

n.º 38

La erosión del principio de legalidad penal

Sumario

DEBATE

Presentación: la erosión del principio de legalidad en el sistema de justicia penal contemporáneo

Lucía Martínez Garay

Clara Viana Ballester

Democracia penal y posilustración. Lo que queda del constitucionalismo penal de los años 70

Massimo Donini

La ley penal: manual de producción para el legislador honesto

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Política criminal y proceso político democrático: los límites de la racionalidad y el papel de los expertos

José Manuel Paredes Castañón

Jurisprudencia penal desfavorable: *gonna walk and don't look back*

Juan Antonio Lascurain Sánchez

Tres muestras de erosión de la legalidad por resoluciones del Tribunal Constitucional

Miguel Ángel Presno Linera

El derecho a la seguridad en tiempos iliberales

Liora Lazarus

Una teoría asimétrica de las obligaciones positivas de protección penal derivadas de los derechos fundamentales

Gabriel Doménech Pascual

Criminal law is different: razones para no aplicar en derecho penal las obligaciones positivas de tutela derivadas de los derechos fundamentales

Lucía Martínez Garay

ESTUDIOS

Conflictos entre la dignidad y la libertad: Una reformulación

Ricardo García Manrique

La paradoja de la heroicidad: la defensa de los indefendibles

Hugo Omar Seleme

El pin parental y su contradicción con el derecho a la educación sexual integral. España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Jhenny Rivas Alberti

Alexander Espinoza Rausseo

La persona como concepto-guía de en la formación de la cultura de los derechos fundamentales

Ignacio Rodríguez Fernández

n.º 38, JUNIO 2025

Incluye acceso online al fondo completo de la revista



tirant
lo blanch

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 38/2025
teoriayderecho.tirant.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (España) (Directora)

Cristina García Pascual

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (España) (Directora)

María Luisa Cuerda Arnau

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I (España)

Fernando Flores Giménez

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia (España)

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla (España)

Formó parte de este Consejo Editorial:

Tomás S. Vives Antón

SECRETARIO:

Jose Antonio García Sáez

Profesor de Filosofía del Derecho de la Universitat de València (España)

COMITÉ CIENTÍFICO:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán

Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz

Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

Carmen Domínguez Hidalgo

Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss

Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

José Luis González Cussac

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena

Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger

Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania)

Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso

Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Consuelo Ramón Chornet

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo

Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Elisa Speckmann Guerra

Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

Ruth Zimmerling

Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba Martínez, Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán Sánchez
PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: teoria.derecho@uv.es. Sitios web: <http://teorjayederecho.tirant.com>

Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Mail: tlb@tirant.com

ISSN (impreso): 1888-3443

Depósito legal: V-2840-2007

Maqueta: Tink Factoría de Color

Fax: 96/369 41 51

<http://www.tirant.com>

ISSN (online): 2695-6594

SUMARIO

DEBATE

Presentación: la erosión del principio de legalidad en el sistema de justicia penal contemporáneo	10
<i>Lucía Martínez Garay</i> <i>Clara Viana Ballester</i>	
Democracia penal y posilustración. Lo que queda del constitucionalismo penal de los años 70.....	16
<i>Massimo Donini</i>	
La ley penal: manual de producción para el legislador honesto	42
<i>Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno</i>	
Política criminal y proceso político democrático: los límites de la racionalidad y el papel de los expertos	86
<i>José Manuel Paredes Castañón</i>	
Jurisprudencia penal desfavorable: <i>gonna walk and don't look back</i>	112
<i>Juan Antonio Lascurain Sánchez</i>	
Tres muestras de erosión de la legalidad por resoluciones del Tribunal Constitucional ...	132
<i>Miguel Ángel Presno Linera</i>	
El derecho a la seguridad en tiempos iliberales.....	148
<i>Liora Lazarus</i>	
Una teoría asimétrica de las obligaciones positivas de protección penal derivadas de los derechos fundamentales.....	174
<i>Gabriel Doménech Pascual</i>	
<i>Criminal law is different</i> : razones para no aplicar en derecho penal las obligaciones positivas de tutela derivadas de los derechos fundamentales.....	212
<i>Lucía Martínez Garay</i>	

ESTUDIOS

Conflictos entre la dignidad y la libertad: Una reformulación	248
<i>Ricardo García Manrique</i>	
La paradoja de la heroicidad: la defensa de los indefendibles.....	276
<i>Hugo Omar Seleme</i>	
El pin parental y su contradicción con el derecho a la educación sexual integral. España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	292
<i>Jhenny Rivas Alberti</i> <i>Alexander Espinoza Rausseo</i>	
La <i>persona</i> como concepto-guía de en la formación de la cultura de los derechos fundamentales	312
<i>Ignacio Rodríguez Fernández</i>	

SUMMARY

DEBATE

Presentation: The erosion of the principle of legality in the contemporary criminal justice system	10
<i>Lucía Martínez Garay</i> <i>Clara Viana Ballester</i>	
Penal Democracy and the Post-Enlightenment: What Remains of the Penal Constitutionalism of the 1970s	16
<i>Massimo Donini</i>	
Criminal law: a production manual for the honest legislator.....	42
<i>Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno</i>	
Penal Policy and Democratic Political Process: Limits of Rationality and the Role of Experts	86
<i>José Manuel Paredes Castañón</i>	
Detrimental criminal jurisprudence: gonna walk and don't look back.....	112
<i>Juan Antonio Lascurain Sánchez</i>	
Three examples of the erosion of legality by rulings of the Constitutional Court	132
<i>Miguel Ángel Presno Linera</i>	
The right to security in illiberal times	148
<i>Liora Lazarus</i>	
An asymmetric theory of positive obligations of criminal protection derived from fundamental rights	174
<i>Gabriel Doménech Pascual</i>	
Criminal law is different: reasons for not applying in criminal law the positive obligations of protection derived from fundamental rights	212
<i>Lucía Martínez Garay</i>	

ESTUDIES

Conflicts between dignity and freedom: a reformulation	248
<i>Ricardo García Manrique</i>	
The paradox of heroism: the defense of those who are indefensible.....	276
<i>Hugo Omar Seleme</i>	
The parental pin and its contradiction with the human right to comprehensive sexuality education. Spain and the European Court of Human Rights.....	292
<i>Jhenny Rivas Alberti</i> <i>Alexander Espinoza Rausseo</i>	
The person as a guiding concept in the formation of the culture of fundamental rights	312
<i>Ignacio Rodríguez Fernández</i>	

DEBATE

Presentación: La erosión del principio de legalidad en el sistema de justicia penal contemporáneo

Lucía Martínez Garay

Clara Viana Ballester

Democracia penal y posilustración. Lo que queda del constitucionalismo penal de los años 70

Massimo Donini

La ley penal: manual de producción para el legislador honesto

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Política criminal y proceso político democrático: los límites de la racionalidad y el papel de los expertos

José Manuel Paredes Castañón

Jurisprudencia penal desfavorable: *gonna walk and don't look back*

Juan Antonio Lascuráin

Tres muestras de erosión de la legalidad por resoluciones del Tribunal Constitucional

Miguel Ángel Presno Linera

El derecho a la seguridad en tiempos iliberales

Liora Lazarus

Una teoría asimétrica de las obligaciones positivas de protección penal derivadas de los derechos fundamentales

Gabriel Doménech Pascual

Criminal law is different: razones para no aplicar en derecho penal las obligaciones positivas de tutela derivadas de los derechos fundamentales

Lucía Martínez Garay

PRESENTACIÓN: LA EROSIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN
EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL CONTEMPORÁNEO
*PRESENTATION: THE EROSION OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY
IN THE CONTEMPORARY CRIMINAL JUSTICE SYSTEM*

*Lucía Martínez Garay
Clara Viana Ballester
Universitat de València*

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.116>

PRESENTACIÓN: LA EROSIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL CONTEMPORÁNEO

Lucía Martínez Garay

Clara Viana Ballester

Universitat de València

Los trabajos que conforman la sección debate de este número son fruto de un Congreso que se celebró en la Universitat de València en mayo de 2023, y en el que intervinieron como ponentes, entre otros destacados juristas, los autores de los artículos que se publican en este número de Teoría y Derecho. El Congreso fue una de las actividades realizadas en el marco del proyecto de investigación PID2021-123441NB-I00: «La erosión del principio de legalidad en el sistema de justicia penal contemporáneo: diagnóstico y propuestas de solución» (financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa»), que codirigimos quienes firmamos esta presentación.

El conjunto de las ponencias que se presentaron en dicho congreso proporciona un retrato de la atormentada situación en que se encuentra en nuestros días el principio de legalidad penal, así como un diagnóstico de algunas de las variadas y complejas causas que nos han llevado hasta donde estamos. Por ello, pedimos a los autores que adaptaran los trabajos, para poder darlos a conocer a un público más amplio, y estimular la reflexión y el debate no solo sobre los problemas del presente, sino también sobre cómo evolucionar, ojalá que a mejor, a partir de ahora.

En el sistema de justicia penal español (y, también, en los países de nuestro entorno, donde se observan tendencias similares), el principio de legalidad penal está cada vez más alejado de la representación del ideal ilustrado, lo que se aprecia tanto en relación con el significado garantista de la máxima de legalidad penal, como respecto a la posición asumida por el poder legislativo y el poder judicial en relación con los procesos de elaboración e interpretación, respectivamente, de las normas penales. Se ha afirmado que nos encontramos ante una «legalidad penal líquida» (Silva, 2015), marcada por elementos de una crisis que es multinivel, en un sentido institucional, pero también de calidad normativa. Parte de la *mala praxis* en el proceso de elaboración de las normas penales, tanto a nivel político-criminal, condicionado por tendencias que no permiten una elaboración de las leyes penales siguiendo criterios de racionalidad (Díez Ripollés, 2013), como técnico jurídico. Sobre esta última nota, la falta de claridad de la normativa penal —influenciada por la emergencia legislativa que caracteriza modelos como el derecho penal simbólico o el populismo punitivo, entre otros— tiene un reflejo en su aplicación, debido a su deficiente configuración técnica, la cual determina que, con frecuencia, sean los tribunales quienes resuelvan el alcance de una disposición penal, apreciándose así una dejación de funciones legislativas, en pro de un modelo de «derecho judicial» (Rüthers, 2020). Las carencias técnicas de la legislación penal acaban convirtiendo así a los jueces —e incluso a fiscales—, en velados legisladores, obligados a llevar a cabo una extensa labor interpretativa para concretar el significado de las disposiciones normativas. Pues bien, será esta realidad poliédrica, conflictiva, sobre el principio de legalidad penal, la que orienta los trabajos presentados en este número monográfico.

El trabajo de Massimo Donini que encabeza este número repasa con detalle y rigor, en una magnífica síntesis, las múltiples dimensiones de esta crisis, y destaca que si bien son muchas las diferencias que cabe apreciar entre el momento actual y el ideal ilustrado, no todas ellas suponen una crisis de la legalidad. Resulta particularmente interesante su propuesta de una reserva de ley integral junto al código, y la conclusión de que el verdadero problema no es la crisis de la ley, sino la crisis del legislador, de la política.

Las contribuciones de Íñigo Ortiz de Urbina y de José Manuel Paredes enlazan precisamente con esta dimensión: la de la progresiva pérdida de racionalidad en el proceso de elaboración de las leyes penales por parte del poder legislativo que caracteriza la política contemporánea. El primero destaca los vicios más importantes que aquejan al desarrollo de la política legislativa en España, al hilo del ejemplo de la tramitación parlamentaria de la LO 14/2022, pero no se limita a describir la situación: muestra también que no sería en absoluto complicado evitar incurrir en ellos. El segundo se ocupa asimismo del proceso legislativo y analiza las diversas dinámicas que condicionan los resultados posibles del debate político-criminal real, teniendo en cuenta las características específicas que reviste en las democracias contemporáneas de masas y de opinión pública. Paredes subraya que la racionalidad política es una racionalidad limitada, y delimita el tipo de razones que pueden aportar los expertos en el proceso de elaboración de la legislación penal, y el ámbito posible de influencia que estos pueden razonablemente aspirar a tener.

Los trabajos de Juan Antonio Lascuráin y Miguel Ángel Presno abordan la otra dimensión de la crisis del principio de legalidad, que tiene que ver con el principio de separación de poderes: analizan distintos aspectos de la tensión entre el poder judicial y el poder legislativo, y la tendencia del primero a asumir un protagonismo creciente en la aplicación del derecho (aspecto también destacado en el trabajo de Donini, que encabeza este monográfico). Lascuráin analiza las razones a favor y en contra de la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales. Con apoyo en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se inclina por la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables, siempre que se den determinadas condiciones, y no considera que ello implique entender la labor del juez como «conormador» (junto al legislador), sino que bastarían para apoyar dicha tesis los argumentos atinentes a la seguridad jurídica.

En el trabajo de Presno lo que se analiza no es la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, sino la del Tribunal Constitucional, y desde una perspectiva crítica en la medida en que se denuncian tres casos (entre los que está, de nuevo, el relativo a la LO 14/2022, objeto de análisis previamente por Ortiz de Urbina) en los que el autor denuncia que el Tribunal se aparta de su función de declarar el sentido del texto constitucional a través de razonamientos jurídicos y se adentra en el terreno del legislador, bien porque manipula una disposición legal, bien porque le dice al legislador lo que debe hacer o, finalmente, porque le impide continuar el proceso de debate y, en su caso, aprobación de una iniciativa legislativa.

Esta crítica a posibles excesos del Tribunal Constitucional enlaza el trabajo de Presno con los tres siguientes, en los que desde diferentes perspectivas se valora la doctrina y la jurisprudencia partidaria de reconocer que de los derechos humanos o fundamentales (especialmente, el derecho a la vida y a la integridad física) emanan deberes para el legislador, que está obligado a utilizar el Derecho penal para protegerlos frente a agresiones de terceros. Quizá es conveniente aclarar aquí el porqué de haber incluido estas contribuciones en un número monográfico (y previamente en un congreso) dedicados al principio de legalidad, pues su conexión con este último puede, a simple vista, no resultar tan obvia como en las contribuciones que conforman la primera parte del número.

La relación, sin embargo, es clara, y preocupante. El principio de legalidad es, en sí mismo, un derecho, reconocido con la categoría de fundamental en el art. 25.1 de la Constitución española, y consagrado como derecho humano en los tratados internacionales. Tiene, por tanto, una dimensión de garantía para el ciudadano, en la medida en que presupone que todo lo que no está prohibido está permitido. Constituye la base de la libertad negativa, esto es, de lo que Constant llamara «la libertad de los modernos», que descansa sobre la seguridad jurídica, sobre la exclusión de toda injerencia estatal respecto de los actos no prohibidos y la posibilidad de calcular con exactitud las consecuencias que podrían derivarse de estas conductas cuando fueran consideradas delictivas (Vives, 2011: 726). Así, la configuración ofrecida al derecho penal desde la Ilustración supone afirmar que la restricción de libertad que representa la norma penal como instancia de control social formal debe ser la mínima posible, de modo que debe interpretarse como odiosa cualquier restricción de libertad que no se encuentre justificada (Carbonell, 2001: 130-131).

El principio de legalidad es, por tanto, «*nullum crimen sine lege*», no «*nullum crimen sine poena*», expresión esta última de una suerte de principio de legalidad invertido que tradicionalmente se ha considerado propia de regímenes autoritarios (Silva, 2008). Sin embargo, la doctrina de las obligaciones de tutela penal, aun concediendo que en último término persigue fines absolutamente compatibles (de asegurar la vigencia real de los derechos, especialmente los de colectivos o personas en situación de vulnerabilidad o discriminación, y reclamar justicia para graves violaciones de derechos humanos) apunta precisamente a esto: a que no debe quedar ningún crimen sin pena. Y termina derivando en la reivindicación de un peligroso derecho humano a la seguridad, con el que fácilmente se socavan las bases de todos los demás. Los retos que supone este cambio de perspectiva para la concepción tradicional del Derecho Penal son mayúsculos. La contribución de Liora Lazarus ofrece una interesantísima panorámica de la evolución a nivel internacional, y destaca que estas obligaciones de tutela penal son utilizadas por corrientes de extrema derecha para reforzar la represión en nombre de los derechos, pero que al mismo tiempo la construcción tiene indudables raíces en doctrinas bien consolidadas de defensa de los derechos. Y urge a la necesidad de distinguir ambas cosas, y de denunciar la explotación populista de los derechos humanos para promover fines represivos.

Los dos siguientes trabajos tratan el problema desde dos posturas diferentes. Doménech Pascual expone los argumentos por los que entiende admisibles y necesarias las obligaciones de tutela penal. Si bien, introduce el matiz de que los derechos que tienen los ciudadanos a reclamar que el Estado active el derecho penal para protegerlos frente a la delincuencia no son totalmente simétricas a los derechos que tienen esos mismos ciudadanos a protegerse frente a las injerencias indebidas del Estado cuando se excede en el uso del *ius puniendi*, porque los riesgos de abuso en este último caso son mayores. Este autor considera —y aquí el nexo con el trabajo de Presno— que reconocer a los Tribunales Constitucionales la competencia para controlar si el legislador ha cumplido suficientemente sus obligaciones de penalización no tiene por qué suponer una ampliación indebida del poder del primero sobre el segundo. Martínez Garay, por el contrario, defiende una postura opuesta. Acepta que los Estados puedan estar obligados a proteger los derechos fundamentales frente a los ataques de que son objeto por parte de particulares, pero defiende que dichas obligaciones no alcanzan al Derecho penal. Entiende que esta rama del ordenamiento jurídico es diferente, que los argumentos que pueden legitimar las obligaciones de tutela en otras áreas del derecho no son trasladables al derecho penal, y que en el derecho penal estas obligaciones no funcionan igual que lo hacen en esos otros ámbitos. En particular, y en contra de lo que sostiene Doménech, argumenta que la realidad evidencia que el Tribunal Constitucional invade el campo del legislador cuando aplica los deberes de protección de los derechos fundamentales al ámbito penal.

Creemos, en fin, que el conjunto de los trabajos que presentamos ofrece una reflexión imprescindible sobre la crisis actual de la legalidad penal. Una reflexión, por un lado, práctica, atenta a las circunstancias, los ejemplos y los problemas diarios de nuestra realidad política, judicial y legislativa. Una reflexión útil, con propuestas para mejorar algunos de los problemas que esa realidad evidencia. Y una reflexión crítica y plural, con miradas

distintas sobre una misma realidad, que esperamos pueda servir para entender mejor los retos y los dilemas políticos y jurídicos que se evidencian en la crisis de la legalidad penal. Agradecemos, por ello, a todos los autores sus aportaciones, que han hecho posible este número de referencia en materia de legalidad penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, Javier (2009): *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch: Valencia.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos (2001): «Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad», en J. Arroyo Zapatero y A. Berdugo Gómez de la Torre (coords.), Libro homenaje al Prof. Marino Barbero Santos, 1, 85-104.
- Correcher Mira, Jorge (2018): *Principio de legalidad penal: ley formal vs. Law in action*, Tirant lo Blanch – Universitat de València: Valencia.
- Díez Ripollés, José Luis (2013): *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*. Trotta: Madrid.
- Rüthers, Bernd (2020): *La revolución secreta. Del Estado de Derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, Marcial Pons: Madrid.
- Silva Sánchez, Jesús María (2008): «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», *Derecho Penal y Criminología (Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas)*, 29, 86-8.
- Silva Sánchez, Jesús María (2015) «Legalidad penal líquida», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona.
- Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos del sistema penal. Acción Significativa y Derechos Constitucionales*, Tirant lo Blanch: Valencia.

DEMOCRACIA PENAL Y POSILUSTRACIÓN. LO QUE QUEDA DEL
CONSTITUCIONALISMO PENAL DE LOS AÑOS 70

*PENAL DEMOCRACY AND THE POST-ENLIGHTENMENT: WHAT
REMAINS OF THE PENAL CONSTITUTIONALISM OF THE 1970S*

Massimo Donini

Università di Roma La Sapienza

RESUMEN

El presente trabajo realiza un análisis de la denominada crisis del principio de legalidad, a partir de un análisis histórico que toma como referencia el constitucionalismo penal, pero que se abre a otras cuestiones que inciden en la necesidad de repensar la dogmática creada alrededor de este principio, considerando los cambios en sus presupuestos estructurales derivados de la propia situación de conflicto en que se encuentra el poder legislativo, como fuente del derecho penal, y, en última instancia el debate político.

PALABRAS CLAVE

Legalidad, jurisprudencia, interpretación, constitucionalismo.

ABSTRACT

This paper analyzes the so-called crisis of the principle of legality, starting from a historical examination grounded in penal constitutionalism, but expanding to other issues that highlight the need to rethink the legal doctrine built around this principle. It considers the changes in its structural foundations resulting from the current state of conflict faced by the legislative —as source of criminal law— and, ultimately, the broader political debate.

KEYWORDS

Legality, case law, interpretation, constitutionalism.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.117>

DEMOCRACIA PENAL Y POSILUSTRACIÓN. LO QUE QUEDA DEL CONSTITUCIONALISMO PENAL DE LOS AÑOS 70

Massimo Donini

Università di Roma La Sapienza

Sumario: 1. Las fuentes. 1.1. Crisis de la legalidad. 1.2. El derecho jurisprudencial. 1.3. Desde el tecnicismo jurídico, al enfoque constitucionalista, al europeísmo judicial. 2. Cultura. 2.1. Rasgos de la ilustración penal. 2.2. La postilustración. 3. El derecho constitucional penal hoy. 3.1. Caracteres del garantismo penal. 3.2. Un garantismo triádico o tripolar. 3.3. La política de la interpretación. 3.4. El neoconstitucionalismo. 4. política. 4.1. Lex y ius entre mayorías y razón pública. 4.2. Estado ético vs. sociedad abierta y “democracia penal”. 4.3. De la crisis de la legalidad a la de la idea del código. La nueva relación entre reserva de ley y reserva de código. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. LAS FUENTES

La reserva de ley tiene dos vertientes: en primer lugar una sublegislativa, referida a las fuentes subordinadas a la ley que, sin embargo, definen su verdadero contenido preceptivo, y, por otro lado, una vertiente jurisprudencial, ligada al papel de la jurisprudencia como fuente del derecho en sentido formal o sustantivo.

1.1. CRISIS DE LA LEGALIDAD

Los estudios sobre las fuentes del derecho ponen de manifiesto una evidente «crisis» de la ley. En primer lugar, de la ley «formal»¹.

a) Hay una crisis del modelo tradicional de fuente «jerárquica», porque a menudo las leyes se distribuyen según un criterio de «competencia», y no de jerarquía (por ejemplo, leyes estatales y regionales, leyes nacionales y fuentes europeas).

Además, en el modelo jerárquico se insertan complejas relaciones entre la preeminencia del derecho europeo sobre el nacional (dato que en sí mismo se inserta en una lógica «jerárquica») y los posibles «límites de control» constitucional a dicho derecho (que limitan la jerarquía mencionada).

b) Una crisis de las mismas fuentes nacionales, que se suma a la del modelo jerárquico, creando en un contexto supranacional un sistema «multinivel»²: el derecho europeo de reglamentos y directivas, así como de tratados, está por encima de la ley nacional, y en parte tiene rango supraconstitucional, pero no se refiere en derecho penal a todas las materias, sino solo a las de competencia de la UE.

c) Una crisis de las fuentes estatales a nivel interno. La *internacionalización y la fragmentación de las normas* acompañan la formación de centros de producción normativa no previstos en la Constitución. En particular, la globalización de los mercados afecta a todas las ramas del derecho, al igual que la *lex mercatoria*³ introduce a través de las empresas disciplinas que ocupan a nivel transnacional el derecho privado interno, tanto a nivel contractual como de normativa «común», que se superponen al modelo codificado y nacional, vaciándolo desde el exterior, aunque no se trate de fuentes superiores. En derecho penal, el fenómeno de la «privatización de los preceptos»⁴ es muy relevante en la construcción de directrices y normas cautelares en ámbitos como el médico, farmacéutico, laboral, alimentario y de gestión de riesgos en los más diversos sectores productivos de las empresas: son «normas» que van llenando las «leyes» de contenidos decisivos para la responsabilidad penal. Otro sector relevante es el de la descentralización administrativa, en diferentes autoridades garantes, de los preceptos que integran los tipos penales en el ámbito de las actividades privadas sujetas a vigilancia pública.

d) Crisis de la función de la ley. El modelo de la ley del derecho moderno era el de una orden dirigida a todos, a la generalidad, *una ley «igual» para todos*, que imponía a todos, además, adaptarse a sus preceptos *sin diferenciar entre las categorías* (siempre generales y abstractas) de posibles destinatarios o situaciones reguladas. El código era su ubicación ideal. Una especie de depósito de mandamientos *para una sociedad (aparente o formalmente) de iguales*⁵.

En la realidad contemporánea, que se desarrolla ya desde la primera mitad del siglo XX, una ley «igual» destinada a «todos», va acompañada de una serie de disciplinas particulares, fragmentadas y diversificadas por sectores, categorías de destinatarios, y situadas en leyes especiales o complementarias, que diferencian la protección.

De acuerdo con lo expuesto, una marcada «descodificación» ha producido durante décadas la pérdida de la centralidad de los códigos y, con ella, de la función «ordenadora» de la ley general⁶.

1.2. EL DERECHO JURISPRUDENCIAL

La otra gran vertiente en la «producción de normas» reales, las que podrían denominarse normas *en acción*, está constituida por el derecho jurisprudencial, por el papel de la judicatura en la aplicación de la ley a los casos, con la consiguiente ampliación de los contenidos vivos del derecho.

Este dato del sistema, junto con el estudio de los límites normativos e institucionales a la interpretación y formulación de las leyes, pone de manifiesto la centralidad de la jurisprudencia como tema relativo a las fuentes y, por tanto, a la reserva de ley, en lugar de limitarse solo al respeto de su determinación *en acción* desde el punto de vista de la taxatividad y la prohibición de analogía.

El derecho jurisprudencial, una vez replanteado en términos contemporáneos el gran tema de la interpretación, debe ser repensado en términos de fuentes jurídicas, y no solo de taxatividad, porque hay una *ratio* de garantía, *no solo de certeza*: Dado que la ley y la norma debe ser segura, determinada, taxativa, su construcción (*lex* y *ius*), una vez que tenga una dimensión interpretativa y no solo textual, debe referirse solo al futuro en el momento en que se modifique con efectos negativos, desfavorables para el imputado. En cambio, tradicionalmente, la interpretación de la ley siempre se ha extendido a todo el pasado, como si cada innovación siguiera siendo (lo que se quería que fuera) *bouche de la loi*. Un mundo de ficciones.

Hoy en día parece inadmisibile que la jurisprudencia cambie *a peor* el contenido de los preceptos interpretativos y que esta innovación se aplique al pasado; una *razón de* garantía elemental impone que la nueva jurisprudencia valga para el futuro, *como si* fuera ley: esto al menos *cuando* se trate de jurisprudencia imprevisible en el momento de los hechos.

Por eso, el tema de la reserva de ley tiene que ver con la prohibición de la retroactividad y con la previsibilidad del derecho: dada la relación con el tema de las fuentes, y no solo con una concepción «estática» de la taxatividad vinculada a las palabras del legislador, a su *redacción* como expresión sagrada de una voluntad suprema e indiscutible que manda (el modelo bíblico y vetero-positivista del Decálogo).

La declinación tradicional de la reserva de ley en relación con la subordinación a ella del juez se inscribe perfectamente en el renovado marco de este tema que es a la vez político y jurídico.

El derecho jurisprudencial⁷ es el conjunto de interpretaciones, principios y reconstrucciones jurídicas que se definen, organizan y consolidan en las sentencias de todos los niveles de jurisdicción, pero sobre todo el que se consolida en interpretaciones reiteradas, tanto más relevantes cuanto más se sitúan en los niveles superiores, porque es ahí donde comienza a cristalizar como *jurisprudencia-fuente en sentido débil*: una fuente complementaria de la ley y del derecho aplicado, que es una parte de lo que hemos definido como *ius*⁸. En el *derecho de civil law*, por otra parte, donde no existe (o es muy diferente) el *stare decisis*, son las máximas y sentencias, más que los *precedentes*, los casos que lo forman. Mientras este «derecho» puede ser evaluado libremente y derogado por otros jueces, expresa una doctrina

jurisprudencial⁹, en la medida en que esté realmente motivado y no se decida simplemente con referencias autoritarias a superiores y resoluciones anteriores.

Este es el problema del presente: la unificación de poderes en el judicial. El controlador-ejecutor codifica las reglas en todos los niveles, las explica y las argumenta. En la cúspide, luego, el «juez de las leyes». Y en competencia con él, otros tribunales que interpretan fuentes paraconstitucionales o supraconstitucionales. Parece, por tanto, evidente que la jurisprudencia-fuente debe ser salvada de su indiscutible éxito, que llena el vacío de la crisis y la inadecuación del poder legislativo, pero que representa un «problema constitucional» no solo para el penalista.

Aquí nace el derecho penal jurisprudencial como problema constitucional.

1.3. DESDE EL TECNICISMO JURÍDICO, AL ENFOQUE CONSTITUCIONALISTA, AL EUROPEÍSMO JUDICIAL

La herencia de la Ilustración, que es la era de los derechos dentro del derecho y la ley, cuyo valor idealtípico¹⁰ redescubrimos una y otra vez, renovado en las cartas fundamentales¹¹, nos plantea hoy también la necesidad de salir del nihilismo de los valores que ella misma no ha podido impedir¹².

El juspositivismo relativista del siglo XVII respondió a las guerras de religión y al exceso de valores totalitarios con pragmatismo relativista; en cambio, la «era de los derechos» reinterpreta la base principialista del derecho a partir de 1945, después de Nuremberg, con el fin de recuperar valores perdidos por poderes nihilistas o totalitarios. *Tres épocas se han enfrentado* entre el siglo XX y el nuevo milenio: el tecnicismo jurídico, el constitucionalismo y el europeísmo judicial.

La primera aspiraba a asegurar una libertad negativa de la ciencia frente a la política (*el viejo tecnicismo*), a través de la previsión de un juez, y, por tanto, de un intérprete, apolítico. *El tecnicismo penal* significa (ha significado históricamente) que el estudio del derecho se distingue de otras disciplinas, incluso «críticas», porque su objeto no es la realidad regulada, sino solo las normas producidas por el Estado —y no por el intérprete—, como las células y los genes son objeto de la biología, preconstituidos para el investigador; para él, la aplicación del derecho considera al juez como ejecutor y no como cómplice en la definición del derecho, cuya crítica está separada/neutralizada con respecto a su comprensión y aplicación. El juez es apolítico y su crítica no puede corregir el derecho positivo ordinario.

El tecnicismo ha sido un método preconstitucional que «no deslegitima los conocimientos extrajurídicos en cuanto a su función cognoscitiva del derecho, sino en cuanto a su potencial de «legitimación», «justificación» de las instituciones normativas. Es en el plano de la justificación del derecho donde el intérprete se detiene en su existencia como un dato primordial para el jurista-intérprete, mientras que cuando se trata de entender sus orígenes y propósitos, o de criticarlo *de lege ferenda*, se da espacio a la política, la filosofía, la sociología, la criminología, etc.»¹³ *El enfoque constitucionalista* del derecho penal nació históricamente sobre la base de la exégesis técnico-jurídica de la Constitución como *estilo*

hermenéutico (un método técnico-jurídico, por lo tanto), pero desde el principio se opuso políticamente al tecnicismo al valorar la *crítica del derecho* como momento fundacional de la actividad del intérprete; una crítica interna a las normas positivas entre principios y reglas de primer nivel (soberano) y reglas de derecho ordinario.

Dos elementos han marcado el enfoque constitucionalista desde su nacimiento en los años setenta del siglo pasado: a) por un lado, una crítica radical del derecho positivo desde su interior, por efecto de los controles constitucionales; y, por otro lado, b) una crítica del derecho a través de las ciencias sociales y criminológicas. Franco Bricola (voz Teoría general del reato, 1973) representa de modo paradigmático la primera tendencia, y su programa podría sintetizarse del siguiente modo: «basta ya de los excesos de un estudio de categorías sistemáticas: es necesario cambiar más bien el derecho vigente, desarrollando una teoría de principios superiores a la ley»; «basta ya del derecho común como ciencia, es necesario refundarlo íntegramente desde la Constitución»; «basta ya del tecnicismo avalorativo, es necesario que el intérprete revalore constantemente los productos de las leyes parlamentarias». En cuanto a la segunda tendencia, la encontramos en el programa de Alessandro Baratta (Criminología crítica e crítica del diritto penale, 1983): «basta ya de la ideología de un conocimiento científica y criminológicamente neutral: es necesario cambiar las bases sociales de la desigualdad y, por tanto, transformar las relaciones de fuerza política que son la base del derecho vigente»; «basta con un derecho penal de clase, protegido por la criminología y el derecho penal liberal»; «el jurista es científico solo si es científico social, de lo contrario es un mero técnico; solo el conocimiento de las ciencias sociales da al jurista legitimación epistemológica para construir sus técnicas normativas.

La ruptura entre Bricola y Baratta puede situarse en el año 1981, con el fin de la revista «La questione criminale», y fue debida a varias razones. Por un lado, a considerar que el derecho penal constitucional no puede estar al servicio de una criminología «crítica» que se base en análisis ideológicos de la realidad criminológica y que quiera ser tiránica con respecto al derecho. Además, el derecho penal no es solo derecho de clase. Y por último, el derecho penal de base constitucional sigue siendo una disciplina jurídica, antes que empírica: existe un ámbito de conocimiento científico-normativo que no es solo criminológico.

En cuanto al «método», puede decirse que la secularización no ha supuesto una práctica diferente en la elaboración de las leyes: en el sentido de que el imperativo de nuevo conocimiento empírico no ha entrado en la base epistemológica del derecho, sino que se trata de un nuevo derecho de la razón, a partir del cual «deducir» de manera diferente las innovaciones normativas¹⁴.

Después del tecnicismo jurídico (una forma de positivismo jurídico), y después del constitucionalismo penal (una forma de racionalismo jurídico), llegó el europeísmo judicial (un *tertium genus* entre el *civil law* y el *common law*) que inaugura una fase diferente de método, a nivel internacional, *un marco metodológico distinto*.

El europeísmo judicial es un cambio real en el sistema de las fuentes, en el estatuto de la reserva de ley y en la cultura penal, en cuanto a la función de los sujetos que «hacen» el derecho, y no simplemente lo «dicen». Así, se expresa en la tendencia a asignar a las sen-

tencias de los Altos Tribunales europeos el rango y la «fuerza» de las leyes constitucionales, como superiores/prevalentes sobre la ley ordinaria.

Lo que entra por las «vías constitucionales» y arrolla a la legislación nacional es el derecho europeo escrito (por ejemplo, los Tratados, el CEDH), tal como lo interpretan el TJUE y el TEDH. Las sentencias europeas («derecho jurisprudencial», no positivizado) pasan a formar parte de la normativa obligatoria vinculante de rango constitucional. Orientan la interpretación y, si son sentencias del TJUE, tienen la fuerza de paralizar las leyes parlamentarias nacionales (inaplicadas o reinterpretadas); mientras que, si son sentencias del TEDH, imponen la revisión de las normas derivadas de dichas disposiciones. Son sentencias (TJUE) equiparadas a leyes constitucionales o (si son del TEDH) a leyes subconstitucionales.

El europeísmo judicial adquiere rasgos cada vez más claros: a) normas-principio y argumentaciones por principios; b) declinación de las normas-principio «internas» a los ordenamientos nacionales que se produce a la luz de fuentes supranacionales: UE, CEDH, tratados internacionales (por ejemplo, el Estatuto de Roma); c) gran relevancia de los tribunales supranacionales que interpretan esos principios según lógicas de comparación constitucional; d) expansión a todos los niveles de la interpretación conforme, como obligación del juez ordinario, antes de cualquier remisión a los tribunales constitucionales y supranacionales de cuestiones de legitimidad. El rasgo metodológico más evidente del europeísmo judicial es el neoconstitucionalismo. Pero antes de describir este aspecto, que representa una clara crisis del constitucionalismo de los años 70 y 80 del siglo pasado, es necesario ilustrar el paso en curso de la Ilustración al postiluminismo, para luego recorrer su camino a la luz del derecho constitucional.

2. LA CULTURA

2.1. RASGOS DE LA ILUSTRACIÓN PENAL

Los rasgos consolidados de la Ilustración penal, también en su «recepción político-jurídica» a lo largo del siglo XX en el marco del llamado enfoque constitucionalista, son los siguientes: la laicidad del derecho y la separación entre derecho y moral, la lesividad social de las infracciones, la formalización de la dialéctica binaria entre individuo y autoridad y la reivindicación de los derechos del acusado, la división de poderes y el primado de la ley parlamentaria, la oposición a toda forma de particularismo jurídico con vistas a una codificación exhaustiva o paradigmática, la censura del arbitrio en la discrecionalidad punitiva judicial, la prohibición de la interpretación extensiva, y, en origen, la prohibición de interpretar la ley (la reducción del *ius* a la *lex*). También, el uso del derecho penal como *último recurso*, la clemencia y la proporcionalidad de las penas, y la exclusión de la víctima del proceso penal, que regula la respuesta a un hecho cometido y no la relación entre el autor y la víctima.

2.2. LA POSILUSTRACIÓN

Muchos de los principales rasgos de la Ilustración penal —con la excepción de algunas normas constitucionales positivas vinculantes— han sido hoy abandonados o transmutados por la legislación y la práctica. Se trata de un alejamiento gradual que, de hecho, se ha producido sin teorización previa y sin voluntad de reconocerlo.

Me limitaré aquí a mencionar los siguientes rasgos de la “posilustración penal”¹⁵.

1. La utilización del derecho penal como *prima ratio*, y cada vez más como ética pública, con una permanente confusión entre derecho penal y moral. El derecho penal es visto —al menos también— como un ‘buen’ instrumento para la protección, e incluso la promoción, de bienes-valores, no como un insidioso y terrible poder del Estado,
2. La jurisprudencia-fuente y el papel preponderante del poder judicial.
3. La construcción hermenéutica de las nuevas normas (cuando no también de la analogía) “domesticada” por la previsibilidad del nuevo derecho.
4. El fin del Leviatán como poder unitario y el crecimiento de una red neomedieval de fuentes, que apunta hacia un nuevo particularismo.
5. El garantismo triádico o tripolar actual, en el que la víctima, con sus derechos, forma parte indiscutible, incluso procesal, de la dialéctica punitiva, junto con el delincuente y el Estado. Además, la presencia de la víctima no está vinculada al aumento de los delitos de lesión, dado que la mayoría de los delitos son de peligro.
6. La diferenciación del derecho penal, cada vez menos dirigido a un ciudadano-destinatario universal: es un derecho penal a veces del hecho y del autor, a veces como lesión y puesta en peligro de bienes, a veces como protección de tabúes, a veces como derecho penal de la lucha y del enemigo, y como derecho penal de la vida cotidiana.
7. Una incipiente actitud ambigua frente a la pena de prisión: fractura lacerante de humanidad desigual para unos; pero momento justo, concreto y sagrado de justicia vindicativa para la razón populista, que no puede compartir el proyecto de pena leve.

Quien advierte estos rasgos en la realidad no puede dejar de ver en ellos una posilustración, pues es preciso reconocer que se trata de cambios consolidados a lo largo de décadas, y no de momentos pasajeros en la fugaz vida de algún gobierno. Y, sin embargo, el legado de la Ilustración permanece permanente en la intensificación del garantismo penal.

3. EL DERECHO CONSTITUCIONAL PENAL HOY

3.1. CARACTERES DEL GARANTISMO PENAL

El enfoque constitucionalista ha producido el garantismo penal. El garantismo es una característica de la legalidad y de la jurisdicción penal, y se refiere a la protección de todos

los ciudadanos —imputados, autores, víctimas, terceros— frente al potencial liberticida de la ley penal y del proceso penal, y ello incluso cuando no se orienta puramente hacia un balance negativo (mal + mal) en la respuesta al delito, porque la intrínseca nocividad del arma penal la somete necesariamente a una serie de “límites” universalmente previstos en todas las legislaciones¹⁶. El garantismo tiene, pues, un carácter en parte descriptivo y en parte prescriptivo con respecto a las leyes, porque estos dos momentos corresponden a los distintos niveles, ordinario y constitucional, de la ley y la jurisdicción.

Para resumir esta dimensión, pueden señalarse algunos rasgos que la orientan, que me permito enumerar a continuación de manera telegráfica en aras de la brevedad y en la medida en que son de sobra conocidos. Leyes ciertas y determinadas, no retroactivas. Interpretaciones igualmente no retroactivas si son desfavorables e imprevisibles, pero taxativas. No se permite la analogía, exigencia de cognoscibilidad de la ley, pero también de que la ley explique e interprete la ley. Reserva de ley no relativa. Constitucionalización de la retroactividad de la *lex mitior*. Prohibición de responsabilidad por hecho ajeno y exigencia de personalidad de la responsabilidad penal: sólo por hecho propio y al menos culpable. derecho penal del hecho y no del autor. No punibilidad de hechos sólo inmorales. Principio de ofensividad. Principio de tipicidad, principio de culpabilidad (no presunciones de dolo y culpa, no inversión de la carga de la prueba, no formas de responsabilidad objetiva encubierta). Tendencia reeducativo-socializadora de la pena. Necesidad de individualización y proporcionalidad, sin penas fijas. No a las penas ejemplares. Proporción como límite y no como fundamento de la pena. No *bis in idem* sustantivo. Prescripción del delito como límite al poder punitivo y derecho subjetivo del imputado. *Extrema ratio* como fundamento del *an, quantum* y *quomodo* de pena y prisión.

Asimismo, cabe tener en cuenta la inclusión dentro de esta tendencia de los principios derivados del debido proceso: presunción de inocencia, el juez como tercero imparcial, juez natural predeterminado por la ley, duración razonable del proceso, derecho de defensa con igualdad de armas, derecho a la prueba, contrainterrogatorio, no medidas cautelares en lugar o en previsión de la pena, no sanciones ‘criptopunitivas’, sino procesales y retroactivas bajo el manto del *tempus regit actum*, prohibición de procedimientos *bis in idem*, responsabilidad probada más allá de toda duda razonable, etc.

Todos estos son límites al derecho penal como arma, espada, mal. Pero son los que lo convierten en derecho legítimo y no en el *ius* de la violencia estatal traducida en *leges*. Dado que es el Estado el que tiene el poder punitivo, el garantismo que lo limita es una doctrina del Estado, no solo de los derechos. Sin embargo, el garantismo en un sentido formal, es decir, el respeto de la Constitución no garantiza una sociedad justa, sino sólo “legítima”. Las profundas desigualdades y las numerosas leyes no son justas porque casi todas se ajusten a la Constitución. Ni siquiera el mito de un derecho penal liberal está asegurado: la Constitución permite muchas leyes antiliberales.

Por otra parte, no existe un código penal que pueda “deducirse” plenamente de la Constitución. Hay programas abiertos a la política y a la historia. El derecho penal sigue siendo una política, sólo parcialmente contenida en la política constitucional y en la ciencia académica.

Así, el garantismo penal se subdivide en un programa de política constitucional, en un imperativo jurídico-constitucional y en una dimensión de derecho común que implementa, o a veces subestima y en parte traiciona, estas regulaciones superiores, porque siempre es posible una desorientación de la política con respecto a la constitución, que la política implemente programas antitéticos a los designios de un modelo constituyente que no se traduce en reglas vinculantes y demostrativas, lo que hace que estas reglas sean susceptibles de ser declinadas y desconocidas por directrices conflictuales¹⁷, pero que no sólo por ello de ser declaradas inválidas.

3.2. UN GARANTISMO TRIÁDICO O TRIPOLAR Y EL PAPEL DE LA IDEA RESTAURADORA

El garantismo penal hoy ya no es bipolar (Estado/ciudadano)¹⁸. En las concepciones clásicas del garantismo, la dialéctica era entre el Estado y el ciudadano, entre el individuo y la autoridad. Era una dialéctica bipolar: el Leviatán y el ciudadano, o el Estado y el acusado. Pero en la dimensión actual, el garantismo es un discurso tripolar: al ciudadano-acusado se une también la víctima en la dialéctica con los poderes públicos.

Se trata de una declinación de la *ultima ratio*: una síntesis de solidaridad y utilitarismo humanista de la pena equilibrada en clave reduccionista; es decir, el objetivo de limitar las sanciones o instrumentos que tienden a multiplicar el sufrimiento ya producido por el delito, en lugar de reparar sus efectos; de limitarlas en vista de un beneficio para la víctima, es decir, de un balance positivo como efecto de la intervención penal.

Esto puede transformar el papel del derecho penal de *lex minus quam perfecta*¹⁹, que sanciona sin restaurar nunca nada, como una máquina productora de un mal añadido (la proporción «simétrica» al delito, para aumentar la pérdida o la limitación de derechos), en *un ius que construye asimetrías* entre el delito y la pena, a la que se les «sustra» (en el cálculo) una reparación o compensación. Esto significa que es necesario repensar el garantismo en una clave no sólo reo-céntrica (¡el tratamiento del ‘delincuente’ como respuesta al problema del delito!), sino ‘en la relación autor/víctima’, así como Estado/ciudadano, como nota epistémica diferencial de un derecho penal orientado a la reducción del mal, y no a su duplicación, que hoy exige ser reformulado sobre nuevas bases triádicas —a diferencia de lo que ocurría en el pasado— mirando a la remoción de las causas del daño y del delito. Un garantismo orientado al mínimo sufrimiento para autor y víctima pone en juego, ante el Estado, por lo menos tres sujetos a ser considerados “dentro del paradigma garantista” (autor, víctima, y conciudadanos extraños a esa relación, pero susceptibles de “riesgo penal”) y debe necesariamente centrarse en la reparación, en una pena actuada [*pena agita*] y no sufrida, que restablezca una situación positiva, en lugar de simplemente duplicar el mal, y sobre esa base reconstruir también una nueva escala de los marcos penales previstos en las leyes.²⁰

La reflexión científica —es decir, la de quien adopta un método falsificable y no ideológico, respetuoso con la comparación histórico-comparada y con la distinción entre derecho y política de *lege ferenda*— como contrapoder crítico al derecho punitivo tiene como

objetivo una reducción global del mal: para los ciudadanos, los delincuentes y las víctimas. Este programa de lege ferenda tiene fundamento constitucional en el objetivo reeducativo (art. 27, apdo. 3, Constitución italiana) y en el proyecto de cumplir con las obligaciones inderogables políticas, económicas y sociales (art. 2, Constitución italiana).

3.3. LA POLÍTICA DE LA INTERPRETACIÓN

El abuso ideológico de un derecho penal orientado constitucionalmente ha traicionado verdaderamente sus premisas positivistas jurídicas, convirtiendo al intérprete en un iusnaturalista inconsciente.

En efecto, el positivismo, al tiempo que admitía la interpretación como necesaria, exigía la religión de la letra de la ley, como si se tratara de un verbo divino. Pero el constitucionalismo ha relajado precisamente este constreñimiento de sacralidad hermenéutica en la lectura de la carta fundamental, flexibilizando *ab origine* la exigencia de ceñirse en exceso al texto de la legislación ordinaria, que debe ser reinterpretado de acuerdo con las diversas fuentes superiores. No hemos sido conscientes de este cambio de época en la vida cotidiana del derecho hasta las últimas décadas.

La positivización de los derechos fue una aparente victoria del legalismo del siglo XX, narcotizado por intérpretes supraleales y Altos Tribunales que reescriben el contenido de las Constituciones y luego de las leyes con el texto inalterado²¹. Pero en realidad motivan y así construyen el ius de la lex.

Los nuevos hermeneutas posilustración de la razón pública son los Altos Tribunales. Pero solo una concepción declarativa de la interpretación ha llevado a creer que el “cierre” del sistema de garantías podía permanecer bajo exclusivo control judicial²². Sin embargo, hace tiempo que esta concepción declarativa ha sido científicamente desacreditada y ridiculizada por ciertas prácticas, de modo que el constitucionalismo de corte positivista jurídico atraviesa una profunda crisis epistémica y política²³.

Este método llena las Constituciones e incluso las interpretaciones de las leyes con contenidos actuales de racionalidad histórica, suponiendo que son una especie de interpretación auténtica o divinatória, “deducida” de una palabra suprema que no las contiene, sino que las inspira²⁴.

Ha sucedido así que en Italia tenemos probablemente el mayor número de principios constitucionales no explícitos del mundo. Basta abrir un manual de derecho penal alemán, francés o del *common law* para encontrarlos sólo en una pequeña parte. ¿Cómo es que aquí han proliferado tantos, y casi todos ellos no expresados, o implícitos?

Los principios de rango constitucional en materia penal sustantiva, vinculantes para el Parlamento y el intérprete, son hoy los siguientes:

- art. 25. apdo. 2, art. 13 Const.: extrema ratio, legalidad, reserva absoluta de ley, determinación y taxatividad (la primera dirigida al legislador, la segunda al juez), tipicidad de los delitos, prohibición de retroactividad (extendida también al derecho jurisprudencial), prohibición de analogía;

- art. 25, apdo. 3, Const.: principio de proporcionalidad entre bienes jurídicos y sanciones, principios de razonabilidad y ofensividad (construcción de delitos lesivos en abstracto de bienes de rango constitucional o al menos equiparables al sacrificio de la libertad, deber del juez de interpretar los casos de forma no formalista, de modo que las conductas típicas sean concretamente lesivas de los bienes protegidos);
- art. 27, apdo. 1, Const., como partes del principio de personalidad de la responsabilidad penal: la responsabilidad por el propio hecho y la atribución de hechos y riesgos objetivamente dentro de la competencia del sujeto; *nullum crimen, nulla poena sine culpa*; el principio de culpabilidad (determinación diferenciada y real de la culpabilidad, dolo y culpa, en cuanto al an y quantum de la pena, personalización del juicio penal frente a la lógica de la prevención general);
- artículo 27.3 y artículo 2 de la Constitución: la función reeducadora-resocializadora de la pena y el límite de la dignidad humana a su utilización;
- arts. 3, 19 y 21, Const.: principio de laicidad.

De todos estos principios, en el texto constitucional sólo se mencionan expresamente cuatro: reserva de ley, irretroactividad, personalidad, reeducación con prohibición de castigos inhumanos.

La historia nos ha demostrado que es precisamente el paradigma constitucionalista de un derecho penal basado en la carta fundamental el que ha desarrollado de forma habitual modelos hermenéuticos alejados, cuando no contrarios, al legalismo. La falta de reforma del Código penal ha dado lugar a una sobreexposición del derecho penal constitucional, y con él del papel constructivo del intérprete y del juez: es un fenómeno único en el panorama internacional, donde nunca ha calado la idea de que el derecho penal sustantivo es derecho constitucional aplicado.

Las normas procesales se asemejan más a un modelo de derecho constitucional aplicado, porque tienen una función primordial de garantía. Mientras que el derecho sustantivo priva de derechos según decisiones políticas y, por lo tanto, tiene una función preventiva y represiva que no es de garantía, sino de protección. Obviamente, esta función se desarrolla en el marco de los instrumentos y las formas del garantismo, pero no se deriva, en sus políticas, de una deducción constitucional, salvo en una medida limitada.

El “modelo constitucional” de la infracción penal, sin embargo, existe, y no consiste sólo en límites, porque son la ofensividad, la culpabilidad, la reserva de ley, la taxatividad, la tipicidad, etc., las que dan un rostro a la infracción penal. No obstante, hay demasiadas opciones políticas, sobre todo en la parte especial y en el sistema de penas, abiertas a la gestión parlamentaria y, en cierta medida, judicial.

En cierta medida, también es evidente una patología hermenéutica²⁵: la de una sociedad para la que todo debe convertirse en constitucional o penal, porque la ley carece de valor, a menos que esté reforzada por restricciones supremas incuestionables o instrumentos máximos de disuasión y exclusión.

3.4. EL NEOCONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo²⁶, diversamente expresado en obras de teóricos y juristas como Dworkin, Alexy, Atienza, Nino, Ferrajoli o G. Zagrebelsky, entre otros, aborda la crisis del positivismo jurídico afirmando que la relación entre derecho y moral no puede ser de verdadera separación (aunque muchos positivistas jurídicos lo admiten hoy).

Esto demuestra que la separación entre positivismo jurídico y naturalismo jurídico se ha revelado del todo aparente ante la proliferación de modelos constitucionales del derecho, que imponen una utilización de los principios en clave distinta a la aplicación lógico-formal de las normas: una aplicación que hace tiempo que ha sido radicalmente desvirtuada por los planteamientos hermenéuticos. Desde esta perspectiva, la aplicación de los principios responde a procedimientos distintos de los que presiden las normas (aunque esto es muy discutido); y el papel del poder judicial respecto del legislador es de codefinición de la ley (en esto también pueden estar de acuerdo neoconstitucionalistas y positivistas jurídicos partidarios de los planteamientos hermenéuticos, pero sigue siendo un conflicto problemático para los intérpretes)²⁷.

No se trata sólo de un método diferente de interpretar la Constitución, sino también las leyes a través de ella. Quienes argumentan por principios y valores introducen y desarrollan un estilo jurídico-racionalista, y no jurídico-positivista, en el razonamiento del jurista, y el hábito de reinterpretar la ley ordinaria de manera “conforme” a estándares más elevados ha cambiado genéticamente el papel del juez, hasta el punto de que las direcciones que más desearían volver al modelo del juez-ejecutor, cuando no también al del juez apolítico, son hoy las que se oponen a la propia “interpretación conforme”.

4. POLÍTICA

4.1. LEX Y IUS ENTRE MAYORÍAS Y RAZÓN PÚBLICA

El derecho (*ius*) no es el producto de una voluntad democráticamente mayoritaria: sí lo es, si acaso, la *lex* (ley). Pero el derecho tiene la dimensión doctrinal y jurisdiccional de un contenido motivado, que la ley no tiene. Por eso el derecho —como producto normativo distinto de la mera legislación— es *la técnica más racionalizada en la construcción de la democracia*, y es un *discurso público*, como el de la ciencia. La publicidad del discurso jurídico tiene tres aspectos fundamentales:

- 1) una publicidad que lo aleje de los caminos de la aristocracia jurídica, es decir, del saber teológico reservado, de las matrices de los *arcana imperii*, del círculo cerrado de los técnicos puros o pontífices supremos (o tribunales supremos), de la violencia inmotivada de las leyes “especiales” y, con ello, de las tentaciones de una tecnocracia impermeable al control generalizado;
- 2) el hecho de que comparte con el conocimiento en general el carácter público de la razón. La razón siempre es pública, no pertenece a individuos ni a grupos circun-

scritos, no es esotérica. Este aspecto preserva al derecho de las tentaciones gnósticas generalizadas de revelaciones exclusivas y maniqueas, o tal vez “de escuela”. Siempre puede ocurrir que alguien sea más ilustrado, pero al final este avance debe hacerse colectivo, un colectivo de pensamiento²⁸;

- 3) el reconocimiento de que la razón pública no es sólo la razón mayoritaria²⁹. La controlabilidad de las decisiones por el mayor número posible de personas es la cuestión fundamental en un contexto de democracia constitucional, no la aprobación plebiscitaria. Todos estos esfuerzos deben conducir a una “juridificación” de esos productos, es decir, a su transformación en derecho, que incluso en su pluralismo desplegado sigue siendo concretamente la razón de la *lex* y la racionalidad de la política, protegible en el Estado de derecho, donde el propio Estado está sometido al *ius*.

4.2. ESTADO ÉTICO VS. SOCIEDAD ABIERTA Y “DEMOCRACIA PENAL”

Hoy en día, la razón pública se declina con demasiada frecuencia en términos penales, empezando por la tabuización de comportamientos que en realidad sólo están prohibidos si se penalizan. Es “el derecho penal como ética pública”³⁰. De ahí la centralidad ineludible del discurso penal en la cultura cotidiana.

Frente a esta tendencia, conviene recordar que la sociedad es “abierta”, en el sentido de Popper, y no totalitaria, porque observa el modelo “contractualista” de Licofrón³¹: no es un estado educador, ni un estado ético, sino un estado que protege los bienes y a las personas (también) frente a la delincuencia, pero sin querer educar mediante el castigo³². Sólo el Estado que renace de un contrato asegura a las partes contratantes un valor original que no puede disolverse en el organismo totalitario del derecho público o en el poder del *Leviatán*³³.

Licofrón fue un sofista menor del siglo IV a. C., discípulo de Gorgias. Un pasaje de *La Política* de Aristóteles³⁴ (56) lo consagró (no sabemos si mercedamente) como defensor del contrato social (*bottom up*), opuesto a las visiones más «estatalistas» (*top down*) de la fuente del derecho: el contrato no es fuente de una justicia intrínseca, «no hace buenos y justos a los ciudadanos», sino que tiene naturaleza convencional. Esta visión desmitifica imágenes demasiado sagradas de la justicia, que tienden a ser siempre especialmente autoritarias. Sin embargo, cuando la razón pública se convierte en penal y ética a través de un programa de moralización, donde el contenido del contrato social lo rellena el poder judicial, y en concreto el juez penal —y no el civil— la persona siempre acaba siendo instrumentalizada para las agendas generales.

