult patients suffering from severe physical pain

A. Adult patients suffering from a terminal/incurable disease

First, considering that all the countries which have legalised euthanasia primarily offer it to patients with terminal diseases¹⁴, and that people who travel to Switzerland's infamous «death clinics» are generally suffering from an incurable illness¹⁵, adult patients (aged eighteen years old or above) suffering from terminal or incurable diseases can be legitimately perceived as the ones the RTD framework will be destined to. This is not surprising considering that these patients endure atrocious pain which provides the first justification for their inclusion into the framework. However, some opponents to euthanasia and assisted suicide argue that their suffering should not serve as a justification to allow them to access their right to die with dignity but, conversely, is so intolerable that it turns them into irrational beings incapable of reasonable thought and genuine consent. Yet, despite the fact that patients may wish to end their lives in order to alleviate suffering, there are no issues neither of competency nor of consent since physical diseases have a somatic and not a psychological origin which would justify their exclusion from the framework¹⁶.

Moreover, since this paper's ultimate goal is to show how international human rights law could preserve the dignity of patients until the end of their lives, the key question is: would they be able to live and die in dignity if it were not for the framework? Tragically, patients explain that losing their physical capacity impaired their dignity and even deprived

¹³ SCHRAMME, T., «Preventing Assistance to Die: Assessing Indirect Paternalism Regarding Voluntary Active Euthanasia and Assisted Suicide» in CHOLBI, M., VARELIUS, J., *New Directions in the Ethics of Assisted Suicide and Euthanasia*, Switzerland (Springer), 2015, p. 37.

¹⁴ SCHURMANN, J., *et al* «Dutch GP's experience of burden by euthanasia requests from people with dementia: a quantitative survey», *British Journal of General Practice*, n. 1, 2020, p. 2.

¹⁵ GENTLEMAN, A., « Inside the Dignitas House », *The Guardian*, 18 November 2009. Accessible at: <<https://www.theguardian.com/society/2009/nov/18/assisted-suicide-dignitas-house>>. [Accessed on 22/06/2024].

¹⁶ It is also worth noting that competency can be medically assessed.

their life of its value¹⁷. Many of them even report that acute dignity loss is the primary reason for resorting to euthanasia, not the relief of pain¹⁸. Therefore, it seems that adult patients suffering from terminal or incurable diseases would not be able to live nor die with dignity without the framework and can be reasonably considered as eligible candidates.

Finally, since Dutch law states that it is not so much a question of whether the disease is terminal or incurable (as there can be cases of misdiagnosis or possible future scientific achievements), but about how unbearable the pain is felt by the patient, the foregoing analysis could also be applied to adult patients suffering from non-terminal and non-incurable diseases. Certainly, they might also be potential eligible candidates.

B. *Adult paralysed patients*

One paralysed person declared: «my life would be worthless if I could not do everyday things like going to the loo on my own»¹⁹, showing that paralysed people may experience the same level of suffering and dignity loss as terminally ill patients. In fact, some psychologists found that dignity emanates from corporality, which might explain why the loss of bodily capacity provokes this sense of living undignifiedly²⁰. Objectively then, becoming paralysed seems to have a direct impact the dignity of a human being. However, this dignity loss might be accrued to those people whose livelihoods depends on their ability to use their physical capacities. For instance, for soldiers or sportspeople²¹, the feeling of paralysis may be subjectively heightened. Since the origin of the disease is physical, not psychological, the same rationale as for terminally ill-patients should be adopted and adult paralysed patients could be viewed as eligible candidates to access the framework.

Furthermore, this author further suggests that paralysed people may be unjustifiably discriminated against by the current state of international law which forbids them from receiving assistance to commit suicide²². Truly, their incapacitating condition raises a very interesting legal issue involving the right to non-discrimination, guaranteed by article 14 of the ECHR, since an arbitrary distinction may be created between those physically capable of

¹⁷ RODRIGUEZ PRAT, A., *et al*, «Patient Perspectives of Dignity, Autonomy, and Control at the End of Life: Systematic Review and Meta-Ethnography», *Public Library of Science (PLOS) One*, n. 3, 2016, p. 10.

¹⁸ RAUS, K., STERCKX, S., «Euthanasia for Mental Suffering» in CHOLBI, M., VARELIUS, J., *New Directions in the Ethics of Assisted Suicide and Euthanasia*, Switzerland (Springer), 2015, p. 87.

¹⁹ RODRIGUEZ PRATT, A., «Patient Perspectives of Dignity, Autonomy, and Control at the End of Life: Systematic Review and Meta-Ethnography», *cit.*, p. 7.

²⁰ STREET, AF., KISSANE, D., «Constructions of dignity in end-of-life care», *Journal of Palliative Care*, n. 17, 2001, p. 93.

²¹ See the controversial story of 23-year-old Daniel James: LAURANCE, J., «Agony of helping a son to kill himself», *The Independent*, 27 May 2011. Accessible at <<https://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/health-news/agonny-of-helping-a-son-to-kill-himself-2289710.html>>. [Accessed on 19/06/2024].

²² PEDAIN, A., «The Human Rights Dimension of the Diane Pretty Case», *Cambridge Law Journal*, n. 62, 2003, p. 197.

terminating their lives and those who are not. Some authors go so far as to claiming that this right is the «key human right to unlock judicial activism»²³. This claim, albeit persuasive, remains limited considering that article 14 ECHR is only justiciable when another human right is preliminary affected. For this reason, this provision shall be disregarded in the forthcoming analysis on dignity-based human rights.

2. Adult patients suffering from dementia

Adult patients suffering from severe psychological pain (e.g., depressed people) are not within the ambit of this article because indeterminacy issues regarding the level and duration of their suffering as well as their competency and capacity to consent would make their admission problematic. Admitting people suffering from the medical condition of dementia in the framework is another matter. As a matter of fact, some people hold really strong beliefs, usually derived from their dignity, that if they ever were diagnosed with dementia, they would want to be euthanised as soon as the disease starts penetrating their mind. This was made clear by a patient who forcefully declared – «if you cannot even produce a thought, what is the point to live? If you were to stand there in your former self, would you want to see yourself in that position? I would not»²⁴.

The most frequent cause of dementia is Alzheimer’s disease which prevents patients from remembering key memories and even sometimes from recognising family members. There is no doubt that this type of suffering is intolerable as the *self* is directly attacked. However, because this disease makes patients vulnerable and childlike, one has to be extra-careful before admitting people suffering dementia into the framework. What is problematic is that people afflicted with dementia might not be able to enjoy the exact same level or degree of human rights as people not suffering from the disease²⁵. For instance, their right to autonomy and what it entails might have to be diminished for their own sake. However, it is really tricky to determine when this right can legally start being «reduced» and replaced by a right to «beneficence», not legally recognised as a human right under international human rights law.

Legal philosopher Dworkin defines the right to beneficence as «a right that decisions be made in someone’s best interests following her / his preferences»²⁶. This corresponds to the right’s language of the duty of care arising from one’s moral responsibility to care for one’s family. This author suggests that «replacing» someone’s right to autonomy by

²³ *Ibidem*, p. 197.

²⁴ RODRIGUEZ PRATT, A., «Patient Perspectives of Dignity, Autonomy, and Control at the End of Life: Systematic Review and Meta-Ethnography», cit., p. 7. This patient innocently introduced a philosophical debate called «the then-self versus the now-self debate» which is outside of the scope of the paper.

²⁵ DWORKIN, R., *Life’s Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, cit., p. 219.

²⁶ *Ibidem*, p. 225.

a right to beneficence should only be permitted when the person in question has almost-completely lost his or her mental faculties. But how do we know when someone is truly mentally competent?

Under Dutch Law, a prime example of a country which legalised euthanasia a long time ago and got the chance to witness its repercussions, competency is assessed by «the capacity to grasp information and to choose between different options»²⁷. Dworkin further elaborates by declaring that the correct competency test is done by comparing a person's choices when suffering from the disease of dementia with the choices he or she made before contracting it. In his view, if the past choices are in line with the present choices, then the right to autonomy should not be forfeited for the right to beneficence. But then again, should we really *kill* people suffering from dementia who made the decision to die when their competency was intact but who now wish to remain in this vegetative state?

If one takes an «integrity meaning» of autonomy, what ought to prevail is the patient's past competent wishes, not his contemporary incompetent desires since they do not originate from a mind capable of making autonomous decisions²⁸. Theoretically then, before reaching advanced stages of the disease, a person could consent to prospectively access the framework. The problem with writing prior consent though, legally called «advance directives», is that these documents are replete with uncertainty as consent is not *fixed* but can change with time. Consent is therefore the main barrier preventing people suffering from dementia from accessing the framework. Considering that consent is one of the most important safeguards, the foregoing analysis should remain at the theoretical stage and be discarded for the sake of operationalising the RTD framework.

To sum up, since the RTD framework will be built upon dignity-based human rights, it flows that only terminally ill, unbearably physically suffering patients²⁹, and paralysed people should be able to access it. The case for patients suffering from dementia is trickier as consent ought to be firmly safeguarded but the general rule would be to refrain from considering them as eligible candidates. Now that the eligibility template and parameters of the RTD framework have been devised, the analysis can move on to «build» it thanks to dignity-based human rights namely: the right to life, the prohibition against degrading and inhumane treatment, and the right to private life including the right to self-determination.

²⁷ MILLER, D., *et al*, «Advance euthanasia directives: a controversial case and its ethical implications», *Journal of Medical Ethics*, n. 45, 2019, p. 86.

²⁸ DWORKIN, R., *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, cit., p. 226.

²⁹ Although psychologically suffering patients (like those suffering from chronic-depression) might also have their dignity affected and might wish to access the RTD-framework, the present author is cautious about including them given possible indeterminacy issues (regarding the duration and severity of their suffering) and their possibilities of recovery which are harder to estimate for mental diseases than for physical ones.

III. BUILDING A COHERENT AND CONSISTENT RIGHT TO DIE WITH DIGNITY FRAMEWORK BASED ON DIGNITY-BASED HUMAN RIGHTS

«Dignitas» or «the worth of human beings» is a source of human rights law, but it is just as much an objective and an ideal to strive for. Dignity is both everywhere and anywhere, omnipresent and invisible. It is «an essence inherent in all human beings»³⁰ (intrinsic dignity) but also «something to be earned»³¹ (personal dignity) especially when death approaches. It is argued that there exists yet another type of dignity, called «relational dignity», stemming from our relationships with other people which could form «a strong basis for legal reform»³². But how can such a theoretical concept be practically enforced to uphold the right to die?

The answer to this question is twofold: first, because the notion of «human dignity» might be «too abstract to be of any practical use»³³, it ought to be construed under existing so-called dignity-based human rights, the most appropriate ones being: the right to life (article 2 ECHR), the right to be free from degrading treatment (article 3 ECHR) and the right to private life including the right to self-determination (article 8 ECHR)³⁴; second, in default of being enforceable, dignity could provide a strong normative claim. Dignity will, as a consequence, simultaneously provide a legal avenue and theoretically justify the framework.

This section will first attempt to justify and explain how dignity-based human rights could be used to build the RTD framework. First, it will analyse if the right to life and the right to be free from degrading treatment, commonly viewed as «peremptory norms», could qualify as smart legalisation avenues. It will demonstrate, through a thorough analysis of the landmark case heard by the European Court of Human Rights (ECtHR), *Pretty v UK*³⁵, the extent to which these two fundamental rights could support the creation of the RTD framework.

Mrs Diane Pretty was suffering from amyotrophic lateral sclerosis, most commonly known as the motor neuron disease, an incurable painful disease which leads to a loss of muscular control and eventually to complete physical demise. This illness paralyses the body but spares the brain, making the patient fully aware of the degradation of his condition. As a consequence, affected patients need assistance to commit suicide if they so wish. At an

³⁰ WICKS, E., «The Meaning of “Life”: Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties», *Human Rights Law Review*, n. 12, 2012, p. 212.

³¹ ALLMARK, P., «Death with dignity», *Journal of Medical Ethics*, n. 28, 2002, p. 256.

³² REICHSTEIN, A., «A Dignified Death for All: How a Relational Conceptualisation of Dignity Strengthens the Case for Legalising Assisted Dying in England and Wales», *Human Rights Law Review*, n. 19, 2019, p. 736.

³³ SCHACHTER, O., «Human Dignity as a Normative Concept», cit., p. 121.

³⁴ Article 8 ECHR epitomises numerous values such as privacy, autonomy, and self-determination.

³⁵ *Pretty v the United Kingdom*, Application No. 2346/02, ((ECtHR), 29 April 2002).

advanced stage of the disease, Mrs Pretty requested that her husband ended her suffering once and for all. She wrote a letter to the Director of Public Prosecutions (DPP) in the UK to guarantee that he would be granted immunity from prosecution after having helped her terminate her life. Unfortunately for Mrs Pretty, the DPP refused to provide such a guarantee and she was left with no other choice than to bring her case to low national courts until reaching the highest instance of the country at the time (the House of Lords), and later on, the European Court of Human Rights³⁶.

1. The foundational right to life: an obvious forum to infer the existence of the right to die with dignity?

A. Strasbourg's strict construction of the right to life under article 2 ECHR

First, the right to life appears to be an obvious legalisation avenue for the right to die. Indeed, if we have a positive right to life, we must also have a «negative right to life» taking the shape of «a right to die». This logical assumption is supported by the case *Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland*³⁷ which recognised that freedom of association encompasses a negative aspect: not only are we free to join an association, but we are also free *not* to join an association. Then, if article 11 ECHR³⁸ accepts the existence of a corollary, why cannot the same hold true for article 2 ECHR³⁹? By way of explanation, the Strasbourg Court asserted that⁴⁰:

«Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die [], the notion of freedom implies some measure of choice as to its exercise but the right to life is phrased in different terms».

It would seem that the Court bases its reasoning on language technicalities to distinguish between a «freedom» and a «right». In that sense, it seems that while a freedom can be exercised or not, a right is imperative. So, the core of the issue is the characterisation

³⁶ The facts and judgment's summary of this case can be found in the Press release issued by the Registrar, «Chamber Judgment in the case of Pretty v United Kingdom», *European Court of Human Rights*, 29 April 2002. Accessible at: <[³⁷ *Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland*, Application No. 16130/90 \(\(ECtHR\), 30 June 1993\).](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-542432-544154%22]}>». Accessed on [23/06/2024].</p>
</div>
<div data-bbox=)

³⁸ European Convention on Human Rights cit., article 11 safeguards the right to freedom of association.

³⁹ *Ibidem*, article 2 states that «everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life *intentionally*». My own emphasis. Note how the word «intentionally» conveys the idea that no one shall be able to decide to end his life.

⁴⁰ §39 *Pretty v UK*, cit.

of the right to life as either «mandatory or discretionary»⁴¹. This, in turn, requires examining the object and purpose of article 2 ECHR which, according to the Court, do not preserve the interest to live an autonomous life but a more «far-reaching ideal»⁴². By way of illustration, in the case *X v Germany*⁴³, the then-European Commission did not hesitate to hold that the right to life granted authorisation to force-feed a prisoner against his will. Already back then, autonomy, self-determination, and even freedom from inhuman treatment were neglected to protect the «supra-foundational» right to life. This uncompromising case is still relevant today to display that the purpose and object of the right to life have always been the protection of life as an intrinsic value. Truly, the right to life has always been construed as a narrow, positive and mandatory right.

What can be further deduced is that article 2 ECHR cannot be *waived*. This is particularly distressing when the patient truly desires to surrender his right because the possibility of living a meaningful life has vanished. More than distressing, it is ironic. As Tiensuu notes, «almost all human rights are accompanied by a derogation or limitation clause to enable third parties to waive them for external concerns, yet when the right-holder himself has a personal interest to relinquish his right to life, he is forbidden to do so»⁴⁴.

B. *An international evaluation around the right to life: source of inspiration for the European Court of Human Rights?*

As things legally stand, it appears tough to imply a right to die with dignity from the right to life provision, at least in the European context. But, what about other contexts and other treaty bodies like the Human Rights Committee (HRC) for example? Despite a somewhat broader provision, as guaranteed by article 6 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR)⁴⁵, mainly due to the presence of the word «arbitrary» which could possibly allow for assisted suicide cases' exceptions, the right to life has been understood in a similar manner by both the ECtHR and the HRC. Perhaps, this is owed to the fact that, at the time of enactment, both chose to rely on natural law theory, as suggested by Zdenkowski⁴⁶.

⁴¹ ZDENKOWSKI, G., «The International Covenant on Civil and Political Rights and Euthanasia», *University of New South Wales Law Journal*, n. 20, 1997, p. 183.

⁴² PEDAIN, A., «The Human Rights Dimension of the Diane Pretty Case», cit., p. 188.

⁴³ *X v Germany*, Application No. 10565/83, (European Commission of Human Rights), 9 May 1984.

⁴⁴ TIENSUU, P., «Whose Right to What Life? Assisted Suicide and the Right to Life as a Fundamental Right», *Human Rights Law Review*, n. 15, 2015, p. 263.

⁴⁵ UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999. Article 6 states that «every human being has the inherent right to life. No one shall be *arbitrarily* deprived of his life». My own emphasis.

⁴⁶ ZDENKOWSKI, G., «The International Covenant on Civil and Political Rights and Euthanasia», cit., p. 182.

In regional systems however, this foundational right is significantly broader. For instance, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) included the right not to be denied access to the conditions guaranteeing a dignified existence in its right to life analysis in the *Case of the «Street Children»*.⁴⁷ Similarly, article 4 of the *African Charter on Human and Peoples' Rights* (AfCHPR or «Banjul Charter») directly connects the right to life to the integrity of the person⁴⁸. However, the broadest meaning can be found not in regional treaties, but in the *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR), which stresses that «the full development of an individual's personality is an aspect of his right to life»⁴⁹. Considering that the UDHR, albeit a soft law instrument, is now arguably considered customary international law,⁵⁰ the ECtHR could be convinced to finally widen its definition so as to include dignity considerations.

C. Does the right to die with dignity already exist?

While the practice known as «withdrawal of life support» is tolerated in many Western countries (e.g., Belgium, the Netherlands), positive actions amounting to «active euthanasia» and arguably «assisted dying», are still largely frowned upon⁵¹. However, is it really adequate to maintain such a distinction between «two almost undifferentiable practices»⁵²?

Following the relatively recent phenomenal case *Lambert and Others v France*⁵³, the distinction between passive and active euthanasia has started to erode. In this case, the ECtHR concluded that the decision to stop Mr Lambert's artificial feeding while he was still conscious did not infringe article 2 ECHR. Although this judgment appears to be straightforward, the consequences flowing from it are less clear-cut. Even though some enthusiasts contend that this decision opens the door to acknowledging the existence of

⁴⁷ *Case of the «Street Children» (Villagran-Morales et al) v Guatemala*, Inter-American Court of Human Rights, 19 November 1999.

⁴⁸ Organisation of African Unity (OAU), *African Charter on Human and Peoples' Rights («Banjul Charter»)*, 27 June 1981. Article 4 states that «every human being shall be entitled to respect for his life and the integrity of his person».

⁴⁹ UN General Assembly, *Universal Declaration on Human Rights*, 10 December 1948, 217 A(III).

⁵⁰ In Spain it is argued that although the UDHR is certainly soft law due to the instrument that incorporates it (the Assembly only has recommendatory capacity), practice has caused it to be consolidated as a customary norm. For more reasons behind this change, see TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., «La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas – antecedentes, consecuencias y perspectivas», *Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, núm. 42, 2011, pp. 7-32.

⁵¹ The European Commission of Human Rights declared that only passive euthanasia could be allowed in *Widmer v Switzerland*, Application No. 20527/92, (European Commission of Human Rights), 10 February 1993.

⁵² SHARMA, B., «The end-of-life decisions – should physicians aid their patients in dying?», *Journal of Clinical Forensic Medicine*, n. 11, 2004, p. 134.

⁵³ *Lambert and Others v France*, Application No. 460343/14 (ECtHR), 5 June 2015.

the right to die with dignity, albeit in a disguised manner⁵⁴, others struggle to distinguish this case from any other «withdrawal of life support» cases. No matter what this judgment implies for the future, what can be said as of now is that the law makes an illusory and unfair differentiation by *arbitrarily* condoning some manners of death (e.g., death by starvation) while rejecting others (e.g., death by injection). Yet, the result (i.e., the hastening of death) is the same in both instances.

This author views the difference between passive and active euthanasia as unsustainable. Legally speaking, it does not make much sense to deem withdrawal of life support practices as legal while completely banning euthanasia practices. In one situation, consent is not given but life is unpunishably ended. In the other, consent is given but life cannot be terminated without legal retaliations. International human rights law among that, whose purpose is to guarantee individuals' maximum level of rights during their lifetime, seems to trample their desires when their end is near. A claim based on passive euthanasia law might consequently convince the ECtHR that, since the right to life is not incompatible with the practice of withdrawing of life support, there is no reason for it to be incompatible with active euthanasia.

D. The living instrument doctrine: do present day conditions allow for inferring a right to die with dignity?

If international law's attitude and passive euthanasia caselaw fail to convince the ECtHR that the right to die with dignity should be inferred from the right to life provision, a re-evaluation of present day conditions might turn out more persuasive. Despite a narrow article 2 ECHR, the right to die with dignity may still be identified through the right to life provision thanks to the methodology which enables the Court to interpret Convention rights in an evolutive manner, namely, the living instrument doctrine⁵⁵.

First, the ratification of new treaties in the European system, from the end of the twentieth century until today, has created space to build the RTD framework. First, *the Oviedo Convention*⁵⁶ was created «in the view of expanding the human rights upheld by the ECHR»⁵⁷ and focused, for the first time, more explicitly on the dignity implications in the

⁵⁴ CIMPU, G., «Ethical and Legal Discussions Concerning Euthanasia. Aspects from ECHR Case Law», *Annals Constantin Brancusi University of Targu-Jiu, Juridical Science Series*, n. 89, 2020, p. 95.

⁵⁵ The «living instrument» doctrine stems from the case of *Tyrer v UK*, Application No.5856/72 (ECtHR), 25 April 1978, and was reaffirmed in the case of *Selmouni v France*, Application No.25803/94, (ECtHR), 28 July 1999. We should be careful that this doctrine can backfire. Not only does the ECtHR risk entering into an illegitimate policy-making exercise, it also risks following trends which do not always symbolise progress.

⁵⁶ Council of Europe, *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, European Treaty Series, No.164, 4 April 1997.

⁵⁷ HENDRICKS, A., «End-of-life decisions. Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights», *ERA Forum (Journal of the Academy of European Law)*, n. 19, 2019, p. 561.

medical world. Then, with the coming into force of the *EU Charter of Fundamental Rights*⁵⁸, made binding by the Lisbon Treaty in 2007⁵⁹, European member states further confirmed their desire to expand the ambit of rights protected in the European system. To this author, these legal developments show that European organs already contemplated the possibility, and possibly even intended, to build the RTD framework. The temporal ratification of these two «dignity treaties» is no coincidence and gives evidence of a great societal evolution. Certainly, without a strong impetus for the legalisation of euthanasia around the world, these treaties would not have come to light.

Besides, throughout the last three decades, society's value orientation has arguably shifted. Europe has come to endorse those beliefs most relevant to euthanasia legislation and has moved «from a materialistic to a post-materialistic value-conception»⁶⁰. This means that the emphasis is no longer put on material protection but on personal liberty and *immaterial* lifegoals. Everything seems to go back to *Pretty v UK* as it is undeniable that this case opened people's eyes regarding the need to amend the law⁶¹. Strasbourg judges, well-aware of changing societal perceptions have, since then, accepted that an «individual has the right to decide by what means and at what point his life will end», but only under the context of those *procedural obligations* arising from article 8 ECHR⁶². This «right to decide» should thus not be taken to mean as the right to actually terminate one's life. Significantly, the judges did not reject the possibility that states may have a positive duty to ensure that their citizens could die in dignity⁶³.

Therefore, the evolution of ECHR caselaw indicates that present day conditions have changed since *Pretty v UK*⁶⁴. This is completely in line with UK domestic caselaw since the cases of *R (Purdy)*⁶⁵ and *R (Nicklinson)*⁶⁶ support the fact that today's conditions greatly differ from 2002 conditions. In the latter case, Lord Neuberger claimed that «the current attitudes to assisted suicide come close to tolerating it in certain situations»⁶⁷ and Lord

⁵⁸ European Union, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 26 October 2012, 2012/C326/02.

⁵⁹ DOUGLAS-SCOTT, S., «The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon», *Human Rights Law Review*, n. 11, 2011, p. 645.

⁶⁰ GRIFFITHS, J., *et al*, *Euthanasia and the Law in Europe*, cit., p. 523.

⁶¹ MILLNS, S., «Death, Dignity, and Discrimination: The Case of *Pretty v United Kingdom*», *German Law Journal*, n. 3, 2002, §31.

⁶² §5 *Haas v Switzerland*, Application No.31322/07 (ECtHR), 20 January 2011.

⁶³ WICKS, E., «The Supreme Court Judgment in *Nicklinson*: One Step Forward on Assisted Dying; Two Steps Back on Human Rights», *Medical Law Review*, n. 23, 2014, p. 150.

⁶⁴ PEDAIN, A., «The Human Rights Dimension of the Diane Pretty Case», cit., p. 204, reminds us that domestically the case was decided in that way because the Lords were wary of over-liberalising the law after *Airedale Trust NHS v Bland* [1993] AC 789 House of Lords.

⁶⁵ *R (on the application of Purdy) v DPP* (2009) UKHL 45. The House of Lords held that following article 8 ECHR, transposed in the Human Rights Act (HRA), the DPP is under a duty to enact a policy of to-be-considered factors when determining whether someone will be prosecuted for accompanying someone die abroad.

⁶⁶ *R (on the application of Nicklinson) v Ministry of Justice* (2014) UKSC 38.

⁶⁷ *Ibidem*, §111.

Mance even declared that recognising the right to assisted suicide «could have benefits when compared with the current blanket prohibition»⁶⁸.

To conclude, perhaps the ECtHR is slowly envisaging the possibility of a right to die with dignity. Nevertheless, considering that the right to life is viewed as the most foundational and sacred human right, it might not be the most appropriate platform to build the RTD framework. Rather the right to die with dignity could be derived from the prohibition against degrading treatment.

2. The right to die with dignity derived from the prohibition against inhuman or degrading treatment

If an argument to infer the right to die with dignity is probably doomed to fail under article 2 ECHR and would necessitate a re-evaluation of present-day conditions as well as a textual amendment, an argument that this right can be derived from the prohibition against degrading treatment might have greater chances of success especially for people suffering from intense physical pain.

A. Pretty's unfounded interpretation of article 3 ECHR

If the Strasbourg Court justifies its article 2 ECHR's reasoning by the way it has always conceived the obligations arising from the right to life, its article 3 ECHR's reasoning is, in this author's opinion, unjustifiable. Indeed, the Court claimed that the state did not have a positive obligation arising from article 3 ECHR or, in other words, that the state did not have to stop a degrading treatment. In order to come to such a conclusion, the Court argued that developing such a positive obligation would over-extend the concept of «treatment».

Article 3 ECHR is a sharp provision which does not linger on any positive obligations either in general or in special circumstances. The aim of this article is simply to punish any type of «treatment» considered as «degrading» or «inhuman», these two terms defined on a case-by-case basis. While «degrading» or «inhuman» can be broadly interpreted and may include any act one would consider prejudicial and detrimental to his or her person, the term «treatment» cannot be stretched so as to include the situation of someone wanting to die but being prevented to do so. Being left in this situation is not for now recognised as a form of «degrading treatment».

Yet, there is nothing preventing the ECHR from interpreting the phrase 'degrading treatment' in a novel way and from broadening state's obligations under Convention rights. In the past, the Court did not hesitate re-categorising torturous acts within article 3 ECHR (from degrading to inhuman treatment to torture). Most notably in *Tyrer v UK*

⁶⁸ *Ibidem*, §186.

which involved the whipping of young delinquents, and in *Selmouni v France*, which was concerned about the legality of the injuries sustained by Mr Selmouni while in police detention. In the former case, the Court extended the scope of «degrading treatment» to include «birching» and «whipping» as they directly impacted the dignity of the victims. In the latter case, the Court clarified the difference in meaning between «degrading treatment» and «torture» which was a form of «deliberate degrading and inhumane treatment causing very serious and cruel suffering»⁶⁹. The flexibility that the Court adopted in these two cases, noteworthily thanks to the use of the living instrument doctrine, makes it clear that there is no reason for it to be judicially constrained now.

Taking this into account, it is truly alarming that the Court rejected Mrs Pretty's article 3 ECHR claim as anyone would agree that the act of being forced by a third party to endure intense suffering amounts to a form of degrading and inhuman treatment⁷⁰. This author views the Court's *inductive* judgment (keeping strongly in mind the desired conclusion before making the analysis to reach such a conclusion), as highly problematic as it shows biased value-judgments. What is also particularly distressing is that the Court did not mention the link between the right to freedom from degrading treatment and dignity in this part of the judgment.

B. *The linkage between the right to be free from degrading treatment and dignity*

At the heart of the right to be free from degrading treatment lies a right to be free from undignified existence. Herring reckons that this right is «the most appropriate provision to infer the right to die with dignity»⁷¹. One can easily discern the legal and philosophical appeals.

Legally, article 5 of the Banjul Charter states that «every individual shall have the right to the respect of his dignity and all forms of degradation [] shall be prohibited». Likewise, the EU Charter's «Dignity Chapter» classifies the right to be free from inhuman or degrading treatment as a central article. In caselaw, the link between dignity and degrading treatment was acknowledged too, for example in the US by Justice Brennan in the case of *Cruzan v Director*⁷². In his opinion, forcing the corporeal body to survive for as long as possible is a disgrace towards the dignity and humanity it purported to serve⁷³. As a consequence, it seems that both regional treaties and judicial opinions signal that the prohibition against degrading treatment could form a strong legal basis for the RTD framework due to its strong dignity component.

⁶⁹ §96 *Selmouni v France*, Application No.25803/94, (ECtHR), 28 July 1999.

⁷⁰ RODLEY, N., «Integrity of the person» in MOECKLI D. *et al* (eds), *International Human Rights Law*, 3rd ed., Oxford (Oxford University Press), 2018, p. 176.

⁷¹ HERRING, J., «Escaping the shackles of law at the end of life: *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2012] EWHC 2381», *Medical Law Review*, n. 21, 2013, p. 497: «to me a case for assisted dying based on despair, agony and pain will be more persuasive than one based on choice».

⁷² *Cruzan v Director, Missouri Department of Health* (1990) 497 US 261.

⁷³ *Ibidem*, dissenting opinion at p. 311.

Moreover, this is further reinforced by an undisputed *philosophical* linkage between dignity and degrading treatment. As professed by the human rights jurist Oscar Schachter, the theoretical concept of dignity could be used as both a moral and legal ground for objecting to degrading treatment because it is undeniable that a person in harrowing conditions is stripped away from his dignity⁷⁴. Perhaps the judges in *Pretty v UK* contemplated this inherently true finding, but they did not see it appropriate to discuss the possibility of relying on dignity as a legal ground in their article 3 ECHR reasoning which is, to say the least, a strange oversight. Legal philosopher Jeremy Waldron argues that dignity, on top of being «a status», may be the *foundation*, if not of all human rights, of at least of the prohibition against degrading treatment. He further sets forth that dignity could ultimately be «the underlying theory which discloses the significance of human rights in relation to our being human»⁷⁵ and gives them coherence.

As a result, depending on our philosophical understanding of the notion, either dignity is closely intertwined with freedom from degrading treatment, either it is its foundation. In any case, it is more than plausible that the right to die with dignity could be inferred from article 3 ECHR. Nevertheless, since the Court does not lean towards article 3 ECHR to discuss «dignity considerations», this article may not be a proper legalisation enabler.

3. The right to die with dignity derived from the right to private life

A. *The right to die with dignity derived from the right to self-determination included under the scope of the concept of private life*

For understandable reasons, the Court is close-minded when it comes to relaxing foundational human rights viewed as *ius cogens* norms. However, it appears much more inclined to use qualified rights in order to create novel rights. For instance, the Court displayed some openness in *Pretty v UK* vis a vis the role article 8 ECHR (i.e., the right to private life) could play regarding end-of-life issues.

A first possible avenue would be to use the right to self-determination as guaranteed under article 8 ECHR. This right is often considered the «selling argument» for legalising the right to die with dignity because euthanasia is viewed by many as «the culmination of self-determination»⁷⁶. Nevertheless, the importance attached to it differs from system to system. The right to self-determination is complex to define as it is a right with tremendous political resonance, a very long and complex history and many declinations. Put simply,

⁷⁴ SCHACHTER, O., «Human Dignity as a Normative Concept», *American Journal of International Law*, n. 77, 1983, p. 849.

⁷⁵ WALDRON, J., «Is Dignity the Foundation of Human Rights?» in CRUFT R. *et al.*, *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford (Oxford University Press), 2015, p. 136.

⁷⁶ CORNIDES, J., «'Forcible 'euthanasia': the ECtHR's Charlie Gard Decision», EJIL! Blog of International and European Law from 14 July 2017. Accessible at: <<https://www.ejiltalk.org/forcible-euthanasia-the-ecthrs-charlie-gard-decision/>>. [Accessed on 20/06/2024].

there are two forms of self-determination respectively known as *external* and *internal* self-determinations. Only the latter is of relevance to end-of-life issues and is defined as a «form of autonomy».⁷⁷ In this sense, this right is close to the French Revolution conception of *individual agency* where an individual becomes free to decide his or her own fate by assuming greater control over decisions affecting him or her.

In the European Court of Human Rights, although the right to self-determination falls under the scope of article 8(1) ECHR⁷⁸, it is only superficially protected. Indeed, when the right to self-determination is confronted with other rights, like the right to life, its importance is all of a sudden starkly diminished. According to the Court, not only is there no direct link between these two rights, but the foundational right to life, usually relied upon to discern other human rights⁷⁹, is «unable to create a right to self-determination»⁸⁰. Looking more closely at other judgments from the Strasbourg Court, it appears that the capacity of living one's sexual tendencies is considered as more intrinsic to the right to self-determination than suicide⁸¹. It can reasonably be posited that the right to self-determination is poorly upheld by the Strasbourg Court, especially when it clashes with other human rights.