Sin embargo, no se trata de una *Ἀνάγκη*. Puede haber sido hasta ahora una necesidad histórica del derecho penal, pero no es un destino del derecho. Incluso el poder de los intérpretes supremos exige hoy fundarse en un colectivo de pensamiento, en una razón públicamente discutida, argumentada y compartida, no por ser autoritaria y ética³⁵.

El instrumento más fuerte y antiliberal de defensa del sistema es el derecho penal. El *ius criminale*, instrumento autoritario y victimista por excelencia, que no sabe si existe porque hay robos y asesinatos o para que no los haya, y por ello se dice a sí mismo que tiene un doble mandato para sobrevivir, también espera continuamente su propia y deseable falsificación: la única ratio posible capaz de legitimarlo es, de hecho, el objetivo de poder desaparecer al menos parcialmente ante la evidencia empírica de un exceso de protección. Se trata, sorprendentemente, de una forma diferente, pero consecuente de expresar su esencia política, desde la Ilustración en adelante, de “*ultima*” ratio: la búsqueda constante de alternativas al riesgo de una duplicación del mal sin un equilibrio socialmente positivo en la suma de delito y sanción.

4.3. DE LA CRISIS DE LA LEGALIDAD A LA DE LA IDEA DEL CÓDIGO. LA NUEVA RELACIÓN ENTRE RESERVA DE LEY Y RESERVA DE CÓDIGO

Hay muchos estatutos extrajurídicos bajo las pocas palabras de un artículo de la ley. La propia redacción de las leyes que forman parte de una política criminal preventiva permite pensar en los preceptos penales no como “mandamientos” absolutos y autónomos, sino como parte de disciplinas complejas. Como tales, tiene sentido que puedan estar dentro de textos únicos, en códigos sectoriales especiales fuera del código penal.

Pero aquí se abriría otro discurso sobre la postmodernidad y la crisis, no de la legalidad, sino de la idea del código. Sobre esto, he dedicado un estudio reciente³⁶, al que me remito.

El ordenamiento español³⁷ ha experimentado múltiples reformas del código penal, pero tradicionalmente carece de una legislación penal complementaria significativa. La razón histórico-ideológica de esta marginalidad de las leyes penales especiales reside en su tradicional parentesco con las disciplinas «excepcionales» y las jurisdicciones «especiales», de las que se abusó durante el franquismo.

Este «modelo pancodístico»³⁸ excluye así el uso de técnicas de remisión analíticas y selectivas. Así, encuentran su disciplina en el código, materias muy ricas en remisiones a disciplinas extrapenales: pero esta remisión es totalmente genérica, mediante cláusulas generales. No es una remisión a disciplinas especificadas. Por lo tanto, no se puede decir que la «centralidad del código» se haya logrado sin costes: la posibilidad de incluir en unas pocas normas los delitos contra el orden económico, los societarios, los tributarios, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, contra la seguridad social, contra la ordenación del territorio, el medioambiente, en materia de mercado, protección de los consumidores y de los derechos de los trabajadores, etc., tiene un alto coste debido al amplio uso de una técnica legislativa rica en *elementos normativos indeterminados y normas en blanco*.

En estos casos, el componente jurisprudencial es el que rellena el contenido en blanco de esas remisiones «en bloque». Por lo tanto, el tema de la reserva de ley está inevitablemente involucrado, pero en comparación con ese segundo aspecto «judicial» del principio de reserva y la admisión de que se trata de normas en blanco, es más correcto referirse a aspectos «parcialmente en blanco» de las incriminaciones.

También en Italia, el «código» seguirá siendo durante mucho tiempo, en la imaginación de los penalistas, el lugar de aplicación de los principios constitucionales y generales, mientras que las «leyes especiales» admiten pequeñas o grandes diferenciaciones sectoriales, derogaciones ilegítimas, experimentos, tecnicismos propios de materias más transitorias, disciplinas sujetas a rápida obsolescencia o mutación de fuentes extrapenales o europeas, o bienes jurídicos más «artificiales»³⁹.

Durante la segunda mitad del siglo XX, el Código Penal perdió el papel dominante que había tenido históricamente, desde el siglo XIX en adelante, experimentando un profundo fenómeno de descodificación. La ciencia penal considera este fenómeno como una patología del sistema que debe combatirse en el momento de la elaboración de un nuevo código. Y todos los proyectos de código penal, desde 1992 en adelante, se han fijado el objetivo de contrarrestar la descodificación.

Solo al final de este largo proceso de crecimiento de las leyes complementarias, que ha modificado el significado y el alcance de la función del código, se introdujo, en 2018, el art. 3-bis c.p. que introduce la reserva de código: «*Las nuevas disposiciones que prevén delitos solo pueden introducirse en el ordenamiento si modifican el Código Penal o se insertan en leyes que regulan de manera orgánica la materia*».

Con esta *regla de derecho* (aunque se define como «principio» en su rúbrica), se reconoce que hay dos grandes vías de legislación: el código y las leyes complementarias externas a él, con la condición de que dichas leyes tengan carácter orgánico con respecto a la materia regulada.

Es una regla, porque regula la distribución de las nuevas leyes penales, entre el código y las leyes complementarias orgánicas, pero *expresa algunos principios*, que están en la raíz de la disciplina.

La idea de leyes orgánicas significa *de hecho* la racionalización de una tendencia en curso: los delitos de quiebra, societarios, tributarios, en materia de estupefacientes, prostitución, medio ambiente, seguridad laboral, alimentación, salud, armas, extranjeros, privacidad, seguridad pública, tráfico rodado, navegación, mercados financieros, derechos de autor, trasplantes, construcción y urbanismo, etc., ya expresan *el dualismo legislativo penal*, según la *ratio* de la reserva de ley aprobada; ya son, en parte, legislaciones atentas tanto al modelo constitucional como a la idea de subsistema orgánico, aunque necesitan una amplia *renovación de estilo* conforme a una nueva «parte general» adaptada a la doble vía legislativa (código y leyes complementarias orgánicas)⁴⁰, y repensar si algo de esas disciplinas pudiera incluirse en el cuerpo codificado.

Además, *en línea con el derecho constitucional*, la reserva de código nos recuerda la urgencia de la reconocibilidad del sistema: si existe un sistema, o si se quiere que exista, como *condición previa* para el conocimiento de las normas individuales⁴¹, de las mismas sanciones, de la razonabilidad y de la legitimación de la intervención punitiva.

De hecho, la *reserva de código* no se limita a «expresar», sino que «legisla» los principios constitucionales, confiriendo a estos la *forma de ley*, así como el *contenido jurídico mínimo* necesario para que existan en un ámbito de aplicación determinado: los *principios de*

legalidad-determinación y de última ratio no sólo tienen implicaciones respecto al sistema sancionador, a la relación con las sanciones administrativas, a las cláusulas generales, etc., sino que también requieren necesariamente la «*construcción del sistema*» penal: el primero (*determinación y legalidad-reconocibilidad*), porque un sistema descodificado y acéfalo («deconstruido») produce incoherencia, particularismo jurídico, normas irreconocibles e incognoscibles, violando en definitiva la suficiente determinación y el requisito de reconocibilidad de los preceptos; el segundo (*última ratio*), porque la descodificación multiplica los tipos más allá de lo necesario, provocando esa inflación del sistema que es lo contrario del derecho penal como *extrema ratio*.

El Parlamento puede violar el art. 3-*bis*: al ser una norma de derecho común, la ley parlamentaria siempre puede derogarla. Algunos penalistas piensan que se trata, por tanto, de una norma de naturaleza más política que jurídica⁴². Sin embargo, el Parlamento no podría incumplir el art. 3-*bis* del Código Penal de forma *sistemática*. Un legislador ordinario que derogara sistemáticamente la norma del art. 3-*bis* del Código Penal podría incurrir en una censura de inconstitucionalidad en la construcción del sistema penal. De hecho, se trata de una *norma constitucional en sentido material*. Obviamente, solo la jurisprudencia podría establecer los límites de tolerancia de las desviaciones ocasionales de la normativa. Basta con haber identificado la existencia de un posible remedio⁴³.

La gestión de los dos procedimientos legislativos impuestos por la reserva de código pone en práctica *la diferenciación de la ley general y abstracta*. En lugar de unas pocas normas omnicomprendivas y en blanco de derecho penal alimentario, medioambiental, de seguridad laboral o de derecho penal económico, la tendencia que parece conciliar la reserva de ley y la reserva de código es la presencia de algunos delitos mayores en el código constituidos no por normas en blanco, sino por tipos penales definidos por su tipicidad y ofensividad marcadas, acompañados de regulaciones diferenciadas en cuanto a los destinatarios (delitos propios u omisivos) y en cuanto al ámbito de intervención anticipada (delitos culposos o dolosos de peligro). En lugar de normas incriminatorias que abarcan todo el derecho penal de la crisis empresarial, una ley integral sobre la crisis empresarial, que contenga también las normas penales, de acuerdo con un proyecto de eficiencia y estrategia integrada de las disciplinas penal, procesal, administrativa y civil. En lugar de una prohibición (*prohibiting*) de disponer de la vida articulada en la incriminación del homicidio doloso, culposo, consentido y de la ayuda al suicidio, y aparentemente sin excepciones (código-decálogo), su articulación en una red de leyes sobre la protección diferenciada de los riesgos (a) consentidos para la vida (deporte, seguridad del transporte, circulación, trabajo, medicamentos, uso de estupefacientes, biomédico, químico-industrial, alimentario, médico-quirúrgico, salud colectiva, equilibrado con las necesidades del trabajo, la producción, etc.), y acompañada de una serie de reglas orgánicas sobre actos de disposición que se regulan como eximentes procesales al final de la vida. En lugar de una regla general de diligencia y prudencia de la que se pueda «deducir todo» el delito culposo, miles de reglas cautelares consuetudinarias y escritas, incluso recogidas en diferentes estatutos y directrices, que se sumen a la disciplina general del dolo genérico, aunque este coexista y sea en

parte residual. En lugar de una regla general para la relevancia siempre de cada forma de culpa, la previsión de estatutos especiales diversificados de culpa grave, etc.

En lugar de una cláusula general de responsabilidad por omisión por incumplimiento de obligaciones jurídicas, una disciplina detallada de figuras de garante en la parte general del código, y una serie de reglas de la parte especial que indiquen los poderes y deberes específicos de los distintos garantes en relación con determinadas clases de eventos atribuibles en forma omisiva. Enciclopedia y diferenciación son las categorías de la codificación contemporánea, no el código monobloque.

El paso del *código-decálogo* al *código-instrumento de política criminal* hace finalmente obsoleto el antiguo modelo codicístico para todos aquellos delitos que no consisten en una prohibición absoluta, en una orden «en sí misma» independiente del objetivo de regular fenómenos generales: donde no hay una mera *prohibición*, sino una disciplina reguladora específica junto a la penal, el objetivo es regular conjuntamente estos sectores mediante normas que son a la vez civiles, administrativas y penales. El derecho penal no es aquí una mera sanción de preceptos escritos y pensados *en otro lugar* y *antes* que las disciplinas preventivas.

Es un mundo nuevo, el de la codificación, repensada en sus diferencias legislativas y de aplicación, pero conserva, en lugar de desechar, algunos ideales constitutivos de la codificación clásica: la fuerte necesidad de orden, sistema, racionalidad, coherencia, previsibilidad y cognoscibilidad. Los principios constitucionales no bastan para garantizar la permanencia del ius. Para ello, sigue siendo necesaria la cabina de control de un código general¹⁴⁴.

La crisis de la legalidad clásica, de matriz ilustrada, se debe aparentemente a una nueva forma de entender la reserva de ley (ante, § 1) o la reserva de código y de leyes integrales para regular conjuntamente la descodificación, pero solo en apariencia: en realidad, la crisis de la legalidad se debe sobre todo a la debilidad de los partidos, de la democracia representativa, y a la incapacidad de visión del poder político, que sin continuos controles de legitimidad superior, supralegislativa, parece carecer de orientación. De ahí surge la sobreexposición del poder judicial (nacional y europeo) y un conflicto permanente entre el poder judicial y la política, que son hoy un signo internacional, y no sólo nacional, de nuestros problemas.

V. CONCLUSIONES

No es fácil extraer conclusiones unívocas de la descripción de una realidad tan compleja.

La crisis de la ley, de la reserva de ley ilustrada (reserva absoluta sólo en cuanto a las penas, pero flexible en cuanto a los preceptos) está implícita en la evolución del sistema de fuentes y en la manera como se redactan las leyes, con remisiones de gran alcance a fuentes infralegales o supranacionales, y al derecho jurisprudencial, nacional y europeo. Los penalistas aún no han extraído las consecuencias oportunas de esta evolución, revisando sus

categorías en el plano de las limitaciones a la hermenéutica: esta parece muy libre *in bonam partem* a través de la dialéctica de los principios de garantía, pero tiene también un potencial, en modo alguno despreciable, de operar *in malam partem* «dentro» del espacio que permite el texto de las incriminaciones, redactadas tradicionalmente con amplio recurso a las cláusulas generales. La orientación constitucionalista primero, y luego la europeísta, han transformado el rostro del derecho penal, pero también han hecho del juez un colegislador. La labor de descodificación llevada a cabo mediante el desarrollo de subsistemas orgánicos fuera del código penal, y mediante la construcción de universos normativos con destinatarios cada vez más diferenciados, ha contribuido a hacer del derecho penal un instrumento de la política para regular fenómenos, y no para dictar mandatos (código-decálogo), a través de disciplinas administrativas, procesales y extrapenales muy articuladas, concebidas junto con las penales. Muchos piensan —los civilistas en primer lugar— en una crisis de la idea del código. Pero en derecho penal no basta con los principios constitucionales para ordenar y regir las leyes dispersas en el ordenamiento. Código y reserva de ley integral junto al código son y siguen siendo las dos vías de la legislación. Todo esto es posilustrado y moderno, pero no representa una verdadera crisis de legalidad. El verdadero problema no es la crisis de la ley, sino la crisis del legislador, de la política. Por eso, en la actualidad, sigue siendo aún muy fuerte la necesidad de un control de legitimidad sobre los productos legislativos. No hay una crisis de la legalidad constitucional (al menos todavía no), sino de legalidad parlamentaria. Y es esta crisis la que ha llevado, internacionalmente, a un conflicto permanente entre el poder judicial y la política.

NOTAS

1. Sorrentino, 2019: 4 ss.; Modugno, Nocilla, 1989: 413 ss.; Amplias referencias penales sobre el tema en Ronco 2010: 20 ss.; Notaro, 2010: 76 ss.; Cupelli, 2012: 27 ss.; Grandi, 2006: 23 ss. Específicamente sobre la crisis de la reserva de ley con respecto al papel del derecho jurisprudencial, Fiandaca, 2011: 79 ss.; Borsari, 2014: 18 ss.
2. Véase la descripción de Manes, 2012: 2 ss.
3. Sobre la *lex mercatoria* de la sociedad postindustrial y el contrato como fuente del derecho, Galgano, 1993: 209 ss., 212 ss.; Dalhuisen, 2016: 1 ss.
4. La Torre, 2013: 27 ss.; Bartoli, 2021, 519 ss., 536 ss.; Bianchi, 2021, y aquí, 331 ss., las diversas críticas al fenómeno, entre las cuales, por cierto, no se identifica ninguna con la reserva de ley.
5. Sobre la desigualdad de la sociedad del Código Civil del siglo XIX y sobre el derecho burgués-privado como derecho solo formalmente igual (*gleiches Recht*), citado en el documento de 1875 sobre el programa del Partido Socialista Obrero Alemán («programa de Gotha») objeto de la crítica marxiana, Marx, *Kritik des Gothaer Programms* (1875), Stuttgart, 1890-91, trad. it., *Critica del Programa di Gotha*, Massari, Viterbo, 2008, 49-51, donde afirma que «este derecho igual es derecho desigual por trabajo desigual», sin reconocer ninguna distinción de clase: «Por lo tanto, es un derecho de desigualdad, en su contenido, como todo derecho» («Es ist daher ein Recht der Ungleichheit, seinem Inhalt nach, wie alles Recht»).

6. Para el debate civilístico y penalístico, véanse los autores citados en Donini, 2020b y 2022a.
7. Para todos, además de los clásicos Lombardi, 1975: 470 ss.; Orrù, 1985: 100 ss., cfr. Roselli, 1999: 268 ss.; Marinelli, 1996: 235 ss., 246 ss., 276 ss. Con referencia específica al derecho penal, Donini 2016: 13 ss.; Fiandaca, 2005: 1722 ss., 1736 s.; Cadoppi, 1999; Donini, 2004; Viganò, 2021: 1 ss.; Cocco, 2005; Borsari, 2014; Perrone, 2019. Véanse también las monografías de Galante 2021: 21 ss., 113 ss.; Scevi, 2022, 28 ss., 119 ss., 176 ss.; Reccia, 2020: 32 ss. y 118 ss.; Santangelo, 2022: 81 ss.
8. Donini, 2019. En la ciencia penal francesa, la jurisprudencia se califica como «source véritable», junto con los reglamentos y leyes de referencia, Pradel, 2019: 183 ss., y 191 ss.; en cambio, Dreyer: 2021, 499 ss. (junto con la doctrina, *ibidem*, 555 ss.) la entiende como fuente oficiosa.
9. Basta con el ejemplo de un código —texto de ley— con solo el complemento jurisprudencial y un código que también contenga el comentario doctrinal, para ilustrar la idea.
10. Todorov, 2007: 7 ss., 63 ss.; Pinker, 2018. Véase también la valiosa antología de Tagliapietra, 1997.
11. Sobre los rasgos característicos de la filosofía del constitucionalismo, véase Barbera, 1997: 4 s.
12. Recuerdo solo, además del mismo Nietzsche, 1995: 517 ss. y 575, sobre todo su impactante e influyente lectura realizada por Heidegger, 2000: 575, y *amplius* todo el cap. V sobre «El nihilismo europeo». Para el derecho, Irti, 2004; Possenti, 2012.
13. Donini, 2010: 128.,
14. Fulminante observación de Naucke, 1984: 213 ss. y 220.
15. Donini, 2019c: 45 ss.
16. Véase, *entre otros*, Carrara, 1898: 169 ss.; Packer, 1978; Bricola, 1973: 7 ss., y 1984: 107 ss. y 117 ss., 133; Feinberg, 1984; Baratta, 1986; Ferrajoli, 1989; Naucke, 1993: 137 ss.; Appel, 1998; Lagodny, 1996; Donini, 1998: 95 ss.; Id., 2001: 29 ss., luego en Id., 2003a, 65 ss.; Vassalli, 2006; Sieber, 2007: 1 ss.; Husak, 2009; Vormbaum, 2015: 51 ss; Demuro, 2013: 1654 ss.; Ferrajoli, 2016: 3 ss., 26 ss., 61 ss., 209 ss.; Id., 2014, 129 ss.; Tiedemann, Sieber, Satzger, Burchard, Brodowski, 2016; Dyson, Vogel, 2018; Paliero, 2018: 1447 ss. Marra, 2018; Donini, 2020a, 393 ss.; Ferrajoli, 2024, cap. 1, 4, 5.
17. Sobre el carácter demostrativo, o incluso solo de dirección política, de los principios constitucionales en materia penal, véase Donini, 1996, cap. I.
18. *Amplius* Donini, 2020a: 393 ss.
19. Ulpiano (170 aprox.-228 d. C.), al comienzo de las *Regulae* (I,1-2), define como «perfecta» la ley que prohíbe que algo se haga y, si se hace, lo anula; «imperfecta» la ley que no aplica ni una sanción ni un efecto de anulación por un acto contrario a ella; «menos que perfecta» la ley que, al prohibir algo, sanciona el comportamiento que la infringe, pero no anula los efectos de la infracción. Es evidente que el derecho penal siempre ha sido una ley menos que perfecta, que no se preocupa del momento reparador-restaurador, sino solo del negativo sancionador (la duplicación del mal).
20. Fundación de este proyecto en Donini, 2013, 1162 ss.; Id., 2015: 236-250.
21. Iluminadora representación en Habermas, 1996: 294 ss.

22. Pozzolo, cit., 134 ss.
23. Ferrajoli, 2007: 77 ss. El constitucionalismo garantista de Ferrajoli, el más cercano al penalista, solo sufre la falta de una teoría de la interpretación. Solo esbozado por último en Id., *Giustizia e politica*, cit., 80 ss.
24. Véase recientemente el balance del enfoque constitucionalista italiano realizado por Fiandaca, 2017: 62-69.
25. *Amplius* Donini, 2022b: 359-386.
26. Bongiovanni, 2011; Messina, 2011: 384 ss.; Prieto Sanchis, 2002: 199 ss.
27. Pino, 2011: 965 ss.; Bongiovanni, 2011: 749 ss.; Messina, 2011: 384 ss.
28. Para una extraordinaria ilustración «sobre el terreno» de la importancia de construir un *colectivo de pensamiento* con el fin de reconocer una novedad o un descubrimiento científico, Fleck, 1983: 98 ss., 174 ss., 193 ss.
29. Resumen útil del debate sobre el tema, especialmente en el área norteamericana, in Quong, 2011.
30. Remisión a Donini, 2014. Para una versión sociológica *de moda* del discurso, véase Fassin, 2018.
31. Popper, 1998: 148 ss. La interpretación popperiana de Licofrón, que retomo idealmente, se basa en Aristóteles, *Política*, Γ 9. 1280 b 8. Actualizaciones sobre el contractualismo de Licofrón en Mulgan, 1979, 121 ss.; Giombini, 2016: 74 ss.
32. Con el debido respeto a las lecturas moralizantes del art. 27, apartado 3, de la Constitución. Véase la interpretación laica de Fiandaca, 199: 331 ss.
33. Sobre la dimensión totalitaria del Estado ético en la versión gentiliana, véase lo observado en Donini, 2019a: 1-27, y 2019b: 117-146.
34. «*Por el contrario, aquellos que se preocupan por un buen orden político prestan mucha atención a la virtud y al vicio de la ciudadanía, de ahí que sea evidente que la ciudad, al menos aquella que quiera llamarse realmente así y no solo de palabra, debe cuidar la virtud. De lo contrario, la comunidad se convierte en una alianza, diferente de las demás alianzas entre aliados distantes solo por el lugar, y la ley se convierte en una convención y —como dijo el sofista Licofrón— en garante de lo que es justo para unos con otros, pero incapaz de hacer buenos y justos a los ciudadanos*». Trad. en Aristóteles, 1993: 93.
35. Véase siempre Habermas, 1996: 128 ss., 320 ss., 357 ss.
36. Donini, 2020b y 2022a.
37. Amplia información histórica sobre la codificación penal española desde 1822 en Cerezo Mir, 1997: 112 ss. y 145 ss. sobre la legislación penal complementaria.
38. *Amplius* Donini, 2000; Id., 2003b.
39. Por todos Fiandaca 2001: 137 ss.
40. Sobre las «técnicas de construcción» de la propuesta de recodificación, véase, a modo de ejemplo, lo escrito en Donini, 2018a: 429 ss.

41. Es una exigencia «constitucional» consagrada de manera fundamental por la sentencia 364/1988 del Tribunal Constitucional sobre el art. 5 del Código Penal. Sobre la preconstitución del ius (del sistema jurídico preexistente) en relación con la lex, Donini, 2019: 45 ss.
42. Por ejemplo, Paliero, *La «reserva de código» puesta a prueba: deontica «idealística» versus deontica realística*, cit., 24 ss. Véase también sobre el tema Papa, 2018: 136 ss.; Ambrosetti, 2019: 397 ss.; Ruga Riva, 2019: 206 ss.
43. *Amplius* Donini, 2018b: 1-28; retomado en parte en Id., 2020: 83 ss.
44. Obviamente, de una parte general (renovada). Sobre su importancia permanente, véanse los escritos mencionados de Paliero, 2000: 466 ss.; Id., 1994: 1243 ss.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambrosetti, Enrico Mario (2019): «Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 62, 397-416.
- Appel, Ivo (1998): *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Baratta, Alessandro (1986): *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli: Eso.
- Barbera, Augusto (1997): *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari: Laterza.
- Bartoli, Roberto (2021): «Fonti della colpa», en Massimo Donini (dir.) *Enc. Dir. I tematici*, vol. II, *Il reato colposo*, Milano: Giuffrè.
- Bianchi, Davide (2021): *Autonormazione e diritto penale*, Torino: Giappichelli.
- Bongiovanni, Giorgio (2011): «Neocostituzionalismo», *Enc. dir. Annali*, vol. IV, Milano: Giuffrè, Milano.
- Borsari, Riccardo (2014): *Diritto penale, creatività e co-disciplinarità. Banche di prova dell'esperienza giudiziale*, Pisa: PUP.
- Bricola, Francesco (1973): «Teoria generale del reato», en *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino: Utet.
- (1984a): «Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela», en *Studi Delitala*, vol. I, Milano: Giuffrè.
- (1984b): «Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela» en De Acutis y Palombarini, *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova: Cedam.
- Cadoppi, Alberto (1999): *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino: Giappichelli.
- Cerezo Mir, Jose (1997): *Curso de derecho penal español, Parte general, I, Introducción*, 5ª ed., Madrid: Tecnos.
- Cocco, Giovanni (2005): *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova: Cedam.
- Cupelli Cristiano (2012): *La legalità delegata*, Napoli: Esi.
- Dalhuisen, Jan (2016): *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, Vol.1⁶, London: Hart Publishing.
- Demuro, Gian Paolo (2013): «Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1654-1694.
- Donini, Massimo (1996): *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova: Cedam.
- (1998): «L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione «legale», prima che «giurisprudenziale», dei principi di offensività e di sussidiarietà», en *Critica del diritto*, 95-139.

- (2000): *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova: Cedam,
 - (2001): «Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. Il significato dell'esperienza italiana», in *Il Foro it*, 29-45.
 - (2003a): *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova: Cedam.
 - (2003b): *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano: Giuffrè.
 - (2004): *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano: Giuffrè.
 - (2010): «Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario», *Criminalia*.
 - (2013): «Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male» *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1162-1218.
 - (2014): *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena: Mucchi.
 - (2015): «Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio», in *Diritto penale contemporaneo*, 236-250.
 - (2016): «Il diritto giurisprudenziale penale», *Diritto penale contemporaneo*, 13-38.
 - (2018a): «L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato», *Diritto penale e processo*, 429 ss.
 - (2018b): «La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito», in *Legislazione Penale*, 1-28.
 - (2019): «Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto», *Il Pensiero. Rivista di filosofia*, 2, 45 ss.
 - (2019a): «Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica», *disCrimen*, 1-27.y
 - (2019b): «Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica», *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 117-146.
 - (2019c): *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena: Mucchi.
 - (2020a): «Garantismo penale oggi», *Criminalia*, 393-421.
 - (2020b): «Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione», in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 1-22.
 - (2022a): «Codificazione», in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, vol. 3, Milano: Giuffrè.2022,
 - (2022): «La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola», *Lo Stato*, 18, 359-386.
- Dreyer, Emmanuel (2021): *Droit pénal général*, Paris: Lexis Nexis.
- Dyson, Matthew y Vogel, Benjamin (2018): *The Limits of Criminal Law. Anglo-German Concepts and Principles*, Chicago: Intersentia.
- Fassin, Didier (2018): *Punire. Una passione contemporanea*, Milano: Feltrinelli.
- Feinberg, Joel (1984): *The Moral Limits of the Criminal law*, 4 vol., New York-Oxford: Oxford University Press.
- Ferrajoli, Luigi (1989): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* Roma-Bari: Laterza.
- (2007): *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari: Laterza.
 - (2016): *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli: Editoriale scientifica,
 - (2024): *Giustizia e politica*, Roma-Bari: Laterza.
- Fiandaca, Giovanni (1991): «Il 3° e il 4° comma dell'art. 27», in Branca y Pizzorusso, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma: Zanichelli.
- (1997): *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova: Cedam.
 - (2001): «In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare», *Diritto penale e processo* 137 ss.
 - (2011): «Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale», *Criminalia*.
 - (2017): *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari: Laterza, Roma-Bari.
- Fleck, Ludwick: (1983): *Genesi e sviluppo di un fatto scientifico*, Bologna: il Mulino, Bologna.

- Galante, Andrea (2021): *Legalità e mutamenti giurisprudenziali nel diritto penale*, Firenze: FUP.
- Galgano, Francesco (1993): *Lex mercatoria*, Bologna: Il Mulino.
- Gaus, Gerald (2011): *The Order of Public Reason*, New York: Cambridge Univ. Press.
- Giombini (2016): «Lycophron: a minor Sophist or a minor Socratic?», *Philosophical inquiry: international quarterly*, 74-94.
- Grandi, Ciro (2006): *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano: Giuffrè.
- Habermas, Jürgen (1996): *Fatti e norme, Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano: Guerini e Associati.
- Heidegger, Martin (1961): *Nietzsche*, Milano: Adelphi.
- Husak, Douglas (2009): *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford: Oxford Univ. Press.
- Irti, Natalino (2004): *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari: Laterza.
- Lagodny, Otto (1996): *Strafrecht vor den Schranken der Prinzipien*, Tübingen: Mohr.
- Lombardi, Luigi (1975): *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano: Giuffrè.
- Manes, Vittorio (2012): *Il giudice nel labirinto*, Roma: Dike.
- Marinelli, Vincenzo (1996): *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Milano: Giuffrè.
- Marra, Gabriele (2018): *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei: un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino: Giappichelli.
- Marx, Karl (2008): *Critica del Programma di Gotha*, Viterbo: Massari.
- Messina, Giovanni (2011): «Il neocostituzionalismo», *Democrazia e diritto*, 384-425.
- Naucke, Wolfgang (1984): «Christliche, aufklärerische und wissenschaftstheoretische Begründung des Strafrechts (Luther-Beccaria-Kant)», in *Christentum und modernes Recht. Beiträge zum Problem der Säkularisierung*, Frankfurt: Staff, Suhrkamp.
- (1993): «Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht», *KritV*, 135-162.
- Nietzsche, Friedrich (1995): *La volontà di potenza*, Milano: Bompiani.
- Notaro, Domenico (2019): *Autorità indipendenti e norma penale*, Torino: Giappichelli.
- Orrù, Giovanni (1985): *Richterrecht*, Milano: Giuffrè.
- Packer, Herbert (1978): *I limiti della sanzione penale*, Milano: Giuffrè.
- Paliero, Carlo Enrico (1994): «L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1243 ss.
- (2000): «La Fabbrica del Golem: Progettualità e metodologia per la Parte Generale di un Codice Penale dell'Unione Europea», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 466 ss.
- (2018): «Pragmatica e paradigmatica della clausola di extrema ratio», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1447-1487
- Papa, Michele (2018): «Dal codice penale «scheuomorfico» alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice», *Diritto penale contemporaneo*, 5, 136 ss.
- Perrone, Dari (2019): *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino: Giappichelli.
- Popper, Karl (1998): *La società aperta e i suoi nemici*, vol. I, Milano: Armando.
- Possenti, Vittorio (2012): *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?*, Soveria Mannelli: Rubbettino.
- Pradel, Jean (2019): *Droit pénal général*, Paris: Cujas.
- Prieto Sanchis, Luis (2002): «Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale», *Ragion pratica*, 18, 199 ss.
- Quong (2018): «Public Reason», in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Reccia, Eliana (2020): *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni Unite*, Torino: Giappichelli.
- Ronco, Mauro (2010): «Il principio di legalità» in Ronco, Ambrosetti, Mezzetti, *La legge penale*, Bologna: Zanichelli.
- Roselli, Federico (1999): «Dovere di conoscere la giurisprudenza», in Bessone (dir.) *Interpretazione e diritto giudiziale*, Torino: Giappichelli.

- Ruga Riva, Carlo (2019): «Riserva di codice o di legge organica: significato, questioni di legittimità costituzionale e impatto sul sistema penale», *Diritto penale contemporaneo*, 218-238.
- Santangelo, Alessandro (2022): *Precedente e prevedibilità*, Torino: Giappichelli.
- Scevi, Paola (2022): *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Torino: Giappichelli.
- Sieber, Ulrich (2007): «Grenzen des Strafrechts», *ZStW*, 119, 1-68.
- Sorrentino, Federico (2019): *Le fonti del diritto italiano*, Padova: Wolters Kluwer-Cedam.
- Tiedemann, Klaus (2016): *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden: Nomos.
- Todorov, Tzvetan (2007): *L'esprit des Lumières*, Milano: Garzanti.
- Torre, Massimo (2013): *La «privatizzazione» delle fonti del diritto penale*, Bologna: BUP.
- Vassalli, Giuliano (2006): *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli: Esi.
- Viganò, Francesco (2021): «Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale», *Sistema penale*.
- Vormbaum, Thomas (2018): *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli Esi.
- (2011): «Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik». *ZStW*, 123.

LA LEY PENAL: MANUAL DE PRODUCCIÓN PARA EL LEGISLADOR HONESTO*
CRIMINAL LAW: A PRODUCTION MANUAL FOR THE HONEST LEGISLATOR

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Mediante una descripción densa de la tramitación de la LO 14/2022 se muestran dos fenómenos que vienen produciéndose en los últimos años en materia penal: en primer lugar, el intento (exitoso) de eludir las normas sobre elaboración de proyectos mediante el uso de proposiciones de ley; al respecto, se muestra empíricamente la evolución desde el uso mayoritario de proyectos hasta el de proposiciones de ley. En segundo lugar, la crasa infracción de las normas sobre procedimiento legislativo en el propio congreso, así como la muy limitada capacidad de evitación del TC, tanto por razones de diseño institucional (limitaciones del amparo parlamentario) como lentitud en la respuesta (más de un 75 % de las resoluciones llegan en otra legislatura). Ulteriormente, se analiza la doctrina del TC sobre las exigencias del amparo parlamentario y la supuesta necesidad de homogeneidad de las enmiendas, que se demuestra no se ha exigido realmente desde la en su momento esperanzadora STC 119/2011.

PALABRAS CLAVE

Teoría de la legislación, técnica legislativa, Procedimiento legislativo, amparo parlamentario, homogeneidad de enmiendas.

ABSTRACT

A thick description of the passing of LO 14/2022 shows two phenomena that have been occurring in recent years in criminal matters: firstly, the (successful) attempt to circumvent the rules on the preparation of government-proposed bills through the use of congress-proposed bills; in this regard, the evolution from the majority use of government-proposed bills to that of congress-proposed is empirically shown. Secondly, the crass violation of the rules on legislative procedure in- and by Congress itself, as well as the very limited capacity of the Constitutional Court to prevent it, both for reasons of institutional design (limitations intrinsic to the parliamentary constitutional appeal) and slowness in response (more than 75 % of the resolutions arrive in another legislature). An analysis is then conducted of the Constitutional Court doctrines on the requirements of parliamentary protection and the supposed need for homogeneity of amendments with the amended text, which is shown to have not really been required since the promising Constitutional Court Judgment 119/2011.

KEYWORDS

Regulation, Legisprudence, legislative procedure, parliamentary constitutional appeal, amendment homogeneity.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.118>

* Este trabajo se integra en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Estrategias Transversales para la Prevención de la Delincuencia Económica y la Corrupción», PID2021-1230280B-I00 (IPs: Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y David Carpio Briz).

LA LEY PENAL: MANUAL DE PRODUCCIÓN PARA EL LEGISLADOR HONESTO

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. Introducción: una desafortunada pero significativa casualidad. 2. La forma de la iniciativa: ¿por qué una proposición de ley? 3. Comienzo del procedimiento legislativo: las funciones de la Mesa del Congreso y los derechos de los parlamentarios. 3.1. La calificación y admisión de iniciativas por parte de la Mesa del Congreso. 3.2. La carencia de «antecedentes necesarios» de la proposición de ley. 3.3. La actuación de la Mesa y la insuficiente reacción de los opositores a la iniciativa. 3.3.1. El acuerdo de admisión a trámite de la iniciativa y la omisión de solicitud de reconsideración por falta de antecedentes: una primera oportunidad perdida. 3.3.2. Solicitud de informes y audiencias y oposición a la tramitación urgente; acuerdo denegatorio y falta de solicitud de reconsideración: fin de (esta) partida; 3.3.3. Exploración de un contrafáctico: ¿De qué habría servido un recurso de amparo *ex art. 42 LOTC*? 4. Del Congreso al Senado, pasando por el TC. 4.1 Admisión de enmiendas por la Comisión de Justicia, solicitud desatendida de reconsideración y recurso de amparo: el camino hasta el ATC 177/2022. 4.2. La doctrina del TC sobre la inconstitucionalidad de la introducción de nuevos contenidos por vía de enmienda: ¿un mito jurídico? 4.3. La homogeneidad de las enmiendas en la tramitación de la LO 14/2022. 4.4. El acelerado final de la tramitación en el Congreso. 5. Sin pausa: la tramitación en el Senado. 6. Reflexiones y propuestas finales para legisladores honestos. Notas. Bibliografía. Resoluciones del Tribunal Constitucional.

1. INTRODUCCIÓN: UNA DESAFORTUNADA PERO SIGNIFICATIVA CASUALIDAD

Como parte de la conmemoración del día internacional contra la corrupción, el 9 de diciembre de 2022, Marin Mrčela, presidente del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO), emitió un comunicado refiriéndose a lo que identifica

como preocupantes deficiencias en la normativa sobre corrupción: «Cuando se trata de la preparación de nueva legislación y otra normativa, el GRECO ha subrayado la necesidad de establecer un adecuado mecanismo legislativo y permitir la transparencia pública sobre cómo evolucionan las propuestas de legislación, desde su propuesta hasta su adopción. Demasiadas veces se usan procedimientos de vía rápida para acelerar la adopción de nueva legislación sin una adecuada consulta con otras instituciones estatales y los agentes sociales concernidos, e incluso sin un adecuado debate parlamentario. El GRECO también ha observado que en la práctica a menudo no se respetan las previsiones sobre los tiempos y los procedimientos de retroalimentación de la consulta. Puede que se acorten los plazos o que las leyes se abran a consulta demasiado tarde en el procedimiento como para obtener una aportación relevante. Tales prácticas hacen menos probable que los contenidos se modifiquen de acuerdo con las observaciones públicas. Sin embargo, los procedimientos de consulta y los plazos deben respetarse. Es esencial para la calidad de nuestras democracias»¹.

Como si el Sr. Mrčela tuviera dotes adivinatorias (o fuera gafe), ese mismo 9 de diciembre se presentaban en el Congreso de los Diputados de España diversas enmiendas a un proyecto legislativo, el que daría lugar a la LO 14/2022, cuya tramitación puede servir de ejemplo paradigmático de los problemas descritos:

- en primer lugar, el texto se introdujo directamente en el propio Congreso mediante una proposición de ley, sin haber sido sometido a consulta pública, sin haberse pedido informe alguno y sin memoria económica ni de análisis de impacto normativo;
- en segundo lugar, a pesar de la importancia y lo variado de su contenido, se decidió su tramitación por vía de urgencia;
- en tercer lugar, buena parte del contenido de la LO 14/2022 no se encontraba en el texto inicialmente presentado y se introdujo mediante enmiendas sin conexión temática específica con dicho texto que fueron presentadas *in extremis* (como veremos, hay quien sostuvo que «con nocturnidad vergonzante»);
- finalmente, a pesar de alguna declaración oficial en sentido contrario, no puede sostenerse con seriedad que se produjera una deliberación suficiente, que desde luego no tuvo lugar sobre las enmiendas adoptadas sobre el texto inicial. Al menos no, como parece exigible, en las cámaras y de forma pública: los medios de comunicación sí adelantaron la existencia y contenido de algunas de las enmiendas e informaron sobre la discusión que acerca de ellas se habría producido en sedes extraparlamentarias.

La LO 14/2022 se tramitó con inusual estrépito, al que sin duda contribuyó el Auto del Tribunal Constitucional 177/2022², que por primera vez en nuestra historia constitucional procedió a la suspensión cautelar *inaudita parte* de la tramitación de dos enmiendas en las Cortes Generales con base en el art. 56.6 LOTC (*infra*, apdo. 4.1). Una vez asentada la polvareda, resulta oportuno analizar la tramitación de la LO 14/2022 desde el punto de vista de la regulación positiva y los desarrollos doctrinales en materia de procedimiento normativo³. Esta es una tarea comparativamente desatendida por la doctrina penal, que se ha ocupado ampliamente de los límites materiales supuestamente infranqueables para el

legislador y de la adecuación dogmática de los textos una vez aprobados, pero en menor medida de la evaluación de sus efectos, y menos aún del procedimiento mediante el que resultan aprobados⁴. Dada la generalizada coincidencia doctrinal en la crítica a la evolución de la legislación penal en las últimas décadas, esta omisión no parece justificable⁵.

En lo que sigue se examinarán los que se consideran puntos más criticables del desarrollo del procedimiento legislativo en cuestión, lamentablemente cada vez más comunes en el desarrollo de la política legislativa: el inicio mediante una proposición de ley (apdo. 2), la actuación de la Mesa del Congreso y la insuficiente respuesta jurídica de los parlamentarios opositores a la iniciativa (apdo. 3), y la veloz tramitación del texto en el Congreso y Senado, sólo interrumpida por el Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre (apdos. 4 y 5). Para concluir, el apdo. 6 ofrece unas someras reflexiones finales, entre propositivas y reivindicativas, que, sumando un eslabón a la cadena de homenajes a Gordon y Hawkins, se dirigen a ese político honesto al que estos autores interpellaron hace más de medio siglo, esta vez en su faceta de legislador penal⁶. En conjunto, el artículo puede verse como una guía de producción de la ley penal: por un lado, describe los vicios más importantes en los que se puede incurrir en el procedimiento legislativo, muchos de los cuales se dieron en la tramitación de la LO 14/2022; por otro, muestra su en absoluto complicada evitación.

2. LA FORMA DE LA INICIATIVA: ¿POR QUÉ UNA PROPOSICIÓN DE LEY?

El procedimiento legislativo que culminó en la aprobación de la LO 14/2022 comenzó el 11 de noviembre de 2022 mediante la presentación a la Mesa del Congreso de los Diputados de la «Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso» (en adelante, «la proposición»)⁷. Esta fue presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos —En Comú Podem— Galicia en Común y se acompañó de la solicitud de tramitación por el procedimiento de urgencia con base en el art. 93 del Reglamento del Congreso de los Diputados (en adelante, RC)⁸. El siguiente día de actividad parlamentaria, el lunes 14 de noviembre, la Mesa del Congreso admitió a trámite dicha proposición, debiendo recordar a sus apresurados valedores que, respecto a la solicitud de tramitación por el procedimiento de urgencia, «solo procederá el acuerdo correspondiente una vez se haya producido su eventual toma en consideración»⁹.

La elección de una proposición de ley originada en el propio Congreso, en lugar de un proyecto de ley del ejecutivo, resulta objetable desde un punto de vista material (no así desde el punto de vista formal, ni, *prima facie*, desde el de su legitimidad democrática, como recuerda el TC¹⁰), dadas las mayores oportunidades para una buena redacción del texto que ofrecen los proyectos. Recogiendo la opinión ampliamente mayoritaria, subraya Díez Ripollés (2019: 122) cómo, «en contra de lo que suele creerse, la fase parlamentaria no suele ser decisiva, son en particular algunas etapas de la fase prelegislativa las que de-

terminarán sustancialmente el resultado legislativo final»¹¹. Por este motivo, desde hace algunas décadas han surgido en el ámbito internacional iniciativas que enfatizan el momento prelegislativo y establecen requisitos a cumplir antes de la presentación del proyecto al parlamento¹².

Sin embargo, la realidad se muestra tozuda. Poco puede aportar el refuerzo del momento prelegislativo si cristaliza la creciente tendencia a presentar proposiciones y no proyectos de ley, o si se presentan proyectos de ley que son luego objeto de reforma en el trámite parlamentario mediante enmiendas con una tenue o inexistente relación material con el texto inicialmente presentado. Antes que poner el foco en el momento *prelegislativo*, este se ha de dirigir hacia los momentos *extralegislativos*: lo importante es subrayar que las decisiones legislativas más importantes no se toman en sede parlamentaria, aunque en ella sea donde se ejecuten, y los problemas de falta de transparencia y de deterioro de la calidad legislativa que esta forma de proceder supone.

En materia de producción legislativa, el ordenamiento español cuenta con una importante ventaja de partida: la propia CE establece en su art. 88 la obligación del Gobierno de acompañar sus iniciativas legislativas de «una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos». Este gratamente sorprendente precepto, sin parangón en el derecho comparado, responde a la preocupación por contrarrestar parcialmente la superioridad en información y medios de que disponen los gobiernos frente al parlamento en las democracias actuales¹³. Para conseguirlo, se obliga al Gobierno, cuya iniciativa legislativa tiene preferencia normativa¹⁴, y es o ha venido siendo la regla en la práctica¹⁵, a que presente al Parlamento cierta información cuando pretenda que este apruebe su proyecto¹⁶.

Aun cuando la CE nada dice al respecto, dado que los «antecedentes necesarios» han de acompañar a la exposición de motivos y que la función de esta es que el Gobierno explique a las Cortes las razones por las que deben aprobar el proyecto (Dorrego de Carlos, 1998:321), la doctrina publicista ha entendido que los antecedentes han de acreditar lo afirmado por el Gobierno en la Exposición (García-Escudero Márquez, 2000:185; Sáinz Moreno, 1989:26).

En España los «antecedentes necesarios» han atravesado diversos estadios de reconocimiento normativo¹⁷, acompañados de una siempre insatisfactoria pero últimamente algo mejorada praxis. El régimen actual fue establecido en 2015 por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (arts. 129-130 y 132-133), y la reforma de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (arts. 25-28). No sin redundancias y vaguedades impropias de preceptos con vocación de mejora de la calidad normativa, se dispone de un ambicioso conjunto de exigencias que abarca las fases de planificación, redacción del texto (con previsión de la participación ciudadana), elaboración de una Memoria de Análisis de Impacto Normativo y, en algunos casos, informes de emisión obligatoria y/o previsión de evaluación *ex post*¹⁸.

Considerado en abstracto, el procedimiento legalmente establecido en España ofrece un marco adecuado para la consecución de un mejor producto normativo¹⁹. Sin embargo,

sus virtudes, en especial la mayor posibilidad de reflexión y transparencia, son al mismo tiempo características que pueden resultar incómodas desde un punto de vista político-partidista, generándose incentivos para su evitación por medio del recurso a las proposiciones de ley²⁰. En los últimos años, se puede de hecho verificar un giro hacia el mayor uso de la proposición frente al proyecto de ley. Este se ha dado de forma general, pero también de manera específica, y más pronunciada, en materia penal, según puede verse en las siguientes tablas, que recogen el porcentaje de leyes aprobadas por el Parlamento en las catorce primeras legislaturas que han tenido origen en un proyecto de ley (tabla 1) y el número de leyes orgánicas de reforma del Código penal que proceden de proyectos y de proposiciones de ley, respectivamente (tabla 2²¹):

Tabla 1. Proporción de leyes aprobadas con origen en un proyecto de ley^{22/23}

Legislatura	I a VI	VII	VIII	IX	X	XII	XIV
Leyes	1069	192	167	141	169	39	118
Origen PL	908 (84,93 %)	172 (89,58 %)	140 (83,83 %)	120 (85,10 %)	160 (94,67 %)	18 (46,15 %)	87 (73,72 %)

Tabla 2. Reformas del Código Penal mediante Ley Orgánica, 1996-2023²⁴

Legislatura	VI	VII	VIII	IX	X	XII	XIV	Total
Proyecto	4	6	4	3	2	0	6	25
Proposición	2	2	2	1	1	2	11	21

Ningún dato habla por sí solo, pero los anteriores son bastante elocuentes: en las legislaturas VI a X las reformas del Código penal con origen en proyectos de ley superan ampliamente a las que lo tienen en proposiciones de ley (19 frente a 8); en las dos últimas legislaturas en las que se aprobaron leyes (XII y XIV), la proporción se invierte drásticamente (6 y 13), para llegar a la actual situación, de gran proximidad. Las reformas mediante proposición de ley orgánica en las dos últimas legislaturas (13) superan en más de un 50 % el número de las operadas por la misma vía en las cinco anteriores (8).

Cualquier análisis de este giro de tener en cuenta que, haber mediado un mínimo de previsión, varias de las reformas penales originadas en proposiciones de ley en los últimos años podrían haber sido tramitadas de forma agrupada, toda vez que modifican pocos preceptos, incluso uno solo. Este es el caso de 7 de las 11 proposiciones de ley en materia penal aprobadas en la XIV legislatura (63,63 %)²⁵.

Las razones por las que no se hizo seguramente tienen que ver con mercadotecnia política: se prefiere no agrupar las iniciativas para maximizar el impacto publicitario de la tramitación y aprobación de cada una de ellas. Esta explicación, sin embargo, resulta incompleta si no se introduce el factor temporal, porque el aprovechamiento político-publicitario puede conseguirse igualmente en las iniciativas con origen en proyectos de ley.

Estas también se han de tramitar y votar por el parlamento, y de hecho la aprobación del proyecto de ley por el Consejo de Ministros para su envío al Parlamento es usualmente jaleada por el Gobierno (y recogida por los medios) como si la ley ya estuviera aprobada²⁶. La ventaja (política) de la proposición de ley es que permite focalizar la atención de la ciudadanía de manera mucho más rápida, toda vez que no es necesario pasar por los «engorrosos» trámites de consulta (entre otros a la propia ciudadanía), memoria y eventualmente dictamen de los proyectos antes de presentar el texto al Congreso: la percibida necesidad de actuación urgente se colma rápidamente con la presentación de la proposición²⁷; y, en su caso, con la subsiguiente solicitud de tramitación por el procedimiento de urgencia²⁸.

A lo anterior ha de añadirse que las proposiciones de ley, al no venir del Gobierno, sino del Parlamento, permiten escenificar mejor el acuerdo entre algunos grupos políticos (y su distancia con otros), siendo usual que ya la presentación de la iniciativa ante la Mesa del Congreso se haga de forma conjunta²⁹. Hasta la última legislatura parece que esta era la principal razón para acudir a la proposición de ley. Las dos primeras reformas del Código penal, vehiculadas ambas a través de proposiciones de ley orgánica, ejemplifican bien lo que se acaba de exponer. En el primer caso³⁰, en un momento de gran emotividad y unión antiterrorista³¹, todos los partidos con representación parlamentaria, menos uno³², impulsaron medidas contra formas de violencia e intimidación callejeras descritas como una «nueva forma de terrorismo»; en el segundo, el partido que había accedido al Gobierno en la VI legislatura (PP) y dos de los tres grupos parlamentarios que apoyaron la investidura de su candidato como presidente del Gobierno (CiU y Coalición Canaria) subrayaban su unidad presentando de forma conjunta una inusual proposición de reforma a la baja de la penalidad³³, en una materia en la que de algún modo se invertían las posiciones ideológicamente esperables³⁴.

La situación de mayor fragmentación partidista del parlamento en las cuatro últimas legislaturas, en dos de las cuales no se ha conseguido aprobar leyes, explica también la evolución hacia un mayor uso de las proposiciones en todas las materias reservadas a la ley orgánica³⁵, no sólo en el ámbito penal:

Tabla 3. Tipo de iniciativa en las leyes orgánicas aprobadas³⁶

Legislatura	VI	VII	VIII	IX	X	XII	XIV	Total
Proyecto	22 (55%)	32 (80,4%)	21 (63,6%)	19 (73,1%)	34 (82,9%)	1 (9,1%)	17 (45,9%)	146 (63,8%)
Proposición	18	9	12	7	7	10	20	83

La acumulación de incentivos para la utilización de las proposiciones de ley por parte de los actores políticos hace que el panorama no sea muy halagüeño en lo que respecta a la continuidad de su uso en el futuro y el correlativo orillado de los requisitos legalmente establecidos para los proyectos de ley. Sin embargo, no se está ante un destino inevitable. El examen de la tramitación de la LO 14/2022 ofrece posibilidades de actuación que pueden servir de contrapeso a esta tendencia, la mayoría de las cuales no fueron sin embargo

empleadas, ni por los órganos constitucionalmente designados para ello ni por los parlamentarios opuestos a su tramitación.

3. COMIENZO DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO: LAS FUNCIONES DE LA MESA DEL CONGRESO Y LOS DERECHOS DE LOS PARLAMENTARIOS

Como se apuntó, la proposición de ley que con modificaciones resultaría aprobada como LO 14/2022 se presentó ante la Mesa del Congreso de los Diputados el 14 de noviembre de 2022. Ese mismo día la Mesa acordó admitir la iniciativa a trámite y su envió al Gobierno a los efectos previstos en el art. 126.2 del Reglamento del Consejo de los Diputados, esto es, para que este manifieste su criterio sobre la toma en consideración y su conformidad o no a la tramitación en el caso de que suponga un incremento de los créditos o una disminución de los ingresos presupuestarios.

El texto presentado iba acompañado de una exposición de motivos (desde hace años la mayor parte de las iniciativas legislativas, sean proyectos o proposiciones, la incorporan), pero carecía de cualquier otra documentación. Esto puede parecer irrelevante, toda vez que la exigencia del art. 88 CE de proveer al parlamento de los «antecedentes necesarios», innecesariamente reiterada en el art. 109 RC, se circunscribe a los proyectos de ley enviados por el Gobierno. Sin embargo, el art. 124 RC extiende dicha exigencia a las proposiciones de ley, y lo hace con una redacción casi idéntica («Las proposiciones de ley se presentarán acompañadas de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellas»)³⁷. En lo que sigue se va a argüir que, ante la ausencia de acompañamiento de documentación, la Mesa del Congreso de los diputados pudo y debió en el caso rechazar la admisión a trámite de la proposición. La Mesa no hizo ninguna de estas cosas, y los diputados contrarios a la tramitación de la proposición de ley tampoco hicieron uso de todas sus posibilidades de oposición.

3.1. LA CALIFICACIÓN Y ADMISIÓN DE INICIATIVAS POR PARTE DE LA MESA DEL CONGRESO

El art. 31.1.4º RC establece que corresponde a la Mesa «Calificar, con arreglo al Reglamento, los escritos y documentos de índole parlamentaria, así como declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de los mismos»³⁸. La jurisprudencia del TC sobre la calificación de iniciativas por las mesas parlamentarias ha pasado por cuatro fases que pueden agruparse por parejas: mientras que en la primera y la tercera se sostuvo que las mesas deben limitarse a efectuar un análisis formal y no entrar en el fondo³⁹, en la segunda y la cuarta se amplían las facultades de inadmisión de iniciativas a aquellos casos en que su contenido sea «manifiestamente contrario a derecho o inconstitucional»⁴⁰. La cuarta y por el momento última fase dio comienzo con la STC 10/2016, y se ha desarrollado muy principalmente por medio de resoluciones dictadas con ocasión del Procés en Cataluña⁴¹. En esta fase no sólo

se admiten las *facultades* de inadmisión por parte de las Mesas ya admitidas en la segunda, sino que se llega a considerar que en ocasiones hay un *deber* de inadmisión (STC 107/2016 FJ 3º). En concreto, el TC establece el deber de las Mesas de las cámaras de inadmitir a trámite las iniciativas que supongan «un incumplimiento manifiesto de lo resuelto por el Tribunal Constitucional»⁴².

El TC ha manifestado que en la decisión de admisión de una iniciativa entra en juego el derecho fundamental de los parlamentarios a desarrollar su cargo, el *ius in officium*, así denominado y residenciado en el art. 23.2 CE a partir de la STC 161/1988, FJ 7º⁴³. Con base en la alusión contenida en la parte final del art. 23.2 CE, el TC entiende que es un «derecho de configuración legal», a perfilar por los reglamentos de las cámaras⁴⁴. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia del TC ha perimetrado su contorno:

- Siguiendo una doctrina más general en materia de derechos fundamentales, la STC 38/1999 estableció que no se protegen constitucionalmente todos los derechos y facultades parlamentarios, sino solo aquellos «pertenecientes al núcleo de la función representativa, como son, principalmente, los que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción del gobierno» (FJ 2º)⁴⁵. No parece discutible que la decisión sobre la admisión o no de una iniciativa legislativa integra tal núcleo, y así lo ha entendido en diversas ocasiones el TC⁴⁶.
- En el caso de vicios de procedimiento, el TC tiene sentado que, además de la infracción de la norma de que se trate, ha de analizarse su trascendencia. Para que un vicio formal vulnere el art. 23.2 CE debe alterar de forma sustancial «el proceso de formación de la voluntad de una Cámara»⁴⁷. Con la finalidad de concretar esta vaporosa noción el TC ha dicho que, en el caso de informes sobre el texto de la iniciativa, para determinar si se ha dado esa alteración sustancial, se ha de considerar su carácter preceptivo o facultativo, así como si la consulta viene impuesta por una norma del bloque de constitucionalidad o no. En este último caso, «la falta de un determinado antecedente sólo tiene trascendencia si priva a las cámaras de un elemento necesario para su decisión»⁴⁸. Esta otra noción, la de «privación de un elemento necesario para la decisión de las cámaras», no parece menos vaga que la de «alteración sustancial del proceso de formación de voluntad de la cámara legislativa», a la que supuestamente viene a acotar. De hecho, el TC las utiliza de forma intercambiable, lo que permite dudar de que verdaderamente se trate de un *aliud*, y no de un mero cambio de formulación⁴⁹.
- En lo que respecta a la función de calificación de los órganos parlamentarios, el TC ha afirmado que sólo puede realizar un control negativo «pues no le es dado, por respeto a la autonomía de las cámaras sobre los procedimientos que se desarrollan en su seno, reemplazar la voluntad de sus órganos en el ejercicio de la función de calificación»⁵⁰.