This sits uncomfortably with the «Banjul» and EU charters which both place dignity as the bedrock of the right to self-determination. Indeed, they make connections between self-determination, dignity, and life, reflecting a more indivisible and interdependent conception of human rights. Not only is dignity comprised in every right of the EU Charter's Chapter I, it is also reaffirmed under article 25 (the rights of the elderly) to display its significance in all stages of one's life⁸². The Banjul Charter possesses an even stronger conception of the right to self-determination markedly called the «right to existence»⁸³. This quick comparison attempts to show that, for now, the right to self-determination and its dignity implications are too weakly conceived by the ECtHR to infer the right to die with dignity, which could not be more at odds with the conception embedded in both the EU and the Banjul charters.

⁷⁷ MCCORQUODALE R., «Group Rights» in MOECKLI D *et al* (eds), *International Human Rights Law*, Oxford (Oxford University Press), 2018, p. 352.

⁷⁸ Council of Europe, «Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights: Right to respect for private and family life, home and correspondence», updated on 31 August 2022.

⁷⁹ QURESCHI, W., «Legal Exceptions to the Inalienable Right to Life», *University of San Francisco Law Review*, n. 53, 2019, p. 266.

⁸⁰ §39 *Pretty v UK*, cit.

⁸¹ In the case *Dudgeon v United Kingdom* Application No. 7525/76 (ECtHR) 22 October 1981, the right of a homosexual male to his private sexual life was considered a core aspect of his right to self-determination, whereas in *Pretty v UK*, the right to choose the conditions of one's suicide was considered to be at the periphery of this right, cit., §61.

⁸² Article 25 states that «the Union respects the rights of the elderly to lead a life of dignity».

⁸³ Article 20 states that «all peoples [...] shall have the *inalienable* right to self-determination». My own emphasis. This powerful wording evokes our Western conception of the right to life. It is far from surprising that African people insist upon dignity and self-determination considering that they have endured centuries of slavery at the hands of European people.

According to Ost, it is «only once this right gains universal importance that Western states will adopt a more lenient approach to euthanasia»⁸⁴.

While the right to self-determination is not highly regarded by the ECtHR which will most likely be unconvinced to use it as an inference mechanism, the article upholding it, article 8 ECHR, has been considered «the most fertile ground to develop positive obligations»⁸⁵. It upholds a private conception of the right to decide for one's life and might turn out being a promising provision to infer the existence of the right to die with dignity.

B. The right to die with dignity derived from the broad meaning of the concept of «private life»

Probably influenced by established caselaw which determined that «private life» is a generic and non-exhaustible term⁸⁶ and more particularly by the fact that this concept covered «the integrity of a person»⁸⁷, the ECtHR conceded that an «individual's right to decide the time and manner of his death falls within the ambit of his private life under article 8»⁸⁸. This principle was reaffirmed in *Haas v Switzerland* showing that the Court truly is prepared to hear end-of-life requests under article 8 ECHR. In fact, this article was the most prominent in almost all euthanasia cases, whether for its substantive content or for its procedural aspects⁸⁹. Unsurprisingly, many academics view this right as the best vehicle to infer the existence of the right to die with dignity⁹⁰. What remains problematic though is the way the European Court of Human Rights has been using article 8(2) ECHR to limit the effect of article 8(1) ECHR.

On top of the listed circumstances allowing for an infringement of art.8(1) ECHR, art.8(2) ECHR states that an interference with art.8(1) ECHR must be prescribed by law and necessary⁹¹. In *Pretty v UK*, the judges argued that although art.8(1) ECHR might have

⁸⁴ OST, S., «Book review of Griffiths J, Weyers H, Adams M, *Euthanasia and the Law in Europe* (Hart, Oxford, 2008)», *Medical Law Review*, n. 118, 2009, p. 126.

⁸⁵ BURBERGS, M., «How the right to respect for private and family life, home and correspondence became the nursery in which new rights are born» in BREMS, E., *et al* (eds), *Shaping Rights in the ECHR – The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* Cambridge, (Cambridge University Press, 2013), pp. 315-329.

⁸⁶ *Niemetz v Germany*, Application No. 13710/88 (European Commission of Human Rights), 16 December 1992.

⁸⁷ *X and Y v The Netherlands*, Application No. 8978/80 (European Commission of Human Rights), 26 March 1985.

⁸⁸ *Pretty v UK* cit., §61-62.

⁸⁹ See *Koch v Germany*, Application No.497/09 (ECtHR), 19 July 2012.

⁹⁰ FREEMAN, M., «Death, Dying, and the Human Rights Act 1998», *Current Legal Problems*, n. 52, 1999, p. 226; MILLNS, S., «Death, Dignity, and Discrimination: The Case of *Pretty v United Kingdom*», cit., §31 «it will be upon a re-assessment of the balance of interests under article 8 that any future legal advances will be founded».

⁹¹ Art.8(2) ECHR does not state that it must also be «proportionate» but it is a well-established principle.

been breached, the breach was justified because the ban on euthanasia was *necessary* to protect the vulnerable members of the population⁹². The blanket prohibition was also not considered disproportionate since it was maintained that it effectively sacrificed the rights of very *few* individuals for the sake of protecting society at large. Nevertheless, can it ever be right to ask some human beings to prolong their suffering in the interest of society⁹³?

Numerous authors think the Court's article 8(2) ECHR reasoning was flawed. For Merkouris, «it is at this point that the judgment becomes mercurial»⁹⁴. What is odd in his opinion, is that the Court saw a «pressing social need» to protect vulnerable people when there was nothing «pressing» in the current situation. It is indeed hard to understand how granting Mrs Pretty the liberty to kill herself would have immediately jeopardised vulnerable people's right to life. Mrs Pretty was in such a specific situation that allowing her to die was very unlikely to signal that any prospective claimant should equally be allowed to die. What is really problematic then is that the law makes no exception when it is yet completely possible to design a process which would identify those people with «exceptional cases»⁹⁵. Jonathan Herring supports this claim when he suggests that there should be some «wiggle room in assisted suicide cases»⁹⁶. Therefore, the current international law is, in this author's opinion, unjustifiable because we cannot ask of individuals to linger on in atrocious conditions in order to protect strangers who may, at some point, feel an undue pressure to access the RTD framework.

At last, article 8(2) ECHR's reasoning in *Pretty v UK* can be labelled a «consequentialist judgment»⁹⁷ in conflict with international human rights law's deontological normativity⁹⁸. This final philosophical argument states that since Strasbourg judges protect collective over individual interests, they must believe that one individual ought to sacrifice himself for the greater good⁹⁹, which is in essence a *consequentialist* and utilitarian vision at odds with its Convention's promise to protect the individual above all. Even the great opponent to assisted suicide, John Keown, admitted that in *Pretty v DPP*¹⁰⁰ (the case Diane Pretty brought

⁹² *Pretty v UK*, cit., §73-74.

⁹³ MILLNS, S., «Death, Dignity, and Discrimination: The Case of *Pretty v United Kingdom*», cit., §27.

⁹⁴ MERKOURIS, P., «Assisted Suicide in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: A Matter of Life and Death» in NEGRI, S., et al. *Self-determination, dignity and end-of-life care: regulating advance directives in international and comparative perspective* (Martinus Nijhoff Publishers), 2012, p. 116.

⁹⁵ Lady Hale's judgment in *R (Nicklinson)* cit.

⁹⁶ Herring argues that this wiggle room should take the form of the defence of necessity, HERRING, J., «Escaping the shackles of law at the end of life: *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2012] EWHC 2381», cit., p. 493. However, the present author believes that using human rights as a mechanism for legal change is more powerful.

⁹⁷ The consequentialists (utilitarians) like Jeremy Bentham believe outcomes matter more than the journey.

⁹⁸ The deontologists posit that principles not based exclusively on outcomes determine what is right and wrong.

⁹⁹ This resembles the ticking time bomb example where it is morally acceptable to kill one individual to protect a greater number of people.

¹⁰⁰ *R (on the application of Pretty) v Director of Public Prosecutions* [2001] UKHL 61.

to the House of Lords), the Lords should have more greatly «stressed the importance of the principle of “equality-in-dignity of human beings”»¹⁰¹. If it were you, would you agree to sacrifice your values and your chance for a peaceful death for the sake of protecting strangers? The authors of *The Philosophers’ Brief* clearly would not¹⁰²:

«We want that final act to be in accordance with our personal convictions which we have tried to respect throughout our lives; not someone else’s convictions which would be imposed upon us at our most vulnerable time».

Truly, aren’t the actual vulnerable people those wishing to end their lives, not some abstract potential strangers?

IV. THEORETICAL INQUIRIES INTO THE CONCEPT OF DIGNITY – THE HIDDEN NOTION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW CAPABLE OF NORMATIVELY JUSTIFYING THE EXISTENCE OF THE FRAMEWORK

For some, dignity is at the heart of what living a «meaningful life» entails. For others, it is a sub-aspect of a more holistic life. This final philosophical section will introduce two opposed philosophical points of view on the role dignity should play in assisted suicide cases in order to challenge the European Court of Human Rights’ philosophical conception of dignity in relation to the right to life.

1. A misplaced Kantian meaning of dignity applied by the European Court of Human Rights in its interpretation of the right to life

A. Kant’s conception of dignity as wholly intrinsic

The first conception is given by Kant when he makes the premise that « respecting human dignity means treating every human being as an end not a means »¹⁰³. In common language, this means that individuals cannot be used in a way contradictory to their dignity. From this premise flows the idea that dignity is inherent in every human being, that it is not

¹⁰¹ KEOWN, J., «No Right to Assisted Suicide», *Cambridge Law Journal*, n. 61, 2002, p. 10.

¹⁰² DWORKIN, R., *et al.* «Suicide assisté: le mémoire des philosophes», cit., p. 21. Own translation: «nous voulons que ce dernier acte soit conforme à nos convictions personnelles, aux convictions que nous avons tenté de respecter au cours de notre vie, et non aux convictions d’autrui qui nous seraient imposées au moment où nous sommes le plus vulnérables».

¹⁰³ SCHACHTER, O., « Human Dignity as a Normative Concept », cit., p. 849. Refer to the original works of Kant: KANT, I., *Groundwork for Metaphysics of Moral* (trans. And ed. Wood), 2002; KANT, I., *Critique of Practical Reason* (trans. Gregor), 1997; KANT, I., *Lectures on Ethics* (trans. And ed. Heath and Schneewind), 1997.

personal but wholly intrinsic, and that we are under a duty to respect it. To arrive at such a conclusion, Kant relies on his theory that dignity is «based on the metaphysical significance of our autonomous *moral capacity*»¹⁰⁴. Indeed, for Kant, morality is absolute and ought to be the ultimate end of every individual's existence. Therefore, morality precedes dignity, and in order to preserve the latter, human beings must preliminarily preserve the former. But how can morality be preserved? Kant suggests that the only way to keep our moral virtue is to «free ourselves from material desires»¹⁰⁵; but he admits that conscious individuals might not succeed in putting their material desires aside and therefore advances the existence of a «subject beyond the subject»¹⁰⁶ i.e., a «moral subject», charged of protecting our morality and dignity. This vision of dignity as merely a bridge between the conscious individual and his morality is the one put forward by Kant when asked what role dignity plays in life.

How would his philosophy apply to real life situations? Precisely how would Kant react to the controversial «dwarf tossing» case heard by the Human Rights Committee¹⁰⁷? And to assisted suicide cases? Regarding the dwarf tossing case, where the claimants argued that they should be allowed to renounce their dignity in return for money, Kant would largely disapprove their claim as he views dignity as wholly intrinsic and not as a personal value. He would also state that the financial gain that they sought constituted «material desires» which prevented morality from being the absolute end and impaired their dignity. Curiously, this situation is not so different from that of people wishing to end their lives. Equally driven by «material desires», when these human beings make the decision to terminate their lives, their ultimate aim is not to reach absolute morality at all. Their terminal act does just the contrary since it deprives them of their moral autonomous capacity by putting an end to their existence, which should not, according to Kant, ever be permitted. Consequently, Kant would be strongly opposed to assisted suicide, which he would view as an affront to morality and dignity. Despite admitting that the conscious individual can reasonably desire to end his life if he finds himself in terrible conditions, he believes that this individual must resist this urge by invoking his moral subject and by making him the ruler of ethical decisions.

B. Montaigne and Dworkin's conception of dignity as personal

The second conception is given by Montaigne and Dworkin who, as opposed to Kant, doubt that the conscious individual can ever be detached from the moral subject and question the existence of the latter. Indeed, if the moral subject blocks the conscious individual from ending his suffering, then the «individual as a whole is enslaved by the concept of moral

¹⁰⁴ WALDRON, J., «Is Dignity the Foundation of Human Rights?», cit., p. 136. My own emphasis.

¹⁰⁵ TIENSUU, P., «Whose Right to What Life? Assisted Suicide and the Right to Life as a Fundamental Right», cit., p. 269.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 271.

¹⁰⁷ *Manuel Wackenheim v France*, Communication No. 854, Human Rights Committee, 15 July 2002.

agency»¹⁰⁸, which is far from desirable. This concept along with the forcible «subject abstraction» requested by Kant are thus normatively improper in the euthanasia context. Not only do Montaigne and Dworkin query the existence of Kant's moral subject but also challenge his claim that dignity is wholly intrinsic. By asserting that in reality dignity is primarily attached to the conscious subject, they prove that it must possess *personal* ramifications.

Besides, if the idea that dignity means treating human beings as an end not as a means is true, it is equally true that dignity is the *mean* to lead a meaningful life according to our own values. These values are ineluctably subjective and form, in Dworkin's words, our *critical interests*¹⁰⁹. But in order to comprehend what our critical interests are, we first need to be free. Our critical interests must then obviously derive from our right to self-determination, which is much more basic than Kant initially imagined¹¹⁰. Therefore, Montaigne and Dworkin rebut Kant's philosophical theories by declaring that the moral subject is a fallacy and that dignity is not wholly intrinsic but originates from the conscious subject's critical interests which themselves emanate from the individual's self-determination.

C. *The European Court of Human Rights' Kantian Philosophy*

Now that we have opposed Kant's dignity based on the moral capacity of the abstract subject to Montaigne and Dworkin's dignity based on the critical interests of the conscious individual, we must evaluate how these philosophical theories influenced the European Court of Human Rights.

In *Pretty v UK*, the Court seems to have used the same «abstraction reasoning» as Kant did. Although the Court shows empathy to the claimant and her condition, the judgment's wording detaches from the lived reality of the particular individual to attach instead to the collectivity made of all the vulnerable persons who are, or may one day be, in Mrs Pretty's shoes. This collective-based approach of the Court is, in this author's opinion, rather odd as the European Court generally tends to favour an individual-based approach where the individual prevails over the collective. Perhaps this can be attributed to the presence of a vulnerable group in this case corresponding to all the persons who would wish, for physical or psychological reasons, to access the RTD framework. Indeed, the emergence of the vulnerable group concept in the Court's jurisprudence, especially in cultural identity

¹⁰⁸ TIENSUU, P., «Whose Right to What Life? Assisted Suicide and the Right to Life as a Fundamental Right», cit., p. 277. Refer to the original works of Montaigne: MONTAIGNE, M., *Essais Tome II* (ed. Storwski), 1909; MONTAIGNE, M., *Essais Tome I* (ed. Storwski), 1906.

¹⁰⁹ DWORKIN, R., *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, cit., p. 201.

¹¹⁰ DWORKIN, R., et al. «Suicide assisté: le mémoire des philosophes», *Raisons politiques*, n. 29, 2003, p. 40 (translation: *Assisted suicide: The Philosophers' Brief*).

cases¹¹¹, is telling on its final verdict. The Court seems to have been driven by a desire to protect vulnerable individuals in a parenting and benevolent manner. Yet, this benevolence is not what Mrs Pretty initially wished for and is on the contrary, telling on the abstraction method it resorted to in order to retreat from Mrs Pretty's individuality. Truly, the Court took the opportunity it was offered by Mrs Pretty's unfortunate complaint to entrench previously established Western conceptions on the sanctity of human life.

Besides, as Tiensuu convincingly affirmed, «if we can resort to the right to life to oppose the autonomous choices of a human being regarding his own life, as the Court did, then it must regard life as «a mere *abstraction* of existence»¹¹². In the same way as Kant sees material desires as obstacles to make morality absolute, the Court sees the right to self-determination as a hindrance to the right to life and asks individuals to forsake their personal values. The Court seems to be asking individuals to act as *moral subjects* and presumes the existence of a subject beyond the subject. In this light, it is not surprising that it chose not to preserve Mrs Pretty's critical interests and preferred protecting the «objective dignity of all humanity above her personal dignity»¹¹³.

Therefore, it can reasonably be concluded that the ECtHR's jurisprudence displays unmistakable similarities to Kantian philosophy which, in this author's view, misplaces the role of dignity in life. What is erroneous in both Kant and the Court's philosophies though is the over-emphasis on the inherence of dignity and life accompanied by the total overlook of the *personal* values we deliberately attach to them. Yes, life is intrinsic but protecting it for the sake of protecting an *abstract* concept which we (others) value as sacred is disrespectful towards the personal value one individual attaches to his own life.

2. Rebutting «sanctity of life» arguments

Sanctity of life advocates submit that life is inherently sacred. This conception can be divided into two conceptualisations, one religious aligned with natural law theory, and one secular deriving from legal positivism. The religious version of this conception is rooted in the notion of the *Imago Dei* which is the belief that God's image is imprinted on all humans and that removing life erases that image¹¹⁴.

¹¹¹ PERONI, L., TIMMER, A., «Vulnerable Groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», *International Journal of Constitutional Law*, n.11, 2013, p. 1071.

¹¹² TIENSUU, P., «Whose Right to What Life? Assisted Suicide and the Right to Life as a Fundamental Right», cit., p. 253. My own emphasis.

¹¹³ MILLNS, S., «Death, Dignity, and Discrimination: The Case of *Pretty v United Kingdom*», cit., §8.

¹¹⁴ FOSTER, C., *Medical Law: A Very Short Introduction*, Oxford (Oxford University Press), 2013, p. 8.

A. Natural law vs legal positivism – Rebutting religious sanctity of life argument

First, the colossal theoretical conflict between natural law theory and legal positivism arises in the debate surrounding the legalisation of euthanasia. Perhaps the greatest challenge is not to imply this right via existing human rights but to theoretically reconcile it with the existent set of natural norms. Although natural law theory is more widely praised and was entrenched in human rights law, this author argues that it has become obsolete in relation to some issues including the legalisation of the right to die with dignity, which can only be justified by legal positivism.

In short, natural law theory points to the validity of human rights law in relation to an external moral code. Crucially, it posits that principles established by God are discoverable by reason and are absolute. Legal positivism, on the other hand, endorses the belief that «reality is relative to the knowing subject and the absolute is beyond human experience»¹¹⁵. Contrary to natural law theory, it states that «man can never truly know the essence of things»¹¹⁶. Surely, proponents of natural law theory's supported beliefs that our life is not ours but *belongs* to a higher order (God or nature)¹¹⁷, contradict the values conveyed by euthanasia (i.e., self-determination and autonomy). However, legally speaking it is the *individual* who has a right to life, which means that life should be viewed as granted *to* an individual, not as God's property or anyone else's. Maintaining the belief that there exists a relation of subordination between an individual and a life arising from *his* existence is also poorly credible in our secular society and our positive national legal systems¹¹⁸.

Besides, not only is the natural law theory's basis of the right to life outdated in the modern liberal society, it is also not uniformly applied. Indeed, under natural law theory «killing oneself frustrates nature's investment in human life»¹¹⁹. But isn't nature already «cheated when plastic keeps a heart beating»¹²⁰ or when heavy medication is ingested to remain alive? We are already allowed to interfere with life and thus to act as «God» ourselves. Man already is the arbiter of life and the law already is positivist. Those arguing that the RTD framework would be inconsistent with natural law theory should thus be reassured. Their concern that nature prevents people from killing themselves is misled: it is

¹¹⁵ As explained by leading legal positivist Hans Kelsen in 1920. See POTTER, A., «Will the Right to Die Become a License to Kill – The Growth of Euthanasia in America», *The Journal of Legislation*, n. 19, 1993, p. 56.

¹¹⁶ POTTER, A., «Will the Right to Die Become a License to Kill – The Growth of Euthanasia in America», *cit.*, p. 56.

¹¹⁷ TIENSUU, P., «Whose Right to What Life? Assisted Suicide and the Right to Life as a Fundamental Right», *cit.*, p. 268.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 275.

¹¹⁹ DWORKIN, R., *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, *cit.*, p. 214.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 215.

the *law* which binds us and needs to be frustrated. The response to euthanasia and assisted suicide will thus imperatively need to be embraced in legal positivism theory.

B. *Rebutting secular sanctity of life arguments*

Second, the secular account of the sanctity of life argument is prevalent too, notably in courts. This argument holds, in the same vein as the religious version, that the RTD framework will in the long run demean the concept of sanctity of life and lead to a devaluation of life¹²¹. This brings up a difficult philosophical question about the value of life which this author does not pretend to answer in a few lines. It will just be posited that, in the same way as our critical interests and our perception of dignity are subjective, value in life cannot be universally quantified.

In the end-of-life contexts «people will hold separate views on what devalues life»¹²². For stoics¹²³ and nihilists¹²⁴, the option to commit suicide as soon as the prospect of a life without dignity comes into sight is greatly preferable to lingering on until complete self-disintegration. Yet, for moralists and religious people, the need to make the most of what life has to offer eclipses any dignity loss. What we must ascertain is that people accessing the RTD framework will do so because they personally no longer value their lives. Therefore, although it might be impossible to avoid demeaning the *concept* of sanctity of human life, this notion could be used in reverse¹²⁵: the sanctity of human life only has meaning when life is sacred in the eyes of its owner. The creation of the framework will thus not demean the sanctity of human life, but on the contrary, will contribute to make all lives sacred.

Furthermore, the second conception of the empirical slippery slope argument (the first one being the logical slippery slope argument),¹²⁶ referred to as the «legal and moral change» version, similarly highlights the risk of *moral erosion* subsequent to the framework implementation. Although the sanctity of life's aspect of this argument has just been addressed, one question is still pending. Will the RTD framework end up devaluing, if not all, at least *vulnerable* peoples' lives?

¹²¹ SHARMA, B., «The end-of-life decisions – should physicians aid their patients in dying?», cit., p. 134.

¹²² Judge McLachlin in *Rodriguez v British Columbia (Attorney General)* (1993) 107 DLR.

¹²³ Seneca personifies this philosophy, as quoted in SHARMA, B., «The end-of-life decisions – should physicians aid their patients in dying?», cit., p. 135 – «if I must suffer without hope, I will depart, not because of the fear of the pain but because it prevents all for which I would live».

¹²⁴ Nietzsche declared, as quoted in DWORKIN, R., *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, cit., p. 212: «I want to die proudly when it is no longer possible to live proudly».

¹²⁵ DWORKIN, R., *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, cit., p. 216.

¹²⁶ LILLEHAMMER, H., «Voluntary Euthanasia and the Logical Slippery Slope Argument», *Cambridge Law Journal*, n. 61, 2002, p. 545-550.

Downie warned that the danger of accepting one life as not worth living is to deem other lives, especially vulnerable people's lives, as not worth living too¹²⁷. Philosophically and psychologically, this is far from absurd. Williams explains that «when many steps have been taken, the initial objections to a rule now seem misplaced. The cumulative process has altered the perceptions of that process»¹²⁸. Why then, did the legalisation of euthanasia in the Netherlands increase doctors' «desire not to endorse morally suspect practices»¹²⁹? And why, if life really was devalued, did suicide rates not rise after legalisation¹³⁰?

Perhaps it is due to man's moral judgment which, without too much surprise, did not drastically change after legalisation. John Griffiths brilliantly stresses that believing the RTD framework will change societal and legal attitudes towards death and the value of life is a «distrust of future generations»¹³¹. He further pushes us to picture our current modern society if our moral choices had not evolved since the eighteenth century¹³². Despite the speculative nature of this subsequent claim, it is quite likely that with fixed moral choices would come fixed societal norms implying that women, black people, and homosexual people would still be given lesser rights than Western white heterosexual men.

Nonetheless, no matter how powerful this declaration is, cynics will always find a way to reply that, considering that man or woman is inherently bad, he or she should never be authorised to create exceptions that might devalue life in any way. In fact, Potter claims that man or woman will end up using the RTD framework as a way to get rid of vulnerable people, «very much like Nazis» «euthanasia programs». She reminds us that the concept of death with dignity thrust their genocide program which started with the idea that some lives were not as worthy of being lived as others¹³³. She then dares to connect society's acceptance of such attitudes in the past to today's euthanasia proponents' held beliefs¹³⁴. Her claim, albeit emotionally strong, falls short of recognising the key difference between the Nazis and euthanasia advocates. As Downie indicates, the Nazi program «did not slide but was galvanised from the beginning by a fascist ideology»¹³⁵. What they ended up doing

¹²⁷ DOWNIE, J., *Dying Justice: A Case for Decriminalising Euthanasia and Assisted Suicide in Canada*, Toronto (University of Toronto Press), 2004, p. 106.

¹²⁸ WILLIAMS, B., «Which slopes are slippery?» in WILLIAMS B (ed), *Making Sense of Humanity and Other Philosophical Papers*, Cambridge (Cambridge University Press), 1995, p. 218.

¹²⁹ SMITH, S., «Evidence for the Practical Slippery Slope in the Debate on Physician-Assisted Suicide and Euthanasia», *Medical Law Review*, n. 13, 2005, p. 27.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 27.

¹³¹ GRIFFITHS, J., *et al*, *Euthanasia and the Law in Europe*, cit., p. 519.

¹³² *Ibidem*, p. 519.

¹³³ POTTER, A., «Will the Right to Die Become a License to Kill – The Growth of Euthanasia in America», cit., p. 32.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 32.

¹³⁵ DOWNIE, J., *Dying Justice: A Case for Decriminalising Euthanasia and Assisted Suicide in Canada*, cit., p. 108.

should rather be seen as «deterrence that the slippage will materialise»¹³⁶ because we are now more aware than ever of the dangers resulting from devaluing life.

To conclude, the theory of dignity provides a strong normative claim for the enforcement of the RTD framework. By relying on Montaigne and Dworkin's critical interests and by using legal positivism theory, the paper demonstrated that man or woman is not subject neither to his or her morality nor to nature or God, but only to his or her own values and to the law created by men and women for men and women. The chances of creating an empirical slippery slope and demeaning the value of life are dim provided that juridical safeguards are in place to protect vulnerable people.

V. CONCLUSION

Recognising the implicit right of human beings to end their lives with dignity is inevitable. If the right to life under article 2 ECHR is tough to imagine as an embedment of self-determination, so-called dignity-based rights such as the prohibition against degrading treatment (article.3 ECHR) and the right to private life (article.8 ECHR) could infer the existence of the right to die with dignity and form the basis of its framework. The ever-increasing number of euthanasia cases, the widely tolerated practice of withdrawing of life support, and the shifting value-orientation of society will ineluctably oblige the European Court of Human Rights to build such a structure.

In practice, the RTD framework will enable an eligible applicant to rely on one or more dignity-based human rights in front of human rights courts provided she/he is a national of a country party to at least one of the treaties purporting such rights. The courts will then decide on a case-by-case basis while keeping in mind that member states have a wide margin of appreciation to implement this right in accordance with their legal traditions. This means that, depending on the legal context and the case merits, one person should invoke the right to be free from degrading treatment (art.3 ECHR) while another should rather invoke the right to privacy (art.8 ECHR).

Although the Court has showed reluctance to uphold the right to die with dignity when it was opposed to the foundational right to life, a claimant should be comforted that the transition from an entrenched natural law theory conception of life and death to a more positivistic secular perception is underway¹³⁷. Indeed, in the 2015 case *Lambert and Others v France*, the Court finally decided to put critical interests and quality of life above its sacredness¹³⁸. States and vulnerable people should also be reassured that every case going

¹³⁶ *Ibidem*, cit., p. 108.

¹³⁷ POTTER, A., «Will the Right to Die Become a License to Kill – The Growth of Euthanasia in America», cit., p. 32.

¹³⁸ CIMPU, G., «Ethical and Legal Discussions Concerning Euthanasia. Aspects from ECHR Case Law», cit., p. 99.

through the framework will be judicially reviewed by a panel of legal experts. Perhaps in the future, regional review committees could relieve the courts from this burdensome exercise, but for now caution is in order, as demonstrated by territories which have recently legislated in favour of euthanasia like Spain in 2021¹³⁹.

Nevertheless, we should not fall into the opposite trap which would make it so hard to access the RTD framework that it, in effect, becomes inoperative. A few years after implementation, new evidence for the empirical slippery slope could be found and the legal situation may have to be reassessed. In the present though, it is safe to say the eligibility criteria and safeguards will only include a very low number of candidates. Contrary to highly hypothetical slippery slope arguments, the argument that the creation of the right to die with dignity framework will uplift the dignity of human beings until the end of their lives while protecting vulnerable people from abuse has more chances of success.

At last, the act of dying is undignified per se. Only can death gain meaning once an individual attaches his personal dignity to it¹⁴⁰. In the end, the phrase «dying with dignity» is a subjective, blurry and idolised concept highly dependent on the values one upholds during his lifetime. For some people, a dignified death will have to be earned in the Roman way by exhibiting deeply held convictions and great courage on the deathbed; for others, the phrase is just a meaningless oxymoron¹⁴¹. Certainly, life must end in a way one views as appropriate, humane and dignified, and if human rights law needs to be amended to guarantee everyone a personal dignified death, the whole body of natural-derived norms imperatively ought to be modified so as to finally comply with international human rights law's promise to protect every human being.

VI. BIBLIOGRAPHY

ALLMARK, P., «Death with dignity», *Journal of Medical Ethics*, n. 28, 2002, pp. 255-257.

BATTIN, M., *et al.*, «Legal Physician-Assisted Dying in Oregon and the Netherlands: Evidence Concerning the Impact on Patients in “Vulnerable” Groups», *Journal of Medical Ethics*, n. 33, 2007, pp. 591-597.

BISWAS, T., SENGUPTA, A., « Euthanasia and its Legality and Legitimacy from Indian and International Human Rights Perspectives », *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, n. 2, 2010, pp. 18-30.

¹³⁹ With sixty-eight safeguards, the Victorian government in Australia boasts that «Victorian legislation is the safest in the world». MCDOUGALL, R., PRATT, B., «Too much safety? Safeguards and equal access in the context of voluntary assisted dying legislation», *BMC Medical Ethics*, n. 21, 2020, p. 3.

¹⁴⁰ ALLMARK, P., «Death with dignity», *cit.*, p. 1.

¹⁴¹ *Ibidem*, *cit.*, p. 1.

- BREMS, E., *et al.* (eds), *Shaping Rights in the ECHR – The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge (Cambridge University Press), 2013.
- CHOLBI, M., VARELIUS, J., *New Directions in the Ethics of Assisted Suicide and Euthanasia*, Switzerland (Springer International Publishing), 2015.
- CIMPU, G., « Ethical and Legal Discussions Concerning Euthanasia. Aspects from ECHR Case Law », *Annals Constantin Brancusi University of Targu-Jiu, Juridical Science Series*, n. 89, 2020, pp. 89-109.
- CORNIDES, J., «Forcible “euthanasia”: the ECtHR’s Charlie Gard Decision», EJIL! Blog of International and European Law from 14 July 2017. Accessible at: <<https://www.ejiltalk.org/forcible-euthanasia-the-ecthrs-charlie-gard-decision/>>. [Accessed on 20/06/2024].
- CRUFT, R., *et al.*, *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford, (Oxford University Press), 2015.
- DE SCHUTTER, O., *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, 3rd ed, Cambridge (Cambridge University Press), 2019.
- DOUGLAS-SCOTT, S., «The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon», *Human Rights Law Review*, n. 11, 2011, pp. 645-682.
- DOWNIE, J., *Dying Justice: A Case for Decriminalising Euthanasia and Assisted Suicide in Canada*, Toronto (University of Toronto Press), 2004.
- DUGUET, A., «Euthanasia and Assistance to End of Life Legislation in France» *European Journal of Health Law*, n. 8, 2001, pp. 109-124.
- DWORKIN, R., *Life’s Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, 1st ed, New York (Vintage Books by the Knopf Doubleday Publishing Group), 1994.
- DWORKIN, R., *et al.*, «Suicide assisté: le mémoire des philosophes», *Raisons politiques*, n. 29, 2003, pp. 29-57.
- FELDMAN, Z., «Suicide and Euthanasia: The International Perspective on the Right to Die», *Cornell Law Review*, n.104, 2019, pp. 715-744.
- FLEMMING, R., «Suicide, euthanasia and medicine: reflections ancient and modern» *Economy and Society*, n. 34, 2005, pp. 295-321.
- FOSTER, C., *Medical Law: A Very Short Introduction*, Oxford (Oxford University Press), 2013.