A partir de la anterior doctrina, el TC ha concluido que la admisión de una iniciativa, incluso si esta es inconstitucional, no infringe el *ius in officium* del resto de los parlamentarios⁵¹. Y ha sostenido que esto es así incluso en el único caso, la infracción de mandatos

del propio TC, en que la inadmisión no es sólo una facultad, sino un deber. Lo expresa con grandilocuencia la STC 47/2018, FJ 5º: «aun configurado tal poder de inadmisión en casos límite como deber constitucional de la Mesa, su incumplimiento no ocasionaría infracción alguna del derecho fundamental (art. 23.2 CE) de quienes denuncien tal supuesta omisión de un control que habría sido obligado. En el contenido del derecho enunciado en el art. 23.2 CE no se encuentra lo que habría que llamar «derecho fundamental a la constitucionalidad» de las iniciativas parlamentarias o, incluso, de los acuerdos o normas a que aboquen, hipotético contenido este que no solo difuminaría los contornos del derecho instituido en aquel precepto, sino que alteraría al propio tiempo la propia configuración del recurso de amparo e incluso, acaso, el entero sistema de nuestra jurisdicción constitucional».

El anterior razonamiento no convence. La deferencia con el criterio exhibido por las mesas y el énfasis en el derecho de los parlamentarios individuales o grupos proponentes a ver tramitadas sus iniciativas es sin duda razonable. Al tiempo, también es excesivamente unilateral cuando lo que está en juego es la infracción del procedimiento legislativo, dado que este no se establece solo en beneficio de los parlamentarios que proponen las iniciativas, sino también del resto, quienes han de discutir las y decidir sobre su aprobación, y han de hacerlo en condiciones favorables a la producción de un mejor texto legislativo. Esto último es justamente lo que pretenden la Constitución, las leyes y los reglamentos parlamentarios al establecer requisitos para los procedimientos legislativos.

La vinculación de las normas procedimentales con la consecución de una mejor normativa para la ciudadanía otorga a la cuestión una dimensión institucional y colectiva que opera a favor de la exigencia de su cumplimiento. Y, también, de la posibilidad de infracción del derecho fundamental a la labor de los parlamentarios cuando las mesas admiten iniciativas manifiestamente contrarias a la Constitución o, dada la naturaleza de derecho de configuración legal del *ius in officium*, a los reglamentos de las cámaras⁵². Veamos ahora en qué habría consistido la infracción en el caso de la tramitación de la LO 14/2022.

3.2. LA CARENCIA DE «ANTECEDENTES NECESARIOS» DE LA PROPOSICIÓN DE LEY

La Mesa del Congreso no sólo pudo, sino que debió inadmitir a trámite la proposición de ley que desembocó en la LO 14/2022, dado que esta, infringiendo el art. 124.1 RC, se presentó sin ir acompañada de los antecedentes necesarios para que el Congreso se pronunciara sobre ella.

Según relatan personas con experiencia profesional directa en la materia, «la práctica parlamentaria ha impuesto que como antecedentes necesarios a (*sic*) las proposiciones de ley es suficiente con incluir una relación de la normativa previa que sirve como base para el texto presentado»⁵³. Sin embargo, por importantes que resulten los usos parlamentarios, estos no pueden ir en contra del contenido de un precepto incluido en el reglamento de una cámara⁵⁴. Su relevancia es, por el contrario, intersticial: operan allí donde no existen o no llegan los preceptos reglamentarios⁵⁵. Aunque en el caso de las proposiciones de ley la

obligación de proveer antecedentes carezca de rango constitucional, lo tiene reglamentario, y no puede sin más tenerse por inexistente ni diluirse de forma drástica mediante una interpretación de la expresión «antecedentes necesarios» que prive a esta de cualquier sentido y funcionalidad.

El devenir de la normativa española que desarrolla la expresión constitucional «antecedentes necesarios» proporciona un argumento adicional. Desde su temprana STC 76/1983, el TC excluye la posibilidad de leyes interpretativas de la Constitución *stricto sensu*, o «meramente interpretativas». Sin embargo, se ha argüido con acierto que el desarrollo del programa normativo de la Constitución sólo es posible por medio de leyes ordinarias que de alguna forma interpretan los preceptos constitucionales⁵⁶. En el caso de la legislación que interpreta la noción de «antecedentes necesarios» del art. 88 CE, esta ha ido alejándose progresivamente de la interpretación subyacente a la práctica parlamentaria vista para exigir cada vez más requisitos de contenido más específico⁵⁷. Y hay que recordar que este desarrollo legislativo de la noción de antecedentes necesarios para los proyectos de ley la ha realizado el mismo órgano constitucional, el Congreso, que aprobó el Reglamento en el que se exigen dichos antecedentes tanto para los proyectos (art. 109) como para las proposiciones de ley (art. 124).

Lo anterior no supone, en modo alguno, proponer la aplicación *in toto* a las proposiciones de ley de lo que normas distintas de los reglamentos parlamentarios establecen para los proyectos. Esto se ha intentado en alguna ocasión, más a menudo en los últimos tiempos, en algunos recursos de inconstitucionalidad, y ha sido correcta y contundentemente rechazado por el TC⁵⁸. Sin embargo, entre esta posibilidad «maximalista» y la de afirmar que en el caso de las proposiciones de ley basta con listar la normativa previa hay un amplio espacio hermenéutico, en cuya exploración no debe perderse de vista que los arts. 109 y 124 RC utilizan para los proyectos y las proposiciones de ley exactamente la misma expresión: «antecedentes necesarios». Ciertamente, una reforma del RC podría acabar con la exigencia de los antecedentes necesarios en el caso de las proposiciones, a diferencia de lo que ocurre con los proyectos de ley, dado que sólo en este último caso la exigencia viene impuesta por el art. 88 CE. En tanto tal reforma no se produzca, sin embargo, es claro que el art. 124 RC exige que se presenten materiales («antecedentes necesarios») para una mejor comprensión de las finalidades y posibles efectos del texto proyectado. Y este requisito no puede considerarse cumplido por una iniciativa como la que culminaría en la LO 14/2022, que, si bien incorporaba una exposición de motivos, no incluía ningún otro elemento, ni siquiera el manifiestamente insuficiente listado de normativa anterior sobre la materia⁵⁹. No se trata, se insiste, de exigir a las proposiciones de ley requisitos que el ordenamiento jurídico no les impone. Pero tampoco puede obviarse que este no es el caso de la exigencia de antecedentes necesarios, que viene efectivamente impuesta por el propio art. 124 RC⁶⁰.

Resta finalmente volver sobre la grandilocuente aseveración del TC sobre cómo la admisión de un «derecho fundamental a la constitucionalidad de las iniciativas parlamentarias» alteraría (ha de entenderse que de forma negativa) «la propia configuración del recurso de amparo e incluso, acaso, el entero sistema de nuestra jurisdicción constitucional» (STC 47/2018, FJ 5º).

Subyace a esta afirmación la preocupación, sin duda justificada, ante la posibilidad de una excesiva intromisión del TC en la vida del órgano constitucional que directamente representa al pueblo, las Cortes Generales. Sin embargo, no se está ante una cuestión de todo o nada, sino ante de una de medida: no se trata de que el TC revise cada iniciativa parlamentaria para ver si los materiales presentados son, a su criterio, suficientes, sino de que actúe ante las más crasas infracciones. El art. 124 RC es una norma con estructura de regla que exige sólo dos condiciones a las proposiciones de ley: la presentación de una exposición de motivos y la de los antecedentes necesarios. En el caso que nos ocupa, la segunda de estas no se cumplió. Se trata de una infracción estrictamente formal, cuya constatación no exige valoración o ponderación alguna (como sí ocurriría en caso de que lo que se tuviera que decidir es si los antecedentes presentados son o no suficientes). Insistir en que incluso en estas condiciones una iniciativa se debe admitir a trámite y dejar que sea el parlamento el que decida si se da por adecuadamente informado o considera oportuno solicitar más información implica dejar el cumplimiento de la normativa sobre procedimiento legislativo al albur de mayorías de carácter coyuntural, conformadas incluso en torno a un único proyecto legislativo. Por un lado, esto supone desconsiderar los derechos de las minorías parlamentarias (y los de la ciudadanía a la que representan), que no pueden entenderse colmados con la posibilidad de votar (y perder), sino que incluyen el derecho a la intervención informada y sustantiva en el procedimiento legislativo (aunque se pierda la votación). Por otro, se subvierte uno de los principales propósitos de las normas relativas al procedimiento legislativo: maximizar las posibilidades de consecución de un buen texto legal para la ciudadanía.

3.3. LA ACTUACIÓN DE LA MESA Y LA INSUFICIENTE REACCIÓN DE LOS OPOSITORES A LA INICIATIVA

3.3.1. El acuerdo de admisión a trámite de la iniciativa y la omisión de solicitud de reconsideración por falta de antecedentes: una primera oportunidad perdida

En el procedimiento legislativo que resultó en la LO 14/2022, la Mesa del Congreso admitió a trámite la iniciativa mediante Acuerdo de 14 de noviembre de 2022, sin que haya indicios de que se planteara la inexistencia de los antecedentes necesarios. Esto no sorprende en lo que respecta a la propia Mesa, dada la jurisprudencia del TC vista y que seis de sus nueve integrantes pertenecían a los dos grupos parlamentarios proponentes. Menos lógico resulta que la cuestión no fuera suscitada por parlamentarios de otros grupos, alguno de los cuales presentó poco después enmiendas a la totalidad del texto. Ello habría sido posible a tenor del art. 31.2 RC, que establece la posibilidad de los representantes o grupos parlamentarios de solicitar la reconsideración de la Mesa en caso de discrepancia sobre el ejercicio de las facultades previstas en el art. 31.1.4º (calificación y admisión de iniciativas) y 31.1.5º (decisiones sobre tramitación de escritos y documentos de índole parlamentaria)⁶¹.

No habiéndose producido la solicitud de reconsideración, la Mesa no hubo de pronunciarse de nuevo. De haberlo hecho y haberse reafirmado en su criterio, quedaría expedita la vía del denominado «amparo parlamentario» del art. 42 LOTC⁶², que procede contra las decisiones o actos parlamentarios sin valor de ley en caso de infracción de un derecho fundamental⁶³. Como esto no ocurrió, atendiendo a la estricta doctrina del TC sobre la necesidad de denuncia del vicio procedimental en la primera ocasión que se tenga para hacerlo, la presentación con omisión de cualesquiera antecedentes necesarios de la proposición de ley que dio lugar a la LO 14/2022 devino irrecurrible por la vía del art. 42 LOTC⁶⁴. Se perdió una interesante oportunidad de explorar los límites de la amplia tolerancia del TC en esta materia: como se avanzó, en este caso no se trataba de si los antecedentes necesarios aportados eran suficientes o no, sino de que estos no existían en absoluto.

3.3.2. Solicitud de informes y audiencias y oposición a la tramitación urgente; acuerdo denegatorio y falta de solicitud de reconsideración: fin de (esta) partida

Los opositores a la tramitación pronto tendrían otra oportunidad: el primer día hábil tras la admisión a trámite de la proposición, el lunes 17 de noviembre, la Mesa del Congreso resolvió mediante Acuerdo rechazar la solicitud del portavoz del Grupo Parlamentario (en adelante, GP) Popular en el Congreso de pedir informes al CGPJ, el Consejo de Estado y el Consejo Fiscal, así como la audiencia de expertos; también se rechazó la solicitud de que la tramitación de la iniciativa no se efectuara por el procedimiento de urgencia⁶⁵.

La última solicitud era prematura, toda vez que la tramitación mediante el procedimiento de urgencia aún no se había decidido. Como había informado la Mesa a los proponentes, la decisión solo se produciría tras la toma en consideración de la proposición por el Pleno del Congreso de los Diputados, lo que tuvo lugar en su segunda sesión del 24 de noviembre de 2022⁶⁶. En el «Acuerdo subsiguiente a la toma en consideración», del mismo día, la Mesa del Congreso resolvió encomendar dictamen a la Comisión de Justicia y tramitar la proposición por el procedimiento de urgencia, así como establecer los plazos para la presentación de enmiendas⁶⁷.

No consta que en el caso que nos ocupa se solicitara por vía del art. 31.2 RC la reconsideración del acuerdo de la mesa de 17 de noviembre, que rechazaba las peticiones de informes y comparencias, y tampoco que se hiciera respecto del Acuerdo de 24 de noviembre. Atendiendo nuevamente a la doctrina del TC sobre la necesidad de denuncia del vicio procedimental en la primera ocasión que se tenga para hacerlo, estas decisiones tornaron irrecurribles en amparo parlamentario. Siendo realistas, las cosas seguramente no hubieran cambiado mucho de haberse recurrido. Ya se ha comentado cómo, tratándose de una proposición de ley, la jurisprudencia del TC ha dejado claro que la ausencia de informes no puede ser un vicio invalidante, al no ser estos exigibles, como sí lo son, en ocasiones, en el caso de los proyectos de ley⁶⁸. Atendiendo a la doctrina del TC sobre la decisión de tramitación de las iniciativas por el procedimiento de urgencia, tampoco parece que una alegación en tal sentido hubiera tenido éxito.

En las recientes SSTC 139/2024, de 6 de noviembre, 25/2024, de 13 de febrero, y 15/2024, de 30 de enero, el TC ha mantenido su anterior doctrina sobre la declaración de urgencia, conforme a la cual esta «*per se* no da lugar a un vicio de inconstitucionalidad del procedimiento legislativo, pues la reducción del tiempo de tramitación de la iniciativa legislativa como consecuencia de aquella declaración «no tiene por qué traducirse en merma alguna de los principios constitucionales que han de informar el procedimiento legislativo en cuanto procedimiento de formación de la voluntad del órgano»⁶⁹.

Moviéndose en este nivel de generalidad, el anterior aserto no es objetable, pues puede en efecto ocurrir que la iniciativa sea de tan poca complejidad que la reducción de plazos no afecte a la calidad del producto legislativo. El problema con la doctrina del TC en esta materia se encuentra en los detalles.

En primer lugar, en la interpretación dada al artículo 93.1 RC. Según este, «A petición del Gobierno, de dos Grupos Parlamentarios o de una quinta parte de los Diputados, la Mesa del Congreso podrá acordar que un asunto se tramite por procedimiento de urgencia». A partir de este tenor literal, el TC ha entendido que «el órgano rector de la Cámara no ha de motivar o justificar su decisión, sino adoptarla en función de la solicitud elevada por los sujetos legitimados para ejercerla (...) ninguna justificación resulta exigible a la mesa sobre las razones de la aceptación de la solicitud» (STC 15/2024, FJ 3º b). Dado el tenor del art. 93.1, es claro que para la Mesa del Congreso la tramitación urgente es una facultad (*podrá acordar*), y no una obligación. Que el ejercicio por parte de una institución de derecho público de una facultad que puede afectar la actividad y derechos de los parlamentarios electos no tenga que motivarse resulta, como poco, sorprendente⁷⁰. Al tiempo, evidencia la mejorable sensibilidad del TC ante las cuestiones de procedimiento legislativo.

En segundo lugar, para concluir que la urgencia no afectó a las facultades de los parlamentarios en el caso concreto, el TC se da por satisfecho con el hecho objetivo del ejercicio de tales facultades. Así, se sostiene que «la tramitación urgente no ha impedido a los recurrentes ejercer las facultades que les corresponden como diputados en el procedimiento legislativo, notablemente la facultad de presentación de enmiendas a la totalidad con texto alternativo»⁷¹. Sin embargo, resulta claro que una cosa es que se pueda llegar a presentar una enmienda u otro escrito, y otra que estos no hubieran podido mejorar sustancialmente de haberse dispuesto de más tiempo para su preparación. El interés de la ciudadanía no se protege adecuadamente garantizando que sus representantes puedan presentar un texto cualquiera, sin tener en consideración las circunstancias que influyen en su calidad, y entre estas sin duda se encuentra la premura a la hora de prepararlo. Un órgano como el TC, que dedica un tiempo tan sustancial a la elaboración de sus resoluciones, debería ser el primero en reconocerlo⁷².

3.3.3. Exploración de un contrafáctico: ¿De qué habría servido un eventual amparo ex art. 42 LOTC?

El tiempo que se tarda en resolver los recursos de amparo parlamentario interpuestos con base en el art. 42 LOTC hace que en una mayoría de casos el fallo se produzca ya ago-

tada la legislatura en la que se dictó el acto ilícito. Esto hace que su resolución tenga efectos que, como se reconocía con candidez ya en la STC 205/1990, «es obligado admitir que resultan ser meramente declarativos o de reconocimiento de derechos no susceptibles de ejecución»⁷³. La sentencia añadía con cierto optimismo que estos efectos declarativos satisfacen «en lo que sea posible» la pretensión de los recurrentes⁷⁴. Sin embargo, parece escaso rédito para una institución jurídico-pública cuya finalidad principal es proteger los derechos de las minorías parlamentarias y ofrecer a las mayorías incentivos para que lo hagan.

Por supuesto, la magnitud de este problema depende de la proporción de casos en los que la resolución del TC «llegue a tiempo», lo que por ahora se va a asumir que significa que se produce en la misma legislatura en que se produjo la infracción y, por tanto, se puede dirigir al órgano responsable de esta (aunque, como se verá, los efectos negativos del paso del tiempo se hacen sentir incluso en estos supuestos)⁷⁵.

Un estudio de Santaolalla López (2013: 122-126) mostró cómo, de 19 casos resueltos a favor de los recurrentes por el TC en esta materia entre 2001 y julio de 2011, sólo en dos llegó a tiempo en el sentido visto⁷⁶. En los últimos años, la tónica general es algo mejor, aun cuando siga siendo insatisfactoria. En un análisis propio se ha podido verificar cómo, entre enero de 2018 y diciembre de 2024, el TC dio la razón a los recurrentes en 35 recursos contra decisiones de mesas parlamentarias⁷⁷, y en 10 de ellos la resolución llegó en la misma legislatura en la que se cometió la infracción⁷⁸. Se ha mejorado por tanto el porcentaje de resoluciones «a tiempo» en comparación con el período estudiado por Santaolalla (10 de 35 —28,57%— frente a 2 de 19 —10,5%—).

Sin negar la mejora, este porcentaje no puede en modo alguno considerarse satisfactorio. No lo es en sí mismo, toda vez que, de cada diez recursos, en más de siete la resolución se produce decaída la legislatura. Y lo es menos todavía cuando se considera que, incluso en los casos en los que la sentencia recae con la legislatura activa, esta inexorablemente habrá avanzado: cuando la retroacción afecta a una iniciativa no aceptada, por ejemplo, la obligada reconsideración puede resultar infructuosa si la legislatura concluye antes de que se pueda reconsiderar y tramitar la iniciativa. Y, cuando afecta a una iniciativa indebidamente aceptada, es muy posible que esta ya se haya aprobado, de forma que la retroacción puede considerarse inadecuada en atención al principio de seguridad jurídica.

La cuestión no sólo atañe a las resoluciones de los órganos parlamentarios relacionadas con procedimientos legislativos específicos. Así, en una serie de sentencias relacionadas, el TC decidió que los acuerdos de la Mesa del Parlament de Catalunya que habilitaron primero la delegación y luego el voto telemático de un diputado encausado y fugado era contraria a derecho e infringía los derechos fundamentales de otros representantes. A pesar de lo craso de dichas infracciones, sin embargo, en estas SSTC se decide, en virtud del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, limitar el alcance del fallo y no comunicar la nulidad de los acuerdos parlamentarios a los actos adoptados con el voto telemático del diputado en cuestión⁷⁹. Considerando las alternativas, es difícil negar que esta solución sea el mal menor. Al tiempo, hablar en casos como estos de reparación simbólica es un triste conformarse ante lo que parece un claro problema de diseño institucional⁸⁰.

La vía del amparo parlamentario aparece poco prometedoras como herramienta para la mejora del cumplimiento de sus obligaciones por los órganos parlamentarios, incluyendo las relativas a la producción legislativa. Sin embargo, se viene utilizando de modo claramente creciente. A ello apunta la diferencia entre el estudio de Santolalla (19 resoluciones favorables a los recurrentes en 10 años y medio: 1,8 por año), y el realizado para este trabajo (35 en 7 años: 5 anuales, casi el triple)⁸¹. Y se verifica acudiendo a las memorias del TC desde 1999, que muestran cómo el número de recursos de amparo parlamentario ha ascendido de forma ostensible:

Tabla 4. Número anual de recursos de amparo parlamentario (art. 42 LOTC)⁸²

Año	'99	'00	'01	'02	'03	'04	'05	'06	'07	'08	'09	'10	'11
N.º	3	1	12	4	14	4	9	5	5	3	15	17	20
Año	'12	'13	'14	'15	'16	'17	'18	'19	'20	'21	'22	'23	'24
N.º	20	13	9	13	9	27	29	28	25	26	32	19	—

Entre las posibles explicaciones se encuentran (de modo no exhaustivo ni excluyente), por un lado, que el peso de los incentivos inmateriales sea superior al esperado; por otro, que los partidos logren (o piensen que lo hacen) algún efecto material sobre sus bases o posibles votantes mediante la publicidad del éxito logrado ante el TC. En el otro lado de la ecuación queda la sensación de «misión cumplida»/«ha merecido la pena» con la que la resolución con efectos meramente simbólicos del TC puede ser recibida en las filas de los partidos beneficiados por la decisión frente a la que se concede el amparo: al final, la lesión de los derechos de otros parlamentarios para beneficiar al propio partido tiene como única consecuencia un simbólico tirón de orejas por parte del TC.

Lo anterior refleja lo que parece ser una constante de la vida parlamentaria española: el interés por las normas relativas al procedimiento legislativo se concentra de forma casi exclusiva en quienes se oponen a la iniciativa en cuestión, mientras que sus proponentes, apelando a la soberanía parlamentaria, minimizan hasta su anulación la importancia de estas cuestiones. Y no se trata de una cuestión de partidos políticos o de talentos personales, puesto que los mismos parlamentarios y grupos asumen con soltura uno y otro rol, incluso en una misma legislatura⁸³. Esto muestra que las normas sobre calidad de la producción normativa se consideran por una mayoría de representantes parlamentarios desde una perspectiva puramente instrumental: útiles cuando uno se opone a la iniciativa, molestas si está a favor. Leídos en esta clave, los reproches mutuos entre parlamentarios de distintas formaciones recogidos en Becerra/Ferrández (2021: 49-72) tienen algo de lágrimas de cocodrilo.

4. DEL CONGRESO AL SENADO, PASANDO POR EL TC

4.1. ADMISIÓN DE ENMIENDAS POR LA COMISIÓN DE JUSTICIA, SOLICITUD DESATENDIDA DE RECONSIDERACIÓN Y RECURSO DE AMPARO: EL CAMINO HASTA EL ATC 177/2022

Según se avanzó, en el «Acuerdo subsiguiente a la toma en consideración» de 24 de noviembre de 2022 la Mesa del Congreso resolvió, entre otras cuestiones, establecer los plazos para la presentación de enmiendas, poniendo como fechas límite el 29 de noviembre a las 11 horas para las enmiendas a la totalidad y el 9 de diciembre para las formuladas al articulado⁸⁴.

Como puede comprobarse acudiendo a la publicación oficial de la proposición de ley en el Boletín Oficial de las Cortes Generales⁸⁵, el texto presentado a la Mesa del Congreso no incluía reformas en materia de corrupción o delitos contra la administración pública⁸⁶, y tampoco sobre otras que finalmente resultarían incluidas en la LO 14/2022: estas fueron introducidas mediante enmiendas al articulado⁸⁷. Una vez terminado el plazo para su presentación, el siguiente día de sesiones (lunes 12 de diciembre), la mesa de la Comisión de Justicia dictó un acuerdo admitiendo a trámite las enmiendas al articulado y ordenando su publicación, junto con un índice⁸⁸. Entre ellas había tres relativas al delito de malversación⁸⁹.

El acuerdo de admisión a trámite de las enmiendas de la mesa de la Comisión de Justicia fue objeto de solicitud de reconsideración por el GP Popular en el Congreso el mismo día 12, con base en la falta de homogeneidad con el texto de la iniciativa de las enmiendas 61 y 62, en las que se proponía la reforma de la LOPJ y la LOTC. Dicha falta de homogeneidad, de estas enmiendas y de otras siete (números 37, 53, 55, 56, 58, 59 y 82), había sido previamente advertida en un informe dirigido a la Mesa de la Comisión de Justicia por los letrados de las Cortes⁹⁰. En un movimiento algo sorprendente, el día siguiente, 13 de diciembre, el presidente de la Comisión de Justicia resolvió, sin motivación, no convocar a la mesa de dicha comisión para resolver la reconsideración planteada.

Reaccionando con rapidez, el 14 de diciembre trece diputados del GP Popular en el Congreso presentaron recurso de amparo parlamentario frente al acuerdo de la Mesa de la Comisión de Justicia de 12 de diciembre de admitir a trámite, entre otras, las enmiendas 61 y 62, solicitando, con base en el art. 56.6 LOTC, la «adopción de las medidas necesarias para suspender la tramitación de las enmiendas núm. 61 y 62 (...) independientemente del momento en que se encuentre el procedimiento legislativo»⁹¹. Apenas cinco días después, mediante el ATC 177/2022, de 19 de diciembre, el Tribunal admitió a trámite el recurso y, por una exigua mayoría de votos (6 a 5), accedió a la solicitud de suspensión del procedimiento legislativo respecto de estas dos enmiendas, ante lo cual los cinco magistrados disidentes firmaron tres profusos votos particulares. Dos días después, el ATC 178/2022, de 21 de diciembre, con reiteración extractada de los mismos argumentos, desestimó la solicitud de alzamiento de la medida cautelar de suspensión planteada por la letrada de las Cortes Generales en nombre y representación del Senado. La decisión fue nuevamente acompañada de tres votos particulares de los cinco magistrados disconformes.

El auto ha sido objeto de intenso comentario académico⁹², y no es para menos, dado que se trata de la primera vez que el TC suspende la tramitación de un procedimiento legislativo en las Cortes Generales⁹³. De encontrar continuidad, lo que no parece que vaya a ser el caso (por razones que comienzan en los cambios de composición personal del TC), la decisión podría tener importantes efectos sobre la efectividad del recurso de amparo parlamentario y el respeto de la normativa de procedimiento legislativo. Al tiempo, supondría una densa intromisión en el funcionamiento de la institución más representativa de la soberanía popular que existe en nuestro ordenamiento⁹⁴. Dado el objetivo de esta contribución, el ATC 177/2022 no será objeto de análisis, a excepción de un aspecto que entronca con lo que se ha venido exponiendo.

Los votos particulares al ATC 177/2022 enfatizan la lesión de la autonomía parlamentaria que la suspensión del procedimiento supone. Partiendo de que esto es así, y del carácter imprescindible de dicha autonomía, hay que estar de acuerdo con Rodríguez-Patrón (2024: 319) cuando apunta que «sorprende que tal denuncia no venga acompañada ni de una reflexión acerca de los límites constitucionales de esa autonomía ni de ponderación alguna con el derecho al ejercicio del cargo, que desaparece absolutamente de la ecuación».

Para una mirada externa, como la de quien escribe, resulta llamativo que en la literatura constitucionalista el énfasis se ponga muy preponderantemente en el hecho, por otro lado, inexorable, de que «en los amparos planteados frente a la admisión de enmiendas heterogéneas subyace, sin duda, una posible reforma peyorativa de los derechos fundamentales de los autores de las enmiendas cuestionadas (contra-amparo)» (Ortega Santiago 2023:41). Parece evaluarse a la baja la posibilidad de que, al amparo del ejercicio de un derecho fundamental, se lesionen otros de igual rango, lo cual ocurre de forma necesaria en toda colisión entre derechos de este tipo. En supuestos como estos, conviene no perder de vista las implicaciones institucionales de dicha colisión.

En el caso, los mecanismos parlamentarios de autocontrol habían fallado clamorosamente⁹⁵. En primer lugar, cuando la Mesa de la Comisión de Justicia admitió enmiendas manifiestamente heterogéneas con el texto inicialmente presentado. En segundo lugar, cuando el presidente de dicha comisión se negó a convocar la mesa para resolver sobre la petición de reconsideración que le había sido formulada (!). La segunda cuestión no admite mucho análisis teórico: es una quiebra de los usos parlamentarios y una falta de respeto a los representantes que formularon la solicitud y los ciudadanos a los que representan, y sólo es de desear que no se repita⁹⁶. La primera cuestión tiene que ver con la doctrina del TC que exige que las enmiendas muestren homogeneidad con el texto inicialmente presentado, cuya relevancia merece un tratamiento autónomo.

4.2. LA DOCTRINA DEL TC SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INTRODUCCIÓN DE NUEVOS CONTENIDOS POR VÍA DE ENMIENDA: ¿UN MITO JURÍDICO?

La resolución base sobre las facultades de enmienda es la STC 119/2011, que dio la razón a los 63 senadores recurrentes en amparo conjunto por la vía del art. 42 LOTC y

rectificó expresamente su extremadamente laxa doctrina anterior⁹⁷. Así, en el FJ 6º se establece que «la necesidad de una correlación material entre la enmienda y el texto enmendado se deriva, en primer lugar, del carácter subsidiario que, por su propia naturaleza, toda enmienda tiene respecto al texto enmendado. Además, la propia lógica de la tramitación legislativa también aboca a dicha conclusión, ya que, una vez que una iniciativa legislativa es aceptada por la Cámara o Asamblea Legislativa como objeto de deliberación, no cabe alterar su objeto mediante las enmiendas al articulado, toda vez que esa función la cumple, precisamente, el ya superado trámite de enmiendas a la totalidad, que no puede ser reabierto».

Ya en la STC 119/2011, y desde entonces, la exigible «necesidad de una correlación material entre la enmienda y el texto enmendado» se denomina «relación de homogeneidad». De forma muy resumida, pues, la doctrina del TC en esta materia es que, para ser aceptables, las enmiendas propuestas deben guardar una correlación material o relación de homogeneidad con el texto inicialmente propuesto que superó las enmiendas a la totalidad.

La STC 119/2011 despertó grandes esperanzas entre los interesados por las cuestiones relativas al procedimiento legislativo, que el tiempo se ha encargado de defraudar⁹⁸.

El *punctum dolens* de esta doctrina ha sido la concreción de qué significa «relación de homogeneidad». Poco menos de un año después de la STC 119/2011, la STC 209/2012 estableció que la conexión de homogeneidad «ha de entenderse de modo flexible», que «atienda también a su funcionalidad» y a su «objeto, espíritu y fines esenciales», concluyendo que «la conexión reclamada no tiene que ser de identidad con las medidas previstas en el texto de la iniciativa sino de afinidad con las materias recogidas en el mismo» (FJ 4º b). En realidad, esta resolución establecía tal criterio, más laxo, sólo para las propuestas de leyes de contenido heterogéneo⁹⁹. Desde el punto de vista material, esto no parece tener mucho sentido, toda vez que estas leyes ofrecen más problemas para su adecuada tramitación y la salvaguarda de la seguridad jurídica, y, por tanto, parece en ellas las exigencias de homogeneidad deberían incrementarse, no reducirse. Sea como fuere, incluso esta restricción a proyectos de contenido heterogéneo ha decaído, y en la actualidad el estándar de la afinidad se ha impuesto en el enjuiciamiento de la homogeneidad de las enmiendas a cualesquiera propuestas.

En la práctica, la homogeneidad se ha estimado concurrente en supuestos en que las enmiendas introducen cuestiones novedosas, pero con algún tenue punto en común con la materia inicial, o cuando ambas materias se pueden englobar en algún supraconcepto¹⁰⁰. A título de ejemplo, la STC 155/2017 admitió la homogeneidad de una enmienda que introducía modificaciones en la regulación de los montes en el marco de una reforma de la regulación de los recursos hídricos, con el argumento de que en ambos casos se trata de «recursos naturales»¹⁰¹. Igualmente, la STC 172/2020 entendió que cumplía con las exigencias de homogeneidad una enmienda por la que se reformaba la Ley Orgánica de Extranjería en el marco de la iniciativa legislativa por la que se aprobó la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, por estimar que en última instancia, el régimen especial en materia de extranjería incidía en la seguridad ciudadana, integrada a su vez en

la seguridad pública, especialmente atendidas las circunstancias de riesgo de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Considerando lo anterior, el siguiente dato no puede sorprender: la doctrina sentada en la STC 119/2011 sobre la homogeneidad ha sido aplicada en al menos otras 16 SSTC, todas en recursos de inconstitucionalidad y todas desestimatorias de la alegación de heterogeneidad¹⁰². La existencia de una doctrina que exige que las enmiendas propuestas guarden una correlación material o relación de homogeneidad con el texto inicialmente propuesto es, atendiendo a la práctica, antes un mito que una realidad.

4.3. LA HOMOGENEIDAD DE LAS ENMIENDAS EN LA TRAMITACIÓN DE LA LO 14/2022

En el caso que nos ocupa, la iniciativa legislativa se articuló mediante una proposición de Ley Orgánica con dos objetivos, ambos recogidos en su título:

- La transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea (relacionadas con el fraude y los medios de pago distintos del efectivo, las medidas relativas al mercado y el derecho de la competencia).
- La reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.

El informe de los letrados de las Cortes Generales al que se ha hecho referencia entendía que carecían de homogeneidad, además de las archiconocidas enmiendas 61 y 62, de modificación de la LOPJ y la LOTC, otras siete:

- La 37 y la 53, del GP Plural, que proponían una nueva Disposición Adicional, derogando el artículo 384 bis LECr.
- Las 55, 56, 58 y 59, del GP Socialista y el GP Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, que, para establecer la inhabilidad a efectos procesales del período navideño, proponían la introducción de dos nuevas disposiciones finales modificando los arts. 182 y 183 LOPJ y el art. 130.2 LEC, (enmiendas 58 y 59), así como la modificación de la exposición de motivos (55 y 56).
- La 82 del GP Plural, que proponía una nueva Disposición Adicional instando al Gobierno a analizar las consecuencias de la entrada en vigor de la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual, y, en su caso, impulsar su reforma.

No parece discutible que asistía la razón a los letrados respecto de la falta de homogeneidad de estas enmiendas con las materias abordadas en el texto inicialmente propuesto. De hecho, puede argüirse que se quedaron cortos. Muy posiblemente por realismo, dado su buen conocimiento de la jurisprudencia del TC, consideraron homogéneas todas las enmiendas relacionadas con materias de derecho penal, aun cuando su relación con las inicialmente abordadas sea lejana o inexistente, más allá de tratarse de delitos. Así, por ejemplo, la reforma del delito contra los derechos de los trabajadores del art. 311 CP, o las

introducidas en materia de delitos contra la administración pública, no guardan relación ni con las Directivas objeto de transposición ni con el grupo de delitos enunciado en el título de la proposición (contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso).

No debe olvidarse el objetivo al que responde la exigencia de homogeneidad: garantizar que los parlamentarios puedan informarse y preparar sus intervenciones y posicionarse sobre el texto propuesto para discusión. Si a un profesor de derecho penal al que se le ha encargado una clase de posgrado sobre delitos contra la integridad moral se le informará justo antes de empezar, esta que en lugar de ese tema tiene que tratar el delito de malversación, con práctica seguridad la calidad de la clase se resentiría. Y esto sucedería con un especialista en derecho penal, lo que manifiestamente no son todos los integrantes del parlamento. Ante un cambio de la materia a debatir, estos deberían poder buscar asistencia externa. Como se muestra a continuación, este cambio de objetos (en plural) de discusión sin previo aviso es a lo que tuvieron que hacer frente los parlamentarios en la tramitación de la LO 14/2022.

4.4. EL ACELERADO FINAL DE LA TRAMITACIÓN EN EL CONGRESO

El mismo lunes 12 de diciembre de 2022 en que la Mesa de la Comisión de Justicia decidió la admisión a trámite de las enmiendas, la ponencia encargada de redactar el informe sobre la proposición elevó este a la Comisión de Justicia.

El nombre no debe llevar a engaño: en la praxis parlamentaria el informe generalmente se limita a informar sobre la aprobación o rechazo de enmiendas, sin explicación de las razones¹⁰³. Nada distinto ocurrió en este caso. En su informe, la ponencia afirma haber «estudiado con todo detenimiento dicha iniciativa, así como las enmiendas presentadas»¹⁰⁴. Sin embargo, resulta improbable que así fuera, porque el número de enmiendas admitidas ascendía a 83, y su texto y justificación ocupaban 101 páginas¹⁰⁵. En el caso de algunas de las enmiendas, además, tal análisis hubo de hacerse necesariamente a lo largo del fin de semana, dado que se presentaron a última hora el viernes 9 de diciembre, que a su condición de último día del plazo aunaba la de día de sesiones inmediatamente anterior. A lo que hay que añadir que, en ejercicio de la facultad prevista en el art. 114.3 RC, durante la discusión de las 83 enmiendas la Ponencia también estudió y aprobó 7 enmiendas transaccionales¹⁰⁶. Finalmente, ha de apuntarse que la ponencia se designó el mismo lunes 12 y se ratificó el martes 13 en la sesión de la Comisión de Justicia¹⁰⁷, de forma que los integrantes de la ponencia que antes de ese lunes estudiaran la iniciativa y las enmiendas podrían pensar que formarían parte de esta, e incluso estar seguros de ello, pero formalmente todavía no lo hacían. Lo anterior no infringe ninguna norma, pero es otra muestra de cómo en los procedimientos legislativos las decisiones más importantes se toman fuera del Parlamento y luego se ejecutan dentro de este, con la consiguiente pérdida de transparencia.

La ponencia, con 20 votos a favor¹⁰⁸ y 17 en contra¹⁰⁹, propuso la incorporación de siete enmiendas transaccionales, indicando que su contenido se incorporaba al texto que figuraba a continuación como anexo¹¹⁰. Entre ellas están la enmienda transaccional núme-

ro 1 a la enmienda núm. 48 del GP Republicano, presentada por el GP Socialista y el GP Republicano, y la enmienda transaccional número 2, por la que se da una nueva redacción al apartado VI de la exposición de motivos, presentada por el GP Socialista y el GP Republicano. Los apartados 13 bis a 13 sexies del artículo 1 del anexo adjunto al informe de la ponencia, con el texto de la reforma propuesta, ya contienen la propuesta de reforma de los preceptos relativos a la malversación que luego sería aprobada como ley¹¹¹.

En una celeré sesión celebrada el 13 de diciembre de 2022¹¹², la Comisión de Justicia aprobó su dictamen sobre la proposición, elevándolo a la Presidencia del Congreso el día siguiente. De nuevo, los apartados 13 bis a 13 sexies del artículo 1 de este no muy ilustrativamente llamado «dictamen» (en realidad no es tal, sino el texto modificado de la proposición) contienen la propuesta de reforma de los preceptos relativos a la malversación que luego sería aprobada como ley¹¹³.

El 15 de diciembre de 2022, el texto enviado por la Comisión de Justicia se aprobó por el Pleno del Congreso de los Diputados y el día siguiente, 16 de diciembre, viernes, el texto entró formalmente en el Senado. Tampoco allí bajaría el ritmo de tramitación. De hecho, esta ya había comenzado, de forma prematura, conforme al Reglamento del Senado.

5. SIN PAUSA: LA TRAMITACIÓN EN EL SENADO

Como se acaba de ver, el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 15 de diciembre se envió formalmente al Senado el siguiente día 16 (viernes). Sin embargo, tres días antes, el 13 de diciembre (esto es, cuando el texto todavía no estaba aprobado por el Pleno del Congreso, y el mismo día que se tramitó y aprobó por la Comisión de Justicia de esta última cámara), la Mesa del Senado ya había establecido como fecha improrrogable para la presentación de enmiendas y propuestas de veto el 19 de diciembre, lunes, a las 14:00 horas¹¹⁴. Se acordó igualmente la remisión de la proposición de ley orgánica a la Comisión de Justicia del Senado.

La intervención de la Mesa del Senado antes de que el proyecto fuera aprobado por el Pleno del Congreso parece contraria a lo previsto en el art. 104 del Reglamento del Senado (RS). Conforme a su primer número, «Los proyectos y las proposiciones de ley aprobados por el Congreso de los Diputados y remitidos por éste al Senado se publicarán y distribuirán inmediatamente entre los Senadores (...); conforme al segundo, «La Mesa, en la primera sesión siguiente a su recepción, declarará la competencia de la Comisión que haya de conocer del proyecto o proposición de ley, y dispondrá la apertura del plazo de presentación de enmiendas». En ambos casos, por tanto, el texto tiene que haber sido remitido al Senado y recibido por este, lo que todavía no había ocurrido¹¹⁵.

El día final del plazo para presentación de enmiendas y vetos, el 19 de diciembre, se presentaron cinco propuestas de veto a la proposición de ley orgánica. Todas menos una incluyen en su fundamentación la reforma de la malversación¹¹⁶:

- La primera, del senador Catalán Higuera (GP Mixto-UPN), lo hace con alusión a las opiniones contrarias a la reforma del fiscal jefe anticorrupción, Luzón Cánovas, y del catedrático de derecho penal, Quintero Olivares¹¹⁷, en ambos casos basadas en el potencial descriminalizador o al menos de rebaja de la presión punitiva de la reforma. También se refiere a los problemas de la tramitación legislativa de la reforma, a su celeridad y a la falta de homogeneidad de los contenidos incluidos¹¹⁸.
- La tercera, presentada por los senadores Cervera Pinart y Cleries i González (GP Nacionalista en el Senado-JxCat), critica la propuesta de regulación de la malversación en sentido opuesto: el problema sería de sobreinclusión, por abarcar decisiones que, a decir del veto, serían meramente políticas y, a lo sumo, deberían generar responsabilidad contable, nunca penal¹¹⁹.
- La cuarta propuesta de veto, del senador Marín Gascón y las senadoras Merelo Palomares y Rodríguez de Millán Parro (GP Mixto-Vox) se refiere críticamente a la reforma de la malversación por reducir la pena de conductas que considera de la máxima gravedad¹²⁰. También se refiere a los defectos en la tramitación legislativa, aludidos como «motivos de forma»¹²¹.
- Finalmente, en el quinto veto, presentado por el senador Maroto Aranzábal (GP Popular en el Senado), se denuncia que en el Congreso «se han admitido enmiendas de los Grupos que apoyan al Gobierno, claramente inconstitucionales», para a continuación referirse a las de modificación del nombramiento de los magistrados del TC y a la transaccional que da una nueva redacción al delito de malversación, «que supone un incomprensible paso atrás en la lucha contra la corrupción al volver al tipo previo a la reforma del Código Penal de 2015»¹²².

Ese mismo 19 de diciembre se presentaron 55 enmiendas al texto de la proposición de ley remitido por el Congreso. De ellas, 10, de senadores de dos Grupos, se referían a la regulación de la malversación¹²³:

- Enmiendas 13 a 16, presentadas por los senadores Cervera Pinart y Cleries i González (GP Nacionalista-JxCat), que en su conjunto suponían una vuelta a la regulación anterior a la LO 1/2015¹²⁴.
- Enmiendas 31 y 34 a 38, presentadas por el GP Popular en el Senado, que pretendían el mantenimiento de la regulación introducida por la LO 1/2015¹²⁵.

Los efectos deletéreos de la urgencia sobre la calidad de las actuaciones parlamentarias pueden verse acudiendo a las justificaciones que acompañan a estas enmiendas:

- De las cuatro presentadas por el GP Nacionalista-JxCat, solo una (la relativa a la 13) tiene realmente que ver con el contenido de la enmienda. Las justificaciones de las enmiendas 14 a 16 se refieren a la derogación del delito de sedición y a la introducción del de desórdenes públicos. Lo anterior resultaría sorprendente y censurable, de no tenerse en cuenta la urgencia con la que hubieron de proceder.
- En el caso de las enmiendas 31 y 34 a 38, en todas ellas la justificación consiste en una única frase, que no justifica la enmienda, sino que describe muy genéricamente

el contenido del texto que se afirma que no debe aprobarse, sin dar ninguna razón¹²⁶. Adicionalmente, por momentos se cae en un lenguaje críptico-antagonista que no parece propio de la sede parlamentaria¹²⁷.

El 20 de diciembre la Comisión de Justicia del Senado acordó aprobar como dictamen el texto recogido como anexo en el informe que ese mismo día había aprobado la ponencia designada, que reproducía el remitido por el Congreso, explicando que la tramitación de algunos preceptos había sido suspendida por el TC. Acordemente, la Comisión de Justicia exceptuó de su aprobación las disposiciones transitorias cuarta y quinta y las disposiciones finales primera y segunda, apartado cuarto, cuya tramitación había sido suspendida cautelarmente por el ATC 177/2022¹²⁸. Ese mismo 20 de diciembre la Mesa del Senado decidió continuar con la tramitación de la proposición de ley orgánica, exceptuando las disposiciones cuya tramitación había sido suspendida por el TC¹²⁹.

El 22 de diciembre el Pleno del Senado aprobó la proposición de ley orgánica con el texto que le fue remitido por el Congreso, con la excepción de las disposiciones cuya tramitación había suspendido el TC¹³⁰. Dado el rechazo de todas las enmiendas y vetos presentados, la proposición quedó finalmente aprobada como LO 14/2022, siendo publicada en el BOE el siguiente día 23 de diciembre. Habían pasado exactamente 6 semanas desde la presentación de la proposición de ley. Y tan solo 10 días, con un fin de semana por medio, desde la admisión a trámite por la Comisión de Justicia del Congreso de las enmiendas que introdujeron nuevos e importantes contenidos en su texto hasta la votación en el Senado¹³¹.

6. REFLEXIONES Y PROPUESTAS FINALES PARA LEGISLADORES HONESTOS

¿Qué cabe esperar del futuro? La creciente sustitución de los proyectos por las proposiciones de ley, con la consiguiente elusión de los requisitos que para mejorar los proyectos normativos establece nuestro ordenamiento, su tramitación por el procedimiento de urgencia, y la presentación y la admisión de enmiendas con contenido novedoso sobre el texto inicialmente presentado, no ofrecen motivos para el optimismo. Sin embargo, existen correctivos para estas tres dificultades, y ninguno de ellos parece quimérico, al menos jurídicamente.

- El art. 124 RC de los diputados establece que «Las proposiciones de ley se presentarán acompañadas de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellas». Dada la actual tendencia, esta disposición, tradicionalmente ignorada o interpretada muy a la baja, tanto por los parlamentarios como por el TC, podría y debería cobrar una renovada importancia.
- En cuanto al uso de los procedimientos de urgencia, la descripción que se ha ofrecido de la tramitación de la LO 14/2022 muestra la tremenda dificultad, si no llana imposibilidad, que para la consecución de textos legales adecuados suponen los pla-

zos con los que se están tramitando las leyes. Tampoco aquí la jurisprudencia del TC resulta de ayuda. Sin embargo, esta no es inamovible y, como se vio, el mayor interés por el daño que la urgencia puede infligir a los derechos de los parlamentarios y la calidad de las leyes no haría del TC una *rara avis*, sino que le ubicaría en un cada vez mayor consenso internacional, al que como vimos se ha sumado de forma reciente su homólogo alemán.

- Por lo que hace a la posibilidad de uso espurio de la facultad de enmienda, tramitaciones como la de la LO 14/2022, con sus 11 días desde la introducción de nuevos contenidos por esta vía hasta su publicación en el BOE, pasando por las dos cámaras, muestran la oportunidad de echar la vista atrás y recuperar la doctrina de la STC 119/2011 sobre la necesaria homogeneidad entre las enmiendas y el texto inicialmente presentado. Recuperarla y, en esta nueva ocasión, no desnaturalizarla¹³².

Obviamente, el respeto del procedimiento en modo alguno supone una garantía de éxito. Así, por ejemplo, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, fue aprobada a partir de un anteproyecto de ley en cuya tramitación se siguió el procedimiento establecido en mayor medida de lo usual¹³³. Se dispuso además de un número inusualmente elevado de informes/dictámenes de relevantes instituciones públicas (Agencia Española de Protección de Datos, Consejo Económico y Social, Consejo de Estado, Consejo Fiscal y Consejo General del Poder Judicial). A pesar de todo ello, y sin entrar en la adecuación de su contenido sustantivo, es evidente que el producto final no ha convencido a buena parte de los 205 diputados que la votaron el 25 de agosto de 2022 (una holgada mayoría absoluta, el 59%), parte importante de los cuales se unió a los 233 partidarios de su reforma en abril de 2023 (un todavía mayor 66,57%). Aunque también puede pensarse que, más que las limitaciones del procedimiento, lo que demuestra este otro episodio es que nuestros representantes parlamentarios desatienden la información que podría mejorar el contenido de lo que aprueban, incluso en materias de especial sensibilidad política e impacto mediático. Consideradas de modo conjunto, las tramitaciones de la LO 10/2022 y la LO 14/2022 parecieran ofrecer motivos para un gran escepticismo sobre el futuro de la legislación, en este caso de la penal. Sin embargo, este futuro no está jurídicamente escrito.

NOTAS

1. La cita recoge el núcleo del breve texto, consultable en <https://web.archive.org/web/20221209143546/https://www.coe.int/sv/web/portal/-/anti-corruption-day-greco-president-calls-for-transparency-and-appropriate-consultation-in-law-making-processes> (visitado el 22 de diciembre de 2024).

2. Para agilizar el texto, las resoluciones del TC se citan solo por su número y año, omitiéndose la fecha (esta se deja cuando aparece en el texto de una resolución del propio TC). Al final del artículo figura una tabla en la que se recogen las 87 resoluciones citadas, con su fecha.

3. En relación con estos últimos, utilizaré la expresión «teoría de la legislación» para referirme al conjunto de conocimientos que, desde diversas ramas del derecho y con aportes de otras disciplinas, estudia el pro-

cedimiento de elaboración de normas con el objetivo de conseguir un mejor producto final. Se prefiere esta denominación a la también en ocasiones utilizada «técnica legislativa», que es conveniente reservar para las más específicas cuestiones relacionadas con la redacción del texto (dejando fuera otras cuestiones decisivas, como su planeación, procedimiento de aprobación y evaluación). También se prefiere esta denominación a la más novedosa «legisprudencia» (del inglés «legisprudence»), no por tratarse de un neologismo, sino por ser un mal neologismo: el término inglés proviene de «jurisprudence», que en este contexto no quiere decir «jurisprudencia», sino «teoría del derecho». Simétricamente, la traducción de «legisprudence» debería ser «teoría de la legislación».

4. Podría parecer que esta última afirmación no hace justicia a obras tan importantes como las dos ediciones del libro de Díez Ripollés (2003 y 2013), las monografías de Paredes Castañón (2013) y Rodríguez Ferrández (2016) o el libro colectivo dirigido por Becerra/Muñoz de Morales/Nieto (2016). Sin embargo, a pesar de sus numerosas virtudes, ninguna de estas obras se ocupa con cierta profundidad del procedimiento legislativo tal y como este viene configurado en nuestro derecho positivo. Sí lo hacen el libro de Becerra Muñoz (2013: *passim*, esp. 346-485), y la obra colectiva editada por este mismo autor junto con Rodríguez Ferrández (2021).

5. De la misma opinión, Roca de Agapito, quien de forma reivindicativa titula el apdo. III de su excelente análisis del delito de malversación tras la LO 14/2022 «Más consideración por los trámites legislativos» (v. Roca de Agapito, 2023: 6 a 9 de 23).

6. V. Morris, N. y Hawkins, G.: *Honest Politician's Guide To Crime Control*, Chicago University Press 1970. En reconocimiento a esta importante obra, su título ha sido replicado o parafraseado, tanto en análisis igualmente generales de la política criminal (Reiner, 2007) como de facetas específicas de esta: el derecho penal de menores (Feld, 1999), la disuasión (Tonry, 2018) o las prisiones y la libertad condicional (King y Wilmott, 2022).

7. Boletín Oficial de las Cortes Generales (en adelante, BOCG), Congreso de los Diputados (en adelante, Congreso), núm. B-295-1, de 17 de noviembre de 2022, pp. 3-15. Los números del BOCG que se citan pueden consultarse en https://www.congreso.es/es/iniciativas-legislativas-aprobadas?last_search=1

8. BOCG, Congreso, núm. B-295-1, de 17 de noviembre de 2022, pp. 1-2.

9. BOCG, Congreso, núm. B-295-1, de 17 de noviembre de 2022, p. 1.

10. V. últimamente SSTC 15/2024, de 30 de enero, FJ 3º a) y 128/2023, de 2 de octubre, FJ 3º B).

11. De forma algo más puntiguda se ha afirmado por Jiménez Aparicio (2004: 283) que «la fase parlamentaria es la menos eficaz para abordar cuestiones de carácter técnico (...) Lo que se quiere decir, lisa y llanamente, es que en las Cámaras (que se siguen denominando 'legislativas') la actividad esencial o estrictamente legislativa no ocupa, desde hace ya largo tiempo, más que una parte de su total dedicación, y que las cuestiones de estricta técnica legislativa en esa tarea parcial de elaboración de las leyes tienden a pasar desapercibidas o a ser desplazadas en la actividad parlamentaria». Se separa de la opinión ampliamente mayoritaria Becerra Muñoz (2013: 430 y 431): «La discusión de la norma en un foro como el parlamento abre un sinfín de oportunidades para analizar la propuesta desde diversos puntos de vista, tanto aquellos que afectan al fondo como los de naturaleza más formal (...) Instrumentos idóneos para ellos podrán ser las *comisiones* y, aún mejor, las *ponencias*» (cursivas en el original).

12. Entre estas iniciativas, las más influyentes en nuestro país han sido las de la UE y la OCDE. Se ha criticado el interés sesgado de estas instituciones por la regulación económica, y su impacto sobre los criterios de la evaluación *ex ante* y *ex post* (Calvo García, 2019: *passim*, esp. pp. 605-615). Sin embargo, con los años este sesgo se ha hecho mucho menor en el caso de la UE, especialmente desde la asunción por la Comisión del liderazgo del programa Better Regulation y la superación del modelo centrado en

la reducción de la burocracia propuesto por algunos Estados. Sobre la cuestión v. sobre todo Marsan-Raventós (2022, *passim*) y Corral Maraver (2020: 17-21).

13. V. Sáinz Moreno (1989:21): «En la actualidad es evidente que existe una enorme desigualdad entre la información que poseen los Gobiernos que elaboran los proyectos de leyes y la que poseen los Parlamentos que los discuten y aprueban. Es cierto que, en teoría, los parlamentarios y los órganos de las Cámaras poseen medios suficientes para obtener la información que necesitan. Pero la práctica parlamentaria demuestra que esa información es insuficiente».

14. Así se establece de forma expresa en los arts. 89 CE y 105 del Reglamento del Senado, y es además evidente en otros preceptos de los reglamentos de las cámaras legislativas (v., por todos, el exhaustivo análisis de García-Escudero (2000: 230-253).

15. V. *infra*, tablas 1 y 2.

16. Por supuesto, no es la única alternativa: también se puede empoderar al parlamento de forma más directa, asignándole más medios. Sobre los órganos de apoyo a la toma de decisiones en el parlamento v. Becerra Muñoz (2013:447-452), quien, tras un análisis de la situación en otros ordenamientos, concluye: «En nuestro país, la situación es más rudimentaria» (p. 449).

17. La evolución se describe en Ortiz de Urbina Gimeno (2021, *passim*).

18. Una excelente descripción y análisis crítico de este régimen, en García-Escudero (2016: *passim*).

19. Lo cual en modo alguno supone una garantía de éxito: como se verá *infra*, apdo. 6, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, se tramitó con un casi pleno cumplimiento de los requisitos para la elaboración de textos legislativos. Sin embargo, no parece que esto ayudara a comprender sus previsibles consecuencias a las varias decenas de representantes que primero votaron a favor de ella y poco después por su reforma. Y quizás tampoco ayudara a comprenderlas a sus proponentes, considerando las acusaciones de «sabotaje judicial» realizadas una vez esta entró en vigor.

20. Un fenómeno similar en términos políticos se da en la relación entre la ley ordinaria y el decreto ley, con el incremento del uso del segundo. Su escasa incidencia (¿todavía?) en materia político-criminal hace que esta contribución pueda omitir el tratamiento de esta compleja cuestión, acerca de la que Santamaría Pastor (2024:28-31) proporciona un sobrio análisis apoyado en datos que, como él mismo dice, falsan algunas afirmaciones de carácter fáctico usuales en la discusión académica.

21. No se consideran las leyes ordinarias de reforma del CP (en materia, p. ej., de responsabilidad civil o costas, como la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito).

22. Los datos de las legislaturas I a VI proceden de García-Escudero (2000: 34), y los relativos a la VII de Jiménez Aparicio (2004: 318, cuadro n.º 4); el resto son de elaboración propia a partir de los que aparecen en la página web del Congreso (<https://www.congreso.es/indice-de-iniciativas>), en las memorias de cada legislatura que elabora el Congreso de los Diputados y en las anuales del Osservatorio sulla legislazione del parlamento italiano, que incluyen datos de cuatro países, entre ellos España.

23. La VI legislatura transcurrió de marzo de 1996 a marzo de 2000, la VII de abril de 2000 a febrero de 2004; la VIII de abril de 2004 a enero de 2008; la IX de abril de 2008 a septiembre 2011, la X de diciembre de 2011 a octubre de 2015, la XI de enero a mayo de 2016, la XII, de julio de 2016 a marzo de 2019, la XIII de mayo a septiembre de 2019 y la XIV de diciembre de 2019 a mayo de 2023. En las legislaturas XI y XIII no se aprobaron leyes (sí decretos leyes). No se considera la XV porque, en el momento en que se escribe (diciembre de 2024), no ha alcanzado su teórico ecuador. En cuatro casos se han aprobado leyes con origen en una iniciativa popular, y las Comunidades Autónomas también pueden solicitar la iniciación del procedimiento legislativo para la reforma de sus estatutos de autonomía. Dado

que se trata de supuestos minoritarios en cuanto a su prevalencia (excepto en la peculiar XII Legislatura, en que supusieron un 13% de las leyes aprobadas, nunca han llegado al 10%, y usualmente están por debajo del 2%), y que la cuestión no afecta al núcleo de lo afirmado (primacía numérica de la iniciativa gubernamental), no se detalla la proporción de estas iniciativas entre las que no proceden del Gobierno.

24. Los datos de esta tabla son un resumen y actualización de los más detallados (por año y con indicación de las reformas de que se trata) recogidos en Ortiz de Urbina Gimeno (2023: 325-329). La actualización supone la incorporación de la LO 3/2023, de 28 de marzo (en materia de maltrato animal, procedente de proyecto de ley) y de la LO 4/2023 de 27 de abril (reforma de la reforma en materia de delitos sexuales operada por la LO 10/2022, procedente de proposición de ley).

25. LO 2/2020, de 16 de diciembre (suprime el párrafo segundo del art. 156); LO 5/2021, de 22 de abril (deroga el art. 315.3); LO 6/2021, de 28 de abril (modifica los arts. 301.1 y 302.1); LO 4/2022, de 12 de abril (añade el art. 172 quater); LO 6/2022, de 12 de julio (modifica el art. 22.4ª y los dos primeros incisos del 510); LO 11/2022, de 13 de septiembre, (modifica los arts. 142.2, 152.2 y 382 bis) y la LO 13/2022, de 20 de diciembre (nuevo inciso «c» en el art. 177 bis 4). En aras de la legibilidad se ha renunciado a citar el título completo de las leyes, que puede ocupar varias líneas.

26. En el mismo sentido, para la relación entre la ley ordinaria y el decreto ley, Santamaría Pastor (2024: 29): «Una ley tarda meses, demasiados, en aprobarse, de manera que, cuando el Gobierno utiliza su poder de iniciativa legislativa, es muchas veces con simples objetivos mediáticos, presentando a la opinión pública los proyectos como si ya hubieran sido aprobados. Es mucho más atractivo el empleo del decreto ley, que proporciona una imagen de eficacia gubernamental fulminante».

27. Valga como ejemplo reciente la Proposición de Ley Orgánica para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, presentada a la Mesa del Congreso el 6 de febrero de 2023 y que desembocaría en la LO 4/2023, de 27 de abril.

28. Lo que no quiere decir que se vaya a dar una celeridad tramitación. Como apunta con ejemplos Santamaría Pastor (2024b:25-26), las declaraciones de urgencia «en la mayor parte de los supuestos, no pasan de ser un mero gesto político del gobierno que trata de transmitir a la opinión pública la importancia que da a un determinado proyecto de ley». Luego la tramitación se ralentiza, tardándose casi lo mismo que si se hubiera utilizado el procedimiento ordinario.

29. Esto es especialmente cierto en un país como España, en el que, con excepción de las dos últimas legislaturas (XIV y XV), los gobiernos han sido siempre de un único partido.

30. LO 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

31. La proposición de ley fue presentada el 13 de octubre de 1997, tres meses después del asesinato de Miguel Ángel Blanco por ETA. V. BOCG, Congreso, núm. B-128-1, de 10 de noviembre de 1997, pp. 1-4.

32. Grupos parlamentarios Popular en el Congreso, Socialista del Congreso, Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per-Catalunya, Vasco (EAJ-PNV), Catalán (CiU), Coalición Canaria y Mixto (en la Exposición de Motivos autodenominados «partidos políticos democráticos»). Los dos diputados de Herri Batasuna no participaron en la actividad parlamentaria de esa legislatura.

33. LO 7/1998, de 5 de octubre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por la que se suprimen las penas de prisión y multa para los supuestos de no cumplimiento

del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y se rebajan las penas de inhabilitación para dichos supuestos.

34. Lo que llevó a varios partidos de la oposición, incluyendo el que acababa de dejar el Gobierno (PSOE) a votar en contra de una propuesta que es difícil imaginar que realmente les pareciera peor que el *statu quo*.

35. Sin pretensiones de exhaustividad, cabe suponer que esto se debe principalmente a dos motivos: en primer lugar, las leyes orgánicas exigen mayoría reforzada en el Congreso, de forma que es preciso concitar mayor apoyo (esto no ocurrió en las legislaturas VII y X, en las que el Gobierno tenía mayoría absoluta, con el resultado que se puede ver en la tabla 3); en segundo lugar, las materias reservadas a la ley orgánica tienden a ser más espectaculares y proclives a la división ideológica, y por lo tanto generan más incentivos para la mercadotecnia política.

36. Los datos relativos a las legislaturas VI y VII se recogen de Jiménez Aparicio (2004: 321, cuadro 7). El resto son de elaboración propia a partir de la información que se refiere *supra*, nota 22). Entre las proposiciones se incluyen las que tienen origen tanto en el Congreso como en el Senado, así como la iniciativa legislativa por las comunidades autónomas.

37. Este precepto parece ser obviado por resoluciones, como la reciente STC 149/2023, FJ 2.B.a) cuando se afirma «respecto de la utilización de una proposición en lugar de un proyecto de ley, en la reciente STC 19/2023, de 22 de marzo, FJ 3 B) b), hemos recordado, con cita de la STC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 5 c), que las proposiciones de ley de origen parlamentario no requieren, ni en su presentación ni en su tramitación ulterior, de la emisión de ningún informe previo». De la redacción del precepto se sigue que no es preciso un «informe» en sentido propio, pero sí algún tipo de antecedente ilustrativo sobre la materia a regular.

38. En general sobre la función de calificación, incluyendo la admisión/inadmisión a trámite, v. Miranda López (2018: 32-42).

39. Así, SSTC 161/1988, FJ 8º y 124/1995, FJ 4º, representativas de la primera y tercera fase.

40. A decir del FJ 6º de la STC 205/1990, que inauguró la segunda fase.

41. De modo paralelo, resultan de interés las sentencias sobre conflictos entre órganos constitucionales con motivo del veto presupuestario y el control por las mesas de los parlamentos del ejercicio por los gobiernos de su facultad de oponerse a la tramitación de proposiciones de ley o enmiendas que supongan aumento de créditos presupuestarios o disminución de ingresos. Comenzando en 2006, pero de modo prominente a partir de las SSTC 34/2018, y 44/2018, el TC ha afirmado que la Mesa, además de la adecuación formal del escrito de disconformidad del Gobierno, puede examinar su motivación, si bien a los únicos efectos de verificar su carácter no arbitrario. Como aclara la STC 53/2021, FJ 5º, que contiene una buena exposición de esta doctrina, el control debe tener «carácter técnico-jurídico, no pudiendo responder en ningún caso a criterios de oportunidad política». Esta doctrina se reitera en la STC 132/2023, FJ 3º.

42. STC 46/2018, FJ 4º. A pesar de su juventud, se puede considerar doctrina consolidada: v. SSTC 47/2018, FJ 5º; 96/2019, FJ 6; 115/2019, FJ 6; 128/2019, FJ 2º; 184/2021, FJ 11º.5.3; 15/2022, FJ 3º; 24/2022, FJ 3º; 115/2022, FJ 4º A; 46/2023, FJ 6º A; y STC 57/2023, FJ 3º A. No se entrará aquí a discutir la adecuación de esta doctrina. Baste decir que los casos en los que se da «un incumplimiento manifiesto de lo resuelto por el Tribunal Constitucional» no parecen configurar una clase peculiarmente lesiva de los derechos de los parlamentarios (otra cosa es lo que impliquen para el respeto debido a las resoluciones del TC que, en cualquier caso y como admite este mismo, no se recoge en la CE, sino en la LOTC —art. 87—).

43. Con antecedentes en las SSTC 10/1983, FJ 2º y 32/1985, FJ 3º, que ya habla del «derecho fundamental al ejercicio de la función representativa en términos de igualdad (aquí proporcionalidad) con el resto de los integrantes del órgano representativo». Esta ubicación no es en absoluto evidente, dado que el inciso se refiere al derecho de los ciudadanos «a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes». Crítico, Santaolalla Fernández (2013: 121), quien califica la inclusión de las atribuciones de los parlamentarios en el art. 23.2 de «estrafalaria» y concluye que «ha desembocado en un fracaso sin paliativos» (afirmación, se verá, poco controvertible). Ulteriores referencias doctrinales en Gómez Corona (2008: 308-311) y García Martínez (2023: 153-159).

44. Entre otras muchas, la STC 97/2020, FJ 6ºA, resume la doctrina del TC sobre el art. 23.2 y su puesta en relación con el 23.1 (derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes) y su carácter de derecho de configuración legal. V. también Miranda López (2018b: 670-672).

45. Es jurisprudencia constante: v. SSTC 141/2007, FJ 3º; 20/2011, FJ 4º; 117/2012, FJ 3º; 36/2014, FJ 5º; 107/2016, FJ 4ºB; 159/2019, FJ 5ºC; 69/2021, FJ 5ºC; 137/2021, FJ 4º, y 58/2023, FJ 3º.

46. V. por ejemplo la STC 10/2016, FJ 4º: «toda decisión de la Mesa sobre la admisibilidad y tramitación de una iniciativa legislativa promovida por un representante de los ciudadanos afecta a su derecho al libre e igual ejercicio de su cargo público, de forma que, perturbado o coartado éste, se perturba y coarta la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, infringiendo, así pues, el art. 23.1 y 2 CE».

47 STC 149/2023, FJ 2º.B.a), con ulteriores referencias jurisprudenciales.

48. STC 10/2024, FJ 2º b.iii, con ulteriores referencias jurisprudenciales. Según la STC 128/2023, sin embargo, la infracción del reglamento «solo determinará la inconstitucionalidad de la ley si afecta a la formación de la voluntad de la Cámara». Pareciera por tanto que también en el caso de informes exigidos por el bloque de constitucionalidad, al que pertenecen los reglamentos de las cámaras, se exige la ulterior incidencia material en la formación de la voluntad de la cámara.

49. V. por ejemplo la argumentación en círculo de la recién citada STC 10/2024, FJ 2º b): se comienza por afirmar que, de forma general, la omisión de un antecedente solo tiene trascendencia si priva a las cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión (apdo. i); luego, con ánimo de concreción para el caso de informes, se acude a la noción de alteración sustancial del proceso de formación de la voluntad de la cámara (apdo. iii); finalmente, se concluye (también en el apdo. iii) que, en los casos en los que el informe no venga impuesto por una norma del bloque de constitucionalidad, se habrá de verificar si se privó a las cámaras de un elemento necesario para su decisión, llegándose así al punto de partida del apdo. i.

50. STC 96/2019, FJ 3º, con cita de numerosas SSTC. En este mismo sentido, ha afirmado que, de no admitirse la iniciativa legislativa, incluso con defectos, se priva al Congreso de «decidir, pese a ello, su toma en consideración y depurarla de eventuales vicios de inconstitucionalidad a lo largo de las distintas fases que integran el procedimiento legislativo» (STC 124/1995, FJ 4º, con palabras recogidas también en la STC 10/2016, FJ 4º).

51. STC 46/2018, FJ 4: «en aquellos supuestos en los que la mesa admita a trámite una iniciativa esta decisión no podrá, en principio, considerarse lesiva del derecho *ius in officium* de los parlamentarios aunque incurra en evidentes infracciones constitucionales (SSTC 107/2016, FJ 3; 108/2016, FJ 3, y 109/2016, FJ 4), pues, por manifiestas que sean las vulneraciones de la Constitución que pueda contener, su admisión a trámite ni impide a los parlamentarios el ejercicio de su cargo público ni conlleva una restricción del mismo, ya que, como regla general, la inconstitucionalidad de la iniciativa admitida a trámite no incide en el ejercicio de sus funciones representativas».

52. Como recoge Miranda López (2018: 226), para el TC, «Producida la calificación y admisión a trámite, cualquier irregularidad previa queda subsanada». La cuestión es, sin embargo, si debe admitirse a trámite una iniciativa legislativa que infringe la legalidad, incluso, la constitucional.

53. Miranda López (2018: 167; el autor es letrado de las Cortes Generales). Cumple a la perfección con lo que se acaba de describir la Proposición de Ley Orgánica de Garantía y Protección de los derechos fundamentales frente al acoso derivado de acciones judiciales abusivas, presentada por el grupo parlamentario del partido mayoritario en el gobierno el 10 de enero de 2025. En su decimoséptima y última página, bajo el título «Antecedentes», se procede (exclusivamente) a listar las siguientes normas jurídicas: «Constitución Española. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial».

54. Así lo establece la STC 57/2011, FJ 7º: «al igual que el resto de las normas o resoluciones intraparlamentarias dictadas por los órganos de dirección de las Cámaras, los usos parlamentarios tienen su límite inmediato en el Reglamento mismo».

55. De este modo, STC 38/2022, FJ 5º: «En definitiva, los usos parlamentarios, en cuanto pauta reiterada de comportamiento, fijada mediante la repetición de actos realizados por un mismo órgano parlamentario respecto de una misma cuestión, tienen la capacidad de contribuir a la configuración del contenido del *ius in officium* de los representantes parlamentarios, en supuestos de ambigüedad o de insuficiencia de la norma reglamentaria escrita, pero siempre que aquellas prácticas no contravengan lo dispuesto en el reglamento de la Cámara correspondiente». En el mismo sentido, STC 116/2023, FJ 3º.c).

56. Sigo aquí el clarificador análisis de la cuestión que, al hilo de la archiconocida STC 31/2010, sobre el Estatut de Catalunya, realiza Santaolalla López (2011, *passim*).

57. Piénsese por ejemplo en la exigencia actual, «con carácter preceptivo» de una Memoria de Análisis de Impacto Normativo (art. 25.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno), y la ulterior exigencia de que esta incluya informes de impacto sobre materias específicas, como el género o el cambio climático (incisos f y h del mismo art. 25.3).

58. Así, en las SSTC 10/2023 y 94/2023, el TC resuelve impugnaciones de la LO 3/2021, de regulación de la eutanasia, en las que se alegaba la ausencia de informes, entre otros, del Comité de Bioética de España y del CGPJ. Recordando lo dicho en la STC 215/2016, FJ 5º c), el TC respondió que «Las proposiciones de ley de origen parlamentario no requieren, ni en su presentación ni en su tramitación ulterior, de la emisión de informes previos de tipo alguno» (STC 10/2023, FJ 3º. B, apdos. b y c, este último utilizado para efectuar una motivación por referencia en la STC 94/2023, FD 2º. B, apdos. b y c). Siendo correcto el fondo, la retórica empleada por el TC parece excesiva: al afirmar que las proposiciones de ley no requieren «informes previos de tipo alguno», puede darse la impresión de que no tienen que contar con ningún tipo de antecedente, lo que contradice el claro tenor del art. 124 RC. Lo que se quiere decir es que no precisan un informe emitido por un órgano específico, como sí ocurre en ocasiones con los proyectos de ley. Sería por tanto recomendable que el TC retornara a su más preciso lenguaje anterior, cuando afirmaba que «Las disposiciones legales que traen causa, como aquí fue el caso, de una proposición de ley, no resultan inconstitucionales, en suma, por el mero hecho de que se hayan presentado ante las Cámaras sin aquellos requisitos documentales que el bloque de la constitucionalidad exige a los proyectos de ley» (STC 153/2016, FJ 3º).

59. ¿Podría entenderse que una exposición de motivos funge como antecedente necesario? El propio tenor literal de la CE (art. 88) opera en contra de esta posibilidad, al diferenciar claramente entre ambos. Sería, sin embargo, posible que, bajo el inapropiado nombre «exposición de motivos», se introdujeran en una iniciativa legislativa contenidos sustantivos propios de los antecedentes necesarios. Esto, sin embargo, manifiestamente no sucedió en el caso que se analiza.

60. En ocasiones el TC utiliza lenguaje que parece olvidarlo. Así, en la STC 10/2024, FJ 2.º.b.iv, al hablar de la verificación de la regularidad jurídica y procesal de las iniciativas por parte de la mesa, se afirma que «para ello debe contar con los antecedentes necesarios; le corresponde, por tanto, a la propia mesa de la cámara interpretar individualizadamente, de conformidad con las normas aplicables, qué materiales son imprescindibles en cada ocasión para realizar adecuadamente el control formal que se plasma en la calificación y en la decisión sobre la admisibilidad *de los proyectos de ley*, y para que el debate legislativo se realice con plena libertad de decisión» (cursiva añadida). Dado que los antecedentes necesarios se exigen también a las proposiciones de ley por el art. 124 RC, la acotación enfatizada carece de sustento.

61. Peculiarmente, en los reglamentos del Congreso y del Senado esta solicitud no está sometida a plazo alguno, ni de interposición ni de resolución (en el ámbito nacional, todos los parlamentos autonómicos menos el de Castilla-León los prevén, v. García Martínez, 2023:166-168); tampoco se prevé la posibilidad de suspensión del acto cuya reconsideración se pide (posibilidad existente en 8 de los 17 parlamentos autonómicos, v. García Martínez 2023:168-170). La falta de plazos genera inseguridad sobre el momento de firmeza de los actos parlamentarios, lo que se traduce en problemas de cara al recurso de amparo parlamentario. Sobre la cuestión, v. nuevamente García Martínez (2023:173-174) y Ortega Santiago (2024:186-194).

62. Sobre este, de forma general, Miranda López (2018:52-58). Su mayor peculiaridad procedimental es que el agotamiento de la vía previa se limita a las instancias internas parlamentarias, no siendo preciso —ni posible— acudir a los tribunales. V. STC 69/2021, FJ 2.ºB, con ulteriores referencias a la doctrina del TC. La reciente STC 137/2024, FJ 2.º, establece que puede ser interpuesto por parlamentarios individuales o por grupos parlamentarios y que, en ambos casos, estos pueden alegar infracciones de su *ius in officium* o del de otros parlamentarios.

63. Si bien es muy mayoritariamente utilizado por parlamentarios, en las SSTC 77/2023 y 133/2018 los accionantes, particulares, utilizaron con éxito este tipo de amparo frente a la quiebra del derecho a la presunción de inocencia extraprocesal y al honor, respectivamente, que supusieron ciertas actuaciones/ las conclusiones de comisiones de investigación en las Cortes Generales y en las valencianas. Sobre la cuestión, v. Gómez Lugo (2024:368).

64. V., últimamente, STC 10/2024, FJ 2.º.b.ii: «hemos dado una singular relevancia a la diligencia desplegada por los parlamentarios, rechazando las quejas fundadas en la infracción del art. 88 CE si el vicio denunciado no se puso de manifiesto tempestivamente durante el procedimiento legislativo». Con ulteriores referencias, STC 96/2019, FJ 4.º i.

65. Esta información aparece en el Antecedente 2.b) del ATC 177/2022.

66. BOCG, Congreso, núm. B-295-2, de 25 de noviembre de 2022, p. 1. Ya en esa sesión se produjeron diversas referencias a la intención de introducir reformas sobre materias no recogidas en el texto que se estaba debatiendo, con alusiones principalmente a la malversación. V. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, n.º 226, jueves 24 de noviembre de 2022, pp. 49 y 53 (Sra. Gamarra Ruiz-Clavijo), p. 55 (Sra. Orama González-Moro), p. 58 (Sra. Arrimadas García) y p. 63 (Sr. Ortega Smith-Molina).

67. BOCG, Congreso, núm. B-295-3, de 25 de noviembre de 2022, p. 1.

68. V. *supra*, nota 58.

69. STC 25/2024, FD 3.º, con referencias a jurisprudencia anterior, incluyendo la STC 215/2016, FJ 5 d), de la que procede el inciso citado, y el ATC 9/2012, que consideró constitucional la tramitación de una reforma constitucional por vía de urgencia, con el argumento de que el art. 93 RC no lo excluye. Un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre los procedimientos legislativos especiales abreviados

(tramitación por la vía de urgencia y procedimiento en lectura única) y el llano incumplimiento de los plazos reglamentarios, en Sánchez Navarro (2024: 56-59).

70. También parece contrario a la propia doctrina del TC. Así, en la STC 30/2024, menos de un mes después, se alude a «la necesidad de que aquellos acuerdos que sean restrictivos del *ius in officium* no resulten decisiones arbitrarias o manifiestamente irrazonables, para lo que deben incorporar una motivación expresa, suficiente y adecuada» (FJº 4, con ulteriores referencias).

71. STC 15/2024, FJ 3º b; el argumento se reitera, aludiendo a la presentación de enmiendas a la totalidad y al articulado, en la STC 139/2024, FJ 4º E.a).

72. En esta materia se puede aprender mucho de la medida intervención del Bundesverfassungsgericht en su resolución de 5 de julio de 2023. En ella, estimando la solicitud del diputado recurrente, ordenó la suspensión del procedimiento legislativo durante un plazo de 14 días con el fin de permitir a los parlamentarios el estudio de la iniciativa conocida como «Ley de la calefacción», que había sido presentada y luego precipitadamente modificada por la tríada de partidos en el gobierno. Una descripción de esta resolución y un lúcido análisis comparativo con el ATC 177/2022, en Rodríguez-Patrón (2024: 320-330).

73. FJ 8º, donde también se explican con claridad las causas de la situación: «Los grupos parlamentarios se constituyen en cada legislatura (arts. 27 y ss. del Reglamento del Senado), y las mociones por ellos presentadas y pendientes de examen decaen con el transcurso de la legislatura en que se propusieron (Disposición adicional primera) (...) hallándonos pues, al dictarse la presente Resolución, ante una legislatura distinta de aquélla en la que se presentó la moción. No cabe, pues, la adopción de medidas de restablecimiento del derecho vulnerado, que habrían de ir dirigidas a órganos de una legislatura inexistente».

74. Referencia que se encuentra en más resoluciones en esta materia, como por ejemplo las SSTC 10/2016, FJ 6º, y 78/2016, FJ 5º.

75. La cuestión cambia drásticamente si se tiene en cuenta la posibilidad de imponer medidas cautelares, especialmente las «cautelarísimas» (*inaudita parte*) ex art. 56.6 LOTC como ocurrió en el ATC 177/2022. Sobre el tema, y los importantes problemas que suscita, v. *infra*, apdo. 4.1.

76. Se trata de las SSTC 44/2010, y 27/2011, sobre inadmisión de preguntas parlamentarias por la Mesa de las Cortes Valencianas.

77. Estas 35 violaciones se reparten como siguen:

- 23 (65,71%) fueron cometidas por la Mesa del Parlament de Catalunya: SSTC 110/2024; 86/2024; 57/2023; 46/2023; 24/2023; 115/2022; 92 a 96/2022; 85/2022; 65/2022; 24/2022; 15/2022; 156/2019; 115/2019; 42/2019; 41/2019; 47/2018; 46/2018; 27/2018; y 10/2018;
- 6 corresponden a la mesa del Congreso de los Diputados: SSTC 18/2024, anulando las resoluciones de la presidenta del Congreso privando a un diputado de tal condición; 167/2023, anulando las resoluciones de la presidenta del Senado anulando y sosteniendo la anulación de una enmienda aprobada por el Pleno del Senado (!); 168/2021, sobre suspensión de plazos en la tramitación de las iniciativas parlamentarias decretada por la mesa por el COVID; 17/2019, 139/2018 y 94/2018, de 17 de septiembre, estas tres últimas en materia de veto presupuestario;
- Una de la mesa del Parlamento Andaluz: STC 93/2023, sobre indebida exclusión de diputados de un grupo parlamentario);
- Una de la mesa del Parlamento Vasco: STC 38/2022, acerca del ejercicio de la participación política en el grupo mixto;
- Una de la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Madrid: STC 35/2022, sobre proporcionalidad en la composición de la mesa;
- Una de la Asamblea Regional de Murcia: STC 53/2021, en materia de veto presupuestario;

- Una de la de la mesa de la Asamblea de Extremadura: STC 159/2019, relativa a los derechos de los diputados no adscritos;
- Una de la mesa de las Cortes de Castilla y León: STC 12/2019, sobre paralización de los trabajos de una Comisión de investigación.

78. SSTC 24/2023; 93/2022; 92/2022; 85/2022; 38/2022; 168/2021; 17/2019; 12/2019; 139/2018 y 94/2018.

79. Así, la STC 86/2024, en el momento de escribir (diciembre de 2024) la penúltima de esta serie (la última es la STC 110/2024).

80. En el mismo sentido, Ortega Santiago (2024: 199) y, más incisiva, Rodríguez-Patrón (2024: 328): «el hecho de que el TC resuelva a legislatura pasada la mayoría de los recursos de amparo parlamentarios y que, por tanto, sus resoluciones en este tipo de procesos solo puedan tener carácter declarativo, como el mismo ha reconocido en algunas de sus resoluciones, ha de considerarse una patología». De otra opinión, Gómez Lugo (2024), que considera que «efectivamente ha servido para tutelar derechos principalmente de cargos públicos representativos» (355) y lo tilda de «remedio efectivo» (356 y 367). Sin embargo, la propia autora afirma que «este balance positivo (...) se ve, en cierto modo, algo oscurecido por los efectos limitados que en la práctica suelen tener las sentencias estimatorias de amparo, al dictarse, generalmente, una vez concluida la legislatura en la que se produjo el acto lesivo» (357). Así, la condición asignada de «remedio efectivo» debe entenderse referida al ámbito de lo simbólico.

81. Se podría objetar que, al centrarse en sentencias estimatorias, la diferencia tiene una explicación alternativa: un incremento importante del porcentaje de estimaciones. Sin embargo, ello es improbable, porque este habría tenido que ser espectacular y, sin embargo, haber pasado inadvertido para la doctrina. Esto resulta muy improbable en esta materia, en la que muchas contribuciones provienen de personas que trabajan en órganos parlamentarios, esto es, insertas en la praxis, pudiéndose excluir o evaluar muy a la baja un posible «efecto torre de marfil».

82. Tabla elaborada a partir de los datos recogidos en Gómez Lugo (2024: 352-354), donde también se incluye una ilustrativa gráfica. A su vez, estos provienen de las memorias del TC desde el inicio de su publicación sistemática, en 1999, hasta 2023, que pueden encontrarse en <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx>.

La información puede complementarse con la siguiente, que se refiere a toda la actividad del TC sobre el *ius in officium* (no solo al amparo parlamentario) desde que inició su actividad:

- Si se busca en la base de jurisprudencia del propio TC entre todas las sentencias (no solo las provenientes de recursos de amparo parlamentario) que incluyan la expresión «*ius in officium*», el resultado es de 220 SSTC. La centésimo décima dictada desde el inicio de la actividad del TC en enero de 1981 (STC 1/1981, de 26 de enero) es la STC 225/2016, de 19 de diciembre, lo que quiere decir que, para dictar la primera mitad de estas SSTC, el TC empleó 35 años, 10 meses y 23 días. En claro contraste, las otras 110, hasta la STC 139/2024, de 6 de noviembre, se han dictado en 7 años, 10 meses y 18 días (un período más de 6 veces más corto). El año con más sentencias fue 2023 (26), seguido de 2020 y 2022 (17 ambos). De los casi 44 años de actividad del TC, estos tres concentran más de un cuarto de las resoluciones (60 de 220).
- Si se busca en la misma base de datos los AATC que incluyen la expresión «*ius in officium*», se encuentran 46. De estos, el vigesimotercer dictado desde el inicio de la actividad del TC es el ATC 26/2019, de 9 de abril, lo que quiere decir que, para dictar la mitad de estos autos, el TC empleó 38 años, 2 meses y 14 días (desde la STC 1/1981, de 26 de enero). En claro contraste, los otros 23 autos, hasta el ATC 52/2024, de 29 de mayo, se han dictado en poco más de 5 años, 1 mes y 20 días, un período más de 7 veces más corto. El año en que más autos en la materia se dictaron fue 2020 (11), seguido por 2019 (6). De los casi 44 años de actividad del TC, dos de ellos, 2019 y 2020, concentran más de un tercio de estos autos (17 de 46).

83. En este sentido, Ortega Santiago (2024: 167): «no es infrecuente, como se pone de manifiesto en la propia jurisprudencia constitucional, que la posición defendida por esos sujetos políticos en cuanto al ejercicio de las funciones parlamentarias varíe en razón del lugar en la escala «social» de la representación que ocupen en un momento dado (mayoría o minorías)».

84. BOCG, Congreso, núm. B-295-3, de 25 de noviembre de 2022, p. 1.

85. BOCG, Congreso, núm. B-295-1, de 17 de noviembre de 2022, pp. 3 a 15.

86. Salvo que se entienda por tal el art. 262 CP (conductas fraudulentas en subastas y concursos públicos), reformado solo para introducir incentivos para colaborar con la justicia y dejando, por tanto, pasar la oportunidad para reformar un precepto con muy graves deficiencias de redacción.

87. El texto también recibió 5 enmiendas, a la totalidad, de los grupos parlamentarios Plural (JxCat), Ciudadanos, Popular en el Congreso, Mixto (CUP-PR) y VOX. V. BOCG, Congreso, núm. B-295-4, de 15 diciembre 2022, pp. 1-30). Estas fueron rechazadas por el Pleno del Congreso tras el debate de la totalidad de la proposición en su sesión de 1 de diciembre de 2022 (Diario de Sesiones del Congreso, XIV Legislatura, n.º 230, 1 de diciembre de 2022, p. 19).

88. BOCG, Congreso, núm. B-295-4, de 15 diciembre 2022, pp. 30-105 (las enmiendas al articulado están en las pp. 30 a 101, el índice, en las pp. 102 a 105).

89. Se trata de las enmiendas n.º 27, del GP Plural (p. 48 del BOCG, Congreso, núm. B-295-4, de 15 diciembre 2022), que pretendía volver al régimen de la malversación de la LO 10/1995, la n.º 48, del GP Republicano (p. 71), con un contenido similar al finalmente aprobado por LO 14/2022, y la n.º 51, del GP Plural (p. 74), que proponía una diferenciación punitiva con base en la existencia o no de ánimo de lucro.

90. Así se recoge en el FJ 8º del ATC 177/2022: «la mesa de la Comisión de Justicia aceptó su incorporación al informe de la ponencia para someterlas a la ulterior deliberación y votación que se iba a celebrar al día siguiente por la mañana. Y lo hizo aún a pesar del informe de los letrados de las Cortes Generales, que argumentaban que debía rechazarse dicha incorporación por resultar contraria a la doctrina constante del Tribunal Constitucional sobre la homogeneidad de las enmiendas».

91. Por el camino quedaron el resto de las enmiendas que los letrados de las Cortes habían considerado heterogéneas. Entre las posibles explicaciones se encuentran estas dos: por un lado, puede pensarse que a los recurrentes solo les interesaba la modificación de esas dos leyes por su gran importancia política (explicación «partidista»); por otro, y de forma no incompatible, puede pensarse que los recurrentes consideraron que estas dos enmiendas eran manifiestamente más heterogéneas que el resto y que incluir las demás podía reducir las oportunidades de que el TC concediera la anhelada suspensión cautelar («explicación táctica-procesal»).

92. Y no solo académico. Un resumen de las declaraciones institucionales de la presidenta del Congreso y el presidente del Senado, así como de las del presidente del Gobierno y del líder de la oposición, en Rodríguez-Patrón (2024: 302-303).

93. No es la primera vez que el TC suspende cautelarmente la tramitación de un acto parlamentario. Tan dudoso honor corresponde al ATC 134/2017, que suspendió la convocatoria del pleno del Parlament del Catalunya el 9 de octubre de 2017 para valorar los resultados de la consulta celebrada el 1 de octubre, que había sido acordada por la Mesa de dicha cámara. Pero no se trataba de un procedimiento legislativo en curso.

94. Sobre la cuestión, por todos, Ortega Santiago (2023: 56), advirtiendo de «el peligro de convertir al amparo parlamentario en un instrumento puesto a disposición de las minorías de una asamblea legislativa

para impedir a su mayoría aprobar determinadas disposiciones legislativas y, bajo el pretexto de la vulneración de sus derechos en el procedimiento legislativo, atacar los contenidos legales en tramitación que cuestionan. Lo que podría acabar convirtiendo al amparo parlamentario planteado en el procedimiento legislativo, en un mecanismo para instaurar una especie de control preventivo sobre las propuestas legislativas aún no perfeccionadas mediante su aprobación definitiva».

95. En las conclusiones a su comentario al ATC 177/2022, García de Enterría Ramos (2024: 430) afirma que «esta jurisprudencia (*sic*), a mi juicio, podría y debería haberse evitado, mediante la adecuada protección de los derechos de los parlamentarios en su propia sede». Sin duda es así, pero esto no puede ser una conclusión, porque es precisamente el problema de partida: las infracciones no se evitan internamente y, dada la doctrina del TC sobre el recurso de amparo parlamentario y la inefectividad de su praxis, no es dable pensar que en el futuro vayan a serlo.

96. Para ello parece necesaria la reforma de los reglamentos de Congreso y Senado, con el fin de incluir en ellos aspectos tan básicos como el establecimiento de un plazo para contestar a la solicitud de reconsideración (v. *supra*, nota 61).

97. Que se puede sintetizar con este pasaje de la STC 99/1987, FJ 1º: «no existe ni en la Constitución ni en los Reglamentos de ambas Cámaras norma alguna que establezca una delimitación material entre enmienda y proposición de Ley. Ni por su objeto, ni por su contenido, hay límite alguno a la facultad que los miembros de las Cámaras tienen para presentar enmiendas, exceptuadas las que, tanto para las enmiendas como para las proposiciones de Ley, fijan los arts. 84 y 134.6 de la Constitución para asegurar un ámbito de acción propia al Gobierno».

98. En realidad, quizás las expectativas eran demasiado altas. Al fin y al cabo, la STC 119/2011, en dos pasajes de los FFJJ 6º y 7º, ya tilda la homogeneidad exigible de «mínima».

99. Así puede verse incluso en el encabezamiento de la resolución en su publicación en el BOE.

100. Recuerda Ortega Santiago (2023:48-49) cómo «hasta hoy mismo el Tribunal siempre ha eludido, de una manera o de otra, con los más variados argumentos, considerar que concurría un vicio de inconstitucionalidad en las disposiciones de una ley incorporadas al texto normativo mediante enmiendas pretendidamente heterogéneas o no congruentes».

101. La sentencia añade que la enmienda respondía a la necesidad de atender a los intereses generales y a una necesidad inminente cuya tramitación se habría demorado en exceso de haber esperado a presentar una nueva iniciativa. Lo anterior se aparta de la exigencia de homogeneidad y suena a la «urgente necesidad» que habilita el uso del decreto-ley. Al respecto, la STC 119/2011, FJ 7º, establecía que «aun asumiendo que en determinadas circunstancias pueden existir razones de urgencia que propicien acelerar la aprobación de una concreta iniciativa legislativa, existe la posibilidad de acudir a otros mecanismos, como, cuando resulte jurídicamente viable, al Decreto-ley o a las tramitaciones legislativas por los procedimientos de urgencia o en lectura única. Dicho de otra forma, aceptar el ejercicio del derecho de enmienda como mecanismo paliativo o sustitutivo de las insuficiencias que pudieran tener los procedimientos legislativos supondría tanto como hacer caso omiso de la voluntad del constituyente». Nada que añadir.

102. SSTC 136/2011, FJ 7º; 176/2011, FJ 4º; 204/2011, FJ 5º; 209/2012, FJ 4º; 234/2012, FJ 4º; 132/2013, FJ 3º; 120/2014, FJ 6º; 59/2015, FFJJ 5º y 6º; 216/2015, FJ 5º; 155/2017, FJ 3º; 172/2020, FJ 8º; 149/2023, FJ 2º C.b); 170/2023, FJ 3º; 171/2023, FJ 3º c); 189/2023, FJ 3º c); 190/2023, FJ 3º c). Estas cinco últimas se ocupan de recursos contra la misma ley que, en lo relativo a la homogeneidad de las enmiendas, son clónicos, razón por la que el TC los desestima todos con sucinta motivación por referencia a la STC 149/2023.

103. V. Aranda Álvarez (2017:37): «Desde luego, el trabajo que hasta ahora se hace en la fase de ponencia deja mucho que desear. Quizá cumpla el objetivo político, pero presenta muchas carencias en esa labor técnica: el Informe que se ha de emitir por regla general se limita a dar cuenta de las enmiendas aceptadas o rechazadas y brillan por su ausencia la motivación y un mínimo análisis técnico».

104. Así figura en la p. 1 del Dictamen de la Ponencia de 12 de diciembre (v. BOGC, Congreso, núm. B-295-5, de 16 de diciembre de 2022, p. 1).

105. BOGC, Congreso, núm. B-295-4, de 15 de diciembre de 2022, pp. 1 a 101.

106. BOGC, Congreso, núm. B-295-5, de 16 de diciembre de 2022, p. 2. Conforme al art. 114.3 RC las enmiendas transaccionales han de presentarse por escrito «durante la discusión de un artículo». Así, las siete debieron presentarse, debatirse y aprobarse el mismo lunes 12 de diciembre. La exigencia de presentación por escrito parecería conducente a una cierta reflexión. Esto, sin embargo, no es así, dado que, como relata el profesor Santamaría Pastor (2024b: 27-28), quien durante décadas ha sido letrado de las Cortes, en numerosas ocasiones se entregan a las Mesas escritas a mano y estas no las distribuyen, sino que las leen en voz alta (y no siempre) antes de proceder a su votación.

107. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 821, martes 13 de diciembre de 2022, p. 2.

108. Grupos parlamentarios Socialista, Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-En Común, Republicano, Vasco —EAJ-PNV— y Euskal Herria Bildu.

109. Grupos parlamentarios Popular, VOX, Plural, Ciudadanos y Mixto.

110. BOCG, Congreso, núm. B-295-5, de 16 de diciembre de 2022, pp. 1-2.

111. BOCG, Congreso, núm. B-295-5, de 16 de diciembre de 2022, pp. 16 y 17.

112. Conforme al acta de la sesión, esta, incluyendo la ratificación de la ponencia, turnos de palabra y votaciones, duró 1 hora y veinte minutos (de 9.05 a 10.25 horas). V. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, n.º 821, martes 13 de diciembre de 2022, pp. 2 y 15.

113. BOCG, Congreso, núm. B-295-6, de 19 de diciembre de 2022, pp. 15 y 16.

114. BOCG, Senado, núm. 428, de 16 de diciembre de 2022, p. 7.

115. Podría pensarse que el art. 104 del RS solo se aplica al procedimiento de tramitación ordinaria, y no al de urgencia. Sin embargo, las especialidades del procedimiento de urgencia en el Senado (arts. 133 a 136 RS) no incluyen excepción alguna a lo previsto en el art. 104.

116. No lo hace la segunda, del senador Sr. Sánchez López (GP Democrático-Ciudadanos).

117. BOCG, Senado, núm. 430, de 20 de diciembre de 2022, p. 66.

118. *Ibidem*: «En lo que se refiere a la tramitación de esta proposición de ley, el procedimiento ha sido un auténtico atropello, un fraude. Es inadmisibles que una ley de esta naturaleza, que modifica varias normas orgánicas, se tramite en el Senado en un plazo de tiempo claramente insuficiente. Cuestión que no solo vulnera los derechos de los miembros de la Cámara Alta, sino que también genera serias dudas sobre su legalidad. (...) Junto a ello, es injustificado que en la proposición de ley se incluyan cuestiones totalmente diferentes, en una gestión legislativa totalmente denunciada e inadecuada. Una falta de congruencia que ha sido denunciada por los propios letrados del Congreso. El contenido resulta totalmente heterogéneo. Se recoge normativa para regular cambios en las mayorías del Consejo General del Poder Judicial para la elección de miembros del Tribunal Constitucional y para verificar su idoneidad, pero también los días

inhábiles para abogados en Navidad, la ocultación del cadáver como agravante, las criptomonedas o el contrabando de material de defensa y doble uso».

119. BOCG, Senado, núm. 430, de 20 de diciembre de 2022, p. 79: «Pretender suavizar la redacción actual añadiendo el requisito de ánimo de lucro para mantener la pena, o rebajar la pena manteniendo el resto de los elementos del tipo, es continuar incluyendo entre los delitos de corrupción conductas que no son corruptas, sino que se enmarcan en el ejercicio de las facultades que legítimamente corresponden a las autoridades o funcionarios públicos, cuya responsabilidad únicamente puede ser política o, como hemos señalado, contable, y permitir la ilegítima intromisión de sujetos ajenos a la función política como son los jueces en la determinación del interés general».

120. BOCG, Senado, núm. 430, de 20 de diciembre de 2022, p. 84. Resulta incidentalmente interesante comprobar cómo, en la argumentación del veto, se asume como cierto lo que luego ha negado el Tribunal Supremo, esto es, que una finalidad ilegal pueda considerarse finalidad pública: «Se parte de una premisa completamente falsa: que la desviación de fondos públicos para lucro individual es más grave que si se realiza para finalidades públicas distintas de las legales. Teniendo en cuenta que esas finalidades públicas consistieron, y pueden volver a consistir, en utilizar las instituciones públicas para destruir la unidad nacional y el Estado de derecho, se aprecia mejor la perversidad del propósito que anima a esta reforma» (*ibidem*).

121. Básicamente, tres: «Esta cuestión de las enmiendas no es el único motivo de forma que justifica esta propuesta de veto. Pueden asimismo mencionarse el instrumento legislativo elegido para encauzar la regulación de las materias afectadas —Proposición de Ley Orgánica— y el procedimiento parlamentario seguido —tramitación de urgencia—» (BOCG, Senado, núm. 430, de 20 de diciembre de 2022, p. 84).

122. BOCG, Senado, núm. 430, de 20 de diciembre de 2022, p. 86 (ambas citas).

123. BOCG, Senado, núm. 430, de 20 de diciembre de 2022, pp. 87 a 131.

124. BOCG, Senado, núm. 430, de 20 de diciembre de 2022, pp. 94 a 102. La Enmienda 13, de modificación, daba al art. 432 una redacción similar a la previa a la LO 1/2015, con un leve incremento de la pena privativa de libertad del tipo básico y una también leve disminución de las penas del tipo privilegiado en razón de la menor cuantía; las enmiendas 14, 15 y 16, las tres de supresión, eliminaban los arts. 432 bis, 433 y 433 ter de la proposición, respectivamente.

125. BOCG, Senado, núm. 430, de 20 de diciembre de 2022, pp. 120-123.

126. «Se propone despenalizar la malversación según la entendemos ahora con la redacción que se le dio en 2015» (enmienda 31); «Nuevo concepto de Patrimonio Público en la malversación» (enmienda 37); «Colaboración del acusado en la malversación» (enmienda 38).

127. Así, en las enmiendas 34 y 35 se afirma que «Pretenden (*scil.*: ¿quiénes?) dar una redacción nueva a la malversación», y en la 36 que «Pretenden dar una redacción nueva a la malversación cuando es un funcionario o político».

128. BOCG, Senado, núm. 432, de 22 de diciembre de 2022, p. 64. Algunos senadores presentaron votos particulares al texto de la proposición, para defender el veto y/o las enmiendas que habían formulado previamente. El voto particular n.º 2 lo presentan los senadores del GP Nacional-JxCat Cleries i González y Cervera Pinart (BOCG, Senado, núm. 432, de 22 de diciembre de 2022, p. 65-66), y el n.º 6 el GP Popular en el Senado (*id.*, p. 66, corrección de errores en p. 67), en ambos casos para defender tanto su veto como las enmiendas presentadas, que incluían como vimos algunas relacionadas con la malversación.

129. BOCG, Senado, núm. 433, de 23 de diciembre de 2022, p. 68.

130. BOCG, Senado, núm. 434, de 27 de diciembre de 2022, p. 10.

131. En una excelente contribución sobre la materia se afirma, con razón, que no siempre que se admite a trámite una enmienda heterogénea se produce una merma de las posibilidades de deliberación del resto de parlamentarios, y, para evaluar si es el caso, se propone atender a los siguientes criterios: «a la regulación del procedimiento legislativo en la asamblea legislativa implicada, al momento de la tramitación parlamentaria en que se plantean las enmiendas de contenido innovador, y a las posibilidades efectivas de las que disponen los parlamentarios, según esas condiciones, para poder *enmendar* una enmienda y para poder debatir y decidir sobre la misma» (Ortega Santiago 2023:44). Desde la óptica de estos criterios, el hecho de que las enmiendas se introdujeran en el Congreso, y no en el Senado, obraría a favor de entender que en la LO 14/2022 no se produjo esa merma. Sin embargo, el procedimiento legislativo se venía tramitando por la vía de urgencia y, sobre todo, considerando la ya vista extrema celeridad impresa a la tramitación, las posibilidades *efectivas* de los parlamentarios para enmendar las enmiendas y debatir sobre ellas no existieron. De modo distinto, y aunque admite que «Ciertamente, la tramitación de la proposición de ley en cuestión, una vez que concluyó el plazo de presentación de enmiendas, es cualquier cosa menos ejemplar» Ortega Santiago (2023: 45-48) entiende que la infracción del *ius officium* en el caso no puede basarse en la admisión de las enmiendas, con el argumento de que «esto solo podría afirmarse si los diputados hubieran intentado su supresión mediante enmiendas nuevas o votos particulares y estos no se hubieran admitido o no se hubieran votado de forma separada». Creo, sin embargo, que al afirmar lo anterior no se está teniendo en cuenta los tiempos reales en los que se produjeron las actuaciones, y las barreras que estos suponen para el ejercicio efectivo de las facultades aludidas.

132. Adicionalmente, convendría recuperar la propuesta de Aragón Reyes en su voto particular a la STC 136/2011, en el que afirmaba que se debería haber declarado la inconstitucionalidad de la ley, pero, por razones de seguridad jurídica, no su nulidad, añadiendo: «esta desvinculación entre inconstitucionalidad y nulidad debería venir acompañada de una expresa llamada de atención al legislador para que en lo sucesivo se abstenga de volver a utilizar la técnica legislativa de las llamadas «leyes de acompañamiento», con la advertencia de que la utilización futura de este tipo de leyes será declarada inconstitucional y nula, con efectos *ex tunc*».

133. El *punctum dolens* de la tramitación del anteproyecto es la omisión del trámite de consulta previa del art. 26.2 LGob, con el argumento de que «concorre una razón grave de interés público, como es la necesidad imperiosa y acuciante de garantizar la seguridad y la libertad sexual de las mujeres, niñas y niños» (Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, de 1 de julio de 2021, p. 6). La justificación dada no resulta convincente. En primer lugar, porque, de forma incoherente, una vez llegado el proyecto de ley al Congreso no se pidió su tramitación por el procedimiento de urgencia. En segundo lugar, porque, conforme al precepto citado, el trámite puede durar tan poco como 15 días. Para ponerlo en perspectiva: la tramitación parlamentaria, que superó los 13 meses (del 7 de julio de 2021 al 25 de agosto de 2022), duró 26 veces más de lo que habría tardado el trámite omitido. Llevarlo a cabo, por tanto, habría incrementado un 4% el tiempo total de tramitación.

BIBLIOGRAFÍA

- Aranda Álvarez, Elviro (2017): «El reglamento del Congreso de los Diputados. Propuestas para su reforma», en *Revista de Estudios Políticos*, 175, 17-65.
- Becerra, José, Muñoz de Morales, Marta y Nieto, Adán (Dirs.) (2016): *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid: Marcial Pons.

- Becerra Muñoz, José y Rodríguez Ferrández, Samuel (eds.) (2021): *La elaboración de las leyes penales en España*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Becerra Muñoz, José (2013): *La toma de decisiones en política criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Calvo García, Manuel (2019): «Retorno al derecho regulativo. Implementación y evaluaciones de impacto», en J. Oliver-Lalana (ed.), *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 585-617.
- Corral Maraver, Noelia (2020): «Datos y conocimiento empírico en la legislación penal de la Unión Europea. Una guía para el legislador español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22-18, 1-50.
- Díez Ripollés, José Luis (2013): *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Trotta.
- (2019): «La racionalidad legislativa penal. Decisiones en un procedimiento socio-legislativo penal», en J. Oliver-Lalana (ed.), *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 119-170.
- Dorrego de Carlos, Alberto (1998): «Artículo 88. Iniciativa legislativa gubernamental», en A. Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo 7, Arts. 81 a 96*, Madrid: Edersa, 291-353.
- Feld, Barry C. (1999): «The honest politician's guide to juvenile justice in the twenty-first century», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 564, 10-27.
- García de Enterría Ramos, Andrea (2023): «Suspensión de la tramitación parlamentaria de enmiendas por el Tribunal Constitucional por falta de homogeneidad. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre. Recurso de amparo núm. 8263-2022 (BOE núm. 19, de 20 de enero de 2023)», en *Revista de las Cortes Generales*, 115, primer semestre, 413-431.
- García-Escudero Márquez, Piedad (2016): «Iniciativa legislativa del gobierno y técnica normativa en las nuevas leyes administrativas (Leyes 37 y 40/2015)», *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 433-452.
- García-Escudero Márquez, Piedad (2000): *La iniciativa legislativa del Gobierno*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Martínez, María Asunción (2023): «Las garantías de los derechos de los parlamentarios. El caso singular del ATC 177/2022», en *Revista de las Cortes Generales*, 115, primer semestre, 143-190.
- Gómez Corona, Esperanza (2008): *Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Congreso de los Diputados.
- Gómez Lugo, Yolanda (2024): «Evolución del recurso de amparo parlamentario en el modelo español de justicia constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, 54, 351-388.
- Jiménez Aparicio, Emilio (2004): «El procedimiento de elaboración de los Anteproyectos de Ley: la fase gubernamental», en J. Menéndez (dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid: Thomson-Civitas, 279-373.
- King, Robert D. y Willmott, Laura (2022): *The honest politician's guide to prisons and probation*, Oxford: Routledge.
- Marsan-Raventós, Clara (2022): «La iniciativa *Better Regulation* de la Unión Europea», *Revista Catalana de Dret Públic*, 64, 89-104.
- Miranda López, Luis Manuel (2018a): *Parlamento y control judicial. La participación de las cámaras parlamentarias en los procesos de constitucionalidad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2018b): «Consideraciones sobre la jurisprudencia constitucional en materia parlamentaria», *Revista de las Cortes Generales*, 104, 647-675.
- Morris, Norval y Morris, N. y Hawkins, Gordon (1970): *Honest Politician's Guide To Crime Control*, Chicago: Chicago University Press.
- Ortega Santiago, Carlos (2023): «Notas de futuro sobre el derecho de enmienda, el procedimiento legislativo y su posible suspensión cautelar en el recurso de amparo parlamentario, a la luz del Auto 177/2022 del Tribunal Constitucional». *Revista General de Derecho Constitucional* 38, 39-58.
- (2024): «Las funciones de la mesa del parlamento y su control jurisdiccional por el Tribunal Constitucional», en *Última jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia parlamentaria*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 165-200.

- Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (2021): «¿Inconstitucionalidad de la ley penal por infracción del procedimiento legislativo?», en S. Cardenal *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Joan Queralt*, Barcelona: Atelier, 783-794.
- (2023): «¿Qué (si es que algo) se puede hacer para evitar la decadencia de la ley penal?», en J. Muñoz Sánchez *et al.* (dirs.), *Estudios Político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia: Tirant lo Blanch, 319-330.
- Paredes Castañón, José Manuel (2013): *La justificación de las leyes penales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Reiner, Robert (2007): *Law and Order: An Honest Citizen's Guide to Crime and Control*, Cambridge: Polity.
- Roca de Agapito, Luis (2023): «Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado», *Diario La Ley*, 10230, 16 de febrero, 1-23.
- Rodríguez Ferrández, Samuel (2016): *La evaluación de las normas penales*, Madrid: Dykinson.
- Rodríguez-Patrón Rodríguez, Patricia (2023): «El Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre (y sus votos particulares), a la luz de la decisión del Tribunal Constitucional alemán de 5 de julio de 2023», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 131, 299-331.
- Sáinz Moreno, Fernando (1989): «Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de ley (art. 88 C.E.)», en F. Sáinz Moreno y J. Silva Ochoa (coords.), *La calidad de las leyes*, Vitoria-Gasteiz: Parlamento Vasco, 17-50.
- Sánchez Navarro, Ángel J. (2024): «El procedimiento legislativo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Última jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia parlamentaria*, Vitoria-Gasteiz: Parlamento Vasco, 44-78.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2024): «Sobre la legislación estatal del Siglo XXI: una aproximación cuantitativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 130, enero-abril, 13-47.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2024b): «Una llamada de emergencia sobre la crisis de la ley», *Revista de Administración Pública* 224, 13-31.
- Santaolalla López, Fernando (2011): «¿Leyes interpretativas inconstitucionales?», en *Revista de Derecho Político*, 80, enero-abril, 37-58.
- (2013): «Información parlamentaria, derechos de los diputados y control jurisdiccional», *Revista de las Cortes Generales*, 89, 89-133.
- Santaolalla López, Fernando (2011): «¿Leyes interpretativas inconstitucionales?», en *Revista de Derecho Político*, 80, enero-abril, 37-58.
- Tonry, Michael (2018): «An honest politician's guide to deterrence: certainty, severity, celerity, and parsimony», en M. Nagin, F. Cullen y D. Jonson (eds.), *Deterrence, Choice, and Crime: Contemporary Perspectives*, Nueva York: Routledge, 365-389.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Resolución	Fecha
STC 139/2024	6 de noviembre de 2024
STC 137/2024	6 de noviembre de 2024
STC 110/2024	9 de septiembre de 2024
STC 86/2024	3 de junio de 2024
STC 30/2024	28 de febrero de 2024
STC 25/2024	13 de febrero de 2024
STC 18/2024	31 de enero de 2024

Resolución	Fecha
STC 15/2024	30 de enero de 2024
STC 10/2024	18 de enero de 2024
STC 190/2023	12 de diciembre de 2023
STC 189/2023	12 de diciembre de 2023
STC 171/2023	22 de noviembre de 2023
STC 170/2023	22 de noviembre de 2023
STC 167/2023	21 de noviembre de 2023
STC 149/2023	7 de noviembre de 2023
STC 128/2023	2 de octubre de 2023
STC 116/2023	25 de septiembre de 2023
STC 94/2023	12 de septiembre de 2023
STC 77/2023	20 de junio de 2023
STC 69/2023	18 de marzo de 2023
STC 57/2023	23 de mayo de 2023
STC 46/2023	10 de mayo de 2023
STC 24/2023	27 de marzo de 2023
STC 15/2023	8 de febrero de 2023
ATC 178/2022	21 de diciembre de 2022
ATC 177/2022	19 de diciembre de 2022
STC 115/2022	27 de septiembre de 2022
STC 93/2022	12 de julio de 2022
STC 92/2022	12 de julio de 2022
STC 85/2022	27 de junio de 2022
STC 38/2022	11 de marzo de 2022
STC 35/2022	9 de marzo de 2022
STC 24/2022	23 de febrero de 2022
STC 184/2021	28 de octubre de 2021
STC 168/2021	5 de octubre de 2021
STC 137/2021	29 de junio de 2021
STC 69/2021	18 de marzo de 2021
STC 53/2021	15 de marzo de 2021
STC 172/2020	19 de noviembre de 2020
STC 97/2020	21 de julio de 2020
STC 159/2019	12 de diciembre de 2019
STC 156/2019	28 de noviembre de 2019
STC 128/2019	11 de noviembre de 2019
STC 115/2019	16 de octubre de 2019

Resolución	Fecha
STC 96/2019	15 de julio de 2019
STC 42/2019	27 de marzo de 2019
STC 41/2019	27 de marzo de 2019
STC 17/2019	11 de febrero de 2019
STC 139/2018	17 de diciembre de 2018
STC 94/2018	17 de septiembre de 2018
STC 47/2018	26 de abril de 2018
STC 34/2018	12 de abril de 2018
ATC 134/2017	5 de octubre de 2017
STC 215/2016	15 de diciembre de 2016
STC 153/2016	22 de septiembre de 2016
STC 109/2016	7 de junio de 2016
STC 108/2016	7 de junio de 2016
STC 107/2016	7 de junio de 2016
STC 78/2016	25 de abril de 2016
STC 10/2016	1 de febrero de 2016
STC 216/2015	22 de octubre de 2015
STC 59/2015	18 de marzo de 2015
STC 120/2014	17 de julio de 2014
STC 36/2014	27 de febrero de 2014
STC 132/2013	5 de junio de 2013
STC 209/2012	14 de noviembre de 2012
STC 234/2012	13 de diciembre de 2012
STC 117/2012	4 de junio de 2012
ATC 9/2012	13 de enero de 2012
STC 204/2011	15 de diciembre de 2011
STC 176/2011	8 de noviembre de 2011
STC 136/2011	13 de septiembre de 2011
STC 119/2011	5 de julio de 2011
STC 57/2011	3 de mayo de 2011
STC 27/2011	14 de marzo de 2011
STC 20/2011	14 de marzo de 2011
STC 44/2010	26 de julio de 2010
STC 141/2007	18 de junio de 2007
STC 38/1999	22 de marzo de 1999
STC 124/1995	18 de julio de 1995
STC 206/1992	27 de noviembre de 1992

Resolución	Fecha
STC 205/1990	27 de diciembre de 1990
STC 161/1988	20 de septiembre de 1988
STC 99/1987	11 de junio de 1987
STC 32/1985	6 de marzo de 1985
STC 76/1983	5 de agosto de 1983
STC 10/1983	21 de febrero de 1983

POLÍTICA CRIMINAL Y PROCESO POLÍTICO DEMOCRÁTICO: LOS
LÍMITES DE LA RACIONALIDAD Y EL PAPEL DE LOS EXPERTOS
*PENAL POLICY AND DEMOCRATIC POLITICAL PROCESS: LIMITS
OF RATIONALITY AND THE ROLE OF EXPERTS*

José Manuel Paredes Castañón

Universidad de Oviedo

RESUMEN

Aunque en la bibliografía reciente son abundantes los análisis críticos de los procesos legislativos en materia penal, sin embargo, lo más usual es que la perspectiva adoptada sea bien un punto de vista estrictamente empírico (proporcionando una narración de dichos procesos), o bien uno de índole normativa (valorando la adecuación de los mismos y haciendo propuestas para mejorarlos). En cambio, no es frecuente que en dichos análisis se presente una teoría del proceso legislativo en cuestiones político-criminales que atienda a las características específicas que el proceso político reviste en las democracias contemporáneas de masas y de opinión pública. Y que, por ello, permita comprender adecuadamente las dinámicas causales (sociológicas, psicosociales y políticas) que condicionan los resultados posibles del debate político-criminal real (no el de los teóricos, sino el de los actores políticos) en tales sistemas políticos, así como el papel de los expertos dentro del mismo. Proponer un modelo para dicha teoría es precisamente el objetivo de este trabajo.