- FREEMAN, M., «Death, Dying, and the Human Rights Act 1998», *Current Legal Problems*, n. 52, 1999, pp. 218-238.
- GENTLEMAN, A., «Inside the Dignitas House», *The Guardian*, 18 November 2009. Accessible at: <<https://www.theguardian.com/society/2009/nov/18/assisted-suicide-dignitas-house>>. [Accessed on 22/06/2024].
- GRIFFITHS, J., *et al.*, *Euthanasia and the Law in Europe*, 2nd ed, Oxford and Portland, Oregon (Hart Publishing), 2008.
- HENDRICKS, A., «End-of-life decisions. Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights», *ERA Forum (Journal of the Academy of European Law)*, n. 19, 2019, pp. 561-570.
- HERRING, J., «Escaping the shackles of law at the end of life: *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2012] EWHC 2381», *Medical Law Review*, n. 21, 2013, pp. 487-498.
- KANT, I., *Critique of Practical Reason* (trans. Gregor), 1997.
- KANT, I., *Groundwork for Metaphysics of Moral* (trans. And ed. Wood), 2002.
- KANT, I., *Lectures on Ethics* (trans. And ed. Heath and Schneewind), 1997.
- KEOWN, J., *Euthanasia, Ethics, and Public Policy: An Argument Against Legalisation*, Cambridge (Cambridge University Press), 2002.
- KEOWN, J., «No Right to Assisted Suicide», *Cambridge Law Journal*, n. 61, 2002, pp. 8-10.
- LAURANCE, J., «Agony of helping a son to kill himself», *The Independent*, 27 May 2011. Accessible at: <<https://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/health-news/agony-of-helping-a-son-to-kill-himself-2289710.html>>. [Accessed on 19/06/2024].
- LILLEHAMMER, H., «Voluntary Euthanasia and the Logical Slippery Slope Argument», *Cambridge Law Journal*, n. 61, 2002, p. 545-550.
- MCCORQUODALE R., «Group Rights» in MOECKLIKID *et al* (eds), *International Human Rights Law*, Oxford (Oxford University Press), 2018, pp. 344-366.
- MCDOUGALL, R., PRATT, B., «Too much safety? Safeguards and equal access in the context of voluntary assisted dying legislation», *BMC Medical Ethics*, n. 21, 2020, pp. 1-10.
- MILLER, D., *et al*, «Advance euthanasia directives: a controversial case and its ethical implications», *Journal of Medical Ethics*, n. 45, 2019, pp. 84-88.

- MILLNS, S., «Death, Dignity, and Discrimination: The Case of *Pretty v United Kingdom*», *German Law Journal*, n. 3, 2002.
- MOECKLI, D., *et al.*, *International Human Rights Law*, 3rd ed, Oxford, (Oxford University Press), 2018.
- MOWBRAY, A., «The Creativity of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, n. 5, 2005, pp. 57-79.
- MONTAIGNE, M., *Essais Tome I* (ed. Storwski), 1906.
- MONTAIGNE, M., *Essais Tome II* (ed. Storwski), 1909.
- NEGRI, S., *Self-determination, dignity and end-of-life care: regulating advance directives in international and comparative perspective* (Martinus Nijhoff Publishers), 2012.
- NEMTOI, G., «The Right to Life versus the Right to Die» *Logos Universality Mentality Education Novelty: Law*, n. 8, 2020, pp.1-15.
- OST, S., «Book review of Griffiths J, Weyers H, Adams M, *Euthanasia and the Law in Europe*», *Medical Law Review*, 2009, pp. 118-126.
- OTLOWSKI, M., «Active Voluntary Euthanasia: Options for Reform», *Medical Law Review*, n. 2, 1994, pp. 161-205.
- PEDAIN, A., «The Human Rights Dimension of the Diane Pretty Case», *Cambridge Law Journal*, n. 62, 2003, pp. 181-206.
- PEREIRA, J., «Legalising euthanasia or assisted suicide: the illusion of safeguards and controls», *Current Oncology*, n. 18, 2011, pp. 38-43.
- PERONI, L., TIMMER, A., «Vulnerable Groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law», *International Journal of Constitutional Law*, n.11, 2013, p.1056-1085.
- POTTER, A., «Will the Right to Die Become a License to Kill – The Growth of Euthanasia in America», *The Journal of Legislation*, n. 19, 1993, pp. 31-62.
- QURESCHI, W., «Legal Exceptions to the Inalienable Right to Life», *University of San Francisco Law Review*, n. 53, 2019, pp. 263-312.
- REICHSTEIN, A., «A Dignified Death for All: How a Relational Conceptualisation of Dignity Strengthens the Case for Legalising Assisted Dying in England and Wales», *Human Rights Law Review*, n. 19, 2019, pp. 733-751.

International legislation

Council of Europe, *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, 4 April 1997, ETS, No. 164.

Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5.

Council of Europe, ‘*Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights: Right to respect for private and family life, home and correspondence*’, updated on 31 August 2022.

European Union, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 26 October 2012, 2012/C 326/02.

Organisation of African Unity (OAU), *African Charter on Human and Peoples’ Rights (“Banjul Charter”)*, 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58.

UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999.

UN General Assembly, *Universal Declaration on Human Rights*, 10 December 1948, 217 A(III).

European Court of Human Rights Caselaw

Haas v Switzerland, Application No. 31322/07, 20 January 2011.

Koch v Germany, Application No. 497/09, 19 July 2012.

Lambert and Others v France, Application No. 460343/14, 5 June 2015.

Pretty v United Kingdom, Application No. 2346/02, 29 April 2002.

Selmouni v France, Application No.25803/94, 28 July 1999.

Tyrer v UK, Application No.5856/72, 25 April 1978.

European Commission of Human Rights Caselaw

Dudgeon v United Kingdom, Application No. 7525/76, 22 October 1981.

Niemetz v Germany, Application No. 13710/88, 16 December 1992.

Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, Application No. 16130/90, 30 June 1993.

Widmer v Switzerland, Application No. 20527/92, 10 February 1993.

X v Germany, Application No. 10565/83, 9 May 1984.

X and Y v The Netherlands, Application No. 8978/80, 26 March 1985.

Human Rights Committee Caselaw

Manuel Wackenheim v France, Communication No. 854, 15 July 2002.

Inter-American Court of Human Rights Caselaw

Case of the «Street Children» (Villagran-Morales et al) v Guatemala, Series C No. 63, 19 November 1999.

English Caselaw

Airedale NHS Trust v Bland [1993] AC 789.

R (on the application of Nicklinson and another) v Ministry of Justice [2014] UKSC 38.

R (on the application of Pretty) v Director of Public Prosecutions [2001] UKHL 61.

R (on the application Purdy) v Director of Public Prosecutions [2009] UKHL 45.

United States Caselaw

Cruzan v Director, Missouri Department of Health (1990) 497 US 261.

Canadian Caselaw

Rodriguez v British Columbia (Attorney General) (1993) 107 DLR.

VALORES DEMOCRÁTICOS VERSUS AUTORITARIOS: ¿EXISTE UN CONFLICTO INTERGENERACIONAL? UN ANÁLISIS DE LA *WORLD VALUES SURVEY**

DEMOCRATIC VERSUS AUTHORITARIAN VALUES: IS THERE AN INTERGENERATIONAL CONFLICT? A WORLD VALUES SURVEY'S ANALYSIS

IGNACIO TORNEL TRELLES**

Resumen: La aparición y extensión de valores y actitudes que respaldan opciones y políticas autoritarias es una preocupación central en la investigación politológica de nuestros días. En la ciencia política se ha acuñado el término de *democratic backsliding* para hacer referencia a este proceso, cuyas causas y consecuencias aún no se dilucidan con precisión. Existe un amplio consenso en describirlo como un fenómeno de cambio cultural por el cual reaparecen valores sociales característicos de sociedades previas a las denominadas posmodernas. Sin embargo, no hay un acuerdo generalizado sobre qué tipo de ciudadanos son los que promueven este cambio. Usando los datos más recientes de la *World Values Survey* (Encuesta Mundial de Valores), este artículo aporta un análisis que busca enriquecer el debate que divide al mundo académico: ¿quién abanderará el auge de valores autocráticos, los más jóvenes o los mayores?

Palabras clave: democracia, valores sociales, autoritarismo, conflicto intergeneracional.

Abstract: The emergence and expansion of values and attitudes supporting authoritarian options and policies has become a central concern in contemporary political science research. The term *democratic backsliding* has been coined in political science to refer to this process, whose causes and consequences remain imprecisely understood. There is broad consensus in describing it as a phenomenon of cultural change in which social values characteristic of pre-postmodern societies reemerge. However, there is no widespread agreement on which type of citizens are driving this change. Using the most recent data from the World Values Survey, this article offers an analysis aimed at enriching the ongoing academic debate: who champions the rise of autocratic values, the youngest or the eldest?

Keywords: democracy, social values, authoritarianism, intergenerational conflict.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA EXPLICACIÓN CULTURAL; III. METODOLOGÍA Y RESULTADOS; 1. Estudio descriptivo; 2. Estudio estadístico de regresión; IV. ANÁLISIS; V. CONCLUSIONES; VI. BIBLIOGRAFÍA; VII. ANEXO.

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2025.51.010>

Fecha de recepción: 13/08/2024

Fecha de aceptación: 19/11/2024

** Máster en Relaciones Internacionales y Diplomacia en la UCM. Graduado en Filosofía, Política y Economía.

I. INTRODUCCIÓN

Los partidos radicales de derechas son, sin lugar a duda, la familia política que más crece en Europa¹. La popularidad de grupos políticos que se presentan como contrarios a la globalización² ha generado un gran interés en el mundo académico, que ha tratado de integrar, a base de definiciones y explicaciones, esta realidad práctica en un campo teórico de estudio³. Así, Cas Mude elabora un marco conceptual de esta familia política antiglobalista e identifica una base común: el nativismo⁴. El autor indica que cuando el nativismo adquiere tintes autoritarios se convierte en un movimiento de derechas radical, distinto, a su vez, de la extrema derecha. Estas dos *derechas* difieren en un aspecto esencial: la primera acepta el juego democrático, mientras que la segunda es explícitamente antidemocrática⁵. Sin embargo, ambas corrientes comparten posturas autoritarias⁶, centradas en crear un orden social acorde a las diferencias naturales entre los individuos, en el que la «ley y el orden» juegan un papel fundamental y en el que se castiga de manera severa todo desacato a la autoridad⁷.

Por otro lado, algunos de estos partidos son portadores de ideas populistas⁸ —el pueblo contra las élites, la supremacía de la voluntad general, etc.—, que expresan en sus discursos y en sus actos. Todo esto hace que se hable de partidos de derecha radical populista (cuando encontramos una mezcla entre nativismo, autoritarismo y populismo)⁹, extrema derecha populista, etc. Tanto la derecha radical populista como la extrema derecha forman parte de la familia política de la «far right»¹⁰ que tanto éxito está teniendo en Europa¹¹.

Como se decía antes, el crecimiento de estos partidos ha generado un interés no exento de preocupación entre los académicos. Por lo general, hay dos vías para explicar las causas de este fenómeno: una centrada en los factores de demanda y otra en los de oferta¹². La explicación según los factores de demanda hace hincapié en las condiciones sociales con-

¹ GOLDER, M., «Far Right Parties in Europe», *The Annual Review of Political Science*, núm. 19, 2016, p. 477.

² MUDDE, C., *Populist radical right parties in Europe*, Nueva York, (Cambridge University Press), 2007, p. 203.

³ GOLDER, M., «Far Right Parties in Europe», cit., p. 493.

⁴ MUDDE, C., *Populist radical right parties in Europe*, cit., p. 24.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Reformulación de la definición de autoritarismo de Mudde en MUDDE, C., *Populist radical right parties in Europe*, cit., p. 23.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*., p. 26.

¹⁰ GOLDER, M., «Far Right Parties in Europe», cit., p. 481. El término «far right» se utiliza en el mundo anglosajón para hacer referencia de manera amplia a esta familia política y no tiene —o no se ha encontrado— un equivalente en castellano. Por eso, usaremos el término «partidos radicales de derechas» o «partidos populistas-autoritarios» para referirnos a este amplio movimiento político.

¹¹ *Ibidem*., p. 477.

¹² *Ibidem*., p. 490.

cretas que derivan en un apoyo social a los partidos radicales de derechas¹³. La explicación desde los factores de oferta, por su parte, desarrolla cómo «las decisiones que toman estos partidos y la estructura de oportunidades políticas en la que actúan influyen en su éxito»¹⁴. Si bien estos dos puntos de partida no son, en absoluto, excluyentes, la gran parte de los académicos –aunque hay excepciones¹⁵– elige únicamente uno de ellos para explicar el fenómeno antiglobalista¹⁶.

Dentro de la explicación desde el lado de la demanda, las diferentes investigaciones en ciencia política recurren mayoritariamente a la explicación económica o a la explicación cultural para comprender y justificar este fenómeno¹⁷. Si bien no son incompatibles –de hecho, muchas veces es complicado distinguir factores económicos y culturales–, la explicación económica y la explicación cultural identifican dos elementos causales completamente distintos. Para la primera, el ascenso del populismo autoritario estaría ligado a las (malas) condiciones materiales de la población¹⁸. Así, por ejemplo, la reducción del empleo manufacturero sería una de las primeras causas de esta ola antiglobalista¹⁹. En esta misma línea, diversos autores identifican, además, otras variables a considerar, a saber: «el nivel de ingresos, su distribución, la fuente de ingresos y el desempeño macroeconómico a corto plazo»²⁰. Otros identifican una relación causal significativa entre inseguridad económica y auge de la derecha radical populista²¹.

Frente a este discurso, la explicación cultural establece una relación entre la cultura presente en la sociedad y el panorama político de la misma²². Así, la presencia de valores más radicales y autoritarios habría provocado el auge de los partidos radicales de derechas. Según esta teoría, en los últimos años se han dado una serie de cambios culturales en la sociedad que han permitido la aparición de este nuevo actor en la esfera política²³. Ante el sorprendente renacer de unos valores asociados al pasado, varios autores explican que este fenómeno no es más que una reacción de defensa cultural²⁴. Ante la proliferación de

¹³ *Ibidem.*, p. 478.

¹⁴ *Ibidem.*, traducción propia.

¹⁵ IGNAZI, P., «The Silent Counter-Revolution», *European Journal of Political Research*, núm. 22, 1992, p. 3.

¹⁶ GOLDER, M., «Far Right Parties in Europe», cit., p. 490.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 482.

¹⁸ LAWRENCE, J., et al., «Populism in Place: The Economic Geography of the Globalization Backlash», *International Organisation*, núm. 75, abril 2021, p. 464.

¹⁹ *Ibidem.*, p. 469.

²⁰ WALDNER, D., y LUST, E., «Unwelcome Change: Coming to Terms with Democratic Backsliding» *Annual Reviews of Political Science*, núm. 21, 2018, p. 101.

²¹ SCHERING, G., et al., «The Populist Backlash Against Globalization: A meta-Analysis of the Causal Evidence», *British Journal of Political Science*, núm. 54, 2024, p. 910.

²² WALDNER, D., y LUST, E., «Unwelcome Change: Coming to Terms with Democratic Backsliding», cit., p. 98.

²³ IGNAZI, P., «The Silent Counter-Revolution», cit., p.3.

²⁴ *Ibidem.*, p. 25 e INGLEHART, R., y NORRIS, P., «Trump, Brexit and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash», *Harvard Kennedy School*, Series RWP16-026, 2016, p. 3.

valores posmaterialistas, que suponen una amenaza para el sistema tradicional de valores, parte de la población se habría vuelto hacia los partidos radicales de derechas en busca de refugio y protección²⁵.

No entra dentro de la intención de este artículo valorar y comparar la capacidad explicativa de estas dos líneas de estudio. El debate sobre la idoneidad de la explicación cultural y de la explicación económica es amplio. Algunos autores subrayan la complementariedad de ambas corrientes²⁶ y otros afirman que la explicación económica es más acertada a nivel contextual, mientras que la cultural tiene una mayor capacidad explicativa a nivel individual²⁷. Este artículo deja de lado este debate para centrarse en otro más concreto que divide a los partidarios de la explicación cultural: ¿quiénes son los que adoptan valores más tradicionales? Sin embargo, antes de tratar directamente esta cuestión, conviene estudiar más en detalle la explicación cultural, sus fundamentos y la discusión entre los autores de esta corriente.

II. LA EXPLICACIÓN CULTURAL

El vínculo entre la cultura social y la realidad política fue expuesto en su momento por Almond y Verba en su libro «The Civic Culture»²⁸. En él, los dos académicos explican y demuestran que los valores presentes en la sociedad tienen siempre un impacto en la política del lugar²⁹. En esta misma línea se expresa el prestigioso politólogo estadounidense, Ronald Inglehart, cuando dice que «todo sistema político o económico estable tiene un sistema cultural de apoyo compatible con aquél»³⁰. Los valores socioculturales moldean el sistema político, presentándose también como principios guía que dirigen el actuar de cada individuo³¹ –y el de toda la comunidad–, con capacidad de explicar los cambios que se dan en la esfera político-social.

De esta manera, el auge del movimiento autoritario encontraría su explicación –así lo indican los partidarios de la justificación cultural– en la presencia, en ciertos sectores de la

²⁵ INGLEHART, R., NORRIS, P. «Trump, Brexit and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash», cit., p. 3.

²⁶ *Ibidem.*, p. 3 y LAWRENCE, J., et al., «Populism in Place: The Economic Geography of the Globalization Backlash», cit., p. 465.

²⁷ BERMAN, S., «The Causes of Populism in the West», *Annual Review of Political Science*, núm. 24, 2021, pp. 75-76.

²⁸ ALMOND, G., y VERBA, S., *The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Nueva Jersey, (Princeton University Press), 1963.

²⁹ INGLEHART, R., «The Renaissance of Political Culture», *The American Political Science Review*, vol. 82, núm. 4, 1988, p. 1204.

³⁰ INGLEHART, R., *Modernización y Posmodernización: el cambio cultural, económico y político en 43 sociedades*, Madrid (Centro de Investigaciones Sociológicas), 1998, p. 18.