PALABRAS CLAVE

Políticas públicas. Política criminal. Proceso político. Democracia. Conocimiento experto.

ABSTRACT

Although there are many critical analyses of legislative processes about penal policies in recent literature, the most common perspective adopted is either a strictly empirical point of view (providing a narrative of the brute facts of these processes), or a normative one (assessing their suitability and making proposals for improving them). However, it is not so common to present a theory of legislative processes that addresses the specific features of political process in contemporary democracies (public opinion democracies). This theory should allow us to adequately understand the causal (sociological, psychosocial and political) dynamics that determines the possible outcomes of political discussion on penal issues, as well as the role of experts. Actually, the objective of this paper is to propose a model for such a theory.

KEYWORDS

Public Policy. Penal Policy. Political Process. Democracy. Expertise.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.119>

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-1257300B-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER Una manera de hacer Europa.

POLÍTICA CRIMINAL Y PROCESO POLÍTICO DEMOCRÁTICO: LOS LÍMITES DE LA RACIONALIDAD Y EL PAPEL DE LOS EXPERTOS

José Manuel Paredes Castañón

Universidad de Oviedo

Sumario: 1. El problema: conocimiento experto y proceso político. 2. El sistema político como campo social. 3. La construcción política del bien común. 4. El debate político y las razones (públicas). 5. La racionalidad política como racionalidad limitada. 6. La política, más allá de las razones públicas: 6.1. El diseño institucional. 6.2. El pluralismo. 6.3. Juegos de suma cero. 6.4. La competición por el poder. 6.5. La búsqueda de capital político. 6.6. La representación política. 6.7. La presión de las contingencias. 7. Especificidades del proceso político en materia penal. 8. A modo de conclusión: proceso político democrático y conocimiento experto. Notas. Bibliografía.

1. EL PROBLEMA: CONOCIMIENTO EXPERTO Y PROCESO POLÍTICO

En el contexto del estado moderno, la ley positiva es siempre una manifestación de la voluntad del soberano¹. Sin embargo, nunca ha sido solamente eso, puesto que quien, en cada momento y lugar, ostentaba el poder para promulgarla ha pretendido siempre que, además, el contenido prescriptivo de la ley era razonable: se justificaba por ciertas razones (religiosas, históricas, políticas, morales o instrumentales) que se pretendía que eran intersubjetivamente válidas; es decir, que cualquier persona razonable debería dar por buenas (y,

por ende, las prescripciones contenidas en la ley, por justificadas). En este marco, el papel del jurista en la elaboración de las leyes (y, en particular, de las leyes penales) fue siempre el del consejero del príncipe: proporcionando ideas para el fondo y sugerencias en cuanto a la forma de la ley (Hattenhauer, 2004: 579).

A medida que el proceso de democratización de los estados modernos fue avanzando, este rol del jurista experto en la elaboración de la legislación penal no ha desaparecido, pero se ha ido volviendo más complicado; y, progresivamente, también más problemático. En efecto, aconsejar a un rey o a su válido es una cosa, y otra bastante diferente es intentar influir sobre la voluntad de un órgano compuesto por una pluralidad de personas (un ministerio, una comisión o un grupo parlamentarios, etc.), casi siempre con intensas y variadas relaciones (de jerarquía, obediencia, lealtad, afinidad o enfrentamiento ideológico, comunidad o contraposición de intereses, ...) entre dichas personas. Y, además, personas que reclaman estar actuando en nombre de otras (los votantes, la opinión pública, los militantes del partido, los intereses de algún grupo social, etc.). En este caso, las estrategias de influencia tienen que ser necesariamente más complejas y sus efectos resultan también mucho más difíciles de predecir.

De hecho, en el caso concreto de la ley penal, la sensación generalizada entre los juristas expertos es que en la actualidad pocas veces se cuenta con ellos cómo se debería. Porque no se les tiene en cuenta en absoluto. O porque se les tiene únicamente de una manera muy sesgada: encargándoles una tarea puramente técnica (redactar el proyecto), sin permitirles opinar de manera significativa sobre su contenido; o peor, empleándoles como mero recurso propagandístico para legitimar decisiones en las que realmente no han participado de manera efectiva.

Por supuesto, las anteriores afirmaciones admiten matizaciones, dependiendo de momentos y de lugares. Asumiré, no obstante, que en términos generales son correctas: que existe una generalizada tendencia en nuestros días a restar protagonismo al conocimiento jurídico experto en el proceso de elaboración y aprobación de las leyes penales². Y daré por supuesto (aunque luego lo matizaré) que, en principio, este hecho no es positivo³. Partiendo de ello, el presente trabajo no posee, sin embargo, pretensiones normativas, sino que su objetivo es descriptivo y explicativo. No intentaré, pues, hacer una valoración más detallada de la situación, ni tampoco desarrollar una propuesta de actuación para revertirla. Por el contrario, mi objetivo es examinar la realidad sociopolítica dentro de la que se desenvuelve el proceso legislativo en las democracias contemporáneas cuando se ocupa del derecho penal (sustantivo, principalmente), para intentar comprender con mayor profundidad las causas de que el desajuste entre conocimiento jurídico experto y decisores que se ha supuesto sea tan profundo. Por lo tanto, me centraré (aplicándolo al caso de la producción de legislación penal) en lo que los sociólogos de la ciencia denominan contexto de descubrimiento (Schickore, 2022): es decir, en cuál es el proceso a través del que se producen las decisiones que se plasman en el texto de las leyes penales (y no, pues, en cómo pueden o no justificarse dichas decisiones)⁴.

2. EL SISTEMA POLÍTICO COMO CAMPO SOCIAL

Comencemos con algunas definiciones. Entiendo por *proceso político* aquel proceso dinámico de interacción entre determinados agentes sociales que produce como resultado una política pública (o un fragmento de ella). El proceso político consta, pues, de (Birkland, 2020: 15-16, 35-37): a) una serie de informaciones (datos, interpretaciones de los mismos, valoraciones, propuestas, etc.) que son incorporadas por los agentes reconocidos como competentes, para que sean tenidas en cuenta a la hora de interactuar (*inputs*); b) una interacción más o menos prolongada entre dichos agentes en torno a dichas informaciones (*politics*)⁵; y c) una decisión final, cuyo producto será una política pública (*output*). Observada estáticamente, la plasmación organizativa (personas, organizaciones, recursos materiales, instituciones, normas) de ese conjunto de interacciones estables a través de las que se ejerce la actividad política en un determinado contexto espaciotemporal puede ser denominado *sistema político* (Baqués, 2023: 61-66). Parte del sistema político es el *régimen político*: se entiende por tal el diseño institucional que fija a quién y cómo puede adoptar decisiones sobre políticas públicas (Molina/ Delgado, 1998: 106).

Si, ahora, pasamos de las definiciones a la descripción, la primera tesis que quiero defender es la de que, al menos en los estados modernos y contemporáneos⁶, un sistema político es un campo social: un espacio social (es decir, un espacio de interacciones), individualizado por la especificidad de los objetos que constituyen la materia en relación con la que interactúan los agentes (sus intereses) e internamente estructurado en posiciones sociales diferenciadas; diferenciadas verticalmente, por la cantidad de poder que cada una conlleva, y horizontalmente, por las relaciones recíprocas (más distantes, más cercanas, más conflictivas, más cooperativas...) entre ellas (Bourdieu, 2011: 112-115). Lo característico de un campo social es, pues: una comunidad de intereses de todos los participantes, que produce una cierta comunidad de esquemas cognitivos y disposiciones de conducta (Bourdieu, 2008a: 86); posiciones sociales diferenciadas entre ellos, en función de la cantidad de capital —y, consiguientemente, de poder social— de que dispone cada uno (Bourdieu, 2020: 471-473; Bourdieu, 2021: 577-590); y una constante interacción y conflicto en torno a la ocupación de dichas posiciones y las relaciones recíprocas entre las mismas (Bourdieu, 2021: 591-612).

En lo que ahora nos interesa, la consecuencia principal del hecho de que en los estados contemporáneos exista un campo social de la actividad política específicamente acotado (campo político) es que no todos los agentes sociales pueden interactuar dentro de dicho campo. Y que, de entre los que sí que tienen tal oportunidad, no todos lo hagan en igualdad de condiciones. En concreto, a pesar de las proclamaciones teóricas que aparecen en las constituciones, que, en el caso de los regímenes políticos democráticos, suelen reconocer un derecho prácticamente universal de sufragio pasivo para todos los ciudadanos y una regulación bastante permisiva del derecho a presentar candidaturas electorales (Möllers, 2021: 329-332; Waldhoff, 2021: 647-649; Montilla Martos, 2024: 308-314), de hecho en cada momento y lugar solamente ciertos agentes sociales están dotados del suficiente capital político para poder participar directamente de manera efectiva en el núcleo central de la actividad política; esto es, en el proceso político, en el proceso de decisión de las políticas

públicas (Bourdieu, 2008b: 64-65)⁷. Esto significa que, en la práctica, el proceso político está dominado ampliamente por personal profesional, que accede al proceso a través de las organizaciones que (prácticamente) monopolizan los *inputs* que ingresan en él (Bourdieu, 2008b: 65-70):

- Principalmente, los partidos políticos, a través de los cuales se filtran los *inputs* procedentes del electorado (mediante el sistema electoral) y, en buena medida, también los procedentes de las ideologías políticas, de la opinión pública y de los grupos de presión. Y las propias instituciones políticas, que no actúan únicamente como receptáculos de las discusiones y de las decisiones políticas, sino que además ejercen (más concretamente, la burocracia —parlamentaria, administrativa, judicial— que las habita y gestiona: Kettl, 2006: 366-370) un papel activo, promoviendo o combatiendo informaciones, ideas y propuestas (Birkland, 2020: 113 ss.).
- Pero también, aunque generalmente tengan menos peso en el proceso (¡pero no despreciable!), los movimientos sociales, los grupos de presión y los medios de comunicación (Birkland, 2020: 162 ss.).

De este modo, todas estas organizaciones (y las personas que las lideran) cumplen dos funciones dentro del sistema político. Hacia dentro, su función es ser los actores políticos (principales): quienes proporcionan la información (hechos, interpretaciones, valores, propuestas) que serán tenidos en cuenta —en mayor o menor medida, según los casos- para adoptar las decisiones sobre políticas públicas. Y hacia fuera, son los canales que permiten al resto de los miembros de la comunidad política (intentar) introducir *inputs* en el proceso político⁸.

Así pues, participar en la actividad política tiene (para un experto y para cualquiera) dos sentidos posibles: 1º) formar parte activa (en el límite: liderar) alguno de los actores políticos, en especial aquellos con mayores oportunidades (por su capital político o por su poder) para intervenir en una determinada decisión de política pública; o 2º) acceder a dichos actores políticos y lograr que hagan suya alguna información que les proporcionemos.

3. LA CONSTRUCCIÓN POLÍTICA DEL BIEN COMÚN

Mi segunda tesis reza como sigue: el bien común, esto es, el conjunto de objetivos (estados de cosas deseables) que pueden justificadamente perseguir las políticas públicas (Hussain/ Kohn, 2024), no preexiste al proceso político, sino que es elaborado y constituido dentro de él. Pues ocurre que, de acuerdo con los estudios acerca de los procesos de decisión colectiva en condiciones de respeto a la diversidad de las preferencias individuales (esto es, en una concepción agregativa, no comunitarista, del bien común y, consiguientemente, de la función de bienestar social), en realidad no existe ningún modo no arbitrario de realizar una ordenación racional de los objetivos de las políticas públicas. En efecto, las investigaciones de Kenneth Arrow sobre dichos procesos (y, en general, las investigaciones en teoría de la elección pública) han venido a poner de manifiesto que, si se quiere que

el proceso respete ciertas condiciones muy básicas de racionalidad y de moralidad, ningún método racional de ordenación es capaz de cumplirlas. Ello cierra la posibilidad de que exista algún procedimiento puramente racional de toma de decisiones, ya que cualquiera de los procedimientos imaginables conduce a resultados arbitrarios (aleatorios o dependientes de circunstancias en principio irrelevantes). Por lo que, en último extremo, la única alternativa factible para adoptar la decisión es la dictatorial: que alguien decida por sí mismo cómo ordenar los objetivos de políticas públicas válidos para todos (Mueller, 2003: 582-596). Es decir, convertir lo que en principio sería una decisión de grupo en una decisión colectivizada: una decisión adoptada por uno de los miembros que afecta no solo al decisor, sino a todo el resto del grupo (Sartori, 1992: 321). En nuestro caso: el órgano competente para adoptar la decisión sobre los objetivos de una política pública (determinando de este modo cuál es el bien común en ese caso), al decidir, lo hace para producir efectos sobre el conjunto de la comunidad política, para toda la ciudadanía.

Naturalmente, la necesidad de que la función de bienestar social (los objetivos de las políticas públicas y su ordenación) sea fijada autoritariamente nada dice sobre quién ha de hacerlo: podría ser, sí, un dictador (en el sentido politológico estricto del término), pero también puede hacerlo un parlamento democráticamente elegido (Shapiro, 2005: 28-41). En todo caso, lo que sí impide es imaginar un proceso de decisión colectiva, no autoritario, basado exclusivamente en razones; un proceso estrictamente tecnocrático, en suma.

Así, dado que la comunidad política es siempre diversa, también cultural e ideológicamente, si el sistema político está comprometido a respetar dicha diversidad, resulta prácticamente inevitable que en el proceso político concurren actores con concepciones acerca de la justicia y el bien diferente; y, en no pocas ocasiones, contrarias incluso. Ello es particularmente plausible en el caso de los regímenes políticos democráticos: si verdaderamente lo son (es decir, si las oportunidades para presentar candidaturas electorales —y, por lo tanto, plataformas programáticas— son lo suficientemente amplias), es casi imposible que no haya actores políticos que, al menos en determinados asuntos, no sostengan programas completamente contrarios.

De este modo, las características estructurales y dinámicas del proceso político resultan esenciales para determinar qué objetivos van a perseguir las políticas públicas. En efecto, dado que, como antes señalé, las decisiones sobre las políticas públicas son monopolizadas por los actores que intervienen en el proceso y, además, no todos tienen realmente las mismas oportunidades de participar y —menos aún— de influir sobre el mismo, lo que acabe por definirse como bien común, como objetivos justificables de las políticas públicas, depende en buena medida de quién participe (en mayor o menor medida), de cuántos recursos (capital político y poder) disponga y de cómo interactúe con el resto de los actores (de su racionalidad estratégica).

Por lo tanto, el resultado del proceso político (las políticas públicas... o, cuando menos, sus objetivos más básicos y los principios fundamentales que deben guiar la actuación de los poderes públicos para perseguirlos)⁹ no viene determinado por la mayor o menor racionalidad moral o instrumental de las propuestas (por el hecho de que estas sean más o menos racionalmente justificables), sino: 1º) sobre todo, por la estructura de poder del

sistema político (quién tiene acceso, quién tiene influencia y cuánta tiene); y 2º) subsidiariamente, por la mayor o menor habilidad estratégica de cada uno de los actores, a la hora de maniobrar presentando sus ideas, aportándolas en el momento y lugar adecuado, exponiéndolas mejor, negociando y llegando a compromisos, etc. (Arterton, 2023). No existe, pues, ninguna conexión causal directa entre el proceso de toma de decisiones políticas y su justificabilidad¹⁰. No, al menos, una conexión necesaria (según una —hipotética, inexistente— ley politológica que rezase: «*Cuanto mayor sea el grado de justificabilidad racional de una decisión política, mayor será la probabilidad de que sea adoptada*»).

4. EL DEBATE POLÍTICO Y LAS RAZONES (PÚBLICAS)

Lo anterior, sin embargo, no significa asumir una concepción meramente agregativa del proceso de toma de decisiones en los regímenes políticos democráticos: en una concepción así, las decisiones acerca de políticas públicas se producirían única y exclusivamente mediante la mecánica agregación de votos (primero, de los miembros del electorado y, luego, de sus representantes); sin que en realidad tuviesen ninguna importancia para la existencia y efectividad de la decisión las razones de quienes votaron en uno y otro sentido (Peter, 2009: 7-9). Ciertamente, una descripción así destaca un elemento fundamental del proceso político, cuál es el generalizado predominio, en los regímenes políticos democráticos, de la regla de la mayoría como criterio para identificar qué decisiones se pueden considerar dotadas de legitimidad de origen democrático (Dahl, 2006: 34 ss.). Pero, en cambio, no acierta a describir adecuadamente cómo funciona verdaderamente el proceso político globalmente considerado. Pues en realidad todo él está fuertemente condicionado por acciones guiadas (entre otros motivos) por razones: desde el comportamiento del votante hasta el de su representante político, en prácticamente todas las conductas políticamente relevantes pueden identificarse creencias de los actores políticos que —entre otros motivos— les mueven a actuar de una determinada manera (Steinberger, 2022: 123-128).

Así pues, aunque sea cierto que no existe una conexión necesaria entre las decisiones sobre políticas públicas y las razones que podrían justificarlas, sí que hay, no obstante, una conexión entre ellas. Se trata, es verdad, de una conexión meramente contingente e indirecta. Pues lo que ocurre es que, de hecho, todos los actores políticos se ven obligados a esforzarse en justificar las razones que les llevan a proponer y (intentar) adoptar una determinada decisión política: en el peor de los casos, por motivos puramente instrumentales, para explicar al resto de actores (señaladamente, al electorado, pero también a grupos de interés, a movimientos sociales o a otros partidos con los que se podría llegar a cooperar) los beneficios que obtendrán de la decisión (Downs, 1973: 39 ss.); si es que no lo hacen —en el mejor de los casos— por rutina (porque, precisamente, exista una costumbre constitucional que lo exige)¹¹ o por convicciones morales o políticas más profundas.

Además, dentro del proceso político no cualquier clase de razón se considera adecuada para justificar políticamente una decisión, sino solamente algunas: las *razones públicas*¹². Se entiende por tales aquellas razones aducidas en favor de una determinada decisión de

política pública que se caracterizan por la pretensión, por parte de quienes las utilizan en su argumentación, de que las mismas resulten aceptables para cualquier sujeto (Quong, 2022) suficientemente racional (capaz de razonar con corrección) y razonable (dispuesto a debatir de manera argumentada en torno a la justificación de la decisión)¹³. En efecto, la forma de desarrollar prácticas de discusión política que (a veces, en el mejor de los casos) puedan llegar a crear una creencia en la legitimidad de las decisiones que se adopten, y el sentimiento de que existe la obligación de respetarlas y obedecerlas, consiste en argumentar con razones (que se pretende que son) públicamente aceptables. Es decir, *razones que —se pretende— el interlocutor debería dar por buenas, en vista de su propia concepción de lo justo y bueno* (Gaus, 1996: 137-141). Cualquier otra forma de argumentar (aducir, por ejemplo, intereses individuales, creencias imposibles de ser compartidas, motivos inconfesables, etc.) no puede producir dicho efecto (Gaus, 1996: 120-129; Gaus, 2011: 263-264).

De este modo, lo que existe en la práctica son decisiones adoptadas (cualesquiera que sean los motivos adicionales que cada actor político tenga para ello) explícitamente sobre la base de argumentaciones públicas, que incluyen razones pretendidamente aceptables para todos los interlocutores, en vista de las propias creencias de cada uno de ellos. Pero, como no es necesario que dicha pretensión sea correcta, o sea aceptada por cada interlocutor (Gaus, 1996: 32-35), lo que se produce en todo caso es, cuando menos, una concurrencia de intenciones de los diferentes actores confluyendo sobre el contenido de la decisión (Waldron, 2005: 149-155). Aunque no necesariamente sobre las razones (todas o algunas de ellas) para adoptarla (Gaus, 2011: 283-287; Gaus, 2022: 181-193)¹⁴.

5. LA RACIONALIDAD POLÍTICA COMO RACIONALIDAD LIMITADA

La cuarta tesis que deseo defender es que, en contra del mito tecnocrático, por razones estructurales, las decisiones acerca de políticas públicas no pueden ser nunca (ni en el mejor de los casos) decisiones máximamente racionales. Pues las decisiones políticas no se adoptan en condiciones ideales de racionalidad, sino en condiciones de racionalidad limitada (*bounded rationality*). Limitaciones que existen siempre, por razones ecológicas, es decir, en virtud del entorno en el que la decisión ha de ser adoptada.

Cabe señalar al menos dos fuentes de dichas limitaciones. La primera son los condicionamientos derivados de la limitación en los recursos disponibles para quien ha de adoptar la decisión. Tres, al menos: 1º) limitaciones en la información disponible tanto sobre la situación como sobre las alternativas de actuación y sus previsibles consecuencias; 2º) limitaciones en la capacidad de procesamiento de dicha información, tanto por las limitaciones cognitivas absolutas de quien o quienes analizan como por razones de tiempo (Gigerenzer, 2021: 58-60); y, 3º) restricciones en las alternativas de actuación derivadas de la historia previa (*path-dependence*), es decir, de las decisiones previamente adoptadas (Page, 2006). Así, quien decide sobre una política pública en condiciones reales, no ideales, a lo máximo que puede aspirar es a optimizar su decisión atendiendo a aquellas razones que (por razones de tiempo, de incertidumbre, de capacidad de análisis y de historia previa) están verdade-

ramente disponibles para él en el momento en el que tiene que decidir. Que generalmente no serán —al menos, no tienen por qué ser— las mejores razones.

Además, en segundo lugar, existen también condicionamientos derivados de la naturaleza colectiva de la decisión (Forsyth, 2018: 372 ss.). Pues los procesos de decisión en grupo sufren limitaciones específicas de su racionalidad, debido a la necesidad de elaborar colectivamente la identificación del problema a abordar, de sus causas y de las alternativas de actuación frente a él, sobre la base de una información que no es siempre compartida por todos los participantes, o no siempre es interpretada del mismo modo por todos ellos. Produciéndose así frecuentemente malentendidos (errores al comunicar o comprender la información), pérdidas de información relevante (la memoria colectiva del grupo otorga relevancia principalmente a la información más compartida, no necesariamente a la más importante), sesgos en la valoración (en general, los grupos tienden a amplificar los sesgos cognitivos presentes en las mentes de los individuos que los componen), procesos de polarización del grupo (los grupos tienden a preferir las alternativas de acción más radicales y simples, antes que las más complejas) y fenómenos de pensamiento grupal (cuando las personas están profundamente involucradas en un grupo cohesivo, los esfuerzos por lograr la unanimidad prevalecen sobre la evaluación realista de las alternativas disponibles).

6. LA POLÍTICA, MÁS ALLÁ DE LAS RAZONES PÚBLICAS

Mi quinta tesis es que no se trata tan solo de que la toma en consideración de razones, a la hora de adoptar decisiones políticas, haya que tener necesariamente límites, sino que, además, existen necesariamente dentro del proceso político también otros factores distintos de las razones públicas, que son tan importantes al menos como ellas para la determinación, desde el punto de vista causal, del contenido de las decisiones sobre políticas públicas. Así, si bien es cierto que, como regla general, todos los actores relevantes dentro del proceso político pretenden basar tanto su imagen pública como su comportamiento en plataformas programáticas (conteniendo propuestas de políticas públicas) fundadas en buenas razones morales e instrumentales (en razones públicas), sin embargo, una vez que dicho proceso se ha puesto en marcha, el mismo introduce unas series de condicionamientos que hacen imposible que la conducta efectiva de dichos actores se guíe exclusivamente por razones.

Los principales son los siguientes

6.1. EL DISEÑO INSTITUCIONAL

Es decir, el conjunto de procedimientos reglados de adopción de las decisiones sobre políticas públicas y de las reglas que los regulan (Colomer, 2009: 246). Obviamente, tanto las decisiones mismas como las propuestas de decisión se adoptan prácticamente siempre en situaciones altamente institucionalizadas: están, pues, sometidas a procedimientos formalizados y a reglas acerca de quién puede proponer y cuándo puede hacerlo, y de quién o quiénes han de apoyar la propuesta para que esta salga adelante¹⁵. Esto significa que, como

sean estos procedimientos y estas reglas, limitan las posibilidades de que una determinada política pública salga adelante, con relativa independencia de cuáles sean las razones públicas que la avalen.

Así, por una parte, diferentes diseños institucionales conllevan un grado mayor o menor de inclusividad: limitan en mayor o menor medida qué actores políticos tienen acceso a las instituciones y con qué oportunidades reales de llevar adelante dentro de ellas sus plataformas programáticas (Holden Jr., 2006). Quiere ello decir que no es inusual que haya propuestas que no lleguen a acceder a las instituciones, aun si son las mejores propuestas y están avaladas por las mejores razones.

Además, por otra parte, incluso aquellos actores que ven sus propuestas incorporadas a los procedimientos institucionalizados de toma de decisiones tendrán mayores o menores oportunidades de éxito dependiendo de cómo estén diseñados dichos procedimientos: quiénes pueden poner temas en la agenda, qué actores tienen derecho de veto, en qué orden, etc. (Tsebelis, 2006: 21 ss.). Una vez más, el diseño institucional puede hacer imposible que ciertas propuestas salgan adelante, por muy bien fundamentadas racionalmente que estén.

6.2. EL PLURALISMO

Especialmente en regímenes democráticos y pluralistas, muchas de estas decisiones colectivas son adoptadas por grupos cuyos miembros discrepan abiertamente —y, a veces, radicalmente— sobre los valores que deben guiar la decisión, sus objetivos o los medios más adecuados para lograr dichos objetivos: se trata entonces de lograr un acuerdo sobre el contenido de una decisión con implicaciones normativas por parte de sujetos que son partidarios de concepciones normativas diferentes y muchas veces contradictorias entre sí. Es decir, el proceso político tiene que (intentar) crear un «mundo social común»: una interpretación compartida acerca del significado de la realidad social circundante y de las alternativas de acción existentes, en la que diferentes actores —a ser posible, todos, o la gran mayoría— se sientan partícipes y lo suficientemente identificados, aunque sea por razones diferentes. Y hacerlo, claro está, a partir muchas veces de las concepciones normativas de partida inconmensurables entre sí (a veces, completamente inconmensurables) de cada uno de los actores. Esto obliga frecuentemente a dejar de lado las propias buenas razones, para tomar en cuenta los puntos de vista de los demás actores políticos (no solo sus razones, sino también sus interpretaciones de la realidad social y de las posibilidades de actuar sobre ella) e incorporarlos como relevantes y dignos de (alguna) estima (Zerilli, 2016: 232 ss., 266 ss.).

6.3. JUEGOS DE SUMA CERO

En una sociedad de recursos escasos, hay ocasiones en las que la asignación de una cantidad a un determinado grupo social implica necesariamente privar a otro grupo de un recurso del que hasta entonces disponía; o, al menos, de la oportunidad de acceder a él

(Steinberger, 2022: 159 ss.). Esto es decir que el proceso político versa también sobre intereses. Y que, por ello, hay ocasiones en las que la racionalidad que, razonablemente, han de aplicar los actores políticos es de naturaleza puramente instrumental y estratégica: esfuerzos para regular un inevitable conflicto en torno a algún recurso, mediante un proceso de conflicto → negociación → acuerdo/ imposición por la fuerza (Dunn, 2000: 134-137; Geuss, 2008: 23-30).

6.4. LA COMPETICIÓN POR EL PODER

Aunque evidentemente la discusión y la lucha políticas tienen siempre entre sus objetos cuáles son las mejores razones y a quién se han de asignar determinados recursos escasos, lo cierto es que una visión integral de la dinámica del proceso político exige tomar en consideración además las pasiones que generalmente dominan a los actores que participan en el mismo¹⁶. Y, señaladamente, la pasión por el poder político. Es decir, la competencia por ocupar aquellas posiciones de poder desde las que resulta posible: primero, constituir (esto es, reconocer como existentes) los hechos institucionales que forman la realidad social; luego, intentar imponer una determinada forma de categorizar dichos hechos, señalando qué distinciones y divisiones dentro de la sociedad son relevantes y cuáles no (Bourdieu, 2008b: 17-19, 22, 76-78; Bourdieu, 2024: 153-158)¹⁷; identificar las alternativas apreciables de actuación frente a ella; y, por fin, disfrutar de una legitimidad reconocida y suficiente para decidir entre ellas¹⁸. En el proceso político se compete, pues, por la hegemonía ideológica (por la capacidad para que le sea atribuida una legitimidad¹⁹ indiscutida a las propias decisiones: Martin, 2022: 1-3) y por la consiguiente capacidad para degradar la legitimidad de aquel que es etiquetado como adversario político (Mouffe, 2007: 24-26)²⁰. Una competencia apasionada, que va más allá —o más acá— que las mejores o peores razones que se posean (Mouffe, 2016: 112 ss.; Honig, 2023: 200 ss.).

De este modo, los actores políticos han de tener siempre presentes los efectos de sus acciones sobre sus oportunidades (en términos de racionalidad estratégica, dentro del sistema político: efectos sobre sus competidores, obtención o pérdida de aliados, etc.) de acceder al poder político. Lo que sin duda afecta —para deformarla— a la racionalidad de las decisiones de políticas públicas que vayan a adoptar: está empíricamente demostrado que, como regla general, los actores políticos —especialmente, los más poderosos— aspiran a una acumulación indefinida de más poder (Kellerman/ Pittinsky, 2020: 14-17); y también que, una vez acumulado en una cantidad suficiente, empiezan a actuar progresivamente de una manera cada vez más irracional (Keltner, 2016: 99 ss.).

6.5. LA BÚSQUEDA DE CAPITAL POLÍTICO

Como hemos visto, los actores que protagonizan el proceso político actúan en un campo social específico, el campo político. Se trata de un espacio social de interacción estructurado y demarcado, al que el acceso está limitado solamente a ciertos actores, y dentro del que se llevan a cabo la gran mayoría de las acciones y de las interacciones que poseen

consecuencias políticas. El hecho de que se trate de un espacio social demarcado, al que solamente ciertos actores tienen acceso (Bourdieu, 2008b: 65), unido a la constante competencia entre ellos, introduce restricciones específicas al comportamiento de estos. Pues ocasiona que en el campo político la lucha por el poder se exprese habitualmente mediante una suerte de «guerra de posiciones»: cada actor político ha de ubicarse dentro del campo político en relación (de distancia, de liderazgo, de cooperación, de conflicto, etc.) con el resto de los actores, que son sus competidores (Bourdieu, 2008b: 82-86); peleando con ellos, y siempre en relación con las acciones de ellos, por la hegemonía: por el predominio en términos de legitimidad. De manera que las decisiones sobre qué acciones realizar no son completamente autónomas, sino siempre condicionadas de manera muy estrecha por el comportamiento del resto de los actores políticos.

Se trata, en suma, de que los actores políticos se ven obligados por las restricciones estructurales del campo político a esforzarse por lograr y acrecentar su capital político: el conjunto de recursos simbólicos a su disposición que les permiten obtener la confianza necesaria por parte de sus compañeros de lucha política y también de aquellos a quienes pretenden representar; y, de este modo, ver reconocida su legitimidad como (respectivamente) líderes y representantes (Bourdieu, 2008b: 90-98). Así, un actor del sistema político con el suficiente capital político puede aspirar a lograr la suficiente confianza, durante el suficiente tiempo, de sus compañeros y de sus votantes, incluso aunque ocasionalmente la defraude (pero no siempre). Y, en cambio, el actor con escaso capital político carece de la credibilidad para tomarse dichas libertades y se la juega en cada decisión que toma o no toma (Luhmann, 2014: 327-328).

El capital político no se compone de recursos homogéneos, sino diversos: se apoya desde el punto de vista material en la disponibilidad de capital económico (no se puede prosperar en la vida política sin una financiación suficiente), pero en todo caso predomina en él la faceta simbólica, puesto que lo que su posesión proporciona es legitimidad política. Dicha faceta simbólica suele estar compuesta de una combinación (Bourdieu, 2008b: 90-96) de capital social (la red duradera de relaciones de conocimiento y reconocimiento mutuos, por la pertenencia a determinados grupos: Bourdieu, 2001: 148-156), de capital cultural e informativo (la cantidad de información y las capacidades para la manipulación simbólica que se posean: Bourdieu, 2001: 136-148) y de confianza sistémica por parte de los votantes (que, más allá de la confianza personal en el concreto individuo, implica expectativas de que los actores políticos —al menos, algunos de ellos, por regla general y a la larga— actuarán intentando satisfacer ciertos intereses de los ciudadanos a los que pretenden representar: Luhmann, 1996a: 95).

En todo caso, la naturaleza predominantemente simbólica del capital político introduce un condicionamiento adicional en el proceso político: su naturaleza altamente comunicativa y teatral. Pues, paradójicamente, el proceso político demanda de sus participantes dos exigencias en principio contradictorias: tienen, de una parte, que visibilizar lo más posible sus diferencias (y, se pretende, también la superioridad —de calidad moral o de racionalidad instrumental— de unos actores sobre otros); pero, por otra parte, pese a ello se debe intentar que el proceso político finalice en acuerdos (no necesariamente unánimes, pero sí,

cuando menos, mayoritarios), es decir, en decisiones efectivas acerca de las políticas públicas que hay que implementar (Coller, 2024: 60 ss.). Se produce así una auténtica disociación en los papeles que ha de asumir el actor político, tanto dentro de la organización a la que pertenece (líder —actual o potencial— con perfil propio/ sometido a la disciplina de la organización: Coller, 2024: 86-90) como fuera de ella, frente al resto (portavoz enérgico de unos ideales, de unos valores, de un programa/ negociador dispuesto a buscar puntos de encuentro y acuerdos: Coller, 2024: 90-99). Justamente, esta borrosidad del personaje político (atrapado entre los diferentes papeles que se espera que cumpla) es la que provoca en el actor político la necesidad, en todos los casos en los que se den las condiciones para ello²¹, de llevar a cabo actuaciones netamente performativas: acciones extremadamente visibles, dirigidas a poner de manifiesto ante su público las aptitudes del actor y a destacar sobremanera el rol (gobernante responsable, opositor implacable, negociador hábil, ...) que está asumiendo en cada ocasión (Alexander, 2017: 126-127, 129-130)²².

La cuestión, claro está, es que no faltan las ocasiones en las que las necesidades dramáticas (la necesidad de atenerse al papel públicamente actuado y reconocido por su auditorio) interfieren en el proceso de discusión y decisión acerca de las políticas públicas, sacrificándose incluso las mejores razones, en beneficio de la conservación o el aumento del capital político (individual o colectivo).

La permanente lucha de los actores políticos por consolidar y aumentar el capital político del que disponen tiene, además, una segunda consecuencia, que es la tendencia a la burocratización de las organizaciones que intervienen en el proceso político. Ya los primeros observadores de los nacientes partidos políticos se dieron cuenta de que en ellos se producía una progresiva separación de sus líderes respecto de la masa de seguidores, militantes y votantes (Michels, 1969: 131 ss.). La causa principal es la necesidad de aquellos de consolidar su capital político, institucionalizándolo, mediante la creación y ocupación de posiciones, dentro de la organización y del sistema político, que estén especialmente protegidas frente al cuestionamiento que, dado cómo es la dinámica del proceso político, constantemente les amenaza (Bourdieu, 2008b: 20-22, 96 ss.). Y su efecto práctico es que una parte importante de la actividad de los actores políticos (especialmente, de los auténticos *insiders* de las organizaciones) va dirigida a lograr dicha institucionalización del capital político de que disponen: no en otra cosa consiste el fenómeno —que tanto se reprocha a los actores políticos— de que «solo piensan en el cargo» (Bourdieu, 2008b: 13-14).

6.6. LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

En el caso de los regímenes políticos de democracia representativa (los únicos que ahora estoy examinando), la competencia entre los actores políticos es tanto por el poder político como por la clientela; esto es, por los votantes (Bourdieu, 2008b: 77-81). Lo que añade un componente adicional de complejidad al comportamiento de los actores políticos, al obligarles a tomar en consideración también los efectos del mismo sobre sus votantes (actuales o potenciales).

En efecto, aunque ciertamente en los regímenes políticos de democracia representativa la participación ciudadana en la actividad del sistema político es limitada, esto no significa que la relación de representación política sea un mero mito ideológico, sino que, por el contrario, produce indudables efectos políticos (Pitkin, 1985: 233 ss.), pues proporciona los *inputs* más decisivos que ponen en marcha y condicionan el proceso político (Downs, 1973: 39-54, 237-298; Bourdieu, 2008b: 76-82; Birkland, 2020: 163-167). Efectos que son, en primer lugar, directos, por cuanto que la selección de la élite política depende en una medida importante²³ de decisiones de los votantes en el momento electoral (Przeworski, 1999: 43-50). Pero también, por otra parte, hay efectos indirectos, ya que, a través de la institución de la opinión pública, el electorado influye (y, además, lo viene haciendo de manera creciente, a medida que se ha elevado el nivel cultural de la ciudadanía, se han desarrollado el tejido asociativo y los movimientos sociales y los medios de comunicación —tanto los tradicionales como, hoy en día, también las redes sociales en internet— han ido adquiriendo un papel más importante en la configuración de la opinión pública)²⁴ sobre el comportamiento de la élite política que le representa (Best/ Vogel, 2018: 342-346).

Pese a ello, sigue siendo cierto que los actores del sistema político poseen autonomía respecto del electorado, al no existir un mandato imperativo (Manin, 1998: 201-206). Pero el hecho de que dicha autonomía esté tan condicionada por los *inputs* que proceden del resto de la comunidad política (de la ciudadanía) significa que muchas veces las buenas razones que aquellos podrían tener para promover ciertas decisiones políticas tengan que ceder ante la incomprensión o el rechazo que puedan producir (las razones, la decisión, o ambas) en el electorado (en partes significativas —en términos cuantitativos o cualitativos— del mismo).

6.7. LA PRESIÓN DE LAS CONTINGENCIAS

Constituye un tópico clásico en la teoría política occidental la idea de que el desenvolvimiento del proceso político está amenazado siempre por la eventualidad de que puedan producirse contingencias (Wootton, 2007): actores políticos que se dejan mover por motivos inesperados, conductas inesperadas de dichos actores, acontecimientos inesperados, efectos causales inesperados... (Schedler, 2007: 58-70) Este fenómeno de la contingencia política puede ser definido por tres características (Schedler, 2007: 70-73): su indeterminación (las cosas perfectamente podrían suceder de un modo o de otro completamente distinto), su dependencia de factores (externos a la política misma) incontrolables y la incertidumbre (ausencia de una información mínima, o mínimamente fiable, que permite pronosticar racionalmente lo que va a suceder).

Cabe discutir si nos hallamos ante un fenómeno ontológico (es decir, si la contingencia política se deriva de la auténtica aleatoriedad —en sentido fuerte, matemático— de ciertos hechos políticos: motivaciones, conductas, acontecimientos, efectos causales) o si, por el contrario, posee más bien una naturaleza meramente epistemológica, derivada, pues, más bien de las limitaciones del conocimiento que, en un momento y lugar determinados, se posee acerca del curso de los hechos (Schillinger, 2020). Asimismo, se puede discutir si el

mismo ha de ser valorado o no como algo negativo²⁵. En cualquier caso, lo que nos importa ahora aquí es el efecto que la irrupción de la contingencia inesperada puede frecuentemente producir en el proceso político: la necesidad de actuar, más allá de las razones, de manera inmediata y contundente, para contrarrestar los efectos de lo inesperado, anómalo e incierto.

En efecto, si combinamos (como es frecuente en los supuestos de contingencia política) la sorpresa, la incertidumbre, la dependencia de factores externos incontrolables y las limitaciones en los recursos (entre otros, el tiempo) disponibles para adoptar una decisión frente a lo inesperado, el resultado frecuente es la percepción por parte de los actores políticos de una necesidad imperiosa y urgente de tomar decisiones que reduzcan o eliminen los efectos disruptivos que las contingencias políticas pueden llegar a producir sobre el proceso político «normal» (esto es, no interrumpido por lo contingente). Como regla general, dichas decisiones tenderán a resultar menos justificables en términos racionales, bien desde el punto de vista moral, bien desde el instrumental, o bien desde cualquiera de los dos.

Es cierto, no obstante, que es preciso impugnar la concepción (clásica) de la «razón de Estado» como una lógica inapelable e inexorable, que forzaría a los actores políticos a adoptar decisiones injustificables «*obligados por las circunstancias*»: no hay necesidad absoluta de actuar, sino juicios acerca de las alternativas posibles y de sus resultados probables; siempre existen razones —muchas veces, buenas razones— a favor y en contra de las diferentes alternativas de acción disponibles; y, en todo caso, hay que asegurar que lo que se está protegiendo merece verdaderamente la pena (Del Águila, 1998: 73-74). Pese a ello, no es posible ignorar la realidad de que hay circunstancias en las que las decisiones acerca de las políticas públicas a realizar por parte del Estado pueden (y, algunas veces, deben incluso) dejarse guiar por razones que entran en conflicto frontal con las mejores razones morales (razones de justicia), pues, considerando la situación globalmente, lo más racional es actuar de la forma más eficaz posible para neutralizar cuanto antes un riesgo existencial grave e inminente para algo (la supervivencia física de los ciudadanos, la supervivencia del orden social, de la comunidad política, del aparato administrativo, etc.) verdaderamente valioso, incluso si ello conlleva costes importantes en términos de justicia, de derechos humanos o del bienestar de ciertos grupos sociales, etc. (Del Águila, 1998: 75-82; Del Águila, 2000: 192-208). No es racional, en suma, negar que existen los dilemas políticos trágicos y que en ellos no siempre las razones morales en principio más valiosas deban prevalecer siempre²⁶.

7. ESPECIFICIDADES DEL PROCESO POLÍTICO EN MATERIA PENAL

La sexta y última tesis que quiero exponer consiste en que, dentro de las características generales del proceso político democrático que hasta aquí he ido exponiendo, el proceso de toma de decisiones sobre políticas públicas penales posee ciertas peculiaridades características. La principal tiene que ver con la función que cumple el derecho penal como medio de control social: en una sociedad desigual, los conflictos que son identificados como problemas de seguridad (y que, por consiguiente, pueden ser examinados, para decidir

si debe o no actuar frente a ellos el sistema penal) proceden de manera muy prominente de las conductas de individuos pertenecientes a los sectores sociales más marginados o empobrecidos. Esta naturaleza ya inicialmente selectiva de los procesos de criminalización (selectividad primaria: Baratta, 1986: 168-169, 184-185) produce un efecto político relevante: con mucha frecuencia aquellos más directamente afectados por la decisión política (sobre si inculpar o no una conducta, o sobre la sanción que debe imponérsele) apenas tienen posibilidades reales (no meramente teóricas) de participar en la discusión que tiene lugar, en el proceso político, pues de ningún modo son reconocidos como actores políticos legítimos²⁷.

En la práctica, esta desigualdad en el acceso al proceso de toma de decisiones sobre políticas públicas penales tiene dos consecuencias políticas. La primera es que en muchas ocasiones el proceso político opera en cuestiones político-criminales de manera bastante anómala, pues, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos, aquí una parte muy importante de los actores que deberían participar en la discusión no están presentes, ni lo están sus puntos de vista. Así, el subsistema político de la política criminal²⁸ es un sistema cojo, deficientemente conformado, pues —como es usual en la actividad política— participan en él siempre las agencias gubernamentales y los partidos políticos; y algunas veces (las menos), también otros actores políticos (movimientos sociales y medios de comunicación). Pero, en cambio, debido a la selectividad primaria de los procesos de criminalización y a la desigualdad en el acceso al proceso político, la mayoría de las veces no lo hacen grupos de interés que se ven afectados por la política pública en discusión. ¿Cabría imaginar un debate sobre política laboral sin tener en cuenta la opinión de los sindicatos? No, desde luego. Pero justamente esto es lo que ocurre en materia penal: el punto de vista del (si se me perdona que utilice los usuales estereotipos racistas y clasistas) «carterista rumano» o del «camello»; esto es, el de las categorías de individuos que van a ser convertidos en delincuentes, etiquetados como amenazas para la seguridad, jamás estarán presentes. Pero tampoco el de la mayoría de las víctimas de los delitos...

Esta deficiencia del proceso político en cuestiones político-criminales (que es estructural y generalizada) produce, a su vez, una segunda consecuencia política. Pues, a causa de tal deficiencia estructural, los actores políticos principales (generalmente, las agencias gubernamentales o los partidos políticos) frecuentemente se sienten liberados de la obligación —habitual en otros sectores de las políticas públicas— de rendir cuentas de la efectividad (eficacia y eficiencia) de las políticas decididas, ya que son conscientes de que quienes mayor interés tendrían en dicha rendición de cuentas apenas cuentan desde el punto de vista político. Precisamente, por ello, existe la tentación de utilizar las políticas penales (y, muy especialmente, las leyes penales sustantivas) como meros instrumentos de propaganda: es decir, como estrategias de comunicación dirigidas a consolidar el propio capital político (o, lo que es lo mismo, a degradar el de los competidores). Pues se sabe que quienes van a estar realmente atentos (con una atención que, en todo caso, generalmente es distraída, superficial y poco duradera) a la rendición de cuentas son, en el mejor de los casos, los votantes más pendientes de la actualidad política y de los medios de comunicación; o acérrimos seguidores del gobierno o partido. Es decir, quienes usualmente no tienen que

soportar los efectos reales de dicha política pública, ni muchas veces son siquiera capaces de imaginarlos, por lo que solo la perciben como una manifestación de las virtudes o defectos de los actores políticos que las promueven públicamente (es decir, como un factor de medición de su capital político). Se trata, en suma, de que la estructura del proceso político democrático incentiva en estos casos utilización simbólica (en el sentido más peyorativo del término: Díez Ripollés, 2001: 123-128) de la política criminal y de la ley penal.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN: PROCESO POLÍTICO DEMOCRÁTICO Y CONOCIMIENTO EXPERTO

A la vista de lo expuesto, podemos ahora reformular cuál es el papel que, en el mejor de los casos, el conocimiento jurídico experto puede llegar a cumplir en el proceso de decisión de las políticas penales (en especial, de las leyes penales) en un régimen político democrático: *en el mejor de los casos, los y las juristas deberían ser capaces de proporcionar a los actores políticos (especialmente, a los más importantes: partidos políticos, parlamentarios, ministros y altos funcionarios gubernamentales)²⁹ buenas razones públicas que puedan orientar sus plataformas programáticas y, consiguientemente, tal vez sus propuestas legislativas y, quizá, sus decisiones legislativas. Nada más, nada menos.*

Obsérvese que:

- El papel del experto consiste en proporcionar razones (públicas) a favor o en contra de una determinada política pública. No, pues, en decidir. La determinación del contenido sustancial de la decisión política (y no solamente su formalización a través de una norma jurídica) recae, por lo tanto, en el campo político, no en el científico.
- El papel del experto no consiste siquiera en proporcionar todas las razones relevantes para la decisión, sino tan solo algunas: las razones públicas.
- Pero no cualquier razón pública, sino únicamente aquellas efectivamente accesibles para los actores políticos, por razones de disponibilidad: de la información necesaria para considerarlas, de la capacidad suficiente para el procesamiento de dicha información, de tiempo suficiente para ello, de la viabilidad efectiva de las alternativas de actuación que recomiendan. Cualquier otra razón pública aportada, por muy buena y convincente que pueda parecer en abstracto, si no cumple estas condiciones, resultará inútil en la práctica.
- Dado que de proporcionar razones se trata, el momento idóneo para la intervención del experto es aquel en el que el actor político está obligado —sea por ley, por costumbre o por interés propio— a argumentar la pretendida justificación de sus propuestas o de sus decisiones.
- Esto significa, en suma, que en cualquier régimen político no tecnocrático (y, señaladamente, en un régimen democrático)³⁰ la mayor parte del proceso político

queda en todo caso sustraído a la influencia de las razones proporcionadas por el experto: ni la discusión sobre discrepancias en los valores y sobre el pluralismo, ni la negociación de intereses, ni la competencia por el poder o por el capital político, ni la importancia de las actitudes del electorado y de la opinión pública, ni la presión de la contingencia, tienen por qué formar parte de las razones de los expertos. Pero ello quiere decir que existen muchas probabilidades de que todas estas circunstancias y razones (no públicas) prevalezcan, en muchas ocasiones, sobre las mejores razones públicas que el conocimiento experto pueda aportar al proceso de toma de decisiones.

NOTAS

1. La restricción temporal es importante, pues antes de —pongamos— el siglo XV no existía la idea de ley positiva que hoy nos es tan familiar, ni tampoco la de la ley como expresión de la voluntad soberana (Troper, 2013: 10-29).

2. Al menos, esta es al menos la percepción generalizada de los penalistas. Vid. algunos ejemplos del caso español: Carbonell Mateu, 2011; Gimbernat Ordeig, 2015; Quintero Olivares, 2023. O del caso alemán (de cuyos legisladores en principio, dada la naturaleza más consociacional de su proceso político, tenderíamos a esperar algo mejor): Prittwitz, 2008; Heinrich, 2017: 9; Kölbl, 2024: 86. O del caso de la Unión Europea: Corral Maraver, 2016.

3. La crítica podría expresarse como sigue: la resistencia de los legisladores (en sentido amplio: incluyendo tanto a los legisladores en sentido estricto como al pre-legislador) a tomar seriamente en cuenta el conocimiento técnico del que disponen, entre otros expertos, los juristas estaría reduciendo la calidad de las leyes penales; y, con ello, se estaría privando al sistema penal de disponer de la mejor herramienta posible para guiar sus operaciones (obligando a los operadores jurídicos a realizar esfuerzos extraordinarios, y frecuentemente infructuosos, para intentar lograr una interpretación e integración razonables del Derecho positivo). Se trataría, en suma, de que los legisladores de las democracias contemporáneas carecerían de la voluntad o de la capacidad para acceder al conocimiento experto de los penalistas; o, al menos, para incorporarlo de una manera adecuada al proceso de toma de decisiones legislativas en la materia. Obligándose así a decidir en condiciones necesariamente subóptimas, al no disponer efectivamente de toda la información existente y relevante sobre la materia objeto de regulación.

4. De los problemas de justificación de las leyes penales me he ocupado en varias otras ocasiones: vid. Paredes Castañón, 2003a; Paredes Castañón, 2003b; Paredes Castañón, 2003c; Paredes Castañón, 2011; Paredes Castañón, 2013; Paredes Castañón, 2014; Paredes Castañón, 2017.

5. En inglés existe la distinción entre los términos *politics* (actividad) y *policy* (producto). En castellano, en cambio, el término *política* sufre de ambigüedad proceso-producto (ambigüedad semántica que afecta a términos que pueden referirse tanto al proceso o actividad como al producto de dicho proceso o actividad: Blackburn, 2016: 859). Para evitarla, traduciré *politics* por *actividad política*: se entiende por tal aquel conjunto de acciones realizadas por un agente reconocido como competente, dirigidas a influir sobre las decisiones que deben producir una política pública (Laswell, 1950: 3).

6. La matización es importante, pues a lo largo de la historia y de la geografía han existido y existen un gran número de sistemas políticos diferentes (Lewellen, 2009: 38-43). De entre todos ellos, lo característico de los estados es la existencia de una notoria estratificación en la distribución del poder político, junto con mecanismos organizados de coerción dirigidos a hacer efectivo dicho poder (Lewellen, 2009:

61-65). El efecto práctico de todo ello es que en los estados la producción del bien común está concentrada en un espacio social específico y autónomo (Bourdieu, 2014: 97-99, 110-111).

7. Un buen estudio empírico sobre la realidad de la desigualdad en el acceso al sistema político es Dahl, 1961.

8. Pero, como el acceso a las organizaciones es desigual, dependiendo del capital económico, social y cultural de cada persona o grupo, no todos poseen las mismas oportunidades de hacerlo... (Bourdieu, 2008b: 65-70).

9. La matización resulta procedente, porque en los estados contemporáneos no es infrecuente que en el proceso político propiamente dicho se adopten las decisiones más básicas (sobre objetivos y sobre principios de actuación) y, en cambio, los detalles de la regulación y de las actuaciones de los poderes públicos sean decididas, con bastante autonomía, por la burocracia estatal (Birkland, 2020: 146-148). Así, en el caso de la legislación penal, actualmente es habitual que el Poder Legislativo formule los tipos penales de manera bastante vaga y, de hecho, delegue los detalles de la regulación en la jurisdicción penal (a través de la interpretación, que en el caso de preceptos legales muy poco taxativos, necesariamente conlleva un alto grado de discrecionalidad, a la hora de decidir qué argumentos interpretativos valorativos o teleológicos se deben tomar en consideración, y cuáles no).

10. Ciertamente, en el caso de los regímenes constitucionales (especialmente, si la constitución es rígida), existen también límites jurídicos a los resultados que el proceso político está autorizado a producir: porque existe un “coto vedado” constitucionalmente establecido, indisponible para los poderes constituidos (Ferrajoli, 2010: 102-109); y porque, además, es habitual en las constituciones contemporáneas que tanto el contenido normativo de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos como la proclamación de ciertos valores y principios obliguen a los poderes públicos positivamente a adoptar algunas decisiones políticas. Por ello, determinadas concepciones del bien común, aunque en abstracto resulten defendibles, de hecho no pueden ser promovidas por ningún actor en el proceso político como propuestas serias (Ferrajoli, 2011: 503). Ello, no obstante, no altera el hecho principal que se quiere destacar en el texto (la separación entre las causas que explican las decisiones políticas y las razones que las justifican), pues —contra lo que ciertas tesis neoconstitucionalistas mantienen— la mayor parte de las decisiones sobre políticas públicas solamente tienen a la constitución como marco de referencia (como límite máximo), pero no están determinadas por ella (Ferrajoli, 2011a: 537; Ferrajoli, 2011b: 43).

11. Sobre el valor de las costumbres constitucionales, vid. Perales, 1986.

12. De manera que no es inusual que entre las razones de los actores políticos para proponer o apoyar (o no) una determinada decisión política las haya de naturaleza pública y no pública. Y que, debido a ello, estas últimas no se expresen en la esfera pública (aunque no por ello sean menos influyentes sobre el resultado final: Downs, 1973: 26 ss., 55 ss.

13. La distinción entre estos dos conceptos procede de Rawls, 1996: 78-97.

14. Obviamente, la idea es una radicalización del concepto de consenso entrecruzado (*overlapping consensus*), elaborado por Rawls, 1996: 165 ss.

15. Una excepción, parcial, a esta generalización se da en el seno de los movimientos sociales: en el caso de los actores políticos de esta índole, las propuestas de políticas públicas pueden llegar a surgir de un modo mucho más espontáneo y desregulado (Klandermans, 2015). Pese a ello, lo cierto es que, si la propuesta ha de tener alguna probabilidad de éxito, tendrá que ser introducida por el movimiento en los procedimientos institucionalizados del sistema político (McAdam/ Tarrow, 2019: 24-27; Amenta/ Andrews/ Caren, 2019: 453-457).

16. En Psicología se entiende por pasión una emoción o conjunto de emociones que dominan todo un plan de conducta de un agente; que no desencadenan necesariamente procesos inmediatos de activación de su conducta, sino más bien tendencias prolongadas y estables de comportamiento (Frijda, 1986: 101). Tradicionalmente, el componente emocional y pasional de la actividad política no había sido objeto de estudio científico, pero hoy ya no puede ignorarse: existe contundente evidencia empírica de que la personalidad de los individuos (tanto votantes como militantes y líderes políticos) y sus emociones condicionan significativamente su comportamiento y sus decisiones; tanto al menos como sus razones para actuar (vid Osborne/ Sibley, 2022: 50 ss., 139 ss.).

17. Nacional/ extranjero (extrema derecha), empresario/ trabajador (extrema izquierda), mayoría silenciosa/ progres (derecha conservadora),... Se trata, pues, de poder ideológico: de la capacidad para imponer un determinado marco cognitivo al debate político (Lakoff, 2007: 23 ss.). En este sentido, la retórica populista no es sino un caso límite de este ejercicio de poder: con sociedades diversas, con una ciudadanía plural, con una proliferación de actores y con un papel político cada vez más relevante de la opinión pública, parecería imponerse (al menos, así lo están viendo la mayoría de los actores políticos) la necesidad de ser simplistas en las interpretaciones de la realidad social que se le presentan al público (Paredes Castañón, 2022).

18. El poder político, en efecto, puede ser definido como la capacidad para decidir sobre la movilización de los recursos sociales (en un determinado sentido) y de recibir obediencia a dicha decisión por parte de los individuos afectados (Mann, 1991: 49).

19. Hablar de legitimidad de una decisión significa referirse a las razones morales que se pretende que justifican aceptar la decisión como una razón para actuar conforme a la misma que es independiente del contenido de aquella (Raz, 1986: 28-31, 35-53). Y la legitimidad pretendida es de naturaleza política si, en primer lugar, las razones morales alegadas tienen que ver con la autoridad de quien adopta la decisión (es decir, con el reconocimiento de su derecho a controlar los comportamientos ajenos: Rodríguez Martínez, 1998) y si, en segundo lugar, además dicha autoridad se apoya en razones políticas: en la identidad del sujeto que la ostenta, por sus vínculos con la fuente de la soberanía (BEAUD, 2001: 742-744); en los fines que persigue, que estén identificados como parte del bien común; y en su forma de actuar, respetando los límites constitucionales que se hayan impuesto a lo político. Hablar sobre legitimidad política es hablar sobre cómo el sistema político —sus agentes— se describe y se observa a sí mismo (Luhmann, 2000: 319-323).

20. Obviamente, en un régimen político demoliberal esta capacidad para degradar al adversario tendrá que poseer límites constitucionalmente establecidos, de manera que la enemistad política no se lleve al último extremo (Mouffe, 2016: 107-111). Ello, no obstante, no debe hacernos olvidar que, aun con dichos límites, el aspecto competitivo y agonístico está siempre presente en el proceso político.

21. Básicamente, la presencia (física o virtual) de una masa relevante de observadores-audiencia (Alexander, 2017: 66-67, 122-123). Precisamente por ello es tan frecuente el actor político que en público sobreactúa dramáticamente su actuación, mientras que luego, en grupos más pequeños, se comporta de manera mucho más “razonable” (Coller, 2024: 81-85). Aunque también influyen otros factores, como el tema del debate, la proximidad de las elecciones, etc. (Coller, 2024: 1000 ss.).

22. Para una definición general del concepto de *performance*, vid. Carlson, 2018: 14-15.

23. Pero no exclusiva, puesto que otros actores del sistema político también influyen mucho: señaladamente, los partidos políticos (Hazan, 2014: 215-220), pero también otros actores con poder social como grupos de presión, movimientos sociales, medios de comunicación, etc. (Best/ Vogel, 2014: 61-68).

24. Me he ocupado de examinar la cuestión en un par de trabajos: Paredes Castañón, 2018; Paredes Castañón, 2024.

25. Así, por ejemplo, Maquiavelo observaba estos fenómenos de mala fortuna como auténticas oportunidades para el desarrollo de la virtud del líder político. Una suerte, pues, de fortuna a extraer de la mala suerte (Schillinger, 2016: 611-623).

26. Aunque tampoco lo sería dar por supuesto que su solución resulta siempre fácil y que sacrificar las razones morales es en todos los casos la solución indicada. Pues ello volvería a ser la negación ilusoria de que la situación y la decisión son verdaderamente trágicas (Del Águila, 2000: 381-408).

27. Desde luego, no ocurre así en todos los casos: es evidente que los individuos o grupos que pertenecen a sectores sociales más integrados o poderosos (empresarios, profesionales, empleados públicos, cargos políticos, etc.) y que en un momento dado puedan sentirse afectados por un debate sobre políticas penales (por ejemplo: sobre si crear o no, o agravar la pena, de un determinado delito económico) sí que tienen oportunidades —a veces, muchas y buenas— para hacer oír su voz y defender sus intereses en el proceso político. No obstante, dado que, como se apunta en el texto, los conflictos sociales acceden a la discusión político-criminal únicamente de manera muy selectiva, en la mayor parte de los debates sobre políticas penales hay voces que no son escuchadas e intereses que no están representados.

28. Se habla del subsistema político específico de una determinada política pública para referirse a la red de interacciones que ocurren entre aquellos actores políticos especialmente interesados —y, por ende, activos— en las decisiones que van a ser tomadas en relación con dicho tema (Birkland, 2020: 127, 193).

29. Pero no solo: como más arriba señalé, progresivamente va creciendo la importancia de otros actores políticos (opinión pública, medios de comunicación, movimientos sociales, grupos de interés, *think-tanks*, ...) dentro del proceso político de los regímenes democráticos. Por lo que también la aportación de razones públicas a dichos actores puede ser una forma relevante de influencia del conocimiento experto. Pese a ello, sigue siendo cierto que, *ceteris paribus*, tanto mayor será la influencia del conocimiento experto sobre las políticas públicas, cuanto mayor sea el poder del actor político al que se alimenta con razones.

30. Existe un procedimiento tecnocrático de toma de decisiones allí donde el experto ostenta la competencia para decidir (y no simplemente la de informar, aconsejar, etc.), en virtud de sus conocimientos técnicos especiales (Fischer, 1990: 17).

BIBLIOGRAFÍA

Alexander, Jeffrey C. (2017): *Poder y performance*, trad. M. Belmonte, M. J. Pando y J. M. Pérez-Agote, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

Amenta, Edwin, Andrews, Kenneth T. y Caren, Neal (2019): «The Political Institutions, Processes and Outcomes Movements Seek to Influence», en David A. Snow, Sarah A. Soule, Hanspeter Criesi y Holly J. McCammon (eds.), *The Wiley Blackwell Companion To Social Movements*, Oxford: Wiley Blackwell, 449-465.

Arterton, F. Christopher (2023): *Strategy in Politics: Plotting Victory in a Democracy*, New York: Oxford University Press.

Baqués, Josep (2023): «Estado y sistema político», en Miquel Caminals Badia y Xavier Torrens (eds.), *Manual de Ciencia Política*, Madrid: Tecnos, 39-69.

Baratta, Alessandro (1986): *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, trad. A. Búnster, Buenos Aires: Siglo XXI.

Beaud, Olivier (2001): «Soberanía», en Philippe Raynaud y Stéphane Rials (eds.), *Diccionario Akal de Filosofía Política*, trad. M. Peñalver/ M.-P. Sarazin, Madrid: Akal, 736-745.

- Best, Heinrich y Vogel, Lars (2014): «The Sociology of Legislators and Legislatures» en Shane Martin, Thomas Saalfeld y Kaare W. Strøm (eds.), *The Oxford Handbook of Legislative Studies*, Oxford: Oxford University Press, 57-81.
- (2018): «Representative Elites», en Heinrich Best y John Higley (eds.), *The Palgrave Handbook of Political Elites*, London: Palgrave Macmillan, 339-362.
- Birkland, Thomas A. (2020): *An Introduction to the Policy Process*, 5ª ed., New York/ London: Routledge.
- Blackburn, Simon (2016): *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- Bourdieu, Pierre (2001): *Poder, Derecho y clases sociales*, trad. A. García Inda (coord.), Bilbao: Desclée de Brouwer.
- (2008a): *El sentido práctico*, trad. A. Dillon, Madrid: Siglo XXI.
- (2008b): *El campo político*, trad. N. Larrazabal/ E. Capdepon, La Paz: Plural.
- (2011): *Cuestiones de Sociología*, trad. E. Martín Criado, Madrid: Akal.
- (2014): *Sobre el Estado*, trad. P. González Rodríguez, Barcelona: Anagrama.
- (2020): *Curso de Sociología General I*, trad. E. Martínez Kolodens, Madrid: Siglo XXI.
- (2021): *Microcosmes. Théorie des champs*, Paris: Raisons d'Agir.
- (2024): *Curso de Sociología General 3 y 4*, trad. H. Pons, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos (2011): «El Derecho penal (y los penalistas) en tiempos de crisis», *Teoría & Derecho*, 10, 296-304.
- Carlson, Martin (2018): *Performance. A Critical Introduction*, New York/ London: Routledge.
- Coller, Xavier (2024): *La teatralización de la política*, Madrid: Catarata.
- Colomer, Josep Maria (2009): «Institutional Design», en Todd Landman y Neil Robinson (eds.), *The SAGE Handbook of Comparative Politics*, London: Sage, 246-262.
- Corral Maraver, Noelia (2016): «La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea», *InDret*, 4, [en línea], <<https://indret.com/la-irracionalidad-de-la-politica-criminal-de-la-union-europea>>. [Consulta: 19/12/2024.]
- Dahl, Robert A. (1961): *Who Governs? Democracy and Power in an American City*, New Haven/ London: Yale University Press.
- (2006): *A Preface to Democratic Theory. Expanded edition*, Chicago: University of Chicago Press.
- Del Águila, Rafael (1998): «La razón de Estado y sus vínculos con la ética política», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2, 67-86.
- (2000): *La senda del mal. Política y razón de Estado*, Madrid: Taurus.
- Díez Ripollés, José Luis (2001): «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 107-130.
- Downs, Anthony (1973): *Teoría económica de la democracia*, trad. L. A. Martín Merino, Madrid: Aguilar.
- Dunn, John (2000): *The Cunning of Unreason*, New York: Perseus.
- Ferrajoli, Luigi (2010): *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta.
- (2011a): *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, volumen I, trad. P. Andrés Ibáñez/C. Bayón/ M. Gascón/ L. Prieto Sanchís/ A. Ruiz Miguel, Madrid: Trotta.
- (2011b): «Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista», trad. N. Guzmán, *Doxa*, 34, 15-53.
- Fischer, Frank (1990): *Technocracy and the Politics of Expertise*, Newbury Park/ London/ New Delhi: Sage.
- Forsyth, Donelson R. (2018): *Group Dynamics*, Boston: Cengage.
- Frijda, Nico H. (1986): *The Emotions*, New York: Cambridge University Press/ Maison des Sciences de l'Homme.
- Gaus, Gerald F. (1996): *Justificatory Liberalism*, New York: Oxford University Press.
- (2011): *The Order of Public Reason*, New York: Cambridge University Press.
- (2022): *Public Reason and Diversity*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Geuss, Raymond (2008): *Philosophy and Real Politics*, Princeton: Princeton University Press.

- Gigerenzer, Gerd (2021): «What Is Bounded Rationality?», en Riccardo Viale (ed.), *Routledge Handbook of Bounded Rationality*, New York/ London: Routledge, 55-69.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (2015): «La reforma del Código Penal», *El Mundo*, 24/4/2015 [en línea], <<https://www.elmundo.es/opinion/2015/04/23/5539383be2704ed1158b4582.html>>. [Consulta: 19/12/2024.]
- Hattenhauer, Hans (2004): *Europäische Rechtsgeschichte*, 4ª ed., Heidelberg: C. F. Müller.
- Hazan, Reuven Y. (2014): «Candidate Selection: Implications and Challenges for Legislative Behaviour», en Shane Martin, Thomas Saalfeld y Kaare W. Strøm (eds.), *The Oxford Handbook of Legislative Studies*, Oxford: Oxford University Press, 213-230.
- Heinrich, Bernd (2017): «Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 1, 4-20.
- Holden, Jr., Matthew (2006): «Exclusion, Inclusion, and Political Institutions», en R. A. W. Rhodes, Sarah A. Bindeny Bert A. Rockman (eds.), *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford: Oxford University Press, 163-190.
- Honig, Bonnie (2023): *Political Theory and the Displacement of Politics*, Ithaca/ London: Cornell University Press.
- Hussain, Waheed/ Kohn, Margaret (2024): «The Common Good», en Edward N. Zalta y Uri Nodelman (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [en línea], <<https://plato.stanford.edu/entries/common-good>>. [Consulta: 19/12/2024.]
- Kellerman, Barbara/ Pittinsky, Todd L. (2020): *Leaders Who Lust*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Keltner, Dacher (2016): *The Power Paradox*, New York: Penguin.
- Kettl, Donald F. (2006): «Public Bureaucracies», en R. A. W. Rhodes, Sarah A. Bindeny Bert A. Rockman (eds.), *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford: Oxford University Press, 366-384.
- Klandermans, Bert (2015): «Motivations to Action», en Donatella Della Porta y Mario Diani (eds.), *The Oxford Handbook of Social Movements*, Oxford: Oxford University Press, 219-230.
- Kölbel, Ralf (2024): «El lado oscuro del Derecho penal: una respuesta criminológica a la predisposición punitiva en la política criminal de las ciencias penales», trad. M. L. Böhm, *Revista Penal*, 54, 84-96.
- Lakoff, George (2007): *No pienses en un elefante. Lenguaje y debate político*, trad. M. Mora, Madrid: Editorial Complutense.
- Laswell, Harold D. (1950): *Politics. Who Gets What, When, How*, New York: Peter Smith.
- Lewellen, Ted C. (2009): *Introducción a la Antropología Política*, 3ª ed., trad. F. J. Tablero Vallas, Barcelona: Bellaterra.
- Luhmann, Niklas (1996a): *Confianza*, trad. A. Flores/ D. Rodríguez Mansilla, Barcelona: Universidad Iberoamericana/ Anthropos.
- (2000): *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- (2014): *Sociología política*, trad. I. Ortega Rodríguez, Madrid: Trotta.
- Manin, Bernard (1998): *Los principios del gobierno representativo*, trad. F. Vallespín, Madrid: Alianza Editorial.
- Mann, Michael (1991): *Las fuentes del poder social*, volumen I, trad. F. Santos Fontela, Madrid: Alianza Editorial.
- Marramao, Giacomo (2013): *Contra el poder*, trad. M. J. De Ruschi, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Martin, James (2022): *Hegemony*, Cambridge: Polity Press.
- McAdam, Doug/ Tarrow, Sidney (2019): «The Political Context of Social Movements», en David A. Snow, Sarah A. Soule, Hanspeter Criesi y Holly J. McCammon (eds.), *The Wiley Blackwell Companion To Social Movements*, Oxford: Wiley Blackwell, 19-42.
- Michels, Robert (1969): *Los partidos políticos*, trad. E. Molina de Vedia, (1), Buenos Aires: Amorrortu.
- Molina, Ignacio/ Delgado, Santiago (1998): *Conceptos fundamentales de Ciencia Política*, Madrid: Alianza Editorial.

- Möllers, Christoph (2021): «Demokratie», en Matthias Herdegen, Johannes Masing, Ralf Poscher y Klaus Ferdinand Gärditz (eds.), *Handbuch des Verfassungsrecht*, München: C. H. Beck, 317-382.
- Montilla Martos, José Antonio (192024): «Los derechos políticos: reunión, asociación, participación y petición», en Francisco Balaguer Callejón (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, (II), Madrid: Tecnos, 273-320.
- Mouffe, Chantal (2007): *En torno a lo político*, trad. S. Laclau, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- (2016): *La paradoja democrática*, trad. T. Fernández Aúz/ B. Aguibar, Barcelona: Gedisa.
- Mueller, Dennis C. (2003): *Public Choice III*, New York: Cambridge University Press.
- Osborne, Danny y Sibley, Chris G. (eds.) (2022): *The Cambridge Handbook of Political Psychology*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Page, Scott E. (2006): «Path Dependence», *Quarterly Journal of Political Science*, 1, 87-115.
- Paredes Castañón, José Manuel (2003a): «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en Derecho Penal económico: bases político-criminales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11, 95-164.
- (2003b): «Riesgo y Política Criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico», en Cándido Da Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*, Barcelona: Atelier, 91-112.
- (2003c): «El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del «Derecho Penal del riesgo»», *Revista Catalana de Seguretat Publica*, 13, 11-29.
- (2011): «“Efecto social” del hecho y merecimiento de pena: para una crítica de la política criminal de la seguridad», en Ignacio Muñagorri y Juan S. Pegoraro (coords.), *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Madrid: Dykinson, 213-240.
- (2013): *La justificación de las leyes penales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2014): «Vademécum del legislador racional (y decente): noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal», *Libertas*, 2, 347-396.
- (2017): «Teoría política libertaria y política criminal», en Jesús María Silva Sánchez, Joan Josep Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo y María Teresa Castiñeira Palou (coords.): *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Madrid: Reus, 179-191.
- (2018): «La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas», *Teoría & Derecho*, 24, 92-114.
- (2022): «Retóricas populistas en política criminal», en A. Daniel Oliver-Lalana (ed.), *Debatiendo leyes. Estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación*, Madrid: Dykinson, 373-416.
- (2024): «Derecho y conflicto político: el retorno de Puigdemont», en Fernando Miró Llinares y Jesús C. Aguerri (eds.), *Derecho penal trending topic*, Madrid: Marcial Pons, 183-200.
- Perales, Ascensión Elvira (1986): «Las convenciones constitucionales», *Revista de Estudios Políticos*, 53, 125-150.
- Peter, Fabienne (2009): *Democratic Legitimacy*, New York/ London: Routledge.
- Pitkin, Hanna Fenichel (1985): *El concepto de representación*, trad. R. Montoro Romero, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Prittwitz, Cornelius (2008): «Kriminalpolitik in der Mediengesellschaft –Eine Skizze–», en Regina Michalke, Wolfgang Köberer, Jürgen Pauly y Stefan Kirsch (eds.), *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, Berlin: De Gruyter, 575-585.
- Przeworski, Adam (1999): «The Minimalist Conception of Democracy: A Defense», en Ian Shapiro y Casiano Hacker-Cordón (eds.), *Democracy's Value*, Cambridge: Cambridge University Press, 23-55.
- Quintero Olivares, Gonzalo (2023): «Las leyes penales, la irracionalidad y el consenso», *Teoría & Derecho*, 34, 300-313.

- Quong, Jonathan (2022): «Public Reason», en Edward N. Zalta y Uri Nodelman (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [en línea], <<https://plato.stanford.edu/entries/public-reason>>. [Consulta: 19/12/2024.]
- Rawls, John (1996): *El liberalismo político*, trad. A. Domènech, Barcelona: Crítica.
- Raz, Joseph (1986): *The Morality of Freedom*, New York: Oxford University Press.
- Rodríguez Martínez, Javier (1998): «Autoridad (Tipos de)», en Salvador Giner, Emilio Lamo de Espinosa y Cristóbal Torres (eds.), *Diccionario de Sociología*, Madrid: Alianza Editorial, 48-49.
- Sartori, Giovanni (1992): *Elementos de teoría política*, trad. M. L. Morán, Madrid: Alianza Editorial.
- Schedler, Andreas (2007): «Mapping Contingency», en Ian Shapiro y Sonu Bedi (eds.), *Political Contingency. Studying the Unexpected, the Accidental, and the Unforeseen*, New York/ London: New York University Press, 54-78.
- Schickore, Jutta (2022): «Scientific Discovery», en Edward N. Zalta y Uri Nodelman (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [en línea], <<https://plato.stanford.edu/entries/scientific-discovery>>. [Consulta: 19/12/2024.]
- Schillinger, Daniel (2016): «Luck and character in Machiavelli's political thought», *History of Political Thought*, 37, 606-629.
- Schillinger, Daniel (2020): «The Political Significance of Luck: A Thucydidean Perspective», *Political Research Quarterly*, 74, 986-997.
- Shapiro, Ian (2005): *El estado de la teoría democrática*, trad. J. de Jódar, Barcelona: Bellaterra.
- Steinberger, Peter J. (2022): *Rationalism in Politics*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Troper, Michel (2013): «La estructura del sistema jurídico y el nacimiento del Estado», trad. R. Cueva Fernández, *Eunomía*, 4, 3-32.
- Tsebelis, George (2006): *Jugadores con veto. Como funcionan las instituciones políticas*, trad. J. M. Salazar, México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Waldhoff, Christian (2021): «Parteien-, Wahl- und Parlamentsrecht», en Matthias Herdegen, Johannes Masing, Ralf Poscher y Klaus Ferdinand Gärditz (eds.), *Handbuch des Verfassungsrecht*, München: C. H. Beck, 645-719.
- Waldron, Jeremy (2005): *Derecho y desacuerdos*, trad. J. L. Martí/ A. Quiroga, Madrid: Marcial Pons.
- Wooton, David (2007): «From Fortune to Feedback: Contingency and the Birth of Modern Political Science», en Ian Shapiro y Sonu Bedi (eds.), *Political Contingency. Studying the Unexpected, the Accidental, and the Unforeseen*, New York/ London: New York University Press, 21-53.
- Zerilli, Linda M. (2016): *A Democratic Theory of Judgment*, Chicago: University of Chicago Press.

JURISPRUDENCIA PENAL DESFAVORABLE:
GONNA WALK AND DON'T LOOK BACK
DETRIMENTAL CRIMINAL JURISPRUDENCE:
GONNA WALK AND DON'T LOOK BACK

Juan Antonio Lascuráin Sánchez
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La retroactividad de la jurisprudencia penal desfavorable constituye un dilema entre la seguridad jurídica y la protección que provee la norma penal (y a la que sirve la dependencia exclusiva del juez de la ley). Como afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el dilema debe decantarse a favor de la irretroactividad siempre que se trate de un cambio de una línea jurisprudencial consolidada, sin excepciones y sin visos perceptibles de cambio.

PALABRAS CLAVE

Principio de legalidad penal, prohibición de retroactividad desfavorable, seguridad jurídica, interpretación penal, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

The retroactivity of detrimental criminal jurisprudence presents a dilemma between legal certainty and the protection provided by the criminal law (which is upheld by the judge's exclusive reliance on the law). As the European Court of Human Rights asserts, the dilemma must be resolved in favor of non-retroactivity whenever it involves a change in a well-established line of jurisprudence, with no exceptions and no discernible signs of change.

KEYWORDS

Principle of legality, prohibition of detrimental retroactivity, legal certainty, judicial interpretation, European Court of Human Rights.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.120>

JURISPRUDENCIA PENAL DESFAVORABLE: *GONNA WALK AND DON'T LOOK BACK*

Juan Antonio Lascuráin Sánchez

Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. El dilema de la jurisprudencia penal desfavorable. 1.1. La jurisprudencia contencioso-administrativa pro-irretroactividad. 1.2. La STEDH Del Río Prada. 1.3. Más ejemplos. 1.4. Las preguntas. 1.5. Los argumentos. 2. El argumento de la seguridad jurídica. 3. El argumento de la prevención. 4. El argumento de la independencia judicial. 5. El argumento del rol de los jueces. 6. ¿Qué hacemos? Bibliografía.

1. EL DILEMA DE LA JURISPRUDENCIA PENAL DESFAVORABLE

1.1. LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA PRO-IRRETROACTIVIDAD

Nadie duda de que en un ordenamiento penal democrático los enunciados penales que crean delitos o los agravan no pueden aplicarse a conductas realizadas antes de su entrada en vigor. Aunque constituye todo un debate el de si la misma regla constitucional rige para los cambios de interpretación judicial igualmente peyorativos. No cambia la letra de la ley, cambia la manera de entenderla de los jueces y tribunales.

Una sentencia reciente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha proclamado que «[e]l artículo 9.3 de la Constitución española, que garantiza el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, en relación con el principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas (artículo 25 CE), se opone a que la Comisión Na-

cional de los Mercados y la Competencia aplique, para determinar la cuantía de la sanción de multa criterios jurisprudenciales interpretativos del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, de forma sobrevenida, que no fueran previsibles ni en el momento de la comisión de la infracción de abuso de posición de dominio u otras conductas anticompetitivas, ni al tiempo de adoptarse la resolución sancionadora, siempre que supongan una agravación de la sanción impuesta» (STS 3ª 1648/2024, de 18 de octubre, FD 4). No existe aún una afirmación equivalente de la Sala de lo Penal para la interpretación de los enunciados penales, y eso que, puestos a modular principios sancionadores a la baja, quien podría hacerlo es precisamente el derecho administrativo sancionador, por razones de eficacia que se impondrían a la menor intrusividad de la sanción, pero no desde luego el derecho penal.

En efecto, las diferencias cuantitativas entre las normas penales y las normas sancionadoras administrativas (sanciones más leves que responden a injustos menores) acaban comportando diferencias cualitativas también a la baja, de menor respeto por los principios fundamentales del derecho sancionador. La razón tiene que ver sobre todo con la vigencia de algunas modalidades de principios. En este punto conviene advertir de la ambigüedad del término «principio», vocablo que los operadores jurídicos utilizan con acepciones diferentes y en contextos bien distintos (Atienza y Ruiz, 2007:24 ss.). Sin mayores matices ahora ni afán de precisión, si en sentido lato un principio sancionador es una norma jurídica con un fuerte trasfondo valorativo y carácter básico o raigambre constitucional y que es vinculante para la generación e interpretación de las normas sancionadoras, a los principios a los que ahora deseo referirme es a los catalogados como mandatos de optimización. En la célebre conceptualización de Alexy, estas normas ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible; su respeto no demanda una respuesta de todo o nada, de sí o no, sino que exige una respuesta graduada (Alexy, 1998:12). Ejemplificando con el mandato de determinación o precisión de las normas sancionadoras, no se trata de preguntarnos sin más si un determinado precepto es determinado o indeterminado, sino de preguntarnos cuán determinado es, cuán respetuoso es con ese mandato. Lo que sucede es que si ese nivel de determinación es intolerablemente bajo afirmaremos que el precepto es contrario al principio —y, por ello, que es inconstitucional—. Solo la determinación de esa línea roja es una regla constitucional que declara el Tribunal Constitucional, siquiera valiéndose de conceptos jurídicos indeterminados. Los principios funcionan así como normas de virtud, pero también como reglas de exclusión: expulsan del sistema las reglas que no se ajustan mínimamente al valor subyacente al principio.

Pues bien, y esto es lo que ahora me interesa subrayar: el grado en el que una regla respeta este tipo de principios depende no solo de cómo esté descrita la norma de conducta que se dirige al ciudadano o la norma de procedimiento para determinar si ha existido una infracción, sino también de la cuantía de la sanción. Por ejemplo, una norma de conducta ambigua, imprecisa, no perturba intolerablemente nuestra seguridad jurídica si de lo que se trata es de una infracción urbanística leve que podría acarrear una leve multa. En cambio, esa misma ambigüedad semántica sí puede ser intolerable si de lo que se trata es de un delito urbanístico que puede dar con nuestros huesos en la cárcel. La sensación de inseguridad

no depende solo de la norma de conducta, sino sobre todo de la cuantía de la sanción. La cuantía menor de la sanción —también debida a la ausencia del deshonor que supone el reproche público «penal»— flexibiliza el principio y permite formas distintas de sancionar, aconsejadas por razones de eficiencia (Cid, 1996:138 ss.).

La tolerancia con el irrespeto relativo de un principio tiene que ver con las ventajas del mismo. Visto a la inversa, la progresión en el respeto de los principios no es totalmente inocente; no deja de tener lamentables víctimas en el camino. Una norma exquisitamente determinada es más acorde con el principio de legalidad (con el subprincipio que denominamos mandato de determinación) que otra que apenas rebase la suficiencia en este requisito, pero será esta la que con su flexibilidad termine probablemente dotando de soluciones más justas a determinado tipo de conflictos.

Podemos decir entonces que los principios son graduables y buenos, pero conflictivos. No es este el lugar para extenderme en ello, pero una ponderación similar subyace en la relajación —en la distinta formulación— de algunos principios con estructura de regla, como el rango de ley o el enjuiciamiento por parte de un juez, siempre que ello sea posible por cierta textura flexible de tales principios-regla. Ello nos conduce a que las normas administrativas sancionadoras puedan ser menos legales, menos precisas, menos proporcionadas, menos igualitarias o administradas por sujetos menos imparciales que las normas penales. Y que podrán serlo si, a la vista de la menor incisividad de sus sanciones, no suponen un grado intolerablemente bajo de respeto del principio o del valor que informa el principio y si existen razones de eficacia en la protección de legítimos intereses generales para tal restricción principal. Piénsense en que las sanciones administrativas no exigen una reserva absoluta de ley como sí lo exigen las penas, en que la lenidad de la sanción permite tipos infractores más laxos, en que una gran diferencia histórica entre derecho administrativo sancionador y derecho penal lo fue la sanción a las personas jurídicas y sus pegas ex principio de culpabilidad, que la función de jurisdicción administrativa no es exclusiva de un poder independiente e imparcial como el judicial, que el procedimiento administrativo puede prescindir de la inmediación y de la oralidad (Lascuráin, 2018:361 ss.).

Toda esta reflexión se resume en los famosos «matices» que proclama la jurisdicción constitucional para la aplicación de los principios «penales» a las sanciones administrativas («los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado»: ya en la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2). Y todo este ya extenso excurso viene a cuento de lo siguiente. Resulta que las sanciones administrativas podrían ser «menos principiales» que las penas, sea sobre todo por la razón apuntada en relación con los mandatos de optimización, sea también porque los valores que están tras los principios con estructura de regla pudieran admitir cierta modulación de tales reglas. En el asunto que nos ocupa, que es si la interdicción de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables —que es un principio con estructura de regla— comprende la jurisprudencia, tenemos que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha dicho que sí, a pesar de que el hecho de tratarse de sanciones administrativas —insisto: menos incisividad de la sanción: menos deshonor y nunca cárcel— podría haber abierto

una puerta a la negación. Y todo ello para decir que si lo menos es más garantista, ello nos debería alertar de que quizás estemos haciendo algo mal con lo más, con la materia penal, con la falta de contundencia en la irretroactividad de la jurisprudencia penal desfavorable.

1.2. LA STEDH DEL RÍO PRADA

Si la jurisdicción penal no desea mirar a la administrativa, pues quizás pese un sesgo histórico de que en materia sancionadora esa es una mirada «hacia abajo» —aunque en realidad es una mirada hacia un lado (Lascurain, 2018:368)—, sí puede encontrar un modelo, y de mirada clara «hacia arriba», en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en concreto para nuestro ordenamiento en la sentencia Del Río Prada (STEDH de 21 de octubre de 2013), sobre la denominada «doctrina Parot». Un modelo, por cierto, vinculante: si, como parece, el Tribunal prohíbe, al menos en cierta medida (con determinada precisión de qué es jurisprudencia), la retroactividad desfavorable de la jurisprudencia como contenido del derecho fundamental a la legalidad penal, esa comprensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos permeará la comprensión del artículo 25.1 CE, pues así lo prevé la propia Constitución (art. 10.2 CE).

La doctrina jurisprudencial etiquetada «Parot» no era sino una manera de interpretar los artículos 70.2ª y 100 del Código Penal de 1973: entendía que la reducción de pena por trabajos («un día por cada dos de trabajo») debía computarse sobre la pena inicial impuesta (la suma de las penas propia del concurso real de delitos) y no, como se venía interpretando, sobre la pena final de cumplimiento (30 años en los casos más graves) (Alcácer, 2012:931 ss.; Cuerda, 2013:55 ss.). Esa nueva lectura de las normas se aplicó a los presos que habían delinquido hace años (veinte) y solicitaban su excarcelación por el cumplimiento de la pena, reducido por el trabajo realizado. La nueva interpretación podía suponer hasta diez años adicionales de prisión. Ante la queja de vulneración del derecho a la legalidad penal por retroactividad desfavorable, el Tribunal Constitucional entendió tajantemente que los cambios de criterio jurisprudencial y su conformidad con la Constitución no podrían ser analizados desde la perspectiva de la vulneración del derecho invocado, sino desde la perspectiva «del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE)», del «voluntarismo selectivo» o del «apartamiento inmotivado del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional cuyas resoluciones se impugnan, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa según nuestra jurisprudencia» (STC 40/2012, de 29 de marzo, FJ 6).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió frente a ello que lo trascendente para el análisis del respeto al principio de legalidad es «si la nueva interpretación era razonablemente previsible para la demandante», y que para ello había que tener en cuenta el modo en el que la norma «había sido aplicada», que en el caso era de otra manera más favorable para ella de manera constante por las autoridades penitenciarias o judiciales a lo largo de numerosos años (STEDH 21.10.13, § 115) y sin que «nada indicara la existencia de una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia» que fuera en el sentido de la nueva interpretación (§ 117). En este punto conviene recordar que el fundamento

indiscutido de la interdicción de la retroactividad penal es la seguridad jurídica (Frigols, 2004:275 ss.), y la seguridad jurídica más elemental en cuanto que lo es respecto al honor y la libertad. Pero junto con ello conviene no olvidar que está también en juego el principio de culpabilidad (dificilmente la pena retroactiva va a serlo por una conducta realizada por un uso normal de la libertad del agente aquí imposible por razones de ignorancia) y que la aplicación retroactiva de la pena incide en su efecto preventivo (no se puede amenazar condicionalmente *a posteriori*) y con ello en la protección del bien jurídico en cuestión.

Del razonamiento del TEDH deseo llamar la atención sobre tres cosas. La primera hace al momento de la previsibilidad de la pena para los sujetos, que, creo que erróneamente, no lo sitúa en el momento de la comisión del delito, que, como se ha apuntado, es lo que exige la seguridad jurídica, que al final es lo que importa, sino en el del «dictado de las condenas» y en el «de la notificación de la resolución de acumulación y límite máximo» (§ 117). El segundo subrayado se refiere al criterio de previsibilidad de la interpretación y aplicación de la norma, que no lo sitúa solo en el más afinado criterio de la razonabilidad de la interpretación en sí, sino también en el de su consolidación histórica. De este modo, como después veremos, podrían darse interpretaciones razonables pero imprevisibles y por ello inaplicables al caso. Y con ello llego al tercer punto que deseo destacar de la sentencia Del Río Prada: que hace, y en realidad impone, lo que aquí pretendo sostener que debe hacerse: vedar la retroactividad jurisprudencial desfavorable por elementales razones de seguridad jurídica.

1.3. MÁS EJEMPLOS

La cuestión, como puede ya apreciarse, dista desde luego de ser baladí, dados los bienes constitucionales en juego en la adopción de un sistema temporal u otro por parte de la jurisprudencia penal desfavorable. Baste pensar en otros ejemplos, tan diversos, que las instituciones de justicia inspiran soluciones opuestas en torno a la conveniencia de la irretroactividad. Es probable que la mayoría de los lectores consideren que es inapropiado imponer una pena más grave para el que trafique con una sustancia que ha pasado a reputarse como gravemente peligrosa para la salud. En cambio, para la tesis de la irretroactividad resultará muy antipático el famoso caso de la violación matrimonial solo considerada delictiva tras su perpetración. Veamos.

La buprenorfina fue inicialmente calificada como una droga «blanda», que no causa grave daño a la salud, pero ello cambió jurisprudencialmente en los años noventa y pasó a considerarse como droga dura, como droga que sí tiene aquel efecto. Así, la STS 2788/1992, de 24 de diciembre, consideró que no causaba grave daño a la salud (FJ 4), pero esta calificación cambió en la STS 1817/1993, de 14 de julio. Y lo mismo pasó con el éxtasis (Metil-MDMA), que pasó a considerarse como droga gravemente peligrosa en las SSTS de 4 de mayo de 1988, de 24 de julio de 1991 (rec. 4672/1989) y de 23 de octubre de 1991 (rec. 1377/1990) (Vidales, 2001:119). La pena de prisión pasaba del marco de 4 meses y 1 día a 4 años y 2 meses al marco de 2 años, 4 meses y un día a 8 años. En concreto, el artículo 344 del Código Penal de 1973 vigente en el momento de los hechos decía que

los autores del delito «serán castigados con la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a cien millones de pesetas si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de 500.000 a cincuenta millones de pesetas en los demás casos». Con la regulación actual la pena pasaría de ser de uno a tres años de prisión a otra de tres a seis años de prisión (art. 368 CP). Ninguna broma, en cualquier caso. ¿Tiene razón (razón constitucional) el condenado a la pena más grave en que tenía una legítima confianza en que el delito que cometía era más leve? ¿O más bien la tiene el juez que entiende que la nueva interpretación es una lectura más razonable del enunciado penal y en tal sentido tan e incluso más previsible que la primera?

Entenderemos mejor al juez en el conocido ejemplo de la violación matrimonial en el Reino Unido, que dio lugar a la STEDH C. R. contra el Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995, que denegó el amparo europeo al recurrente que invocaba que hasta su condena se venía entendiendo que tal agresión sexual era impune. Los ejemplos podrían multiplicarse. Menciono algunos más. El primero es muy influyente en la cuantía de la pena: en un momento dado la jurisprudencia entendió que la acción única que causa varias muertes con dolo eventual no debe ser tratada como un concurso ideal de delitos sino como un concurso real (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015; para el dolo directo ya se había apreciado la solución del concurso real en la STS 861/1997, de 11 junio). Si fueran homicidios del tipo básico del artículo 138 (si fueran asesinatos, se aplicaría la regla concursal específica del artículo 140.2 CP que nos lleva a la prisión permanente revisable), la pena pasaría de ser de doce años y medio a quince años (pena más alta en su mitad superior) a una pena de veinte años (suma de las penas con el límite previsto en el artículo 76.1.a).

El segundo ejemplo adicional es el de un cambio jurisprudencial que desató una viva polémica en la Alemania de los noventa, cuando el Supremo decidió bajar el índice de alcoholemia que reflejaba una incapacidad absoluta para conducir (de 1,3 gr/litro a 1,1 gr/litro) (Roxin, 1997:165 s.). Ya antes, en los años sesenta, se había dado la misma polémica con la bajada del índice de 1,5 gr/litro a 1,3 gr/litro (Madrid, 1982:9 y ss.). Vidales Rodríguez recuerda — tercer ejemplo — que la cláusula absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales pasó a interpretarse restrictivamente para excluir a los cónyuges separados y sin convivencia (STS 1463/1992, de 22 de junio) (Vidales, 2001:141).

1.4. LAS PREGUNTAS

Conviene precisar qué nos estamos preguntando. Si la pregunta es de ser o de deber ser. Si nuestra reflexión es sobre el ser, la pregunta es por lo que dice nuestro ordenamiento: si la retroactividad desfavorable de la jurisprudencia penal está vedada, y si lo está, si lo está por razones legales mutables o por razones constitucionales permanentes. Distinta será la reflexión si no lo es sobre la interpretación del ordenamiento vigente, sino sobre cómo deberíamos conformar el ordenamiento para que este sea más justo desde una perspectiva

de legitimación democrática: si puestos a redactar una Constitución y a hacerlo con especificidad deberíamos expresar la irretroactividad jurisprudencial penal desfavorable.

Los dos tipos de preguntas, dogmáticas o interpretativas y políticas o normativas, están aquí imbricadas. La pregunta dogmática, *de lege lata*, es: ¿impide nuestro ordenamiento la retroactividad jurisprudencial desfavorable? La pregunta política, de política criminal y política constitucional, es: ¿debería impedir nuestro ordenamiento la retroactividad jurisprudencial desfavorable? Están tan interrelacionadas porque no hay una declaración legal ni constitucional expresa al respecto, como si la hay para «las disposiciones sancionadoras no favorables» (art. 9.3 CE), para la «legislación» que establezca «delitos, faltas o infracciones administrativas» (art. 25.1 CE, reflejado para los delitos y las penas en el pórtico del Código Penal: ya en el art. 1.1, reforzado con el art. 2.1). Habrá que interpretar ese texto tan abstracto que es la Constitución y en esa interpretación de lo que es pesará no poco lo que debe ser a la luz de los valores y principios constitucionales. Ojo, sin embargo: esta ausencia de mención constitucional expresa suscita el interrogante adicional de si estamos ante una cuestión constitucional (hay una decisión *ex Constitutione* al respecto) o si la decisión sobre la retroactividad de la jurisprudencia desfavorable queda en las manos ponderativas del legislador o de los propios tribunales.

Si al final la cuestión se centra en el puro deber ser, para luego recalar en el ser, nos tendremos que plantear entonces qué es lo mejor para nuestro ordenamiento, si que la jurisprudencia penal desfavorable sea retroactiva o no. Y la siguiente cereza de la reflexión será, claro, la de qué significa «mejor» en este contexto: ¿cuál es la vara de medir?

Se trata de la opción constitucionalmente mejor, lo que debería recalar en la opción mejor, más justa, en términos de legitimación democrática. Será mejor la que nos haga ganar más en términos de valores y bienes constitucionales. Las normas penales —y las normas que rigen la vigencia temporal de las normas que describen delitos y prevén penas son normas penales (Lascuráin, 2009:52)— deben ser evaluadas con ese baremo en dos sentidos. Son buenas, en primer lugar, si protegen bienes constitucionales. Las normas que tipifican la agresión sexual, por ejemplo, son buenas si protegen la libertad sexual. Convengamos en llamar «eficacia» a esta primera forma de medir. La segunda repara en que el Estado juega con fuego (con la cárcel) cuando crea, interpreta y aplica normas penales, por lo que todas esas actividades deben sujetarse a determinados principios básicos si no queremos que sea peor el remedio que la enfermedad. Llamemos a esto «eficiencia». A las nuevas normas que regulan los delitos sexuales se les ha achacado, por seguir con el ejemplo, que no son buenas porque vulneran el principio de proporcionalidad (porque una definición restrictiva del consentimiento sexual puede llevar a penar relaciones consentidas) o el principio de presunción de inocencia (si la exigencia de consentimiento claro, activo y expreso es una presunción de que no concurre consentimiento en otros supuestos; recuerdo que el segundo inciso del artículo 178.1 CP dice que «[s]olo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona») (Lascuráin, 2023:55 ss.). En sus contenidos esenciales los principios actúan como cartas de triunfo: tal contenido no

puede ser menoscabado por razones ponderativas de eficacia, salvo que colidan contenidos esenciales de principios, lo que equivale a dos cartas de triunfo sobre el tapete de juego.

1.5. LOS ARGUMENTOS

En lo que sigue voy a tratar de exponer el debate, bastante enconado, que suscita la respuesta a estas preguntas. Lo ordenaré por argumentos. Comenzaré por el de la seguridad jurídica (epígrafe 2), que es la bandera de los irretroactivistas. Seguiré por el de la prevención (epígrafe 3) y el de la independencia de cada órgano judicial (epígrafe 4), que son las municiones retroactivistas. En un epígrafe conclusivo, el 6, trataré de hacer balance y esbozar mi opinión personal, no sin antes realizar una breve reflexión en torno al valor argumentativo que pueden tener para este debate las tesis en torno al carácter normativo de la actividad judicial (epígrafe 5).

2. EL ARGUMENTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

2.1. La principal pega del modo retroactivista de administrar la justicia penal es la inseguridad jurídica. El condenado invocará que él confiaba en que la interpretación del precepto sería otra y que esa confianza se sustentaba razonablemente en que esa era la manera en la que venían actuando los jueces. «Me parece muy bien que ahora consideren que conductas como la mía sean punibles o más punibles, pero yo no lo sabía ni podía preverlo. Apliquen esa manera de leer el precepto penal a partir de ahora». Repárese en que esta objeción lo es principal, de eficiencia. La retroactividad jurisprudencial desfavorable sería una forma de retroactividad penal desfavorable contraria al principio de legalidad y al valor fundamental de la seguridad que este principio tratar de preservar.

2.2. La réplica desde las filas *retroactivistas* es que la merma de seguridad jurídica no es tan relevante y que tiene además un remedio final por la vía de la atenuación o de la eliminación de la pena que responde al error de quien cometió el delito.

Para lo primero, para la relativización del daño a la seguridad, se dice que esta seguridad jurídica la garantiza nuestro sistema con la exigencia de que las interpretaciones de los enunciados penales sean previsibles en cuanto razonables. La nueva lectura más dura del precepto era una posibilidad con la que tenía que contar el ciudadano; de hecho, es la que ahora el tribunal que la realiza afirma como más razonable. Esto debería ser suficiente para que el legislador preserve la seguridad de los destinatarios de las normas, conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Lo que el artículo 7 del Convenio Europeo exigiría es que la ley sea suficientemente clara en la mayoría de los casos, de modo que sus destinatarios puedan saber que corren un riesgo real de incriminación. Es lo que se conoce en el mundo anglosajón como la doctrina del *thin ice*: se trata de avisar a los patinadores de que el lago de hielo puede quebrar (Murphy, 2010:9 ss.).

Es más: como ha destacado García Amado, si rige la regla de que la jurisprudencia desfavorable puede ser retroactiva, el ciudadano puede saber que su conducta puede ser analizada y subsumida desde interpretaciones desfavorables alternativas a la que los tribunales están realizando (García Amado, 2016:329; Serrano, 1993:254). Por cierto, a modo de réplica, como advierte Llobet Anglí: no es pobre el efecto de desaliento del libre desarrollo de la personalidad que supone esta tesis y que suscita en general la incertidumbre que genera un sistema de retroactividad jurisprudencial desfavorable (Llobet Anglí, 2024:270). Por seguir con la metáfora del *thin ice*: no patinarán ni los aficionados al patinaje ni quienes prefieran o necesiten este modo de traslado.

Es importante destacar los dos presupuestos básicos de este modelo. El primero es que un mismo enunciado admite al menos dos lecturas razonables y que lo que sucede es que para el enjuiciamiento de un determinado caso se elige como más adecuada la que es peor para el acusado frente a lo que se venía haciendo hasta ese momento. Si esta segunda interpretación desfavorable para el condenado no es razonable (semántica, axiológica y metodológicamente razonable, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional) no hay problema, o, *rectius*, el problema se soluciona por otra vía: la decisión debe ser anulada por vulneración de otra de las manifestaciones del principio de legalidad, la vinculación del juez a la ley penal, también conocida como mandato de tipicidad. Desde la STC 137/1997, de 21 de julio, se ha consolidado la vinculación del juez penal a la ley como un contenido constitucional y propio de un derecho fundamental que no se conforma con el respeto judicial al tenor literal de los enunciados penales. «No sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (STC 137/1997, FJ 7).

El segundo presupuesto es el respeto mínimo al mandato de taxatividad del enunciado penal. Por mucho que el lenguaje sea necesariamente poroso, sus posibilidades de interpretación han de ser limitadas y cognoscibles, so pena de nuevo de nulidad constitucional previa a la de una supuesta inconstitucionalidad por retroactividad desfavorable. Y es que las cuatro manifestaciones básicas del principio de legalidad deben analizarse en su orden lógico: ley, precisión, vinculación judicial, irretroactividad desfavorable. Solo llegamos a plantearnos si se respetó el postulado de aplicación irretroactiva si se aplicó una ley suficientemente taxativa.

Y luego está el mencionado lenitivo a la posible inseguridad remanente: si el acusado actuó en la creencia errónea de que no cometía un delito, su error, de prohibición (creía por ejemplo que la violación matrimonial no era delito) o de tipo (creía que esta sustancia no causaba grave daño a la salud), hará que su culpabilidad sea menor, o inexistente, o lo sea por una conducta más leve.

2.3. Acabo de mencionar que un presupuesto para la tolerabilidad de la retroactividad jurisprudencial desfavorable lo constituye un mínimo rigor con el mandato de taxatividad: que el enunciado normativo albergue solo un número limitado y cognoscible de lecturas (Madrid, 1982:30 ss.). Que, en palabras de Serrano González de Murillo, al juez solo le quede «un ámbito muy reducido de libertad interpretativa, a diferencia de lo que ocurre con el legislador, que posee un margen de libertad muchísimo más amplio» (Serrano, 1993: 250).

Pero esto no siempre es así; *rectius*: no infrecuentemente los enunciados son harto imprecisos (Vidales, 2001:166). Recuerdo ahora la STS 484/2015, de 7 de septiembre, sobre clubes de cannabis, en la que doloridamente el Pleno se lamentaba de que «hemos de examinar ahora» un tipo penal, el de facilitación del consumo ajeno de drogas, «de contornos y perfiles poco nítidos, casi desbocados según expresión de algún comentarista» (FD 4). Y subrayo sobre todo la doctrina comprensiblemente deferente del Tribunal Constitucional en relación con el respeto al mandato de determinación del legislador penal.

Conviene recordar con mayor detalle esta doctrina, que lo es del principio de legalidad sancionadora. Ya señaló la STC 69/1989, de 20 de abril, que «los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas» (FJ 1). Y con tino precisó la fundamental STC 137/1997, de 21 de julio, para subrayar la inevitable pluralidad de interpretaciones de un enunciado legal, que «entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad» (FJ 7). Las normas sancionadoras son así imprecisas porque el lenguaje es impreciso y porque lo exige su justa aplicación. Dentro de tales factores de limitación, «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» (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7).

Las normas han de ser precisas, pero a la vez son endógenamente imprecisas y además, en alguna medida, deben serlo. La pregunta constitucional es entonces la de dónde está el límite de la interdicción de la indeterminación. En la difícil tarea de precisar qué es intolerablemente impreciso, valga el juego de palabras, la jurisdicción constitucional ha utilizado distintas directrices. La primera de ellas constituye un límite externo paradójicamente —se trata de limitar la vaguedad— bastante vago, en torno a la idea de arbitrariedad del aplicador. Y así son contrarios al art. 25.1 CE «los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra, de los Jueces y Tribunales» (SSTC 105/1988, de 8 de junio, FJ 2; 89/1993, de 15 de abril, FJ 2). Como afirma Vives Antón, «el significado de la regla no puede quedar enteramente librado a la interpretación, pues si así fuera todo podría hacerse concordar y discordar con la regla y, por lo tanto, no habría regla alguna [...]. Para que el principio de legalidad pueda tener la vigencia que, como norma constitucional, requiere es preciso que, según se dijo antes, haya en cada precepto al menos un amplio núcleo fijo,

esto es, un núcleo que pueda aplicarse ciegamente sin necesidad de interpretación, y que incluya, claramente unas constelaciones de casos y excluya, también con toda claridad, otras» (Vives, 2006:304, 330).

Bastante más poderosa que la sola idea de la exclusión de la arbitrariedad es la idea de determinabilidad. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados es conforme al principio de legalidad sancionadora si la misma no lesiona la seguridad jurídica, y tal cosa no sucederá si «su concreción [es] razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada» (STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1). En este sentido, resultará especialmente importante para «la suficiencia o insuficiencia, a la luz del principio de tipicidad, de esta labor de predeterminación normativa [...] lo que en ocasión anterior se ha llamado el contexto legal y jurisprudencial (STC 133/1987, FJ 6) en el que el precepto penal se inscribe, pues el ordenamiento jurídico es una realidad compleja e integrada dentro de la cual adquieren sentido y significación propia — también en el ámbito penal — cada uno de los preceptos singulares» (STC 89/1993, de 15 de abril, FJ 2). Por ello, «[a]tendiendo a las exigencias que del principio de legalidad derivan respecto del aplicador y, en especial, respecto del Juez, la presencia de cláusulas normativas necesitadas de valoración judicial obliga a éste a indagar los cánones objetivos que han de regir dicha valoración, atendiendo [...] a los valores generalmente admitidos y conocidos socialmente, depurados desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y, especialmente, desde la Constitución. Todo este proceso de concreción de las cláusulas relativamente indeterminadas a que aludimos ha de hacerse [...] de modo explícito. El déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el juez lo colma. Y la única manera de llevar a cabo esta tarea de conformidad con el art. 25 CE es hacer expresas las razones que determinan la antijuridicidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud constitucional del castigo» (FJ 3) (Lascuráin, 2009:93 ss.).

En suma: permitimos al legislador penal una imprecisión poco soportable porque precisamente la jurisprudencia la hace soportable, porque, conviene insistir, la concreción del enunciado es «razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia» (STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1), entre los que tendrá singular importancia «el contexto legal y jurisprudencial» (STC 89/1993, de 15 de abril, FJ 2). Entonces, si esto es así, si existen enunciados indeterminados que resultan tolerables por la labor de concreción de la jurisprudencia, resultará, como con lucidez ha expuesto Ferreres Comella, que la irretroactividad jurisprudencial desfavorable sirve a un valor tan fundamental como el de la seguridad jurídica. Se acomoda a la tolerancia de la jurisprudencia constitucional para con los tipos penales imprecisos en virtud precisamente de su clarificación jurisprudencial. Tiene así toda la razón cuando apunta que «en la medida en que Tribunales Constitucionales flexibilizan el principio de taxatividad, apelando a la jurisprudencia para concretar los términos imprecisos de la ley, es incoherente sostener luego que los cambios jurisprudenciales se pueden aplicar retroactivamente con el argumento de que el ciudadano sólo está sujeto a la ley. Ante la queja de que la ley es imprecisa, el Tribunal Constitucional remite a

la jurisprudencia. Luego, ante la queja de que se ha aplicado retroactivamente un cambio jurisprudencial desfavorable, ¿se le puede decir al ciudadano que sólo la ley es relevante? ¿En qué quedamos?» (Ferrerres, 2002:199; también, Alcácer, 2012:945).

Así, el daño a la seguridad jurídica no provendría sin más de los enunciados abiertos, sino sobre todo de la quiebra de la confianza que razonablemente suscita una interpretación del tipo penal estable y prolongada en el tiempo. Es el caso Parot. Dicho ahora con Hassemer, «se observan situaciones en las que la comunidad jurídica tiene un conocimiento mayor del contenido de la jurisprudencia penal que del contenido de la ley penal y confía también en la situación de la jurisprudencia» (Hassemer, 1984:325).

Si resulta refutable la idea de que la seguridad queda salvaguardada por la taxatividad de las leyes penales, tampoco convence el argumento de que cuando así no lo sea el agujero de la confianza penal ciudadana va a quedar siempre cubierto por la vía del recurso al error (Llobet, 2024:271 ss.): un «no penaremos tu delito si confiabas razonablemente en que lo que hacías no era delictivo». Por volver a nuestros ejemplos de partida, el recurso al error sí podría venir al rescate para el caso de la violación matrimonial. Y el socorro sería excesivo si para el caso de las drogas lleva a la impunidad: el delito realmente cometido (tráfico de drogas duras) lo fue con error de tipo. Quizás esta consecuencia la podríamos salvar por vía interpretativa, como error sobre una circunstancia agravante, pero en todo caso no hay remedio por la vía del error a la inseguridad padecida en el caso Parot o en el caso del concurso ideal que se vuelve real.

3. EL ARGUMENTO DE LA PREVENCIÓN

3.1. Quien defiende la posibilidad de reinterpretar *in peius* un enunciado penal y de aplicar tal interpretación al caso que enjuicia, hará bandera de la justicia —de cierto modo de entender lo justo, que al final todos los argumentos son de justicia— en el sentido de que si tal interpretación es la más correcta, la mejor, debe ser hecha y aplicada, para gozar de las ventajas de tal corrección.

¿Y por qué un juez querría interpretar una norma en un sentido más punitivo del que se venía haciendo? Esta pregunta daría para mucho citar y especular, pero convengamos que los jueces hacen esto por dos tipos de razones: porque piensan que esa era la voluntad del legislador o por razones preventivas: porque es necesario para proteger adecuadamente el bien jurídico que la norma pretende proteger. Y esto no es baladí, que el derecho penal se dedica a la protección de los bienes individuales y sociales más importantes. En los ejemplos de partida: porque es mejor para combatir la delincuencia muy grave y singularmente el terrorismo en el caso de la doctrina Parot; porque es mejor para proteger la libertad sexual de las mujeres en el caso de la violación matrimonial; porque es mejor para proteger la salud pública en el caso de las drogas que pasan de blandas a duras; porque es mejor para proteger la vida en el caso de los resultados múltiples de muerte derivados de una sola acción

3.2. Quien sostiene la irretroactividad lo hace por razones sobre todo de seguridad jurídica, como ya se ha apuntado, y porque entiende que el déficit de prevención que supone tal irretroactividad no debe ser magnificado. La sentencia absolutoria que no obstante procede al cambio jurisprudencial peyorativo, también es declarativa de este cambio y del grado de lesividad de la conducta: proclama precisamente *urbi et orbe* la pena o la pena más dura «de ahora en adelante».