³¹ VAN DETH, J., NEWTON, K., «Foundation of Comparative Politics: Democracies in the Modern World», en: VAN DETH, J. y NEWTON, K. (coords.), *Political attitudes and behavior*, 1ª ed., Cambridge University, 2021, p. 171.

población, de valores que no tienen cabida en el sistema liberal. En efecto, los miembros de estos grupos poblacionales recurrirían al populismo autoritario como manifestación tangible de sus principios guía. Ahora bien, la identificación de los miembros de estos sectores poblacionales es un asunto que genera grandes desacuerdos. Esta es, de hecho, la cuestión que más debate ha generado entre algunos académicos partidarios de la explicación cultural del fenómeno autoritario. Destacan en esta discusión Pipa Norris y Ronald Inglehart³², por un lado, y Armin Schafer³³, Robert Foa y Yascha Munk³⁴, por otro. A grandes rasgos, los primeros defienden que los valores autoritarios son defendidos por las generaciones más mayores³⁵, mientras que los segundos ponen en duda la existencia de una división generacional evidente³⁶ y señalan que son los jóvenes los que optan por valores más autoritarios³⁷.

A pesar de que estos autores defienden tesis opuestas, todos ellos actúan dentro de un marco común: la aceptación de la relación entre valores materialistas y autoritarismo, y entre valores posmaterialistas y democracia. Este marco está basado principalmente en el estudio del sistema de valores, teorizado y operacionalizado por Inglehart en 1988³⁸. Este autor plantea la división de valores en dos tipos: materialistas o modernos y posmaterialistas o posmodernos. El primer grupo se caracteriza por la autoridad burocrática y la racionalidad científica, así como por la eficiencia económica y la seguridad. En el segundo grupo –los valores posmodernos o posmaterialistas– disminuye el respeto por la autoridad y destacan la autonomía individual, la diversidad, la autoexpresión y la tolerancia.

Esta clasificación es a su vez perfectamente compatible –y solapable– con aquella que divide los valores entre autoritarios y democráticos, realizada por Welzel y Van Deth³⁹. Los valores autoritarios giran en torno a la obediencia a la autoridad, el orden y la seguridad. Por su parte, los valores democráticos exaltan la libertad, la tolerancia y la emancipación.

Las definiciones aportadas por los distintos académicos ponen de manifiesto la relación entre los valores autoritarios y los materialistas, y los valores democráticos y los posmaterialistas. Más allá de esta intuición, este vínculo ha sido señalado de manera explícita por varios investigadores. Así, en un momento dado, Inglehart se refiere a valores progresistas

³² INGLEHART, R., y NORRIS, P., «Trump, Brexit and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash», cit.

³³ SCHAFER, A., «Cultural Backlash? How (Not) to Explain the Rise of Authoritarian Populism», *British Journal of Political Science*, vol. 52, 2021.

³⁴ FOA, R., y MOUNK, Y., «The Danger of Deconsolidation: Democratic Disconnect», *Journal of Democracy*, vol. 27, núm. 3, 2016.

³⁵ INGLEHART, R., y NORRIS, P., «Trump, Brexit and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash», cit., p. 15.

³⁶ SCHAFER, A., «Cultural Backlash? How (Not) to Explain the Rise of Authoritarian Populism», cit., p. 1982.

³⁷ FOA, R., y MOUNK, Y., «The Danger of Deconsolidation: Democratic Disconnect», cit., p. 13.

³⁸ INGLEHART, R., «Sistema de Valores: El Aspecto Subjetivo de la Política y la Economía», cit., p. 25.

³⁹ WELZEL, C., «Why the Future Is Democratic», *Journal of Democracy*, vol. 32, núm. 2, 2021, p. 135; VAN DETH, J., y NEWTON, K., «Foundation of Comparative Politics: Democracies in the Modern World», cit. p. 180.

(entendidos como democráticos) como propios de las sociedades posmodernas⁴⁰. Más adelante, Inglehart expone que los defensores de los valores materialistas son defensores de valores autoritarios⁴¹. Schafer, por su lado, coincide con este análisis y señala que viene a ser lo mismo defender valores materialistas y valores autoritarios⁴². Además, indica que conservadores del antiguo orden (es decir, de la primacía de los valores materialistas) y personas de valores autoritarios son términos intercambiables⁴³.

Este punto en común –imprescindible para la comparación de trabajos y el diálogo entre los académicos– es de lo poco que comparten los investigadores anteriormente mencionados. En su artículo de 2016, «Trump, Brexit, and the rise of populism: Economic have-nots and cultural backlash», Ronald Inglehart y Pipa Norris defienden que son las generaciones mayores, en concreto los hombres mayores sin educación universitaria, quienes albergan valores materialistas-autoritarios⁴⁴. Al ver su reino cultural amenazado, son ellos los que recurrirían a opciones políticas autoritarias, generándose así un conflicto intergeneracional de valores.

Exponiendo precisamente lo contrario, Schafer explica en «How (Not) to Explain the Rise of Authoritarian Populism» que la teoría de Norris e Inglehart no se sostiene⁴⁵. Según Schafer, las distintas cohortes coinciden en los valores, pero difieren en el grado de intensidad de los mismos; y son precisamente los jóvenes los que más posibilidades tienen de apoyar a los populismos⁴⁶. En la misma línea se manifiestan Foa y Munk en «Democratic Discontent», cuando señalan de manera explícita que las actitudes y valores abiertamente no democráticos los albergan precisamente los jóvenes, en especial los jóvenes ricos⁴⁷.

Conviene señalar que la diferencia generacional de valores suele ser explicada a través de dos posturas alternativas⁴⁸: la que preconiza un efecto edad o de ciclo vital y la que aboga más bien por un efecto cohorte. Según la primera, el paso del tiempo lleva a una

⁴⁰ INGLEHART, R., y NORRIS, P., «Trump, Brexit and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash», cit., p. 13.

⁴¹ *Ibidem.*, p. 4.

⁴² SCHAFER, A., «Cultural Backlash? How (Not) to Explain the Rise of Authoritarian Populism», cit., p. 1980.

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ INGLEHART, R., y NORRIS, P., «Trump, Brexit and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash», cit., p. 3.

⁴⁵ SCHAFER, A., «Cultural Backlash? How (Not) to Explain the Rise of Authoritarian Populism», cit., p. 1977.

⁴⁶ *Ibidem.*, p. 1991.

⁴⁷ FOA, R., y MUNK, Y., «The Danger of Deconsolidation: Democratic Disconnect», cit., p. 13.

⁴⁸ LORENTE, J., «¿Son los jóvenes diferentes en su relación con la división izquierda-derecha?», texto presentado en el XI Congreso español de Ciencia Política, España, julio de 2015, p.8; CASTILLO, A., «Trayectorias de participación política de la juventud europea: ¿efectos de cohorte o efectos de ciclo vital?», *Revista de Estudios de Juventud*, núm., 81, 2008, p. 68.

persona a defender y abrazar posiciones concretas, propias de la edad⁴⁹. La segunda corriente defiende que la mayor parte de los miembros de una cohorte adoptarán una posición concreta, dependiendo del ambiente social y político en el que socializaron⁵⁰. Es decir, lo determinante para los valores propios de una generación es «haber llevado a cabo el proceso de socialización política en un contexto histórico determinado»⁵¹.

Lo cierto es que la idea del ciclo vital por sí sola no explica la reaparición inesperada de valores que se consideraban marginales. Según la lógica de esta corriente, la sociedad tendría en todo momento los mismos valores, presentes de manera constante en las distintas franjas de edad. Sin embargo, el campo de los valores sociales está lejos de ser un sujeto inerte. Esto, unido a la investigación de Magginni en la que se cuestiona frontalmente la utilidad de la teoría del ciclo vital⁵², nos lleva a considerar que el efecto cohorte es la explicación más acorde a la realidad. Así, a la misma edad, un individuo que haya socializado en un momento marcado por la polarización social no tendrá los mismos valores que aquel que haya socializado en un momento de concordia general. En este sentido, la situación económica también influye en los valores defendidos y promulgados por la sociedad⁵³. Según la teoría de la escasez de Inglehart⁵⁴, el ser humano ansía aquello que no tiene y tiende a desdeñar aquello que tiene asegurado. De esta manera, la sociedad cuyas necesidades materiales están cubiertas promoverá valores más posmaterialistas. Y este ambiente marcará a una generación concreta. La situación inversa, evidentemente, funciona del mismo modo.

Independientemente de estas explicaciones, el desacuerdo entre los investigadores sobre qué generación adopta qué valores y la posibilidad de acudir a bases de datos actualizadas –a las que ellos no tuvieron acceso– invitan a profundizar en la discusión. Este artículo tiene como objeto enriquecer, en la medida de lo posible, este interesante debate. El objetivo del texto es, pues, unirse a la investigación sobre los valores actuales de los jóvenes frente a los de otras generaciones y sobre la posible existencia de un conflicto intergeneracional de valores.

III. METODOLOGÍA Y RESULTADOS

Se usará como base de datos la última ronda (7) de la «World Values Survey» (WVS), realizada entre 2017 y 2022 en 90 territorios repartidos por los 5 continentes, recogiendo

⁴⁹ LORENTE, J., «¿Son los jóvenes diferentes en su relación con la división izquierda-derecha?», cit., p. 16.

⁵⁰ *Ibidem.*, p. 8.

⁵¹ MAGGINNI, N., «The Explanatory Model: The Determinants of Youth Voting Choices» en: MAGGINNI, N., *Young People's Voting Behaviour in Europe*, (Palgrave Macmillan London), 2017, p. 77.

⁵² *Ibidem.*, en el Anexo de la obra.

⁵³ INGLEHART, R., «Sistema de Valores: El Aspecto Subjetivo de la Política y la Economía», cit., p. 9. Se ve aquí la estrecha relación entre explicación económica y explicación cultural.

⁵⁴ *Ibidem.*, pp. 34-35.

153.716 casos. Se ha decidido usar la WVS por ser una institución especializada precisamente en el estudio de valores y sus cambios y ser, ahora mismo, una de las bases de datos más actualizadas. Los datos han sido analizados estadísticamente con el software STATA 16, aunque también se usará Excel para el diseño de algunas gráficas.

Al querer comparar los valores de los jóvenes con los de las generaciones más mayores, es preciso realizar un análisis por cohortes. En general, en la investigación por generaciones se distinguen básicamente 5⁵⁵: 1) los nacidos entre 1900 y 1945, que conforman la generación de *entreguerras*, 2) los *boomers*, nacidos entre 1946 y 1964; 3) *la generación X*, formada por los nacidos entre 1965 y 1979; 4) los *millennials*, que comprende de 1980 a 1991; y, finalmente, 5) los nacidos entre 1992 y 2004⁵⁶, que por cuestiones del lenguaje llamaremos *jóvenes*.

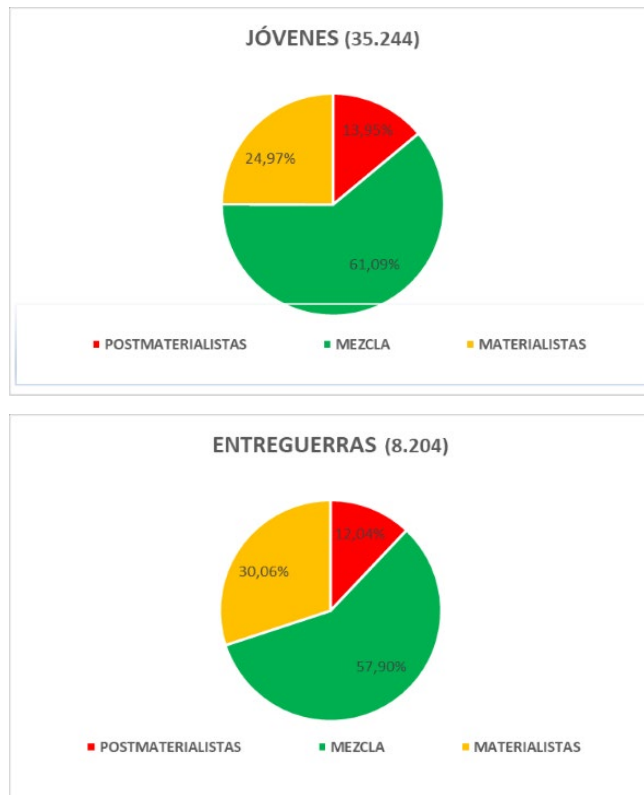
1. Estudio descriptivo

El análisis comienza con la variable «Valores en las cohortes, (y002)», diseñada por la WVS y que clasifica a los encuestados en tres categorías: materialistas, mezcla o posmaterialistas. A continuación, se reflejan los dos grupos de edad situados en los extremos –aunque se ha hecho un análisis con todas las generaciones– para obtener un primer mapa conceptual. Los entrevistados son 36.475 jóvenes y 8.853 individuos de la generación de entreguerras. Estos son clasificados en categorías según qué dos objetivos públicos eligen como prioritarios de los 4 que les proponen: mantener el orden en la nación, evitar el aumento de precios, proteger la libertad de expresión y aumentar la participación ciudadana en decisiones importantes de gobierno. La elección de los dos primeros supone ser catalogado como «materialista»; la de los dos últimos, como «posmaterialista». Aquellos que elijan uno de cada grupo serán clasificados como «mezcla».

⁵⁵ SCHAFFER, A., «Cultural Backlash? How (Not) to Explain the Rise of Authoritarian Populism», cit., p. 1980. Normalmente, la generación de los *millennials* se extiende hasta 1996. En este caso se ha limitado buscando una mayor equidad entre *millennials* y jóvenes. Una segunda intención era agrupar a todos aquellos que alcanzaron la mayoría de edad durante o después de la crisis de 2008. Si bien puede parecer una división arbitraria, conviene recordar que 1) casi siempre lo son (ver SCHAFFER, A., «Cultural Backlash? How (Not) to Explain the Rise of Authoritarian Populism», cit., p. 1980-81) y 2) se han respetado los cánones en la distinción entre generaciones jóvenes y mayores, que es donde reside el interés de la investigación.

⁵⁶ Edad mínima que recoge la WVS.

Figura 1. Materialistas, posmaterialistas y mixtos.



Elaboración propia. Fuente: WVS, 7.

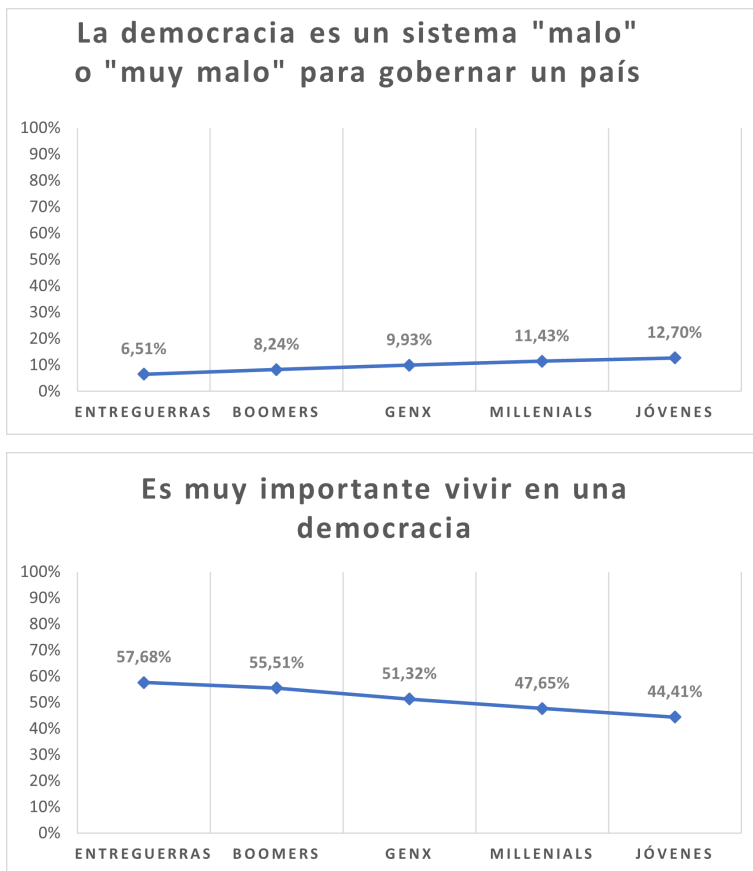
Así, casi un 25% de los jóvenes pertenecen a la categoría de «materialistas», mientras que solo un 14% dan respuestas «posmaterialistas». Dentro de la generación de entreguerras, los materialistas son un 30% y los posmaterialistas un 12%. En ambas cohortes, el grupo mayoritario es la mezcla, si bien entre los jóvenes es porcentualmente mayor. La distribución de perfiles por generación que ilustra esta figura se completa con un contraste estadístico de χ^2 , para obtener la probabilidad de que las variables estén o no relacionadas. Esta prueba (Anexo 1) demuestra que existe una relación estadísticamente significativa entre ser joven y defender valores materialistas.