Esta apreciación parece correcta, sin que deba sobrevalorarse el que aquí no haya sangre (pena efectiva) para que entre la letra (para el mensaje preventivo): ni es relevante su menor capacidad disuasoria ni daña los sentimientos de equidad o las actitudes de cooperación condicionada que alimentan aquella. En el más hiriente ejemplo: hasta hoy no se sabía que la violación matrimonial era punible, pero se sabe que lo es a partir de hoy, por mucho que la sentencia sea solo declarativa y en la práctica absolutoria.

4. EL ARGUMENTO DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

4.1. Imbricado en realidad con el anterior argumento está el argumento de la independencia del juez decisor en el sentido de su vinculación exclusiva a la ley de cara a determinar la responsabilidad penal del acusado. Determinados los hechos a partir de las pruebas practicadas ante él y con la regla de la desvirtuación de la presunción de inocencia —ya saben: en sentido incriminatorio solo pasó lo que proponía la acusación y fue indudablemente objeto de prueba, más allá de toda duda razonable—, el juez se enfrenta a la calificación penal del caso solo dependiente de la ley y solo con la ambición de interpretarla y aplicarla de la manera más justa posible. Sobre lo que esto signifique podríamos debatir intensamente, pero no que en nuestra tradición no existe el elemento adicional de sujeción a lo que hayan dicho otros jueces, incluidos los de nivel superior, ni lo que haya dicho el propio juez en otras ocasiones, por mucho que forme parte del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley la justificación del apartamiento del criterio previo (entre otras muchas, SSTC 110/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 24/2005, de 14 de febrero, FJ 6; 58/2006, de 27 de febrero, FJ 3).

El sentido de esta exclusiva dependencia a la ley es claro. Lo justo, lo adecuado, es que se aplique la ley por el juez como sujeto independiente e imparcial, y forma parte de tal independencia la dependencia exclusiva de la ley. Tal cosa no obsta por supuesto a que en materia penal nos autoimpongamos constitucionalmente la garantía del acusado de que la decisión pueda ser revisada en lo fáctico —en cómo se determinaron los hechos, o, con las debidas garantías, para determinar de nuevo los hechos— y en lo jurídico.

Así, en nuestro sistema los jueces están «sometidos únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 CE), cosa que supone, siguiendo ahora la Ley Orgánica del Poder Judicial, que «son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial»; que a los jueces y tribunales les está vedado «corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando

administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan»; y que tampoco «podrán los jueces y tribunales [...] dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional» (art. 12). Procede insistir: el juez penal se guía por lo que se prueba plenamente como sucedido y por la ley, y en su entendimiento de esta no está vinculado a la hora de hacer justicia al caso por los precedentes propios o de otros órganos judiciales. Como con rotundidad afirma la STC 49/1985, de 28 de marzo, «el Juez está sujeto a la Ley y no al precedente y está obligado por mandato constitucional a aplicar aquélla, es decir, el sentido de la misma que reconozca como ajustado en el momento de juzgar» (FJ 2).

4.2. García Amado ha mostrado con lucidez un inconveniente sistémico adicional de la irretroactividad peyorativa. El sistema puede tender a ser penalmente más severo, pues para lo que un juez pretende —que es encontrar para el caso que tiene que enjuiciar la solución más justa entre las legalmente posibles— le resultan más flexibles las interpretaciones más severas (siempre excepcionables para el caso concreto a través de lecturas más benévolas para el acusado: no habría problema principal en calificar de pronto el éxtasis como droga blanda) que las más favorables al reo, que serían inalterables para el concreto caso (no cabría calificar aplicativamente para el caso el éxtasis como droga dura) (García Amado, 2016:325).

No sería descartable además otro efecto nocivo del sistema, que es el de consolidar cierta tendencia del legislador a la indeterminación normativa (Vidales, 2001:122; García Pérez, 2018:39). Así, paradójicamente, el sistema de irretroactividad jurisprudencial puede tornar el ordenamiento penal en más inseguro en la medida en la que sirva de red a los tipos penales indeterminados. El legislador puede tender a la vaguedad y a la vaguería si sabe que la inseguridad que genera será remediada por la jurisprudencia; en cambio, la tesis de la retroactividad podría convertir en insoportable, y por ello inviable, la falta de taxatividad.

5. EL ARGUMENTO DEL ROL DE LOS JUECES

5.1. Las tesis en confrontación sobre la retroactividad peyorativa se apoyan en ocasiones en consideraciones teóricas acerca del rol de los jueces en un ordenamiento de legitimación democrática. Podría parecer que la tesis de la retroactividad casa mejor con la concepción de un juez que lo que hace es declarar el verdadero significado de un enunciado, y que la tesis de la irretroactividad vendría de la mano de la comprensión de la tarea del juez penal como atribución de significado «a una fórmula significativamente inerte», de modo que en realidad «la norma en sentido estricto es el producto de la interpretación, nace con ella» (Laporta, 2016:337).

En efecto, en primer lugar, si se entiende que la labor judicial de interpretación es «cognitiva-decisoria», halladora del verdadero significado de un enunciado vigente, se rascarán mejores argumentos para relativizar el daño a la seguridad que supone la retroactividad

peyorativa, pues al fin y al cabo lo que el juez hace es proceder a la lectura más razonable de lo que ya estaba en el enunciado penal, que estaba hasta ese momento siendo mal comprendido.

Y si se entiende que el juez es más bien un normador sucesivo a partir de los parámetros que le marca el primer normador, el legislador, el planteamiento invitará a aplicar a esta segunda labor cuasilegislativa las garantías ciudadanas frente a la legislación penal, y entre ellas, significativamente, la de que no caben sorpresas penales por la espalda: que la determinación de qué sea delictivo, determinación legal y determinación judicial, debe ser anterior a la conducta a la que tal determinación se aplica.

En todo ello anda brujuleando el propio concepto de norma —aquí de norma penal—: si la norma se identifica con una expresión lingüística o, como parece preferible, con su significado (Alchourrón y Bulygin, 2021:682 ss.; Caracciolo, 1988:28 ss.). Repárese en que según esto último «un cambio en la interpretación de un texto legal tiene por efecto el cambio de la norma expresada en ese texto» (Alchourrón y Bulygin, 2021:683). Podría parecer que si el creador final de la norma es el juez-intérprete, a esta labor de creación habría que aplicarle el mandato de irretroactividad.

5.2. Creo, sin embargo, que las cosas no son tan unidireccionales. Se puede simpatizar con la comprensión del juez como desentrañador de lo que ya existe y, no obstante, sostener que razones de seguridad jurídica con mayúsculas —seguridad penal, que es seguridad respecto al honor y respecto a la libertad— aconsejan o imponen que los nuevos hallazgos peyorativos no miren hacia atrás, pues, por mucho que ya estuvieran, estaban escondidos por la propia redacción del enunciado o por una práctica judicial constante de sentido diferente. Dicho de otro modo, la comprensión errónea anterior ha podido suscitar por su estabilidad o por su aparente accesibilidad una confianza razonable en los ciudadanos que debe ser amparada por la irretroactividad de la nueva interpretación desfavorable, por razones de seguridad jurídica. Desde el punto de vista normativo: podría entenderse que la seguridad exige irretroactividad aunque no haya cambiado la norma (entendida esta como texto legal).

Y, del mismo modo, no considero que la comprensión de la interpretación judicial que exponía en segundo lugar y que etiquetaba como «normación sucesiva» aboque sin más a la irretroactividad desfavorable de la jurisprudencia. Repárese en que, incluso desde tal visión, debería admitirse que la Constitución distingue entre «normaciones», y que lo hace expresamente para vedar la irretroactividad desfavorable en lo que desde esa perspectiva sería la primera fase normativa. Aunque haya dos «legisladores», si partimos de que el primero marca estrechos límites al segundo y demarca el contenido esencial de la conducta delictiva, y de que el segundo está obligado a seguirlos, podríamos concluir que la justicia exige la mejor norma final para el caso y que su generación era previsible para el acusado a partir de lo que ya decía la norma inicial. Incluso con dos normadores sucesivos —y relacionados de cierta manera— podríamos sostener que la irretroactividad desfavorable limita solo constitucionalmente al segundo.

6. ¿QUÉ HACEMOS?

6.1. La pregunta por la retroactividad de la jurisprudencia penal desfavorable —si puede serlo o incluso si debe serlo— no tiene respuesta expresa en la Constitución, como sí la tiene la pregunta por la legislación penal desfavorable. La irretroactividad de esta resulta obvia en un ordenamiento de legitimación democrática; es un postulado tan vinculado a la seguridad jurídica y tan esencial al principio de legalidad como este lo es al Estado democrático de derecho.

6.2. La estrategia clásica en nuestro ordenamiento ha sido la de la retroactividad jurisprudencial desfavorable. Clásica en cuanto que pertenece a la tradición jurídica continental; clásica en cuanto que responde a lo que venían haciendo nuestros tribunales antes de la STEDH Del Río Prada, con el aval del Tribunal Constitucional, incluido para este supuesto de la denominada doctrina Parot (STC 39/2012, de 29 de mayo). Como se ha detallado, el esquema sistémico de partida es el de que los enunciados penales tienen unas posibilidades limitadas de lectura, razonablemente cognoscibles por sus destinatarios. Los jueces que han de aplicarlos deben hacerlo buscando la mejor interpretación en cada caso, sin sujeción a sus precedentes o a los de otros. En ello radicaría la justicia de la aplicación judicial y a ello serviría su independencia, que no es sino dependencia exclusiva de la ley.

Frente a esta manera de hacer las cosas, de que los jueces y tribunales penales hagan las cosas, existe la alternativa irretroactivista, con sólidos partidarios en la doctrina (Hassemer, 1984:324 ss.; Ferreres, 2002: 186 ss.; Oliver, 2003:366 ss.; Ruiz Robledo, 2004:273 ss.; Llobet, 2024:268 ss.) y, sobre todo, con apoyo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo que se postula es que la estrategia de la proscripción de la jurisprudencia penal desfavorable conduce a mejores resultados en términos de valores y bienes constitucionales: de eficacia preventiva de las normas penales y de respeto a los principios que rigen su aplicación. Sería mejor que solo se pudieran penar *in peius* las conductas realizadas después de que se haya producido el correspondiente cambio interpretativo y no desde luego en el caso de que esté sobre la mesa del tribunal y que es el que inicia el cambio interpretativo. Según este nuevo balance, las decisiones para el caso no serían las mejores, las más eficaces, y no lo serían ni ellas ni todas las vayan a juzgar conductas realizadas con anterioridad al cambio jurisprudencial. A cambio quedaría incólume la seguridad jurídico-penal de los ciudadanos, a los que se aseguraría no solo que no serán penados si no lo dice así la ley penal vigente conforme a alguna de sus posibles interpretaciones razonables, sino que no lo serán si su conducta no es subsumible en la ley tal y como la vienen interpretando establemente los tribunales. Se ha querido ver también en la irretroactividad jurisprudencial una garantía contra la arbitrariedad judicial en la medida en la que evita las interpretaciones peyorativas injustificadas en términos de justicia y prevención y sesgadas solo por la singularidad del caso (Llobet, 2024:269 ss.). Garantiza que el cambio no se produce para perjudicar al acusado, sino para asentar una nueva regla más ajustada a Derecho (Ferreres, 2002:195).

6.3. No es fácil decantarse por una u otra manera de hacer las cosas y en esa decantación no debería faltar algún matiz, alguna precisión, atinente sobre todo al propio concepto de retroactividad aplicado a la jurisprudencia. En esencia, la tesis de la retroactividad desfa-

vorable es la más coherente con la justicia para el caso y con la prevención penal, y con la independencia judicial, y la tesis de la irretroactividad, con la seguridad jurídica.

Con el baremo que antes precisaba para medir qué es mejor —que es «más constitucional», *sit venia verbo*— me inclino por la tesis de la irretroactividad por la afectación relevante a la seguridad jurídicopenal que supone la alternativa: la aplicación de una interpretación nueva respecto a una línea jurisprudencial consolidada. Esa afectación se produciría, creo, aunque funcionara su presupuesto (taxatividad del enunciado normativo) y su corrector final (el error como atenuante o eximente). Pero no solo pasa que no sucede, o no sucede suficientemente, ni lo uno ni lo otro. Concorre también, más allá, el efecto configurador de la práctica judicial sólida y estable, por mucho que quepa razonablemente una práctica alternativa.

En esta tesitura creo preferible blindar la seguridad jurídica respecto a la pena, respecto a la libertad y al honor como bienes más sensibles privados por la pena, porque pertenece al corazón de las garantías constitucionales. La prevención a la que subviene la nueva interpretación *in peius*, la mayor protección del bien jurídico a la que aquí serviría la independencia judicial, no es directamente reconducible al contenido de un derecho fundamental —probablemente ni siquiera cuando el bien jurídico lo sea— y queda solo parcialmente limitada en la medida en la que se asienta una mayor pena pro-futuro. Tampoco me parece que la sujeción exclusiva del juez a la ley quiebre el brazo de esta solución, en la medida en la que no deja de ser un bien instrumental, y en la medida en que cabría apreciar que no queda tanto vulnerada como matizada con el exclusivo sometimiento del juez al ordenamiento, a la ley entendida y aplicada en un sistema constitucional.

Ciertamente, la interdicción de la retroactividad de la jurisprudencia desfavorable como regla tiene problemas definicionales: es una regla con conceptos jurídicos indeterminados. Mientras que en la aplicación retroactiva de la ley está clara la sustitución de una regla por otra y el momento de tal sustitución, de entrada en vigor de la nueva regla, no existe una claridad paralela en relación con una desviación de una línea interpretativa que generaba expectativas de continuidad por su solidez y por su estabilidad (García Amado, 2016:325). Porque tiene que darse una regla previa interpretativa vigente en el momento de la conducta enjuiciada, que es la que generaba expectativas razonables de aplicación.

¿Cuándo se da esa regla?, ¿en qué consiste esa jurisprudencia estable y sólida? En los sistemas como el nuestro, en los que existe un órgano superior de unificación de doctrina, parece por de pronto que solo cabe reparar en su jurisprudencia, y no en la de tribunales inferiores. La cuestión es cuándo cabe afirmar que la manera de interpretar existe en cuanto estable, cosa que solo quedará clara si así lo afirma expresamente aquel órgano judicial, como hace nuestra Sala de lo Penal con sus Acuerdos de Pleno, que tienen normalmente la vocación de estabilizar desde su aprobación una línea que hasta entonces se discute. En los demás casos cabe preguntarse qué configura la estabilidad que debe ser asegurada: cuánto tiempo y reiteración exige y cuánta disidencia es capaz de soportar.

6.4. Procede ya entonces, después de tanta reflexión, tratar de articular conclusivamente la respuesta que avanza un título inspirado en un famoso reggae de Peter Tosh (<https://>

www.youtube.com/watch?v=3o4Fgh0KW_4). La jurisprudencia penal desfavorable es irretroactiva en nuestro ordenamiento por mandato constitucional, por razones de seguridad jurídica asociadas al principio de legalidad penal. Así debe interpretarse el principio de legalidad penal conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos tal y como indica el Tribunal Europeo.

Solo cabe hablar de tal retroactividad cuando la interpretación y aplicación del enunciado penal es diferente y peor para el acusado que la que se venía haciendo estable y sólidamente por los jueces y tribunales y constituía en tal sentido una regla. La imprevisibilidad de la decisión no va a afirmarse entonces por su irrazonabilidad —pues esta anularía la interpretación por otra razón: por la falta de vinculación del juez a la ley—, sino por su propia novedad y por la estabilidad de la interpretación previa más favorable. Existen nuevas lecturas no irrazonables de un enunciado que son, sin embargo, imprevisibles, generándose una inseguridad análoga a la que genera la retroactividad desfavorable del enunciado. La estabilidad de la regla interpretativa previa debe ser plena. Como afirma Oliver Calderón, solo frente a una jurisprudencia uniforme puede existir seguridad jurídica (Oliver, 2003:374). Y finalmente: esta jurisprudencia uniforme debe ser sólida, lo que incluye la falta de una tendencia alternativa perceptible en la jurisprudencia, dicho con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Que su modificación no venga anunciada como posible por disensos internos exteriorizados (Llobet, 2024:278).

BIBLIOGRAFÍA

- Alcácer Guirao, Rafael (2012): «La «doctrina Parot» ante Estrasburgo: *Del Río Prada c. España* (STEDH 10.7.2012, núm. 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 43, 929 - 952.
- Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio (2021), *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Trotta.
- Alexy, Robert (1998): *Derecho y razón práctica*, México: Fontamara.
- Atienza Rodríguez, Manuel, y Ruiz Manero, Juan (2007): *Las piezas del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- Caracciolo, Ricardo A. (1988): *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).
- Cid Moliné, José (1996): «Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas», *Revista de Administración Pública*, 140, 131-174.
- Cuerda Arnau, María Luisa (2013): «Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (a propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)», *Revista Penal*, 31, 52-69.
- Ferreres Comella, Víctor (2002): *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Madrid: Civitas.
- Frigols i Brines, Eliseu (2004): *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español*, Barcelona: J. M. Bosch.
- García Amado, Juan Antonio (2016): «Sobre el principio de legalidad penal y su alcance. De la previsibilidad como componente de la legalidad», en *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, en M. Pérez Manzano y J. A. Lascuraín Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid: Marcial Pons, 313-334.
- García Pérez, Octavio (2018): «El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia», *Indret*, 4.
- Hassemmer, Winfried (1984): *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch.

- Laporta Sanmiguel, Francisco (2016): «La doctrina Parot y la teoría del Derecho», en *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, en M. Pérez Manzano y J. A. Lascuráin Sánchez (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid: Marcial Pons, 335-347.
- Lascuráin Sánchez, Juan Antonio (2009): *Solo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Pamplona: Aranzadi.
- (2018): «Penas y administraciones», en J. M. Suárez López et al. (dirs.), *Estudios penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H.C. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid: Dykinson, 353-368.
- (2023) «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en J. R. Agustina (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, J, Barcelona: Atelier, 51-62.
- Llobet Angli, Mariona (2024): «Jurisprudencia penal desfavorable y retroactividad: razones para su prohibición», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, 27, 253-285.
- Madrid Conesa, Fulgencio (1982): *El principio e irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales favorables al reo*, Valencia: Universidad de Valencia.
- Murphy, Cian C. (2010): «The principle of legality in Criminal Law under the ECHR», *European Human Law Review*, 2.
- Oliver Calderón, Guillermo (2003): «¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 24, 355-378.
- Roxin, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte general, I*, Madrid: Civitas.
- Ruiz Robledo, Agustín (2004): *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Serrano González de Murillo, José Luis (1993): «Prohibición de retroactividad y cambios de orientación en la jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Extremadura: Universidad de Extremadura, 11, 243-258.
- Vidales Rodríguez, Catalina (2001): *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vives Antón, Tomás (2006): «Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal», en M. Díaz y García-Conlledo, y J. A. García Amado (dirs.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 295-344.

TRES MUESTRAS DE EROSIÓN DE LA LEGALIDAD POR
RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
*THREE EXAMPLES OF THE EROSION OF LEGALITY BY
RULINGS OF THE CONSTITUTIONAL COURT*

Miguel Ángel Presno Linera

Universidad de Oviedo

RESUMEN

En este texto se muestran tres ejemplos de erosión de la legalidad causada por resoluciones del Tribunal Constitucional español en las que ese Tribunal se aparta de su función de declarar el sentido del texto constitucional a través de razonamientos jurídicos y se adentra en el terreno del legislador, bien porque manipula una disposición legal, bien porque le dice al legislador lo que debe hacer o, finalmente, porque le impide continuar el proceso de debate y, en su caso, aprobación de una iniciativa legislativa.

PALABRAS CLAVE

Estado de derecho; principio de legalidad; jurisdicción constitucional; control de constitucionalidad; sentencias manipulativas.

ABSTRACT

This text shows three examples of the erosion of legality caused by decisions of the Spanish Constitutional Court in which the Court departs from its attributed function of declaring the meaning of the constitutional text through legal reasoning and enters the legislator's field, either by manipulating a legal provision, or by telling the legislator what to do or, finally, by preventing it from continuing the process of debate and, where appropriate, approval of a legislative initiative.

KEYWORDS

Rule of law; principle of legality; constitutional jurisdiction; control of constitutionality; manipulative judgments.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.121>

TRES MUESTRAS DE EROSIÓN DE LA LEGALIDAD POR RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Miguel Ángel Presno Linera

Universidad de Oviedo

Sumario: 1. Aproximación. 2. El control previo (STC 53/1985, de 11 de abril) de la constitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal: la importación de las sentencias manipulativas-aditivas. 3. La poda jurisprudencial del valor de las pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales. 4. La suspensión cautelar de la tramitación parlamentaria de una proposición de ley: ATC 177/2022, de 19 de diciembre. 5. A modo de conclusión. Notas. Bibliografía.

1. APROXIMACIÓN

Es bien conocido que el Tribunal Constitucional (TC) a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las normas legales debe moverse en un proceso de concreción jurídica, y no política, del marco constitucional y aunque no es extraño calificarlo como «legislador negativo», ese órgano constitucional no actúa desde la perspectiva del legislador, sino que su legitimidad descansa en su consideración como auténtico tribunal, como un órgano al que se le confía la misión de declarar el sentido del texto constitucional a través de razonamientos rigurosamente jurídicos. En una de sus primeras sentencias, el TC ya dijo, recordando en parte lo previsto en el artículo 1.1 de su Ley Orgánica, que «es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento

sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6).

Esta es, por supuesto, la teoría, pero, como también es sabido, en algunas ocasiones el TC abandona la debida autocontención y entra de lleno en el terreno del legislador, perdiendo así la legitimidad que le otorga, como dijo en su día Felix Frankfurter, juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el asunto *Colegrove v. Green* (1946), el estar apartado de «la maraña de la política» («*Courts ought not to enter this political thicket*»), con la circunstancia «agravante» de que, parafraseando a Böckenförde, en esta confrontación el legislador tiene la prioridad, pero el Tribunal Constitucional ostenta la primacía.

En el caso del control abstracto sobre leyes que delimitan o limitan derechos fundamentales, existe el riesgo de que el TC se erija en un legislador «alternativo», es decir, imponga una concreción política distinta a la aprobada en su momento por el parlamento. En esa pendiente resbaladiza, el TC puede considerar que entra dentro de su competencia corregir al legislador, reemplazándolo o «poniéndole deberes de enmienda» cuando, a su juicio, la ley impugnada no garantiza suficientemente el derecho (Bastida Freijedo y otros, 2004:62).

Y esta crítica ha estado presente en el propio TC, como veremos en las páginas siguientes, en forma de votos particulares que censuran a la mayoría por imponer al legislador sus concreciones políticas; así, en palabras del magistrado Rubio Llorente en su voto particular a la STC 53/1985, de 11 de abril, «al fundamentar la declaración de inconstitucionalidad en la omisión en el proyecto de estos requisitos o condiciones (o cualesquiera otros equivalentes) que no son constitucionalmente necesarios, el Tribunal impone a las Cortes sus propias preferencias de política legislativa y esta imposición, que no encuentra naturalmente base alguna en la Constitución o en la Ley, es arbitraria».

Y es que el TC o, mejor dicho, una concreta mayoría del mismo en un momento determinado, puede caer fácilmente en la tentación de identificar el marco constitucional con el cuadro compuesto por su interpretación de lo que la Constitución debe ser, cuadro que aplicará como canon de enjuiciamiento de la ley. Si no hay una autocontención del TC, el resultado es que el Estado de derecho se muta en un Estado judicial gobernado por un Tribunal convertido en un *Deus ex machina* (Bastida Freijedo y otros, 2004: 63).

Pues bien, en las páginas siguientes nos detendremos en una serie de resoluciones del TC que, en distintos momentos, han supuesto una erosión del principio de legalidad, bien porque han manipulado el contenido de una disposición legal, bien porque le han dicho al legislador no lo que no puede hacer sino lo que debe hacer o, finalmente, porque han impedido la continuación, sin fundamento constitucional, del proceso de debate y, en su caso, aprobación de una iniciativa legislativa.

2. EL CONTROL PREVIO (STC 53/1985, DE 11 DE ABRIL) DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 417 BIS DEL CÓDIGO PENAL: LA IMPORTACIÓN DE LAS SENTENCIAS MANIPULATIVAS-ADITIVAS

En su redacción originaria, y sin que hubiera previsión constitucional al respecto, la LOTC incluyó la posibilidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad, con carácter previo, contra los proyectos de Estatuto de Autonomía y de Leyes orgánicas¹. La introducción de este instrumento suscitó cierta controversia, que resultó incrementada a medida que se extendió su uso contra textos normativos de especial relevancia social aprobados por las Cortes Generales (Gómez Montoro, 1988: 121), como fue, en su momento, el que reformó el entonces artículo 417 bis del Código Penal. Ese supuesto empleo espurio se invocó para reformar la LOTC a través de Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, y derogar el capítulo II del título VI de la LOTC, algo que, como cabía esperar, a su vez fue impugnado a través de un recurso previo que, finalmente, fue desestimado por la STC 66/1985, de 23 de mayo. El recurso previo ha sido reintroducido por el artículo único.3 de la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, aunque únicamente para los Proyectos de Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma de los mismos.

Pues bien, antes de la derogación de 1985, el 2 de diciembre de 1983, 54 diputados del Congreso interpusieron recurso previo de inconstitucionalidad contra el «Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del art. 417 bis del Código Penal», según el texto definitivo aprobado por el Senado en la sesión plenaria celebrada el día 30 de noviembre de 1983, por infracción de los arts. 1.1, 9.3, 10.2, 15, 39.2 y 4, 49 y 53.1 y 3 de la Constitución. Como se explica en el FJ 1 de la STC que resolvió el recurso, la 53/1985, de 11 de abril, el objeto del recurso que debía ser decidido era determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto de Ley orgánica que introdujo el artículo 417 bis, en el Código Penal, por el que se declaraba no punible el aborto en determinados supuestos.

En el fallo respaldado por la mayoría se declaró «que el proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el art. 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, no debido a los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12 de la presente Sentencia».

A los efectos que aquí interesan cabe recordar los siguientes pasajes de ese fundamento jurídico: «... Por lo que se refiere al primer supuesto, esto es, al aborto terapéutico, este Tribunal estima que la requerida intervención de un Médico para practicar la interrupción del embarazo, sin que se prevea dictamen médico alguno, resulta insuficiente. La protección del nasciturus exige, en primer lugar, que, de forma análoga a lo previsto en el caso del aborto eugenésico, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un Médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto.

Por otra parte, en el caso del aborto terapéutico y eugenésico la comprobación del supuesto de hecho, por su naturaleza, ha de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y, dado que de llevarse este a cabo se ocasionaría un resultado irreversible, el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación.

Del mismo modo, tampoco puede desinteresarse de la realización del aborto, teniendo en cuenta el conjunto de bienes y derechos implicados —la protección de la vida del nasciturus y el derecho a la vida y a la salud de la madre que, por otra parte, está en la base de la despenalización en el primer supuesto—, con el fin de que la intervención se realice en las debidas condiciones médicas disminuyendo en consecuencia el riesgo para la mujer.

Por ello, el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional.

Por lo que se refiere a la comprobación del supuesto de hecho en el caso del aborto ético, la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas, pues dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales entraría en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquella. Por ello, entiende este Tribunal que la denuncia previa, requerida por el proyecto en el mencionado supuesto, es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho...

Finalmente, como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, de acuerdo con el art. 79.4 b) de la LOTC, indicar las modificaciones que a su juicio —y sin excluir otras posibles— permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente».

Comenzando con este último párrafo, no parece que, en contra de lo que razona la mayoría, el artículo 79.4 b) de la LOTC avalase que el Tribunal pueda indicar modificaciones que permitieran proseguir con la iniciativa de manera conforme con el texto constitucional, pues dicho precepto se limita a recordar al TC que deberá concretar la inconstitucionalidad y el precepto o preceptos constitucionales infringidos y que la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido suprimidos o modificados por el órgano competente. En modo alguno cabe encontrar ahí fundamento para las «propuestas» de la mayoría.

Como sostuvo el magistrado Francisco Rubio Llorente en su voto particular, «al fundamentar la declaración de inconstitucionalidad en la omisión en el proyecto de estos requisitos o condiciones (o cualesquiera otros equivalentes) que no son constitucionalmente necesarios, el Tribunal impone a las Cortes sus propias preferencias de política legislativa y esta imposición, que no encuentra naturalmente base alguna en la Constitución o en la Ley, es arbitraria. La Sentencia... no respeta lo preceptuado en el art. 79.4 de la LOTC, que ordena al Tribunal indicar la infracción constitucional y deja a las Cortes el cuidado de efectuar las supresiones o modificaciones necesarias para evitarla»; en la misma línea,

y de forma muy escueta, el magistrado Luis Díez-Picazo sostuvo en su voto particular: «tampoco creo que sea función del Tribunal colaborar en la función legislativa, orientarla o perfeccionarla. No creo que el art. 79.4 de la Ley Orgánica del Tribunal autorice esa tesis».

De modo más amplio, el magistrado Francisco Tomás y Valiente concluyó que «a) el juicio de constitucionalidad no es un juicio de calidad o de perfectibilidad. El Tribunal Constitucional puede y debe decir en qué se opone a la Constitución un determinado texto normativo, y, en consecuencia, por qué es inconstitucional. Lo que no puede es formular juicios de calidad. b) La jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las Leyes para que sean constitucionales. Si actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en un legislador positivo... e) El art. 79 de la LOTC, el mismo que creó fuera de la Constitución, el recurso previo de inconstitucionalidad, en su párrafo 4 b) (modelo de pésima redacción), impone dos deberes dirigidos a dos sujetos distintos. Al Tribunal le exige que, en su caso, concrete la inconstitucionalidad de la norma impugnada y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. Al otro sujeto —«el órgano competente»— le exige que para seguir la tramitación del proyecto suprima o modifique los preceptos, se entiende, declarados inconstitucionales. No puede interpretarse nunca, a mi juicio, que sea el Tribunal quien le indique al legislador qué modificaciones deben ser ésas...»

La STC 53/1985 representó una suerte de importación de las llamadas sentencias manipulativas-aditivas de la Corte Constitucional italiana (Romboli, 2021: 83; Martín de la Vega, 2003: 223): esa sentencia es manipulativa porque, tras declarar la inconstitucionalidad parcial de la norma sometida a su enjuiciamiento, propone una «solución» que correspondería, en su caso, encontrar al legislador; es aditiva en tanto la inconstitucionalidad se declara porque el artículo 417 bis omitía determinadas cautelas que, a juicio de la mayoría del Tribunal, deberían estar presentes en la norma para garantizar de manera suficiente un determinado bien —en este caso la vida del feto— constitucionalmente protegido.

En suma, la función del TC era resolver si la opción política que se pretendía convertir en norma jurídica era, o no, compatible con la Constitución y, por tanto, podría haber concluido que sí lo era o que no lo era; en el primer caso, el proyecto podría convertirse en Ley, en el segundo no. Pero el TC optó por decirle al legislador lo que tenía que hacer para que el proyecto pudiera convertirse en ley, es decir, le impuso deberes para cambiar el proyecto y «hacerlo constitucional»².

3. LA PODA JURISPRUDENCIAL DEL VALOR DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS VIOLENTANDO DERECHOS FUNDAMENTALES

De acuerdo con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), «en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos

o libertades fundamentales». Así pues, la invalidez de este tipo de pruebas se aplicaría a cualquier procedimiento, no exclusivamente a los penales, y sería irrelevante, conforme a la letra de la LOPJ, que la prueba en cuestión se hubiera conseguido de manera directa o refleja (los famosos «frutos del árbol envenenado»)³. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional inició en 1995 un proceso de modulación/«manipulación» del contenido del artículo 11.1 que culminó con la STC 97/2019, de 16 de julio, a propósito de la popularmente conocida como «lista Falciani». Sobre este proceso nos detendremos en las siguientes páginas.

La primera modulación de la LOPJ se produjo con la STC 86/1995, de 6 de junio, donde se concluyó que, para que la vulneración del derecho fundamental determine la prohibición del uso de las pruebas obtenidas, es «necesario constatar la existencia de un vacío probatorio por no haberse practicado prueba alguna, porque toda la practicada se hubiese obtenido sin respetar las garantías procesales, hubiese sido obtenida o se hubiere derivado de alguna prueba practicada con vulneración de los derechos fundamentales de los recurrentes» (FJ 4). En otras palabras, es conforme al derecho la condena cuando se fundamenta en una prueba válida e independiente de otras que sí fueron obtenidas vulnerando derechos fundamentales.

El origen de esta excepción (Planchadell Gargallo, 2014: 89) se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Wong Sun v. United States*, de 14 de enero de 1963, donde se concluyó que es inadmisibles la presentación de pruebas verbales y de estupefacientes recuperados cuando ambos fueron fruto de una entrada ilegal en un domicilio, salvo que se produzca una ruptura en la cadena de pruebas. La principal crítica (Gómez Colomer, 2015: 17) a esta posición es que no siempre sabremos si la prueba lícita se ha obtenido realmente de forma independiente de la que no lo era; en este sentido, en el caso objeto de controversia, el propio TC reconoce que «el coimputado... en el momento mismo de la detención, ante la realidad innegable de la ocupación de la sustancia estupefaciente, confesó su participación en el hecho delictivo, sin que exista constancia de que, previamente, los agentes de la Guardia Civil que llevaron a efecto su detención le informasen de sus derechos constitucionales, realizando las oportunas advertencias legales. A ello se añade en el caso de autos que las primeras declaraciones autoinculpatorias, las realizadas en la sede policial, se produjeron sin que el detenido contase con la asistencia de un Abogado encargado de su defensa. En principio, tales irregularidades habrían sido suficientes para privar de eficacia probatoria a la confesión del acusado, de no haberse reiterado, posteriormente, primero en el Juzgado de Instrucción, asistido por un Abogado, y después ante el Tribunal encargado del enjuiciamiento, en el acto del juicio oral...» (FJ 4).

La segunda modulación corrió a cargo de la STC 81/1998, de 2 de abril (Vives Antón, 2002: 12; Díaz Cabiale/Martín Morales, 2002: 39-49; Gálvez Muñoz, 2003: 177), donde el TC sostuvo que las pruebas «reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende

también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran» el derecho fundamental (FJ 4). En otras palabras, precisamente las del ponente en una publicación académica algo posterior ya citada, «no es suficiente [para generar la nulidad de la prueba] la existencia de una relación o conexión causal, sino que también debe darse una conexión de antijuridicidad» (Vives Antón, 2002: 11).

No pocos autores sostienen que la doctrina articulada a partir de esa excepción «significa prácticamente la desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en el proceso penal» y que a partir de esta nueva doctrina se han fijado ulteriormente dos supuestos en los que se da un rompimiento de la conexión de antijuridicidad (Gómez Colomer, 2015: 24) si se producen: 1) la excepción de confesión voluntaria del inculpado, y 2) la excepción de buena fe. Como ejemplo de la primera destaca la STC 161/1999, de 27 de septiembre, en un caso por delito contra la salud pública en el que se hallaron la droga y los utensilios para su preparación para venta como consecuencia de un registro domiciliario declarado ilegal, pero en el que el condenado admitió expresamente la tenencia de la droga. El TC sentenció que la admisión de los hechos criminales voluntaria del inculpado enerva la presunción de inocencia, al no existir conexión de antijuridicidad con el registro ilegal.

Como muestra de la segunda se menciona la STC 22/2003, de 10 de febrero, en un caso en el que el piso de una persona es registrado con consentimiento de la esposa, hallándose un arma de fuego propiedad del acusado, decretándose la inconstitucionalidad del allanamiento, pero la validez del hallazgo del arma por la policía, porque esta actuó sin dolo o culpa.

Esta corriente jurisprudencial reduccionista de la garantía contenida en la LOPJ encontró su culminación en la STC 97/2019, de 16 de julio, sobre la «lista Falciani y su uso por los tribunales españoles (Alcácer Guirao, 2019: 33-46⁴; Fonseca Fortes-Furtado, 2020; Asencio Mellado, 2021:175-195; Gómez Amigo, 2021: 201-232). En el FJ 2 el TC expone los que llama «principios generales de la doctrina constitucional sobre la prueba ilícita», remontándose a la STC 9/1984, la primera resolución en la que se planteó esta problemática, y pasando, con cierta rapidez, a la STC 114/1984, donde, se dice textualmente, se formuló «por primera vez una doctrina general sobre la relevancia constitucional de la prueba ilícita que puede sintetizarse en tres ideas que constituyen, desde entonces, los principios rectores de nuestra doctrina sobre la materia... a) La inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado... b) la pretensión de exclusión de la prueba ilícita deriva de la posición referente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE)... c) la violación de las garantías procesales del art. 24.2 CE ha de determinarse, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar el equilibrio y la igualdad de las partes, esto es, la integridad del proceso en cuestión como proceso justo y equitativo».

Llama la atención en la STC 97/2019 la relevancia que se da al «juicio ponderativo» y, sobre todo, que se apele a la STC 114/1984 como origen de este criterio, pues, si bien, en dicha sentencia se menciona la necesidad de ponderar «en cada caso, los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales)» (FJ 2), eso se dice antes de que en esa misma STC se concluya que «el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía —por el ordenamiento en su conjunto— de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso» (FJ 4).

En otras palabras, no se trataría, a nuestro juicio, de «ponderar» en cada caso qué interés, valga el juego de palabras, es el preponderante, sino que de averiguar si «la recepción procesal de pruebas obtenidas con la violación de derechos fundamentales implica una ignorancia de las garantías propias al proceso, implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad de las partes en el juicio... desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido» (FJ 5).

Para esta STC la tutela de los derechos fundamentales no opera con carácter general excluyendo las pruebas obtenidas vulnerándolos sino «en ocasiones» y teniendo en cuenta «dos parámetros fundamentales para evaluar el nexo determinante de una necesidad específica de tutela dentro del ámbito procesal:

(i) El parámetro de control llamado «interno» exige valorar la proyección que sobre el proceso correspondiente tiene la «índole, características e intensidad» de la violación del derecho fundamental sustantivo previamente consumada... y conducirá, en todo caso, a excluir la aportación de pruebas vulneradoras de derechos solo si existe «una prohibición constitucional singular, como es la de la tortura o tratos inhumanos o degradantes, supuesto en el cual, aun cuando la vulneración del art. 15 CE carezca de relación de medio-fin con el proceso, no puede admitirse la recepción probatoria de los materiales resultantes» (FJ 3B b i).

«Hay, adicionalmente, un parámetro de control «externo» que exige valorar si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso penal. En palabras de la STC 81/1998, de 2 de abril, se trata de dilucidar si «de algún modo» la falta de tutela específica en el proceso penal supone «incentivar la comisión de infracciones del derecho al secreto de las comunicaciones [el entonces controvertido] y, por lo tanto, privarle de una garantía indispensable para su efectividad» (FJ 6)» (FJ 3B b ii).

Como resultado de toda esta argumentación ponderativa el TC acaba reduciendo drásticamente el alcance de la regla establecida por ese mismo tribunal en 1984, pues, incluso cuando la violación del derecho fundamental es la fuente inmediata de conocimiento de los elementos de convicción que pretenden incorporarse al acervo probatorio, eso no impide «apreciar excepcionalmente que tales necesidades de tutela no concurren por ausencia de conexión jurídica suficiente entre la violación del derecho fundamental sustantivo y la integridad y equidad del proceso correspondiente» (FJ 3).

Pero, quizá, una de las cosas más llamativas de esta STC es que parece servirse de un pretexto —la «lista Falciani»— para dar una nueva e intensa vuelta de tuerca al reduccionismo que ya venía aplicando desde, al menos, 1995 a la doctrina articulada en la STC 119/1984 y es que, en su caso, podría haber inadmitido el recurso de amparo sin más.

Hay que recordar, no obstante, que lo ocurrido con la «lista Falciani» en los tribunales españoles, además de suponer un alineamiento con la jurisprudencia de otros países europeos como Bélgica, Países Bajos, Francia, Italia y Alemania, en gran medida se vio facilitado por una no lejana jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que consolida una excepción a la regla de la exclusión (Fonseca Fortes-Furtado, 2020)⁵.

Por último, y si ya hemos llegado a un subsistema probatorio en el que resulta factible la ponderación de los intereses en juego, incluso en los casos de pruebas obtenidas de forma ilícita y con vulneración de derechos fundamentales, en especial en procesos penales contra la evasión tributaria, nos parece imprescindible que, como ocurre, precisamente, en Francia se contemple esa posibilidad en una ley; de esa manera, se disciplinaría al menos por el legislador, tras el correspondiente debate público y plural en sede parlamentaria, en qué casos un árbol envenenado pueda dar buenos frutos⁶.

4. LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE UNA PROPOSICIÓN DE LEY: ATC 177/2022, DE 19 DE DICIEMBRE

Por primera vez en su historia (Delgado Ramos, 2022: 355-377; Morales Arroyo, 2024: 447-490), el TC, al amparo del artículo 56.6 de su Ley Orgánica⁷ (LOT), acordó la suspensión de la tramitación parlamentaria de una proposición legislativa, la de modificación de Ley Orgánica del Poder Judicial y de la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, incluida en una iniciativa más amplia, la «Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso».

El ATC 177/2022 fue aprobado por la mayoría del TC a resultas de la interposición de un recurso de amparo por parte de trece miembros del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados que consideraron vulnerados sus derechos fundamentales al ejercicio del cargo público representativo como consecuencia de la aprobación por la Comisión de Justicia del Congreso de dos enmiendas, una para eliminar la función de

verificación por parte del Pleno del TC del «cumplimiento de los requisitos exigidos para el nombramiento de magistrado del Tribunal Constitucional» y la otra para rebajar la mayoría prevista para que el Consejo General del Poder Judicial designe a los dos magistrados del TC que le corresponde proponer.

Dichas enmiendas, se argumentó, no cumplirían el requisito, exigido por la jurisprudencia constitucional (por ejemplo, en la STC 119/2011, de 5 de julio), de guardar un mínimo de conexión con la Proposición de Ley Orgánica a la que se incorporaron; en este caso, y como ya se ha dicho, la de transposición de directivas para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea y reforma de varios delitos. Además, los recurrentes pidieron que se suspendiera la tramitación parlamentaria de esa iniciativa y los Grupos Parlamentarios del PSOE y Unidas Podemos recusaron a los dos magistrados —uno de ellos el presidente— que debían ser sustituidos por los ya propuestos por el Gobierno.

En este breve comentario, nos centraremos exclusivamente en la cuestión de la suspensión de la tramitación parlamentaria, pedida por los recurrentes y admitida por la mayoría del pleno al considerar que «la aprobación del texto legal consumaría de manera irreversible la vulneración de derechos fundamentales alegados por los diputados recurrentes, de suerte que un eventual otorgamiento del amparo solo podría tener un alcance meramente declarativo, por completo desprovisto de eficacia reparadora, lo que equivale a su frustración. Por otra parte, la medida cautelar adoptada no ocasiona una perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de terceros, pues la suspensión de la tramitación parlamentaria en el Senado... no imposibilita que las Cortes Generales puedan utilizar los procedimientos legislativos previstos en los reglamentos de las Cámaras para dar cauce, dentro de los límites constitucionales, a las iniciativas legislativas que se pretenden plantear mediante las referidas enmiendas. El interés constitucional que exige la protección por parte de este tribunal es la vigencia de la Constitución en su totalidad» (FJ 10)⁸.

A este respecto, y en contra de la opinión de la mayoría, cabe recordar que en nuestro sistema de jurisdicción constitucional no cabe suspender cautelarmente las leyes que son objeto de impugnación —leyes en sentido estricto— salvo en el supuesto previsto en el artículo 161.2 CE cuando el Gobierno recurre normas legales autonómicas y siempre que expresamente invoque este precepto constitucional.

Como es de sobra conocido, en el caso objeto de controversia no había ley autonómica, sino una proposición de ley aprobada en el Congreso de los Diputados y el control previo de constitucionalidad de las proposiciones o proyectos de ley solo cabe si así lo prevé expresamente el legislador orgánico en virtud de la habilitación que le confiere el artículo 161.1 d) CE. Pues bien, en la actualidad el artículo 79 LOTC lo reduce al control previo de inconstitucionalidad de los proyectos de estatuto de autonomía y de sus reformas y siempre que ya haya sido aprobado por las Cortes Generales⁹.

No hay, por tanto, disposición normativa alguna que faculte al TC para suspender la tramitación de un procedimiento legislativo, ni siquiera, aunque la suspensión afecte

únicamente a dos enmiendas y una decisión como la tomada supone un menoscabo de la propia función legislativa; en palabras del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos en su voto particular a este auto, «la suspensión de la tramitación de un procedimiento legislativo, ya sea en todo o en parte, como ha ocurrido en el presente caso, afecta a intereses constitucionalmente protegidos: al ejercicio de la función parlamentaria, en particular a la función legislativa, a nuestro sistema de justicia constitucional y, en definitiva, como afirmó el ATC 135/2004, FJ 6 a), «a los principios fundamentales de la democracia parlamentaria». En efecto, impedir temporalmente la tramitación de una proposición o proyecto de ley o de alguna de sus partes constituye una interferencia en la función legislativa que difícilmente se cohonestaría con los principios que rigen el ejercicio de esta función y, en general, el funcionamiento de los parlamentos. Como principio básico, la regla de división de poderes determina que han de ser los propios parlamentos los que velen por su correcto funcionamiento sin interferencias externas que puedan impedir o condicionar su actuación».

En su voto particular, los magistrados Cándido Conde-Pumpido, Ramón Sáez e Inmaculada Montalbán coincidieron en señalar, algo por lo demás obvio, que el TC tiene competencias tasadas y que la suspensión del procedimiento legislativo en el Senado y la paralización de la tramitación y aprobación de las enmiendas carecen de previsión legal para que pueda acordarse en un proceso de amparo.

Por su parte, la magistrada María Luisa Balaguer destaca que, al tomar una medida como la acordada, el Tribunal ocupa un lugar que ni la Constitución ni la Ley Orgánica le atribuyen como garante del procedimiento legislativo mientras dicho procedimiento se está desarrollando, o lo que es lo mismo, como árbitro de una confrontación política que se debe canalizar a través de las herramientas propias del Derecho parlamentario.

En suma, el TC resolvió paralizar la tramitación de una iniciativa legislativa después de haber sido aprobada por el Congreso y estando pendiente de su debate en el Senado. Con esta decisión aceptó jugar un papel «político», y no exclusivamente jurídico, en el fragor de la vida parlamentaria.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es bien conocido que el ejercicio de la jurisdicción constitucional tiene inevitables consecuencias políticas, pues el intérprete supremo de la Constitución, llámese TC, Tribunal Supremo..., presente en buena parte de los Estados democráticos, debe resolver conflictos entre instituciones que tienen una clara impronta política y, entre otras competencias, puede declarar la nulidad de leyes aprobadas por quienes representan al pueblo y son expresión de la soberanía popular.

Precisamente porque esas funciones las ejerce un órgano carente de una legitimación ciudadana directa y situado en una posición de independencia respecto del Parlamento y el Gobierno, la aceptación de sus decisiones y la consecuente legitimidad social de las mismas reposa en que sean el resultado de la aplicación de la propia norma constitucional, es decir,

de un razonamiento jurídico, y no de una argumentación que refleje una determinada opción u orientación política. Y si el TC no logra consolidar, en su organización y funcionamiento, dicha posición institucional independiente perderá la legitimidad que le otorga estar apartado de «la maraña de la política».

Para hacer frente a este riesgo quizá no haya que cambiar ninguna norma, sino respetar las ya existentes, pues la experiencia demuestra que tan importantes como las normas son las formas, especialmente *el factor humano*.

NOTAS

1. El recurso tendrá por objeto la impugnación de:

a) El texto definitivo del proyecto de Estatuto que haya de ser sometido a referéndum en el territorio de la respectiva Comunidad autónoma, en el supuesto previsto por el artículo ciento cincuenta y uno, comas dos, tercero de la Constitución. En los demás casos, se entenderá que es texto definitivo del Estatuto de Autonomía el que, con arreglo al apartado siguiente, se establece para los demás proyectos de Leyes orgánicas.

b) El texto definitivo del proyecto de Ley orgánica tras su tramitación en ambas Cámaras y una vez que el Congreso se haya pronunciado, en su caso, sobre las enmiendas propuestas por el Senado.

Dos. Están legitimados para entablar el recurso previo de inconstitucionalidad quienes, de acuerdo con esta Ley, están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra Estatutos de Autonomía y Leyes orgánicas del Estado. El plazo para la interposición del recurso será el de tres días desde que el texto definitivo del proyecto recurrible estuviere concluido. La interposición del recurso suspenderá automáticamente la tramitación del proyecto y el transcurso de los plazos.

Tres. El recurso se sustanciará en la forma prevista en el capítulo II del título II de esta Ley.

Cuatro. a) Cuando el pronunciamiento del Tribunal declare la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada, seguirá su curso el correspondiente procedimiento.

b) Si, por el contrario, declara la inconstitucionalidad del texto impugnado, deberá concretar esta y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. En este supuesto, la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido suprimidos o modificados por el órgano competente.

Cinco. El pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos que pudieren interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de Ley del texto impugnado en la vía previa.

2. En sentencias posteriores, tanto de amparo como de control de constitucionalidad, encontraremos referencias expresas a las sentencias manipulativas en, obviamente, los votos particulares en los que sus firmantes discrepan de la decisión tomada por la mayoría, a la que reprochan una reconstrucción del precepto o preceptos enjuiciados. Las menciones expresas al carácter manipulativo de una sentencia comenzaron en el TC con el voto particular formulado por el magistrado Eugenio Díaz Eimil a la STC 140/1986, de 11 de noviembre, reproche que, poco tiempo después, acogieron los magistrados Francisco Rubio Llorente y Luis Díez-Picazo en su voto particular conjunto a la STC 116/1987, de 7 de julio. La expresión reaparece en el voto particular del magistrado Vicente Conde Martín de Hijas, al que se adhieren los magistrados Guillermo Jiménez Sánchez y Javier Delgado Barrio, a la STC 98/2004, de 25 de mayo. El magistrado Conde Martín de Hijas reprocha de nuevo a la mayoría que lleve a cabo una «recreación manipulativa» de un precepto en su voto particular a la STC 101/2008, de 24 de julio, sentencia a la que también emitió un voto particular el magistrado Javier Delgado Barrio que, igualmente, consideró manipulativo el fallo. Y lo mismo hizo, dos años más tarde, el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez,

en su voto particular a la STC 31/2010, de 28 de junio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad 8045-2006, interpuesto por noventa y ocho diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En la STC 80/2012, de 18 de abril, encontramos otros dos votos particulares: el que formula el magistrado Manuel Aragón Reyes, al que se adhiere el magistrado Javier Delgado Barrio, y el rubricado por el magistrado Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. Finalmente, la magistrada María Luisa Balaguer Callejón formuló un voto particular a la STC 55/2018, de 24 de mayo.

3. Esta expresión fue empleada por primera vez de manera expresa en la jurisprudencia constitucional en el ATC 155/1999, de 6 de junio, en cuyo FJ 5 dice: “... carece de fundamento la alegación de nulidad de las declaraciones realizadas ante el Juez de instrucción en cuanto derivadas de las realizadas en situación de incomunicación (motivos segundo y tercero), no sólo porque, como se ha expuesto, las declaraciones realizadas ante la policía no adolecen de la ilicitud constitucional que se les atribuye, sino porque la aplicación de la *doctrina del “árbol envenado”*, que este Tribunal ha admitido para los casos de pruebas obtenidas a través de intervenciones de las comunicaciones vulnerando el derecho al secreto de las mismas, no supondría la automática consideración de la prueba derivada como constitucionalmente ilícita, sino que habría que analizar si las pruebas posteriores a las iniciales, valoradas como vulneradoras de garantías constitucionales, son jurídicamente independientes de aquéllas, pues ello permitiría su ponderación como pruebas de cargo...”

Esta expresión ha salido en jurisprudencia posterior, pero más en palabras de los recurrentes que del propio Tribunal; así, por ejemplo, en las SSTC 123/2002, de 20 de mayo, y 239/2006, de 17 de julio. El Tribunal Supremo ya la había usado con anterioridad; así, en la STS 448/1997, de 4 de marzo, donde, de manera rotunda, dijo: “...El art. 11.1 de la LO PJ dispone que ‘En todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales’. La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal (*‘Deterrence effect’*). La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior (*‘directa o indirectamente’*), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. *Los frutos del árbol envenenado* deben estar, y están (art. 11.1 de la LO PJ), jurídicamente contaminados...”

En los Estados Unidos esta doctrina se describió por primera vez en el asunto *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, de 26 de enero de 1920, y la primera vez que se utilizó el término fue por el juez Felix Frankfurter en el caso *Nardone v. United States*, de 11 de diciembre de 1939: “... the trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a *fruit of the poisonous tree*. This leaves ample opportunity to the Government to convince the trial court that its proof had an independent origin.

Dispatch in the trial of criminal causes is essential in bringing crime to book. Therefore, timely steps must be taken to secure judicial determination of claims of illegality on the part of agents of the Government in obtaining...” (las cursivas son nuestras).

4. Como se recordará, en el caso “lista Falciani” los datos sustraídos a la entidad bancaria HSBC Private Bank Suisse —filial de Ginebra— englobaban aspectos económico-financieros de clientes que fueron obtenidos en el extranjero por el informático Hervé Falciani, con violación, conforme al ordenamiento jurídico suizo, del derecho a la intimidad de los clientes. Esos hechos no se produjeron en un contexto de investigación de eventuales delitos fiscales, sino que acabaron siendo revelados posteriormente a la tentativa de venta de estos datos por el señor Falciani, a través de un registro autorizado llevado a cabo

en su domicilio en Francia. Más adelante, los mencionados datos fueron trasladados a España mediante el convenio de colaboración en materia tributaria existente entre ambos países. Tales circunstancias nos permiten una visualización de tres momentos distintos: a) la producción de la prueba (sustracción de los datos bancarios en Suiza); b) la obtención de la prueba (registro domiciliario en Francia); c) la disponibilidad para la utilización de la prueba (traslado de información por el cauce administrativo de Francia a España).

5. Así, en la STEDH, de 6 de octubre de 2016, en el caso *KS y MS c. Alemania*, el Tribunal se pronunció sobre si una prueba obtenida con vulneración del derecho interno e internacional y empleada, posteriormente, por el poder público y, en concreto, por la Administración tributaria, para la consecución de una orden judicial de registro domiciliario vulneraba el artículo 8 CEDH y, en particular, el requisito de legitimidad de la injerencia previsto en el apartado 2 del citado precepto.

6. Ley sobre la Lucha contra la Evasión Fiscal y la Gran Delincuencia Económica y Financiera, Ley núm. 2013-1117, de 6 de diciembre, que rechaza que el origen remoto de una prueba puesta a disposición de las autoridades francesas pueda contaminar su validez probatoria.

7. En supuestos de urgencia excepcional, la adopción de la suspensión y de las medidas cautelares y provisionales podrá efectuarse en la resolución de la admisión a trámite. Dicha adopción podrá ser impugnada en el plazo de cinco días desde su notificación, por el Ministerio Fiscal y demás partes personadas. La Sala o la Sección resolverá el incidente mediante auto no susceptible de recurso alguno.

8. En el Auto 178/2022, de 21 de diciembre, la misma mayoría acordó desestimar la solicitud planteada por la letrada de las Cortes Generales, en nombre y representación del Senado, de alzamiento de la medida cautelar de suspensión acordada por el auto de 19 de diciembre de 2022.

9. Uno. Son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad, con carácter previo, los Proyectos de Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma de los mismos.

Dos. El recurso tendrá por objeto la impugnación del texto definitivo del Proyecto de Estatuto o de la Propuesta de Reforma de un Estatuto, una vez aprobado por las Cortes Generales.

Tres. Están legitimados para interponer el recurso previo de inconstitucionalidad quienes, de acuerdo con la Constitución y con esta Ley Orgánica, están legitimados para interponer recursos de inconstitucionalidad contra Estatutos de Autonomía.

Cuatro. El plazo para la interposición del recurso será de tres días desde la publicación del texto aprobado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales». La interposición del recurso suspenderá automáticamente todos los trámites subsiguientes.

Cinco. Cuando la aprobación del Proyecto de Estatuto o de la Propuesta de reforma haya de ser sometida a referéndum en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, el mismo no podrá convocarse hasta que haya resuelto el Tribunal Constitucional y, en su caso, se hayan suprimido o modificado por las Cortes Generales los preceptos declarados inconstitucionales.

Seis. El recurso previo de inconstitucionalidad se sustanciará en la forma prevista en el capítulo II del título II de esta Ley y deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional en el plazo improrrogable de seis meses desde su interposición. El Tribunal dispondrá lo necesario para dar cumplimiento efectivo a esta previsión, reduciendo los plazos ordinarios y dando en todo caso preferencia a la resolución de estos recursos sobre el resto de asuntos en tramitación.

Siete. Cuando el pronunciamiento del Tribunal declare la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada, seguirán su curso los trámites conducentes a su entrada en vigor, incluido, en su caso, el correspondiente procedimiento de convocatoria y celebración de referéndum.