Para tratar de comprender la relación estadística observada, resulta pertinente ahondar en el estudio de algunos valores específicos en el eje materialistas-autoritarios versus posmaterialistas-democráticos. En este sentido, la valoración o rechazo de la democracia y de sus instituciones fundamentales es un dato que permite intuir qué tipo de valores son mayoritarios en una generación. Por esto, las figuras 2 y 3 ilustran qué actitudes expresan

las distintas generaciones sobre la democracia y sus instituciones. Se trata de cuatro preguntas realizadas a un total de 152.881 personas: 36.475 jóvenes, 29.178 millennials, 39.635 generación X, 38.740 *boomers* y 8.853 de la generación de entreguerras.

Los gráficos muestran que el porcentaje de personas de cada cohorte que considera que la democracia es un sistema malo o muy malo para gobernar un país aumenta de generación en generación, mientras que la relevancia de vivir en democracia decae según se pasa de una generación a la siguiente. Los jóvenes antidemocráticos (12,7%) llegan a ser casi el doble, en términos porcentuales, que los individuos antidemocráticos pertenecientes a la cohorte de entreguerras (6,51%). Además, menos de la mitad de los nacidos a partir de 1992 considera que vivir en un sistema democrático sea importante, frente al casi 60% de los nacidos entre 1900 y 1945 que sí lo hace.

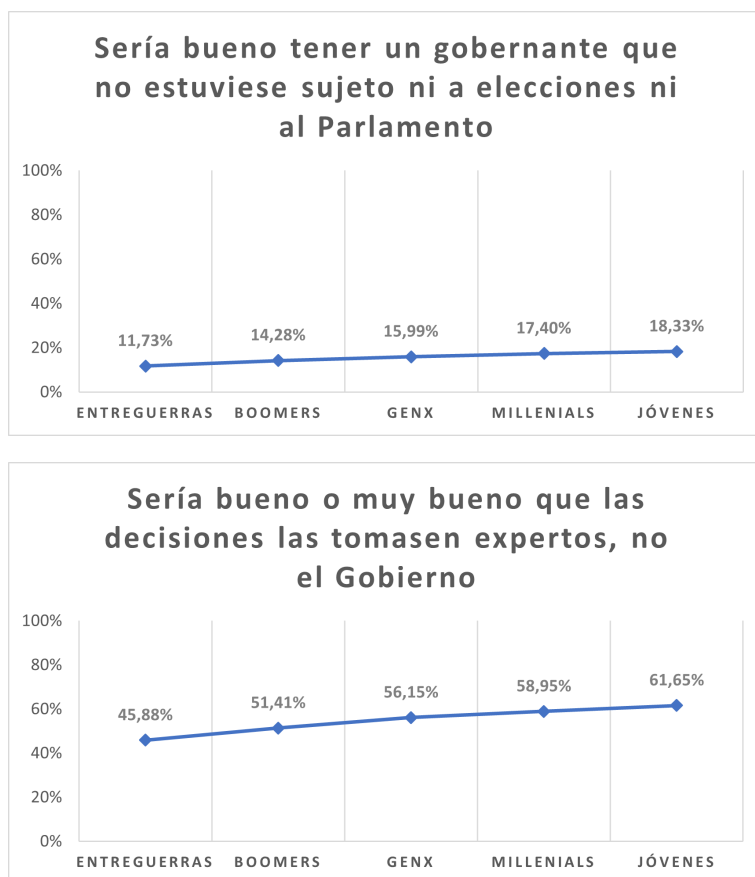
Figura 2. Rechazo e importancia de la democracia.



Elaboración propia. Fuente: WVS,7.

Tampoco es despreciable la proporción de jóvenes (18,3%), reflejada en la Figura 3, que opina que sería bueno tener un gobernante fuerte que no estuviese sujeto ni a elecciones ni al Parlamento. En comparación, conviene señalar que solo el 11,7% de la generación de entreguerras es de la misma opinión. Así mismo, la mayoría de los jóvenes (62%) defienden que sería algo positivo que las decisiones las tomaran los expertos y no el Gobierno. Es decir, antepondrían la eficacia de los tecnócratas a las, en ocasiones tediosas, decisiones de un Gobierno legítimamente elegido. La figura 3 muestra claramente que, según avanzan las generaciones, la independencia del gobernante y la bondad de los tecnócratas son mejor percibidas.

Figura 3. Importancia del Parlamento y de los expertos.



Elaboración propia. Fuente: WVS, 7.

En resumen, las diferencias porcentuales entre cohortes en cuestiones de valoración de la democracia y sus instituciones son llamativas. Pero estos no son los únicos campos en los que un hipotético conflicto de valores se podría poner de manifiesto. El nivel de confianza social o la aceptación del otro son elementos claves para el funcionamiento y la valoración de la democracia⁵⁷, ya que son dos aspectos esenciales para la cohesión social y la moderación política. Por tanto, ambas variables han sido estudiadas en esta investigación.

En la figura 4 la confianza social, reflejada en la pregunta «¿Podemos confiar en la mayoría de las personas?», presenta una clara variación intergeneracional. Respecto a esta cuestión, existe una brecha de más de 10 puntos porcentuales entre los más jóvenes y la generación de entreguerras. En efecto, un 34% de la generación entreguerras considera que se puede confiar en la gran mayoría de las personas, mientras que solo un 23% de los jóvenes lo hacen. De hecho, el porcentaje va disminuyendo de manera constante a medida que se pregunta a generaciones más jóvenes.

Figura 4. Confianza social.



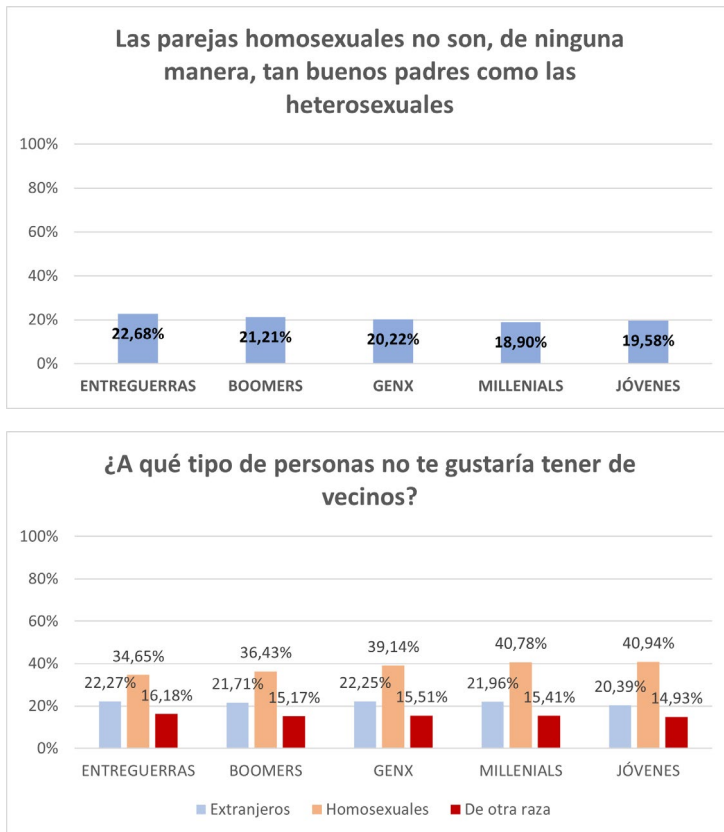
Elaboración propia. Fuente: WVS, 7.

En cuanto a la aceptación del otro, la WVS se plantean tres opciones (una persona extranjera, una de otra raza y una homosexual), entre las que el entrevistado debe señalar cuál no querría tener como vecino. Los homosexuales son el grupo social más rechazado, especialmente entre los de menor edad. Un 40% de los jóvenes y un 40% de los *millennials* preferiría no compartir barrio con ellos, mientras que en el caso de la generación de entreguerras el porcentaje es del 34%. En el caso de los extranjeros y los de otra raza, los porcentajes vuelven a ser bastante parejos entre generaciones. Por otro lado, se puede observar que el porcentaje de personas que consideran que las parejas homosexuales no son

⁵⁷ INGLEHART, R., «The Renaissance of Political Culture», cit., p. 1211.

tan buenos padres como las heterosexuales es similar en todas las cohortes, fluctuando entre aproximadamente el 19% y el 23%.

Figura 5. Vecinos no deseados y consideración de las parejas homosexuales.



Elaboración propia. Fuente: WVS, 7.

2. Estudio estadístico de regresión

Recordemos ahora que, en su artículo, Norris e Inglehart describen a los abanderados de los valores autoritarios como hombres viejos y no educados, nostálgicos de lo que un día tuvieron. Sin embargo, respecto a eso, ¿qué indican las regresiones estadísticas realizadas con los datos más recientes? Dado que trabajamos con variables dicotómicas, usaremos el método de las regresiones logísticas, que permite ver una estimación de los efectos de las variables dependientes (X) sobre la variable independiente (Y). Estos efectos, recordemos, no son lineales. Además de las variables de cohorte, nuestro modelo se completa con las

variables de educación (educación básica, educación media o secundaria, y educación universitaria o superior) y de clase social dividida en categorías⁵⁸.

Materialistas	Coef	Std. Err	z	P> z	[95% Conf. Interval]	
Entreguerras	-.0107687	.246542	-.44	0,662	-.0590901	.0375527
Hombre	-.125466	.011646	-10.7	0,000	-.1482919	-.1026402
Educación básica	.3095168	.0126835	24.4	0,000	.2846577	.3343759
Constante	-1.03466	.00877	-117.91	0,000	-1.051858	-1.017461

N 152.81	LR chi2 721.11	Prob>chi2 0	Pseudo R2 0.0041	log likelih. -88,554.061
----------	----------------	-------------	------------------	--------------------------

Tabla 1. Regresión logística. Materialistas. Elaboración propia. Fuente: WVS, 7.

Un primer modelo aborda la relación entre expresar valores materialistas y ser un hombre de la generación de entreguerras con una educación básica. Como se observa en la Tabla 1⁵⁹, pertenecer a esa cohorte tiene un efecto negativo en cuanto a adoptar valores materialistas. Además, ser hombre también influye en el mismo sentido. Por el contrario, haber cursado únicamente los ciclos de educación básica tienen un efecto positivo en la formación de valores materialistas.

En un segundo modelo se observa que existe una relación negativa significativa entre el haber nacido entre el 1900 y 1945 y el preferir un líder fuerte, no sometido al Parlamento o a elecciones. En cambio, otras variables como el ser hombre o pertenecer a la clase social baja sí que tienen un efecto positivo en la preferencia por un líder autoritario, como se puede ver en la tabla 2.

En el modelo 3 se constata que la pertenencia a la generación joven tiene un efecto positivo estadísticamente significativo, junto con ser varón y de clase baja, en la preferencia por un líder autoritario. El hecho de ser hombre de clase baja y tener una preferencia por el liderazgo autoritario no es especialmente novedoso. Sin embargo, el rol explicativo que juega aquí la variable «joven», con un efecto positivo, sí que lo es.

⁵⁸ Se dividió la variable de ingresos en tres franjas para la identificación de clases, siguiendo un método bastante común en la academia (ver SOLÉ, C., «Las clases medias: criterios de definición», *Reis*, vol. 49, 1990, p. 8). Se dejaron dos partes iguales en los extremos (clase baja y clase alta), para que la clase media quedase como la más amplia, respondiendo a la realidad de que a la clase media le corresponde el porcentaje más elevado a nivel mundial (ver WILSON, D., DRAGUSANO, R., «The Expanding Middle: The Exploding World Middle Class and Falling Global Inequality», *Global Economics Paper*, vol. 170, 2008, p. 4).

⁵⁹ Para destacar el valor numérico del efecto de la variable, utilizaremos el formato tabla.

Preferencia por un líder autoritario	Coef	Std. Err	z	P> z	[95% Conf. Interval]	
Entreguerras	-.3410032	.0229507	-14.86	0.000	-.3859858	-.2960205
Hombre	.0325109	.0103977	3.13	0.002	.0121318	.05289
Clase baja	.2941886	.0144371	20.38	0.000	.2658924	.3224847
Constante	-.338275	.0075183	-44.99	0.000	-.3530106	-.3235393

N 152,881	LR chi2 653.57	Prob>chi2 0	Pseudo R2 0.0031	log likelih. -103962.23
-----------	----------------	-------------	------------------	-------------------------

Tabla 2. Regresión logística. Preferencia por un líder fuerte. Elaboración propia.

Fuente: WVS, 7.

Preferencia por un líder autoritario	Coef	Std. Err	z	P> z	[95% Conf. Interval]	
Jóvenes	.2725468	.0120773	22.57	0.000	.2488758	.2962178
Hombre	.0323884	.0104072	3.11	0.002	.0119906	.0527862
Clase baja	.2984118	.0144516	20.65	0.000	.2700872	.3267365
Constante	-.4238546	.0079742	-53.15	0.000	-.439483	

N 152.881	LR chi2 934.67	Prob>chi2 0	Pseudo R2 0.0045	log likelih. -103821.68
-----------	----------------	-------------	------------------	-------------------------

Tabla 3. Regresión logística. Preferencia por un líder fuerte. Elaboración propia.

Fuente: WVS, 7.

Además, el modelo presentado en la Tabla 4 muestra que pertenecer a la generación joven influye positivamente a la hora de considerar que la democracia es un mal sistema. Esta regresión también muestra que tener estudios superiores hace que se tienda a valorar más positivamente la democracia.

Democracia como mal sistema	Coef.	Stand. Err	z	P> z 	[95% Conf. Interval]	
Jóvenes	.3002026	.0188214	15.95	0.000	.2633134	.3370919
Clase media	.4600199	.0171078	26.89	0.000	.4264892	.4935506
Educación superior	-.3903422	.0191249	-20.41	0.000	-.4278262	-.3528581
Constante	-2.337768	.0134952	-173.23	0.000	-2.364218	.4935506

N 152,881	LR chi2 1414.94	Pseudo R2 0.0141	Prob>chi2 0	Log likelihood -49586.293
------------------	------------------------	-------------------------	-----------------------	----------------------------------

Tabla 4 . Regresión logística. Elaboración propia. **Fuente:** WVS, 7.

IV. ANÁLISIS

En primer lugar, es evidente que la tesis principal de Inglehart y Norris, según la cual son los hombres mayores los que defienden y promueven valores materialistas-autoritarios⁶⁰, no se sostiene. Los datos muestran que no hay una tendencia clara de las generaciones mayores hacia el autoritarismo. Así, aunque la generación de entreguerras tiene un mayor porcentaje de «materialistas» (gráfico 1), no hay una correlación positiva entre estas dos variables (tabla 1). De hecho, en muchos aspectos son los jóvenes los que tienen un mayor porcentaje de miembros que optan por posiciones autoritarias, como puede ser una mejor valoración de la independencia total del líder (figura 3) o un mayor desinterés por vivir en un régimen democrático (figura 2). A esto se ha de añadir la relación positiva entre la preferencia por un líder autoritario y el hecho de pertenecer a la generación más joven (tabla 3). Además, los resultados obtenidos en la tabla 2 refuerzan el rechazo de la tesis de Norris e Inglehart, ya que no muestran una relación positiva entre la pertenencia a la generación de entreguerras y una expresión de valores autoritarios.

De todas formas, sí que se ha identificado una relación entre nivel de estudios y valores (tabla 1). Así, haber cursado únicamente los ciclos de educación básica tienen un efecto positivo en la formación de valores materialistas. Esto se puede explicar utilizando la tesis

⁶⁰ INGLEHART, R., NORRIS, P., «Trump, Brexit and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash», cit., p. 3.

de la escasez de Inglehart⁶¹, anteriormente citada. Personas con menor nivel de estudios tiene una mayor dificultad para cubrir sus necesidades más básicas⁶². De esta manera, estas personas valorarán de manera especial cuestiones más materiales –menos *elevadas*–, pues son precisamente de aquellas de las que carecen (o que con mayor dificultad obtienen). Así, adoptan un modelo de vida marcado por la importancia de los valores materialistas. Por el contrario, tener un título en educación superior mantiene una relación negativa con la mala valoración de la democracia (tabla 4).

La idea de la escasez de Inglehart sirve para explicar de manera más amplia la relación entre nivel de estudios y los valores o posiciones vitales. No se trata de una relación puramente intelectual. Es decir, no se llegan a posiciones más democráticas o posmaterialistas a través del ejercicio académico, sino a través de la mejora de las condiciones materiales. Son estas últimas las que permiten al individuo trascender (o no) su realidad más próxima y albergar preocupaciones y valores más allá de lo *material*.

Por otro lado, se puede señalar que las actitudes de las cohortes son porcentualmente distintas en algunos ámbitos concretos. Esta división nos puede llevar a hablar de un conflicto generacional de valores. No obstante, sería errado percibirlo como un combate encarnizado entre dos posiciones antagónicas. En primer lugar, son actitudes diferentes, pero en todo caso de un porcentaje minoritario. Además, se trata de diferencias que se reflejan sobre todo en el ámbito de la confianza social. En otros aspectos como pueden ser la aceptación del extranjero, el porcentaje de materialistas y posmaterialistas en una generación, o la percepción de una persona homosexual, las posiciones son bastante similares.

A lo largo de este estudio, la cuestión de la confianza se presenta como una cuestión especial. La democracia liberal actual está basada en la representación y su piedra angular es la confianza en las personas⁶³. Siguiendo esta máxima, la relación entre confianza social y valoración del sistema democrático es estrecha. Mientras que el recelo y la desconfianza en los demás –que son votantes y potenciales gobernantes– derivan en actitudes más autoritarias, una actitud de confianza cristaliza en posturas democráticas. En este sentido, la falta de confianza de las generaciones más jóvenes es inquietante. Solo un 24% de la generación de jóvenes (figura 5) considera que se puede confiar en la gran mayoría de las personas. Este recelo, cuyas causas habría que identificar con precisión, es la causa lógica de una mayor desconexión entre estas generaciones y el sistema democrático (figuras 2 y 3). Sabiendo que ahí está el problema, se puede intuir que ahí reside también la solución.

Esta falta de confianza lleva a los jóvenes a adoptar una visión más materialista y autoritaria en cuestiones como la conveniencia del régimen democrático, sus instituciones o

⁶¹ INGLEHART, R., «Sistema de Valores: El Aspecto Subjetivo de la Política y la Economía», cit., pp. 34-35.

⁶² LADD, H., «Education and Poverty: Confronting the Evidence», *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 31, 2012, p. 206.

⁶³ VAN DETH, J., y NEWTON, K., «Foundation of Comparative Politics: Democracies in the Modern World», cit., p. 184.

su sistema de toma de decisiones. Sin embargo, su actitud mayoritariamente abierta hacia los homosexuales y extranjeros (aunque no significativamente mayor que la de los miembros de más edad) es claramente posmaterialista. Se podría decir, por tanto, que los jóvenes adoptan una actitud más autoritaria en temas políticos y más posmaterialista en asuntos relacionados con la moral y las costumbres.

La diferente actitud de los jóvenes en el ámbito político y en el ámbito más puramente social nos habla de un fracaso en el primero de ellos. La coexistencia de valores diversos en los individuos de una generación indica que el materialismo presente en los jóvenes no es una tendencia *natural y automática*, sino una consecuencia de una causa concreta. Y la cuestión de la confianza parece jugar un rol explicativo importante.

«Los sentimientos de angustia y resentimiento empujan a la gente a adherirse a los populismos de derechas (...). El aumento del miedo y del resentimiento (...) acaba siendo una amenaza para la democracia»⁶⁴.

V. CONCLUSIONES

En definitiva, y aunque los datos tampoco invitan al alarmismo, la crisis que atraviesa el sistema democrático actualmente es altamente compleja. La idea según la cual son las generaciones mayores las que se posicionan contra la democracia y los valores posmaterialistas es tentadora, pero irreal. Tentadora, porque significaría que la crisis se acabaría con el paso del tiempo. Irreal, porque los datos señalan más bien lo contrario. No se puede seguir asumiendo el avance lineal de la historia hacia un futuro cada vez más democrático y posmaterialista.

Los resultados obtenidos muestran, sobre todo, que no hay una línea clara que separe de manera inequívoca los valores de cada generación, sino que valores materialistas y posmaterialistas se entremezclan en todas ellas. Sin embargo, la importancia de la confianza en el sistema se presenta como un factor diferencial entre generaciones, con los efectos políticos evidentes que de esto resultan. Se vuelve a incidir aquí en la importancia de la confianza como causa y solución del problema.

Por otro lado, la similitud de las actitudes de las diferentes generaciones hacia las parejas homosexuales, a pesar de las posturas divergente en otras cuestiones, podría ser una interesante línea de investigación a desarrollar en el futuro. Además, la importancia de las condiciones materiales, enunciada a partir de la tesis de la escasez de Inglehart⁶⁵, es otra interesante área de investigación, que nos lleva a la explicación económica del fenómeno autoritario. En efecto, la disociación de cultura y economía no parece factible, pues

⁶⁴ HAN, B., *El Espíritu de la esperanza*, 2ª ed., España, (Herder), 2024, p. 14.

⁶⁵ INGLEHART, R., «Sistema de Valores: El Aspecto Subjetivo de la Política y la Economía», cit., pp. 34-35.

como ya se mencionó al principio del artículo, son dos explicaciones no excluyentes. Una investigación exhaustiva y profunda que considere cuestiones culturales y económicas tendrá siempre mayor capacidad explicativa que una que opte únicamente por una de las dos opciones. Esto, sin embargo, quedaba fuera de las intenciones de este texto.

Por último, se puede decir que existe, en cierta medida, un consenso intergeneracional en muchas de las cuestiones investigadas. Si bien el porcentaje de posturas autoritarias aumenta en generaciones jóvenes, la amplia mayoría de estos, así como de los mayores, adopta actitudes y valores posmaterialistas y democráticos. De todas formas, la existencia de una corriente de posturas autoritarias con mayor presencia entre la gente joven es innegable y conviene seguir estudiando a fondo sus causas para poder encontrar soluciones.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALMOND, G., y VERBA, S., *The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, New Jersey (Princeton University Press), 1963.
- BERMAN, S., «The Causes of Populism in the West», *Annual Review of Political Science*, núm. 24, 2021, pp. 71-88.
- CASTILLO, A., «Trayectorias de participación política de la juventud europea: ¿efectos de cohorte o efectos de ciclo vital?», *Revista de Estudios de Juventud*, ISSN, núm. 81, 2008, pp. 68-94.
- FOA, R., y MOUNK, Y., «The Danger of Deconsolidation: Democratic Disconnect», *Journal of Democracy*, vol. 27, núm. 8, 2016, pp. 5-19.
- GOLDER, M., «Far Right Parties in Europe», *The Annual Review of Political Science*, núm. 19, 2016, pp. 477-497.
- HAN, B., *El Espíritu de la esperanza*, 2ª ed., España (Herder), 2024.
- IGNAZI, P., «The Silent Counter-Revolution», *European Journal of Political Research*, núm. 22, 1992, pp. 3-34.
- INGLEHART, R., «Sistema de Valores: El Aspecto Subjetivo de la Política y la Economía», en: *Modernización y Posmodernización: el cambio cultural, económico y político en 43 sociedades*, 1.ª ed., España (Siglo XXI Editores), 1998, pp. 7-65.
- INGLEHART, R., «The Renaissance of Political Culture», *The American Political Science Review*, vol. 82, núm. 4, 1988, pp. 1203-1230.

- INGLEHART, R., y NORRIS, P., «Trump, Brexit and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash», *Harvard Kennedy School*, Series RWP16-026, 2016, pp. 1-53.
- LADD, H., «Education and Poverty: Confronting the Evidence», *Journal of Policy Analysis and Management*, 2012, vol. 31, pp. 203-227.
- LAWRENCE, J., et al., «Populism in Place: The Economic Geography of the Globalization Backlash», *International Organisation*, núm. 75, 2021, pp. 464-494.
- LORENTE, J., «¿Son los jóvenes diferentes en su relación con la división izquierda-derecha?», *XI Congreso Español de Ciencia Política*, 2015, pp. 1-31.
- MAGGINNI, N., «The Explanatory Model: The Determinants of Youth Voting Choices» en *Young People's Voting Behavior in Europe*, Londres, (Palgrave Macmillan London), 2017, pp. 77-115.
- MUDDE, C., *Populist Radical Right Parties in Europe*, Nueva York (Cambridge University Press), 2007.
- SCHAFER, A., «Cultural Backlash? How (Not) to Explain the Rise of Authoritarian Populism», *British Journal of Political Science*, vol. 52, 2021, pp. 1977-1993.
- SCHERING, G., et al., «The Populist Backlash Against Globalization: A meta-Analysis of the Causal Evidence», *British Journal of Political Science*, núm. 54, 2024, pp. 892-916.
- SOLÉ, C., «Las clases medias: criterios de definición», *Reis*, vol. 49, 1990, pp. 7-25.
- VAN DETH, J., y NEWTON, K., *Foundation of Comparative Politics: Democracies in the Modern World*, en: VAN DETH, J. y NEWTON, K. (coord.), *Political Attitudes and Behavior*, New York (Cambridge University Press), 2021, pp. 171-199.
- WALDNER, D., y LUST, E., «Unwelcome Change: Coming to Terms with Democratic Backsliding», *Annual Reviews of Political Science*, núm. 21, 2018, pp. 93-113.
- WELZEL, C., «Why the Future Is Democratic», *Journal of Democracy*, vol. 32, núm. 2, 2021, pp. 132-144.
- WILSON, D., y DRAGUSANO, R., «The Expanding Middle: The Exploding World Middle Class and Falling Global Inequality», *Global Economics Paper*, vol. 170, 2008, pp. 3-21.

VII. ANEXO I

	Jóvenes		Total
	0	1	
Materialistas			
0	55.06	18.10	73.17
1	21.08	5.76	26.83
Total	76.14	23.86	100.00
Pearson chi2(1) =	179.1834	Pr = 0.000	

Tabla 5. Materialistas y jóvenes. Elaboración propia. **Fuente:** WVS, 7.

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Las normas generales de publicación y edición de la RJUAM pueden descargarse en nuestra web (www.uam.es/rjuam) y en nuestro blog (www.rjuam.wordpress.com).

- **Lugar y modo de presentación**

Quienes deseen enviar algún texto para que sea publicado en la RJUAM (artículos, lecciones, comentarios de sentencias y reseñas), deberán dirigirse al Consejo de Redacción de la misma. Los textos deberán ser inéditos, si bien el Consejo de Redacción podrá evaluar la conveniencia de aceptar trabajos ya publicados, cuando se trate de traducciones o de artículos cuya difusión en España resulte de especial interés. Los trabajos se enviarán a la dirección de la RJUAM por correo electrónico a la dirección: revista.juridica@uam.es. Los originales vendrán acompañados de un teléfono o dirección de contacto del autor, así como de su dirección de correo electrónico. Alternativamente, los trabajos podrán remitirse a través del Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es/revistajuridica). El envío de trabajos requiere el registro como usuario mediante un sencillo y rápido procedimiento. Se recomienda el uso de esta segunda vía, pues agiliza y facilita el proceso de evaluación necesario para la publicación de cada trabajo.

- **Evaluación de los trabajos presentados**

Los trabajos presentados serán sometidos a un proceso anónimo de evaluación por parte de un miembro del Consejo de Redacción y un evaluador externo. Entre otros criterios, se valorarán: la originalidad del trabajo, la profundidad de la labor investigadora desarrollada y la actualidad e interés de la temática tratada. Dicho proceso concluirá en la aceptación o rechazo del trabajo, comunicándose el resultado del proceso al autor aproximadamente un mes antes de la publicación del número correspondiente. En caso de aceptación del trabajo, los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y separatas.

Además de lo anterior, la RJUAM somete todos los trabajos aceptados para publicación a una rigurosa revisión y corrección ortotipográfica y de estilo, con el fin de asegurar la calidad formal y la uniformidad metodológica en toda la revista.

- **Publicación**

La aceptación por el Consejo de Redacción de los trabajos presentados supondrá la cesión, del autor de los mismos a la Revista, de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, a efectos de publicarlos en formato papel, así como ponerlos a disposición del público a través de bases de datos electrónicas.

- **Extensión**

Los originales tendrán una extensión máxima de treinta folios (DIN A4), salvo las recensiones, que serán de cuatro folios. Excepcionalmente, el Consejo de Redacción podrá autorizar la publicación de trabajos de una extensión mayor.

- **Idioma de la presentación**

Los trabajos serán presentados en castellano. Excepcionalmente, el Consejo de Redacción podrá autorizar la publicación de trabajos redactados en otro idioma.

- **Estilo, tamaño de letra e interlineado**

El estilo de letra será Times New Roman de cuerpo 12, salvo las notas a pie de página, que tendrán cuerpo 10. El texto deberá estar justificado. El interlineado será de un espacio y medio, salvo en las notas a pie de página, en las que será sencillo. El espaciado anterior será de 12 puntos y el espaciado posterior será de 0 puntos.

- **División del Texto**

Título: Constará de un enunciado en que se dará cuenta del tema objeto de estudio. Irá centrado, en Times New Roman mayúsculas y negrita, cuerpo 14. Debajo, en Times New Roman minúsculas y negrita, cuerpo 10, se hará constar la traducción del título en inglés.

Autor: Debajo del título deberá ponerse el nombre y apellidos del autor, que irá centrado, en Times New Roman versales, cuerpo 12. En nota a pie de página (a la que se hará referencia con un asterisco: *) se indicará la condición profesional (catedrático, profesor titular, becario de investigación, abogado, etc.) o el grado de estudios alcanzado (doctorando, estudiante de segundo ciclo, etc.), así como, cuando proceda, el área de conocimiento (Derecho civil, Derecho constitucional, etc.) y el organismo al que pertenece (Universidad, Colegio profesional...). En dicha nota al pie podrá incorporarse la dirección de correo electrónico de contacto, así como cualquier referencia a proyectos de investigación en los cuales se enmarque el trabajo presentado.

Abstract y palabras claves: Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract con un máximo de 10 líneas o 150 palabras y unas palabras clave/key words (máximo cinco). Tanto el abstract como las palabras clave deberán ir dentro de un cuadro de texto, justificado, interlineado sencillo y letra de estilo Times New Roman de cuerpo 10.

Sumario: A continuación se incluirá un sumario, que reproducirá los títulos de los apartados y subapartados del artículo, separados por punto y coma. El sumario irá en Times New Roman cuerpo 10, interlineado sencillo, sin negritas ni cursivas y con sangría francesa de 1,25 cm.

Títulos: Los títulos de los apartados irán en Times New Roman mayúsculas, negrita, cuerpo 12, precedidos de números romanos (estos irán seguidos de punto, sin guion, en igual tipo y tamaño de letra).

Epígrafes: Los epígrafes de los apartados irán en Times New Roman minúsculas, negrita, cuerpo 12 y precedidos de números árabes (estos irán seguidos de punto sin guion en igual tipo y tamaño de letra).

Sub-epígrafes: Los sub-epígrafes irán en Times New Roman minúsculas, cursiva, cuerpo 12, precedidos de letras (estos irán seguidos de punto sin guion en igual tipo y tamaño de letra).

En la redacción del texto no debe utilizarse negrita ni subrayado, salvo para los casos previstos en las indicaciones anteriores. Cuando se quiera subrayar o resaltar algún término o expresión se usará la cursiva.

- **Mención de autores y citas**

Cuando se mencione a un autor en el cuerpo del texto, solo la primera letra de sus apellidos irá en mayúsculas.

Las referencias bibliográficas de las citas realizadas en el texto, así como las citas que se hagan en nota al pie, deberán realizarse del siguiente modo:

Libros: autor (los apellidos en mayúsculas y la inicial del nombre), la obra (en cursiva), la edición, la editorial, el lugar de edición, el año (sin punto en los millares) y la página o páginas a las que corresponda la cita (con la abreviatura p. o pp.).

Artículos o fragmentos de obras colectivas: autor (igual que en la anterior), la obra (entre comillas [«...»]), la revista u obra colectiva en la que aparezca (en cursiva), el número de la revista o la edición (en el caso de obras colectivas), la editorial, el lugar de edición, el año (sin punto tras las unidades de millar) y la página o páginas donde se expresa la opinión (con la abreviatura p. o pp.).

Bibliografía: al final de los artículos y, en su caso, de los comentarios jurisprudenciales deberá constar una relación de la bibliografía citada por el autor.



**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbese gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciense de nuestras ofertas semanales

IN MEMORIAM

Diego-M. LUZÓN PEÑA, «Agustín Jorge Barreiro. El universitario, el penalista, el amigo. Recuerdo póstumo»

CRÓNICA

Pascual MARTÍN GALLARDO, «El estado autonómico y su financiación: a propósito del curso sobre el derecho autonómico de 2024 en Miraflores de la Sierra (Madrid)»

ARTÍCULOS

Ricardo ALONSO SOTO, «Ampliación del control de las operaciones de concentración económica en la Unión Europea»

Mar ANTONINO DE LA CÁMARA, «El pluralismo cultural en el ámbito de la libertad religiosa a la luz del Art. 44 CE»

Manuel CASADO GARCÍA, «La regulación de las neurotecnologías: las “sandboxes” para la innovación»

Pablo FERNÁNDEZ GARAY, «El padre Mariana en los debates sobre licitud del tiranicidio: entre tradición y radicalidad»

Mar JIMÉNEZ COMPANYY, «Más penas, menos garantías: el riesgo de legislar bajo la presión del populismo punitivo. Un ejemplo a través de la LO 10/2022 y el principio de legalidad»

Miriam MARTÍN PACIENTE, «La persona jurídica y su legitimación como titular de Derechos Fundamentales: un análisis teórico»

Guillermo MOYA BARBA, «La situación del caso Rohingya en los sistemas de justicia internacional. ¿Hay nuevas alternativas?»

Pablo NICOLÁS SÁNCHEZ, «Cicerón y la influencia helénica en la jurisprudencia romana»

Emma SEGELKE, «Life or death? Having the Will to terminate life: recognising and building the right to die with dignity in international human rights law»

Ignacio TORNEL TRELLES, «Valores democráticos versus autoritarios: ¿existe un conflicto intergeneracional? Un análisis de la world values survey»