Ocho. Si, por el contrario, declara la inconstitucionalidad del texto impugnado, deberá concretar los preceptos a los que alcanza, aquellos que por conexión o consecuencia quedan afectados por tal declaración y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. En este supuesto, la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido suprimidos o modificados por las Cortes Generales.

Nueve. El pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad que pudieren interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de ley del texto impugnado en la vía previa.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcacer Guirao, Rafael (2019): «Retos para el Compliance penal: “Barbulescu”, Falciani y el reforzamiento de garantías en el proceso penal», *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, (1), 33-46.
- Asencio Mellado, José María (2021): «La prueba ilícita y su triste destino», *La administración de justicia en España y en América: José Martín Ostos (Liber amicorum)*, Sevilla: Editorial Astigi, 175-195.
- Bastida Freijedo, Francisco y otros (2004): *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid: Tecnos.
- Delgado Ramos, David (2022): «Parlamento versus Tribunal Constitucional: ¿puede el Tribunal suspender la tramitación de un procedimiento legislativo? Notas críticas sobre el Auto 177 / 2022, de 19 de diciembre», *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 25 (2), 355-377.
- Díaz Cabiale, José Antonio y Martín Morales, Ricardo, (2002): «La teoría de la conexión de antijuridicidad», *Jueces para la democracia*, 43, 39-49.
- Fidalgo Gallardo, Carlos (2003): *Las «pruebas ilegales»: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid: CEPC.
- Fonseca Fortes-Furtado, Regina Helena (2020): «¿Pueden brotar frutos sanos del árbol envenenado?: La admisibilidad como prueba de la lista Falciani», *Revista de derecho constitucional europeo*, 33.
- Gálvez Muñoz, Luis (2003): *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi.
- Gómez Amigo, Luis (2021): «Tratamiento procesal de la prueba ilícita en el proceso penal: Del régimen actual al anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020», *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, 4, 201-232.
- Gómez Colomer, Juan Luis (2015): «Prueba admisible y prueba prohibida: Cambios en el garantismo judicial motivados por la lucha contra el crimen organizado en la realidad jurisprudencial española actual», *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 22, 3-48.
- Gómez Montoro, Ángel (1988): «El control previo de constitucionalidad de proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22, 23-176.
- Martín de la Vega, Augusto (2003): *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid: CEPC.
- Morales Arroyo, José María (2024): «La transformación del recurso de amparo contra actos parlamentarios», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 28(2), 447-490.
- Planchadell Gargallo, Andrea (2014): *La prueba prohibida: Evolución jurisprudencial (Comentario a las sentencias que marcan el camino)*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi.
- Romboli, Roberto (2021): *La Justicia constitucional en Italia*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vives Antón, Tomás (2002): Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los frutos del árbol emponzoñado», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 4.

EL DERECHO A LA SEGURIDAD EN TIEMPOS ILIBERALES*
THE RIGHT TO SECURITY IN ILLIBERAL TIMES

Liora Lazarus

The University of British Columbia

RESUMEN

Los populistas de derechas han convertido el derecho a la seguridad en un arma para consolidar el poder autoritario y legitimar políticas represivas. Este artículo esboza en primer lugar esta tendencia y, a continuación, sitúa esta forma de «populismo de los derechos humanos» en el contexto de la más amplia historia del derecho a la seguridad dentro de la teoría, la política y el derecho de los derechos humanos. Sostiene que la fuerza legitimadora del derecho a la seguridad como un meta-derecho siempre ha albergado en sí misma el potencial de socavar el sistema de los derechos humanos en su conjunto, y que ahora que el derecho a la seguridad está en manos populistas hay que resistirse a él por motivos filosóficos, jurídicos y políticos.

PALABRAS CLAVE

Populismo, políticas represivas, derechos humanos, derecho a la seguridad.

ABSTRACT

Right wing populists have weaponized the right to security in order to consolidate authoritarian power and legitimate repressive policies. This article first outlines this trend and then places this form of «human rights populism» in the longer history of the right to security within human rights theory, politics and law. It argues that the legitimating force of the right to security as a meta right has always had within it the potential to undermine the human rights system as a whole, and now that the right to security is in populist hands it must be resisted on philosophical, legal and political grounds.

KEYWORDS

Populism, repressive policies, human rights, right to security.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.122>

* Traducción del original en inglés, hecha con traductor automático, y revisada por Lucía Martínez Garay y Xavier Moreno Estruch.

EL DERECHO A LA SEGURIDAD EN TIEMPOS ILIBERALES

Liora Lazarus

The University of British Columbia

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho a la seguridad y la política del autoritarismo iliberal. 3. El derecho a la seguridad en todo el espectro político. 3.1. El derecho a la seguridad como derecho beligerante. 3.2. El derecho a la seguridad en la comunidad internacional de los derechos humanos. 4. El derecho a la seguridad en la teoría de los derechos humanos. 5. El derecho a la seguridad y el derecho internacional y regional de los derechos humanos. 6. Conclusión. Notas. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Cuando el presidente Trump ganó la candidatura republicana en 2016, dejó muy clara su misión. «El deber más básico del Gobierno es defender la vida de sus ciudadanos», dijo. «Cualquier gobierno que no lo haga es un gobierno que no se merece liderar». «Ya no podemos permitirnos», dijo, «ser tan políticamente correctos» (Trump, 2016).

En ese momento, Trump estaba invocando una narrativa bien establecida de «populismo de la seguridad», en la que la inseguridad constituye la premisa sobre la que se legitima la intolerancia política (Lazarus y Goold, 2019). Trump, y los populistas autoritarios a los que emula en todo el mundo, se han beneficiado de esta narrativa de manera repetida y acumulativa. A través de la exageración de las amenazas de inseguridad y la explotación del miedo generado, la narrativa de la inseguridad se ha convertido en un dispositivo político central en la *otrificación* [en el original, *othering*] y denigración de los «forasteros» [*outsiders*] y en la consolidación del poder autoritario. En esta narrativa, los gobiernos iliberales tachan a los defensores de los derechos humanos de ser unos «*woke*» «señaladores de virtudes» de corazón sangrante, alejados de los temores cotidianos de la población en general. En esta narrativa, que forma parte de una «ira» populista más amplia contra el liberalismo (Megret, 2022), los derechos humanos suelen ser presentados como *la* amenaza para el orden.

Desde el 11-S, he rastreado la relación entre los derechos humanos y la seguridad (Lazarus, 2007; Lazarus, 2012; Lazarus, 2015; Lazarus, 2017; Lazarus y Goold, 2019; Lazarus, 2020a; Lazarus, 2020b; Lazarus, 2020c; Lazarus, 2021). Una explicación de esta relación en el discurso político es que los derechos humanos compiten con la búsqueda de la seguridad por parte del Estado. En muchos aspectos, los defensores de los derechos humanos están perdiendo esta lucha. En el contexto de la seguridad, los derechos suelen ser descartados, flexibilizados [*elasticated*], reinterpretados y soslayados en pro de un ideal de seguridad «voraz» (Waldron 2010; Lazarus y Goold, 2019). Sin embargo, también hay otra historia que contar. Una que interfiere con la arraigada dicotomía hobbesiana entre seguridad y derechos. Hay una historia que muestra cómo los derechos humanos, a menudo dentro de una retórica más amplia de «populismo de los derechos humanos» (Mégret, 2022), han llegado a asociarse con la seguridad y a operar a su servicio. En última instancia, es también una historia de la securitización de los derechos humanos (Lazarus, 2012; Lazarus, 2015; Gross, 2017; Lazarus y Goold, 2019; Lieblich, 2021).

2. EL DERECHO A LA SEGURIDAD Y LA POLÍTICA DEL AUTORITARISMO ILLIBERAL

Los populistas autoritarios utilizan la inseguridad como arma para alcanzar y consolidar el poder. Uno de los ejemplos más extremos se encuentra en la retórica y las políticas del presidente Nayib Bukele en El Salvador. Bukele llegó al poder con la promesa de proporcionar seguridad a la población salvadoreña, y la cumplió con un programa extremo de encarcelamiento de pandilleros en el Centro de Confinamiento del Terrorismo (CE-COT) (Meléndez-Sánchez y Vergara, 2024). A través de este programa, Bukele encarceló a 83.000 personas bajo leyes de estado de excepción, la mayoría de las cuales son miembros de bandas que aún no han sido juzgados. Sus políticas redujeron drásticamente la tasa de asesinatos en El Salvador, le llevaron a una victoria aplastante en su elección para un segundo mandato y convirtieron a Bukele en un «modelo a seguir para la extrema derecha mundial» (Stott, 2025).

En el proceso de poner en práctica estas políticas, Bukele «socavó sistemáticamente el sistema de frenos y contrapesos democráticos», eludió la prohibición constitucional de la reelección inmediata y violó todas las normas de derechos humanos aplicables, «incluyendo detenciones arbitrarias masivas, desapariciones forzadas, malos tratos en prisión y violaciones del debido proceso» (Human Rights Watch, 2024). A pesar de ello, en su discurso ante las Naciones Unidas en septiembre de 2024, Bukele mostró confianza en el historial de derechos humanos de El Salvador: «En El Salvador priorizamos la seguridad pública sobre la comodidad de los criminales, algunos dicen que hemos encarcelado a miles, pero en realidad hemos liberado a millones. Ahora la gente de bien vive libre, sin miedo [y] con libertades y derechos humanos que se respetan plenamente» (Bukele, 2024). En resumen, la narrativa «populista de los derechos humanos» de Bukele daba prioridad al derecho a la

seguridad de la mayoría sobre los derechos de unos pocos que suponían una amenaza para su seguridad.

El éxito político de Bukele resuena con el de otros «hombres fuertes en Estados débiles», como Rodrigo Duterte en Filipinas, Jair Bolsonaro en Brasil o Narendra Modi en la India, todos ellos prometiendo autoridad política y orden a poblaciones «frustradas por la persistencia de la delincuencia urbana, unos servicios públicos deficientes y el clientelismo y la corrupción generalizados» (Foa, 2021). De hecho, Foa atribuye el éxito de los «políticos iliberales» fuera de Occidente, principalmente a las condiciones de inseguridad y a las estructuras de gobierno corruptas en las que llegaron al poder (Foa, 2021).

Pero el despliegue de este populismo de la seguridad en la retórica política de la extrema derecha no se limita en absoluto a los Estados débiles. De hecho, la retórica de la extrema derecha en los Estados fuertes también pone constantemente el énfasis en las amenazas de la inseguridad. En varios de estos Estados, el poderoso significante vacío del «derecho a la seguridad» se utiliza como un grito de guerra contra los liberales *woke* y las élites.

El ejemplo más articulado y desarrollado de este enfoque lo encontramos en Francia. En 2023, Marine Le Pen, líder del Frente Nacional, lanzó su propia *Declaración de los Derechos de los Pueblos y las Naciones*, en la que consagra el derecho de las naciones a la «seguridad interior y exterior» y subraya que «todos los pueblos tienen derecho a vivir en paz y seguridad, libres de intimidaciones, amenazas, agresiones o guerras» («*Les peuples ont le droit de vivre dans un environnement de paix et de sécurité, dépourvu d'intimidations, de menaces, d'agressions ou de guerre*», véase Frente Nacional 2023). Esta «Declaración» se basaba en la invocación que Le Pen viene haciendo desde hace tiempo del «*droit à la sûreté*» (derecho a la seguridad) consagrado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como pilar central de la agenda de seguridad del Frente Nacional:

«Las políticas de seguridad pública y justicia penal llevan décadas fracasando. Esto tiene mucho que ver con la inacción: la negativa a ejercer la autoridad, a afrontar la realidad. Es hora de volver al sentido común, de imponer penas justas, de ejecutarlas sin demora y de deportar a los extranjeros en cuanto salgan de la cárcel. Es hora de devolver a las fuerzas del orden y a la justicia los medios legales y materiales para proteger a los franceses. La laxitud debe dar paso a la firmeza, dando así pleno sentido a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que hace del derecho a la seguridad un derecho natural e imprescriptible» (Frente Nacional, 2012).

En este sentido, como ha argumentado Granger (2009), Le Pen ha conseguido impulsar una reordenación de la jerarquía de los derechos humanos dentro del discurso francés de los derechos humanos. Como señala Mégret, «la idea de que ‘la *sécurité* est la première des libertés’ se ha convertido en un leitmotiv del discurso político en Francia, donde fue inaugurada por Jean-Marie le Pen [...] (político de extrema derecha), popularizada por Nicolas Sarkozy (presidente conservador) y adoptada por Manuel Valls (primer ministro de centro-izquierda)» (Mégret, 2022).

Pero la derecha francesa no es ni mucho menos la única que amplifica el derecho a la seguridad. En Bélgica, el partido nacionalista flamenco de extrema derecha Vlaams Belang hizo campaña en 2021 para que el «*recht op veiligheid*» (derecho a la seguridad) se incluyera

«como un derecho absoluto» entre los derechos y libertades garantizados por la Constitución (Vlaams Belang, 2021)¹. Barbara Pas argumentó en la Cámara:

«Vlaams Belang quiere ver el derecho a la seguridad inscrito en la Constitución como un derecho absoluto. [...] Garantizar la seguridad de los ciudadanos es una de las misiones más importantes del Estado y debe considerarse como tal. [...] Actualmente, los belgas ya tienen varios derechos y libertades garantizados por la Constitución. Primero fueron los derechos civiles y políticos, los llamados derechos de primera generación, considerados más bien ‘derechos de defensa’. Además, el siglo XX también proporcionó un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, los llamados derechos de segunda generación, que son más bien ‘derechos de hacer’ [*do-rights*] y que imponen un deber positivo de acción al gobierno. Con esta propuesta, añadimos una categoría más: el derecho a la seguridad», concluye Pas. «Este derecho también debe considerarse un ‘derecho de hacer’ (*do-right*) y debe dar a los ciudadanos la posibilidad de hacer valer ante el gobierno su derecho a la seguridad cuando lo consideren necesario» (Vlaams Belang, 2021).

Los movimientos constitucionales de Vlaams Belang tuvieron eco en Fratelli d’Italia, que presentó una propuesta de enmienda constitucional para incluir el «*diritto alla sicurezza*» (derecho a la seguridad) de los ciudadanos. Giorgia Meloni y sus colegas de Fratelli d’Italia argumentaron que la enmienda era esencial para «completar la protección que ofrece nuestro ordenamiento jurídico y reconocer un derecho fundamental de los ciudadanos», que es precisamente el «derecho a la seguridad, el orden público y la protección (*incolumità*)» (Meo, 2021). Esta propuesta se basaba en argumentos anteriores de Sergio Berlato, de Fratelli d’Italia, según los cuales «el Estado tiene el deber de garantizar a los ciudadanos el derecho a sentirse seguros», y si no lograba «garantizar a los ciudadanos honrados el derecho a la seguridad», los ciudadanos deberían conservar el «derecho a defender su propiedad privada y su propia seguridad y la de los miembros de su familia» (Fratelli d’Italia, 2017).

Esta línea sobre el derecho a la seguridad persiste dentro del partido. En un programa de debate de un informativo en enero de 2025, Nicola Procaccini, eurodiputado de Fratelli D’Italia, argumentó que «la seguridad es el primer derecho civil, es el que garantiza la posibilidad de tener todos los demás derechos y, por lo tanto, creo que es un deber necesario prestar especial atención a quienes garantizan el derecho a la seguridad» (Procaccini, 2025). Del mismo modo, este mismo mes Raffaele Speranzon, de Fratelli d’Italia, invocó el derecho a la seguridad como parte de una petición local de apoyo a las fuerzas del orden (Speranzon, 2025). En una petición de apoyo similar tras un ataque a agentes de policía, el presidente del Véneto y miembro veterano de la ultraderechista Liga Norte, Luca Zaia, argumentó que «los ciudadanos tienen derecho a la seguridad y uno de los primeros pasos para garantizarlo es el respeto a la autoridad y al trabajo de quienes están llamados a protegerla» (Zaia, 2024).

En Polonia, el «*prawo do bezpieczeństwa*» (derecho a la seguridad) forma parte de la campaña #*BezpiecznaPolska* (#PoloniaSegura) del partido de extrema derecha Ley y Justicia (PiS) (PiS, 2023a; PiS 2023b, PiS 2024). El presidente del Partido Ley y Justicia habló del «derecho a la seguridad» en sus críticas al Gobierno de Tusk en 2024: «Tenemos derecho a nuestro propio desarrollo, tenemos derecho a la seguridad. El hecho de que Polonia sea uno de los pocos países seguros de Europa Occidental y Central es un logro nuestro. Y alguien quiere arrebatarémoslo» (PiS 2024).

En Alemania, el «*Recht auf Sicherheit*» (derecho a la seguridad) ha sido planteado por el partido de extrema derecha Alternative für Deutschland (AfD), cuya campaña política a favor de las deportaciones masivas se basa en explotar los miedos a la inseguridad asociados a la llamada «inmigración ilegal» (Pitel, 2025). En vísperas de las elecciones alemanas, Alice Weidel, líder de AfD, ha afirmado en repetidas ocasiones que «fronteras seguras significan seguridad para nuestros ciudadanos» (Weidel, 2023). Anteriormente, Weidel se había referido al derecho de los ciudadanos europeos «*Recht auf Sicherheit*» al denunciar los llamados ataques islamistas radicales (Weidel 2018). Jürgen Antoni, jefe de la fracción parlamentaria de la AfD en Arnsberg, declara en su página web que «todas las personas de Renania del Norte-Westfalia tienen derecho a la seguridad, derecho a la protección contra la criminalidad y derecho a una vida libre de miedo» (Antoni). De manera parecida, Daniel Zerbin invocó el «derecho a la seguridad» y los «deberes de protección» del Estado en un debate en el parlamento de Renania del Norte-Westfalia (Zerbin 2023).

En Austria, el partido de extrema derecha antiinmigración Freiheitliche Partei Österreichs (FPÖ) ha recurrido sistemáticamente a las amenazas de inseguridad en su lucha por el poder. Udo Landbauer dejó muy clara su postura: «Los asilados delincuentes [*asylum criminals*] deben ser deportados inmediatamente, sin concesiones. Deben ser tratados con dureza tras su primer delito, no sólo tras su «carrera» delictiva. Es inaceptable que los extranjeros puedan seguir poniendo en peligro la cohesión del país porque se les garantiza más derecho a la seguridad que a nuestra población» (FPÖ, 2023, véase también la petición del FPÖ, que defiende que la seguridad de las mujeres y los niños es más importante que el derecho a la seguridad de los «asilados delincuentes»). Asimismo, FPÖ Ulrike Nittman protestó por el cierre de una comisaría de policía argumentando que los ciudadanos de Hernals tienen «derecho a la seguridad» (FPÖ 2024).

Por último, en España, el «derecho a la seguridad» ha sido promovido por políticos de extrema derecha de VOX. En mayo de 2023, la senadora de Vox Yolanda Merelo reivindicó el «derecho a la seguridad» para todos los españoles al defender la derogación de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual de 2022 (VOX 2023). En noviembre de 2024, Ricardo Chamorro utilizó el derecho a la seguridad de los ciudadanos locales al criticar a los socialistas por su postura ante la inmigración: «Las clases trabajadoras son las que más sufren las consecuencias de su irresponsabilidad. Mientras ustedes viven en la burbuja de las ONG, nosotros estamos del lado de los vecinos de Ciudad Real, que tienen derecho a la seguridad y a un futuro mejor [...] Nos preocupan nuestros vecinos, los españoles que han forjado nuestros pueblos. Ellos son lo primero, porque han trabajado toda su vida y merecen seguridad y libertad» (Ciudad Real Digital 2024). En diciembre de 2024, Javier Ortega Smith se pronunció a favor de una modificación de la ley de seguridad ciudadana española (Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana) que, según él, amenazaba con «desproteger la seguridad ciudadana y las libertades de todos los españoles» (VOX 2024). En el discurso dejó claro: «Sin seguridad no hay libertad. Sin libertad no puede hablarse de democracia. Sin democracia no puede hablarse de garantía de los derechos fundamentales» (VOX 2024).

Esta visión general sugiere que el derecho a la seguridad está emergiendo como un grito de guerra populista de la extrema derecha y como una nueva forma de «populismo de los derechos humanos», en la que el derecho a la seguridad está sirviendo para legitimar políticas muy punitivas, denigratorias y excluyentes contra grupos «extranjeros», con el fin de consolidar el poder político represivo. Como confirma Mégret, «los populistas han instrumentalizado los derechos humanos para justificar aún más las agendas autoritarias y represivas con las que ellos a menudo se asocian, haciéndolo a través de un discurso militante que hace del ‘derecho humano a la seguridad’ el principal derecho humano» (Mégret, 2022).

3. EL DERECHO A LA SEGURIDAD EN TODO EL ESPECTRO POLÍTICO

El derecho a la seguridad es un «concepto promiscuo» (Zedner, 2009: 9). No es, ni mucho menos, patrimonio exclusivo de los populistas de extrema derecha. La retórica del derecho a la seguridad existía mucho antes de que el populismo de derechas ganara influencia. Más bien, la conversión del derecho a la seguridad en un arma por parte de los populistas de derechas es el último episodio de una tendencia en curso hacia la «securitización de los derechos» (Lazarus, 2012; Lazarus, 2015). Como he expuesto en varias publicaciones (Lazarus, 2007; Lazarus, 2012; Lazarus, 2015), la retórica del derecho a la seguridad como un derecho positivo que da lugar a deberes de coerción estatal se ha invocado con frecuencia en todo el espectro político. De hecho, la retórica del derecho a la seguridad también goza de un amplio apoyo en la comunidad internacional y de los derechos humanos.

Lo que difiere a lo largo de este espectro es la especificidad con la que se concibe el derecho y los propósitos para los que se utiliza. En un extremo del espectro encontramos un genérico «derecho a la seguridad» retórico que se utiliza como arma para consolidar el poder y legitimar medidas represivas y autoritarias. En este extremo, se suele hacer referencia al derecho a la seguridad como el derecho más importante, como un derecho básico o un meta-derecho: un derecho sobre el que descansan todos los demás derechos. En el otro extremo del espectro hay una concepción cuidadosa y específica del derecho a la seguridad, como un derecho entre muchos que requiere una ponderación proporcionada. En este extremo del espectro (que es más fiel al principio de indivisibilidad del derecho de los derechos humanos), el derecho a la seguridad puede estar implícito en otros derechos, como el derecho a la vida, y puede que ni siquiera reciba una articulación expresa.

3.1. EL DERECHO A LA SEGURIDAD COMO DERECHO BELIGERANTE

Antes del ascenso del populismo de derechas², el término «derecho a la seguridad» se usaba sobre todo por políticos de todas las tendencias en relación con conflictos armados internacionales (Lazarus 2012, 95-98). Sin duda, era muy probable que el término se utilizara en relación con el conflicto entre Israel y Palestina. El expresidente estadounidense George Bush dijo al pueblo israelí en 2002: «Tenéis derecho a una vida normal. Tenéis

derecho a la seguridad» (Bush, 2002). Bush fue secundado por una serie de políticos, entre ellos Barack Obama y Vladímir Putin (Lazarus, 2012). El actual primer ministro del Reino Unido, Keir Starmer, dijo algo muy parecido: «Claramente, mi mensaje esta noche [...] es reconocer en términos claros el derecho de Israel a la seguridad y a defenderse. Y lo digo en términos absolutamente claros» (Starmer 2024). A Starmer se le unieron los líderes del grupo del G7 que «respaldaron ‘inequívocamente’ el derecho de Israel a la seguridad» (MacCharles, 2024). Ni que decir tiene que, junto a estas afirmaciones, los políticos también han invocado el derecho a la seguridad del pueblo palestino. Como declaró Sayyid Badr bin Hamad Al Busaidi, ministro de Asuntos Exteriores de Omán, «el pueblo palestino [...] busca el derecho a la seguridad y a la autodeterminación, derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos» (Al Busaidi, 2025). En este contexto, cuando se hace uso del derecho a la seguridad, normalmente se aplica en sentido colectivo.

El derecho a la seguridad también adquirió una importancia significativa tras el 11-S en el contexto de la denominada «guerra contra el terrorismo» (Lazarus, 2012; Lazarus, 2015). Por ejemplo, el ministro federal del Interior alemán, Otto Shilly, buscó subrayar el derecho fundamental a la seguridad como medio para dar prioridad a la prevención del terrorismo. En consecuencia, argumentó que el «derecho fundamental a la seguridad» «no está consagrado directamente, pero sí de forma indirecta, en la Ley Fundamental» (Deutscher Bundestag, 2008: 12). Haciéndose eco de Shilly, en 2006, John Reid, ministro del Interior del Reino Unido, declaró: «Ante la amenaza de asesinatos en masa, tenemos que aceptar que los derechos individuales de los que gozamos deben equilibrarse y se equilibrarán con el derecho colectivo a la seguridad y la protección de la vida y la integridad física que exigen nuestros ciudadanos» (Reid, 2006). En este contexto, el derecho a la seguridad se utilizó sobre todo para blanquear las estrategias antiterroristas represivas, un proceso que he denominado «*righting security*»³ (Lazarus, 2012, 97).

Muy a menudo, en este proceso de «*righting security*», el derecho a la seguridad se emplea como parte de una narrativa de «reequilibrio» más amplia (Waldron, 2003). Cuando Franco Frattini describió la estrategia antiterrorista de la UE en 2007, hizo hincapié en el equilibrio: «Nuestro objetivo político sigue siendo lograr el equilibrio adecuado entre el derecho fundamental a la seguridad de los ciudadanos, que es, en primer lugar, el derecho a la vida, y los demás derechos fundamentales de las personas, incluidos los derechos a la intimidad y los derechos procesales» (Frattini, 2007). Asimismo, en 2019, Eric Kiraithe, portavoz de Seguridad Nacional de Kenia, explicó su programa de «lucha contra el extremismo» como un equilibrio entre el derecho a la seguridad y otros derechos.

«Lo que tenemos que saber y aplicar es que el derecho a la intimidad debe equilibrarse con el derecho a la seguridad. Si te asomas a la propiedad de tus vecinos, que no sea por saber lo ricos que son, sino por tu seguridad» (Kiraithe, 2019).

Sin embargo, en este enfoque de «*righting security*», la metáfora del reequilibrio se ha utilizado a menudo como una excusa para enmascarar que se priorizaba el derecho a la seguridad, con un énfasis represivo, por encima de los demás derechos en juego (Waldron, 2003).

3.2. EL DERECHO A LA SEGURIDAD EN LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Poco después del 11-S, William Schulz, entonces director de Amnistía Internacional en EE. UU., sostuvo enseguida la tesis de que «el derecho a la seguridad es un derecho humano básico» (Schulz, 2003). Lo expuso varias veces en su análisis del equilibrio entre seguridad y derechos.

«Uno de los derechos de la Declaración Universal, el artículo 3, garantiza que todo individuo tiene derecho a la seguridad personal. Eso significa que estar a salvo del terrorismo no es sólo una bonita idea, sino que es un derecho que tenemos como seres humanos. De hecho, algunos dirían que es el derecho más importante, porque si estás muerto, difícilmente puedes ejercer ninguno de los demás derechos» (Schulz, 2003).

Si analizamos atentamente el discurso de la comunidad internacional de derechos humanos desde entonces, se revela una amplia aceptación del enfoque de Schulz (Lazarus 2007; Lazarus 2012; Lazarus, 2015; Lazarus, 2017; Lazarus, 2021). La adopción de este enfoque tras el 11-S fue, en parte, un movimiento estratégico para defender el sistema de derechos humanos frente a quienes pedían un replanteamiento total del equilibrio entre seguridad y derechos humanos (Lazarus y Goold, 2007). Pero la asunción del derecho a la seguridad por parte de la comunidad internacional de derechos humanos tiene un linaje conceptual más profundo, que se remonta a la inclusión por Roosevelt del derecho a «libertad frente al miedo» [*freedom from fear*] en su discurso de las Cuatro Libertades ya en 1941.

De hecho, la comunidad de derechos humanos ha adoptado el derecho a la seguridad como palanca retórica para una amplia variedad de campañas. En su presentación ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la violencia armada en Estados Unidos, por ejemplo, el Whitney R. Harris, World Law Institute hace referencia al derecho a la seguridad de la persona [*right to security of person*] (Sadat, 2020). Del mismo modo, el Apne Aap Women Worldwide (India) Trust hace referencia al «derecho a la seguridad» [*right to security*] en relación con las mujeres sin hogar que son víctimas vulnerables del tráfico sexual (Apne Aap Women World Wide, 2019). En México, Alessandra Rojo de la Vega, del Partido Verde Ecologista de México, argumentó en relación con la violencia de género que «tenemos derecho a la seguridad y a una vida libre de violencia, restringir la libertad de las mujeres [...] también es violencia». Estos tres ejemplos ilustran la variedad de formas en que el derecho a la seguridad puede ser utilizado como estrategia de campaña por los movimientos que buscan la protección de los derechos humanos.

No es de extrañar que el «derecho a la seguridad» se invoque con frecuencia en Estados débiles y frágiles, donde las privaciones socioeconómicas se traducen en altos niveles de vulnerabilidad ante la violencia privada. Vemos campañas por el «derecho a la seguridad» promovidas por taxistas y comerciantes en Metepec México (Milenio, 2017); artículos de opinión sobre los «niños de la calle» en Bangladesh que declaran que «todo ciudadano tiene derecho a la seguridad de su vida» [*a right to security of life*], (Financial Express: 2019); activistas en Perú que protestan contra la alta tasa de asesinatos en el país «exigiendo el derecho a la seguridad» (Correo Perú, 2014); y obispos católicos en Haití que manifiestan su

preocupación por la violencia de las bandas declarando que «en estos días oscuros, muchos de nuestros hermanos y hermanas viven con gran temor, han perdido sus derechos fundamentales, como el derecho a la seguridad, el derecho a la vida y la libertad de movimiento» (Guardian, 2024).

Por lo tanto, no debería sorprender que el secretario general de la ONU declarara ante la Asamblea General de la ONU que «las personas tienen derecho a la seguridad en todas sus dimensiones», vinculándolo al desarrollo sostenible y a la paz (Guterres, 2019). Al usar estas palabras, Guterres se apoyaba en décadas de evolución del pensamiento y la doctrina de los derechos humanos en el seno de la comunidad internacional en las que se ha vinculado la seguridad con el desarrollo y la paz. En este marco, los derechos humanos y el imperio de la ley se consideran no solo límites frente a la represión estatal, sino también, y de manera crucial, como impulsos que activan la coerción estatal para ofrecer protección frente a la violencia privada (Lazarus, 2018; Lazarus, 2020b).

4. EL DERECHO A LA SEGURIDAD EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho a la seguridad no sólo es un poderoso recurso retórico, sino que también tiene su fundamento en la filosofía de los derechos humanos y básicos (Lazarus 2015; Lazarus 2022). En su sentido negativo, de derecho frente al Estado, el derecho a la seguridad personal ha sido una constante dentro del pensamiento de los derechos humanos desde que se incluyó el derecho al *habeas corpus* en la Carta Magna. Grocio conecta el derecho a la seguridad con el derecho a la vida en su obra (Neff 2012:463), y ocupa un lugar destacado en los escritos de Montesquieu, quien creía que «la libertad política consiste en la seguridad o, al menos, en la opinión que uno tiene de su propia seguridad» (Cohler *et al.*, 1989: 188). En consecuencia, el derecho a la seguridad (*Droit à la sûreté*) también se consagró como «un derecho natural e imprescriptible del hombre» en el artículo 2 de la Declaración francesa de los derechos del hombre de 1789⁴. El jurista de *common law* William Blackstone elevó el «derecho a la seguridad personal» como el primero de los tres «derechos absolutos y naturales del hombre». Según Blackstone, el derecho a la seguridad incorporaba los derechos a la vida, a la integridad física, así como el derecho a portar armas y a la autodefensa, junto con el derecho positivo a un nivel de vida mínimo como parte de este derecho (Blackstone, 1765: 124-134).

La concepción positiva del derecho a la seguridad —como idea de libertad frente a la violencia— se afianzó tras la Segunda Guerra Mundial. En su famoso discurso de las Cuatro Libertades ante el Congreso estadounidense, Roosevelt incluyó la idea de libertad frente al miedo (Roosevelt, 1941). En aquel momento, Roosevelt entendió que esto significaba una reducción mundial de los armamentos que condujera a la paz mundial; sin embargo, como se analizará más adelante y como muestra el principio 16 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, la idea de «libertad frente al miedo» en el discurso internacional

contemporáneo de los derechos humanos ha evolucionado hacia el concepto homólogo de «libertad frente a la violencia privada».

La fundamentación filosófica más completa del derecho a la seguridad en la filosofía angloamericana del siglo XX la ofrece Henry Shue en su influyente obra *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy* (Shue, 1980). Shue identifica tres derechos básicos: libertad, seguridad y subsistencia. Incluye el derecho a la seguridad en esta selecta lista porque disfrutar de seguridad «es esencial para el disfrute de todos los demás derechos» (Shue, 1996: 67). Para Shue, dado que la seguridad es una «parte constitutiva del disfrute de todos los demás derechos», el ser una condición previa confiere a la «seguridad» la cualidad de derecho básico o meta-derecho. Su argumento es instrumental y surge de la necesidad fáctica de seguridad para posibilitar el disfrute de otros derechos. No pretende describir la seguridad como un valor en sí mismo, sino más bien como una condición fáctica previa al ejercicio de los derechos. Habla de la seguridad como un bien instrumental: «Con independencia de si el disfrute de la seguridad física es también deseable por sí mismo, es deseable como parte del disfrute de cualquier otro derecho» (Shue, 1996: 22). Shue define el derecho a la seguridad como «seguridad física» y como el derecho «a no ser objeto de asesinato, tortura, mutilación, violación o agresión» (Shue, 1996: 20). En palabras del propio Shue (1996: 21 y ss.)

«Nadie puede disfrutar plenamente de ningún derecho que supuestamente está protegido por la sociedad si alguien puede amenazarle de forma creíble con asesinarle, violarle, golpearle, etc., cuando intente disfrutar de ese supuesto derecho. Este tipo de amenazas a la seguridad física se encuentran entre los obstáculos más graves y —en gran parte del mundo— más extendidos al disfrute de cualquier derecho. [...] El derecho a la plena seguridad física forma parte, por tanto, de los derechos más básicos, no porque su disfrute sea más satisfactorio para alguien que también disfruta de una amplia gama de otros derechos, sino porque su ausencia dejaría a disposición de otros, incluido el gobierno, medios extremadamente eficaces para interferir o impedir el ejercicio real de cualquier otro derecho supuestamente protegido. [...] Estar físicamente seguro es una condición necesaria para el ejercicio de cualquier otro derecho, y garantizar la seguridad física debe formar parte de garantizar cualquier otra cosa como derecho».

En consecuencia, Shue desarrolla tres deberes correlativos del Estado de proteger a «las personas contra la privación de seguridad» por parte de actores privados. El deber de evitar «privar» de seguridad a una persona (el deber de evitar), el deber de proteger contra la privación de seguridad por parte de actores privados (el deber de proteger) y el deber de proporcionar seguridad a aquellos que no pueden proteger su propia seguridad (el deber de ayudar). Es importante destacar que, aunque Shue cree que los tres derechos básicos son «mutuamente dependientes», considera que el disfrute de los derechos básicos a la seguridad y a la subsistencia tiene mayor importancia para el disfrute de otros derechos que el disfrute del derecho básico a la libertad. En sus palabras, «la dependencia no es completamente simétrica: el disfrute de los derechos *a cualquier libertad* depende del disfrute de la seguridad y la subsistencia, pero el disfrute de los derechos a la seguridad y los derechos a la subsistencia depende del disfrute de *sólo algunas libertades*» (Shue 1996, 70). Aunque ciertamente no es el único teórico de los derechos que ha centrado su atención en la anatomía

del derecho a la seguridad, el trabajo de Shue ha tenido una influencia considerable tanto en la teoría como en la práctica de los derechos humanos.

Dos años después de la publicación del libro de Shue, el teórico jurídico Josef Isensee pronunció una serie de conferencias sobre el derecho a la seguridad en la Sociedad Jurídica de Berlín (Isensee, 1983). Isensee argumentó que era necesario «redescubrir» el derecho a la seguridad, y que se trataba de un principio constitucional fundamental de larga data que había quedado sepultado por «el predominio de la concepción liberal del Estado» (Deutscher Bundestag, 2008: 12). Isensee se mostró muy crítico con lo que denominó la «doctrina liberal de defensa frente al Estado» (*Staatsabwehrdoktrin*) porque establecía una «antinomía» inviable entre la protección de la seguridad y los derechos de libertad frente a la injerencia: «Los derechos fundamentales liberales están concebidos, por tanto, para defenderse de la intervención del Estado. Sin embargo, la seguridad que garantiza el Estado exige esta intervención en caso de conflicto. La seguridad entra así en colisión con la prohibición de injerencia que deriva de los derechos fundamentales. Necesariamente, limita los derechos fundamentales y reduce la libertad. Al menos esa es la doctrina de la defensa frente al Estado». Isensee argumentaba a continuación que concebir los derechos humanos únicamente como derechos de defensa frente a la acción estatal (y como límites al Estado) era incompatible con el «orden estatal». Así, propuso un modelo de interpretación y diseño constitucional que situaba la seguridad como su fundamento y que reconocía el «estatus positivo» del derecho a la seguridad (Isensee, 1983: 1-3). Es significativo que décadas después, el exministro federal del Interior Otto Shilly recurriera a Isensee para defender la existencia de un derecho constitucional a la seguridad sobre el que fundamentar sus propuestas antiterroristas tras el 11-S (Deutschlandfunk Kultur, 2021).

Otros en el ámbito angloamericano han seguido los pasos de Shue. Sandra Fredman utiliza la teoría de las capacidades de Sen y Nussbaum (Sen 1999; Nussbaum, 2000) para desarrollar una concepción amplia del «derecho a la seguridad frente a la necesidad» [*right to security from want*] como medio para el pleno ejercicio de la autonomía (Fredman 2007). Rhonda Powell desarrolló una teoría relacional del derecho a la seguridad basada en la teoría de las capacidades que también incorpora las condiciones materiales necesarias para la realización de la personalidad (Powell, 2019). Dado que lo considera un concepto relacional, y no sustantivo, Powell sostiene que la «seguridad» sólo puede comprenderse a través de su referente: ¿Seguridad de qué? ¿Seguridad frente a qué? En consecuencia, es una noción inherentemente «flexible» que puede ser fácilmente utilizada para apoyar políticas represivas (Powell, 2019: 79). Por ello, Powell ancla su concepción del derecho a la seguridad de la persona [*right to security of person*] en el referente de la condición de persona [*personhood*]. Y al definir la condición de persona, Powell también recurre a la teoría de las capacidades e incorpora los mismos requisitos materiales que Blackstone y Fredman consideran esenciales para la realización de la seguridad personal. Por último, Ian Turner ha ofrecido una concepción «comunitaria» del derecho positivo a la seguridad, inspirada en la obra del filósofo comunitarista Amitai Etzioni (Etzioni, 2007), que otorga un mayor peso a la seguridad en el equilibrio con la libertad (Turner, 2017). Interesa señalar que para Turner esta concepción del derecho a la seguridad está respaldada por la «interpretación de la

normativa europea sobre derechos humanos que impone al Estado la obligación positiva de proteger el derecho a la vida de las personas frente a agentes no estatales» (Turner, 2017: 1).

Más adelante expondré con algo más de detalle mis objeciones a algunas de estas ideas, pero por ahora lo que quiero destacar aquí es que el derecho a la seguridad goza de un legado filosófico considerable y no se puede desechar fácilmente en el plano conceptual. En resumen, el derecho a la seguridad es más que un eslogan político.

5. EL DERECHO A LA SEGURIDAD Y EL DERECHO INTERNACIONAL Y REGIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS⁵

En las últimas tres décadas, el derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado desde una concepción predominantemente negativa del derecho a la seguridad, como una protección frente al Estado, hacia la aceptación generalizada de una concepción positiva, que impone al Estado el deber de proteger a las personas que están en peligro de sufrir violencia privada. Esto se manifiesta de dos maneras. La primera es una concepción en evolución del derecho a la seguridad que aparece expresamente formulado en la normativa internacional y regional sobre derechos humanos. La segunda, y quizá la más notable, es el desarrollo de una amplia gama de obligaciones positivas de protección implícitas en diversos derechos esenciales, como el derecho a la vida, el derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes y la prohibición de la esclavitud.

El ejemplo más claro de este cambio se aprecia al comparar las dos Observaciones Generales 8 y 35 sobre el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, elaboradas con 32 años de diferencia (Comité de Derechos Humanos, 1982; Comité de Derechos Humanos, 2014). Esta comparación evidencia que el derecho a la libertad y a la seguridad se ha desarrollado en este período para dar al elemento de «seguridad» de este derecho un significado claramente diferenciado de la libertad, y reconocer un derecho positivo autónomo a la seguridad.

La Observación General nº 8, elaborada en 1982, no hace referencia en ningún momento a nada que se aproxime a un derecho a la seguridad como derecho autónomo, individual y positivo, distinto de la protección de la libertad. En marcado contraste, la Observación General nº 35, elaborada en 2014, reconoce claramente «tanto» el derecho a la libertad como un derecho diferenciado a la seguridad. En cuanto que documento autorizado que sintetiza las diversas decisiones del Comité sobre reclamaciones individuales, este cambio es revelador. De hecho, la Observación General 35 dedica el apartado 9 a la definición de este derecho diferenciado a la seguridad:

«9. El derecho a la seguridad personal protege a las personas contra lesiones físicas o psicológicas infligidas de manera intencionada [...] El derecho a la seguridad personal también obliga a los Estados partes a [...] proteger a las personas de amenazas previsibles contra su vida o su integridad física provenientes de cualquier agente estatal o privado. Los Estados partes deberán adoptar tanto medidas para prevenir lesiones futuras como medidas retrospectivas, como la aplicación de la legislación penal, en respuesta a lesiones ya infligidas».

El apartado 9 reduce el alcance potencial del derecho a la seguridad al señalar que «el derecho a la seguridad personal no cubre todos los riesgos para la salud física o psíquica». No obstante, en el apartado 55, en el que se analiza el solapamiento entre el derecho a la vida y el derecho a la seguridad, el Comité de Derechos Humanos señala que «el derecho a la seguridad personal puede considerarse más amplio en la medida en que también se refiere a las lesiones que no ponen en peligro la vida».

Dado el solapamiento, es interesante señalar que la posterior Observación General nº 36, sobre el derecho a la vida, dedica toda una sección a enumerar los deberes positivos que incumben al Estado en virtud del «deber de proteger la vida» (Comité de Derechos Humanos, 2019). Aquí se afirma que «el deber de proteger el derecho a la vida por ley también incluye, para los Estados partes, la obligación de aprobar toda ley o medida adecuada para proteger la vida frente a todas las amenazas razonablemente previsibles, incluidas las amenazas procedentes de particulares y entidades privadas» (Comité de Derechos Humanos, 2019: párrafo 18). Esta sección de la Observación General nº 36 enumera en detalle que «los Estados partes deben promulgar un marco jurídico de protección que incluya la prohibición penal efectiva de todas las manifestaciones de violencia o incitación a la violencia que puedan resultar en la privación de la vida» y que «las sanciones penales impuestas por esos delitos deben ser acordes con su gravedad» (Comité de Derechos Humanos, 2019: párrafo 20). Asimismo, que «incumbe a los Estados partes la obligación de proceder con la diligencia debida para adoptar medidas positivas razonables [...] ante amenazas a la vida razonablemente previsibles que procedan de particulares y entidades privadas cuya conducta no sea atribuible al Estado» (Comité de Derechos Humanos, 2019: párrafo 21). La lista de deberes específicos para los Estados partes que entran dentro de estas obligaciones generales es extensa.

Las Observaciones Generales 35 y 36 son reflejo de varias otras normas de protección específicas en el derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo, la Recomendación General nº 19 del Comité de la CEDAW sobre la protección contra la violencia de género), así como de una larga jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han elaborado obligaciones relacionadas con la protección de víctimas individuales frente a un amplio conjunto de amenazas violentas, tanto con respecto a la vida como a las violaciones de los derechos a la dignidad. La concepción de los deberes de protección desarrollada en la decisión *Velásquez Rodríguez* (CIDH, 1988) ha sido especialmente influyente a la hora de concebir las obligaciones positivas del Estado — preventivas, de investigación y sancionadoras — que emanan de cualquier violación grave de derechos. Estos principios se han aplicado en múltiples contextos diferentes dentro de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (por ejemplo, «*Niños de la Calle*» contra Guatemala [1999]; *González contra México* [2009]; *Velásquez Paiz y otros contra Guatemala* [2015]; *Guzmán Albarracín contra Ecuador* [2020]). En 2009, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH 2009, párr. 1) argumentó que este conjunto de deberes de protección implícitos en virtud del derecho a la vida u otros

derechos constituye un «derecho a la seguridad» positivo, según el derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tardado en desarrollar una jurisprudencia específica en torno al «derecho a la seguridad» a partir del artículo 5 del CEDH (Consejo de Europa, 2024), el Tribunal ha establecido una amplia gama de obligaciones de protección a partir de los derechos a la vida, la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, y la prohibición de la esclavitud. Esta jurisprudencia comenzó en serio en *Osman contra el Reino Unido* (1998) en relación con los deberes de protección en virtud del derecho a la vida, y se amplió al artículo 3 del CEDH en *MC contra Bulgaria* (2004) en relación con la definición penal de violación. Desde que se resolvieron estos casos, hemos asistido a un aumento de lo que ahora se denomina jurisprudencia «coercitiva en materia de derechos humanos» [*coercive human rights' jurisprudence*], en la que se exige a los Estados que «penalicen», «protejan», «investiguen» y «castiguen» los actos violentos cometidos por particulares (Lavrysen y Mavronicola, 2020; Stoyanova, 2023). Las obligaciones incluyen ahora también requisitos claros en relación con la violencia doméstica (*Opuz contra Turquía*, 2009; *Volodina contra Rusia*, 2019; *Landi contra Italia*, 2022; *PP contra Italia*, 2025) y la esclavitud moderna (*Rantsev contra Chipre*, *Siliadin contra Francia*), orientaciones específicas sobre «evaluaciones de riesgo» en relación con daños potenciales (*Kurt contra Austria*, 2021), así como la obligación de utilizar acuerdos transnacionales de cooperación mutua en materia penal cuando las violaciones se produzcan en contextos transfronterizos (*X contra Bulgaria*, 2021).

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) aplicó muy recientemente los principios establecidos en *Velásquez Rodríguez* y en *Osman*, al evaluar el significado del derecho a la vida en virtud de la Carta Africana de Derechos Humanos (*Centre for Human Rights et al. Vs. United Republic of Tanzania* (2025)). También aplicó la Observación General 3 sobre el derecho a la vida de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CmADHP 2015), que establece una amplia gama de obligaciones positivas para los Estados derivadas del derecho a la vida (recogido en el artículo 9 CADHP). En *Centre for Human Rights et al. vs. United Republic of Tanzania* la Corte reiteró la posición de la Comisión en la Observación General nº 3 en el sentido de que «la Carta impone a los Estados la responsabilidad de prevenir las privaciones arbitrarias de la vida causadas por sus propios agentes, y de proteger a los individuos y grupos de tales privaciones a manos de otros. También impone la responsabilidad de investigar cualquier homicidio que se produzca y de exigir responsabilidades a sus autores» (párrafo 173). Además, confirmó que «el Estado es responsable de los homicidios cometidos por particulares que las autoridades no prevengan, investiguen o enjuicien adecuadamente» (párrafo 175).

Este breve resumen muestra cómo el derecho internacional y regional de los derechos humanos ha evolucionado hacia el reconocimiento de una amplia gama de deberes de protección a cargo del Estado que, o bien son consecuencia de un reconocimiento explícito del derecho a la seguridad, o bien son deberes implícitos que derivan de otros derechos como el derecho a la vida y la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. Y esta percepción no hace más que reforzarse si se examinan los diversos tratados especiali-

zados y órganos creados en virtud de tratados⁶. El *soft law* también nos da una idea de la importancia del derecho a la seguridad en el pensamiento internacional. En su expresión más explícita, el Art. 143 del Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005 reafirma el programa de Roosevelt de «libertad frente al miedo»:

«Subrayamos el derecho de las personas a vivir en libertad y con dignidad, libres de la pobreza y la desesperación. Reconocemos que todas las personas, en particular las que son vulnerables, tienen derecho a vivir libres del temor y la miseria, a disponer de iguales oportunidades para disfrutar de todos sus derechos y a desarrollar plenamente su potencial humano. Con este fin, nos comprometemos a examinar y definir el concepto de seguridad humana en la Asamblea General» (Naciones Unidas, 2005: Artículo 143).

Por último, merece la pena señalar que el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas para la Agenda de Desarrollo Post 2015 señaló claramente que «vivir sin violencia es un derecho humano» (United Nations 2015, 9), mientras que el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16.1 pretende «reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo».

6. CONCLUSIÓN

Cuando Marine Le Pen o Vlaams Belang afirman que el derecho a la seguridad es un derecho fundamental, están utilizando los derechos humanos como arma para legitimar e impulsar una agenda iliberal. Pero, dada la sólida fundamentación filosófica y jurídica que ha adquirido el derecho a la seguridad, ¿podemos realmente decir que están tergiversando el pensamiento establecido en materia de derechos humanos? ¿Cómo debemos enfrentar esta maniobra retórica, teniendo en cuenta que existe una tendencia muy generalizada a considerar que los derechos humanos son estímulos que generan para el Estado el deber de proteger a las personas que están expuestas a sufrir daños?

En 2007, cuando valoré por primera vez las implicaciones de un derecho a la seguridad, argumenté sin rodeos: «existe un peligro real de que, sin un rigor analítico coherente, la retórica de un «derecho a la seguridad» socavé el consenso en torno a los derechos fundamentales, ganado con gran esfuerzo y cuidadosamente razonado, aunque frágil. El atractivo retórico y político de la seguridad y los derechos encierra en sí mismo una combinación potencialmente explosiva, no sólo para erosionar las protecciones de derechos concurrentes como la libertad, sino también para socavar la manera en que entendemos las bases del razonamiento sobre los derechos fundamentales» (Lazarus, 2007). Como argumenté entonces, «el desarrollo de un ‘derecho a la seguridad’ puede ir en dos direcciones: hacia la usurpación y la erosión de los derechos fundamentales existentes, o hacia una noción delineada, transparente y más estrecha del ‘derecho a la seguridad’, que respete y se base en otros derechos fundamentales» (Lazarus, 2007). Casi veinte años después, el «derecho a la seguridad» está en manos iliberales y autoritarias, y las preocupaciones que planteé están resultando proféticas.

La tendencia a proteger a las personas frente a daños que provienen de agentes privados tiene un claro fundamento en la legislación y el pensamiento sobre los derechos humanos. Sin embargo, la tendencia más amplia de situar el derecho a la seguridad como el «derecho fundamental sobre el que descansan otros derechos» siempre ha conllevado el potencial de socavar gravemente los cimientos de los derechos humanos en su conjunto. En un mundo multipolar, en el que asistimos a un retroceso generalizado del orden internacional basado en normas y del régimen de derechos humanos que lo sustenta (Kaplan, 2019), tenemos que ser realistas sobre los retos a los que nos enfrentamos.

Los frentes de batalla son filosóficos, jurídicos y políticos. Retórica de los derechos⁷, y retórica sobre los derechos⁸, existen en todos estos niveles y tienen una sutil interacción (Feldman, 1997). Como ha observado Alan Ryan, «una cultura de los derechos es una túnica sin costuras»⁹ (Ryan, 1991). Aunque muchos puedan considerar que los argumentos de los teóricos de los derechos son demasiado oscuros para penetrar en el discurso político, existe una asombrosa similitud entre las afirmaciones de algunos políticos sobre el derecho a la seguridad y las que han sostenido ciertos teóricos de los derechos. De hecho, en algunos casos los políticos recurren a la teoría de los derechos para legitimar su propia postura (como ocurrió con Otto Shilly en relación con la teoría de Josef Isensee)¹⁰.

En el plano de la teoría de los derechos, y también en el de las reivindicaciones políticas, deberíamos considerar con bastante escepticismo la propuesta de que el derecho a la seguridad sea considerado un meta-derecho, un derecho en el que se basan todos los demás, o el derecho más importante. Shue argumentó que el derecho a la seguridad es un derecho básico porque sin él no se puede disfrutar de ningún otro derecho. Su argumento puede reformularse de la siguiente manera: «El derecho a la seguridad da lugar a deberes correlativos de los Estados para crear las condiciones en las que riesgos objetivos de amenazas futuras, que podrían causar razonablemente sentimientos subjetivos de aprensión o inseguridad, sean minimizados hasta un grado que permita el disfrute de otros derechos» (Lazarus, 2012: 100). Dicho de otro modo, «el derecho a la seguridad es el derecho a asegurar los derechos», e impone al Estado el deber de protegernos contra los riesgos que socavan el disfrute de todos los demás derechos (Lazarus, 2015).

Como he argumentado en varias publicaciones (Lazarus, 2012; Lazarus, 2015), hay muchos motivos para cuestionar este argumento. En primer lugar, el derecho a la seguridad en esta concepción es radicalmente indeterminado, porque está conceptualmente vinculado a pronósticos de riesgo que a menudo son inmunes a un escrutinio adecuado, y pueden ser explotados muy fácilmente. En segundo lugar, el derecho a la seguridad como medio para el disfrute de todos los demás derechos corre el riesgo de duplicar todos esos otros derechos, y ofrece muy poco que permita diferenciarlo de esos otros derechos. En tercer lugar, no está claro cómo puede limitarse la «condición previa» de la seguridad en relación con los demás derechos que se supone que debe garantizar. Como advierte Waldron, «la seguridad es un ideal voraz» (Waldron, 2010). En cuarto lugar, los derechos básicos deben proporcionar un fundamento basado en valores si se quiere que sirvan de base para otros derechos. Los valores de libertad, igualdad y dignidad son valores más amplios de los que podemos derivar derechos más específicos. Pero esto ocurre en el caso de la seguridad que,

como admite Shue, no es un valor en sí mismo, sino más bien una precondition fáctica para el disfrute de los derechos. En consecuencia, la afirmación de Shue de que la seguridad es un derecho básico confunde hecho con valor. Por último, debido a la confusión entre hecho y valor en esta concepción, a la indeterminación radical de la noción de seguridad, y la voracidad de las reivindicaciones de seguridad, la afirmación de que la seguridad constituye un meta-derecho abre la puerta a la posibilidad, muy real, de que los derechos se «securiticen»¹¹. En otras palabras, a la seguridad quedarán subordinados los derechos que esta se supone que debe proteger.

En el frente jurídico, el lenguaje de las obligaciones de protección (tanto si se derivan directamente de un derecho explícito a la seguridad, como si están implícitas en otros derechos como el derecho a la vida) ha de ir acompañado de una conciencia muy clara de la dimensión o «aguijón» coercitivo [*coercive sting*] que conllevan dichas obligaciones (Lazarus 2012a; Lazarus, 2020a). Sin esto, se convertirán invariablemente en una justificación de la «extralimitación coercitiva» del Estado¹². Cuando se exige a un Estado que proteja a las personas frente al riesgo de daños futuros, está claro que también se le está pidiendo (al mismo tiempo) que ejerza coerción sobre las personas que potencialmente amenazan con causar esos daños. Para configurar coherentemente los deberes jurídicos en este contexto triádico se requiere un enfoque «estereoscópico», que contemple simultáneamente tanto los derechos de las víctimas de violencia potenciales o reales, como los derechos de quienes causan o podrían causar daño. Afortunadamente, existe abundante jurisprudencia internacional, regional y nacional¹³, y una rica doctrina jurídica (Stoyanova, 2023; Lavrysen y Mavronicola, 2020) que es clara respecto a la relación entre los deberes de protección y los derechos de defensa en este contexto.

El *Caso de la Aviación Alemana* (BVerfGE, 2006) ofrece un ejemplo paradigmático del enfoque estereoscópico. Este caso se refería a una norma promovida por el ministro del Interior alemán Otto Shilly tras el 11-S, que permitía el uso de fuerza letal contra aviones que hubieran sido secuestrados para ser utilizados como arma, incluso cuando el uso de la fuerza implicara matar a los pasajeros del avión. El Tribunal Constitucional alemán afirmó con claridad que la legislación en cuestión «no puede justificarse invocando el deber del Estado de proteger a aquellos contra cuyas vidas se pretende utilizar el avión» (párrafo 136). El Tribunal aceptó que existe un amplio margen de discrecionalidad a la hora de determinar el alcance de un deber de protección, y reconoció que «los deberes de protección del Estado que se derivan del contenido objetivo de los derechos fundamentales no están, en principio, definidos» (apartado 136). No obstante, «al elegir [...] los medios para cumplir con el deber de protección, [...] la elección [...] sólo puede hacerse entre medios cuyo uso esté en armonía con la constitución» (párrafo 136). En este pasaje vemos una audaz afirmación de la restricción del potencial de los deberes de protección para legitimar la extralimitación coercitiva. Es importante que este enfoque se adopte de forma coherente, que los deberes de protección se definan de forma granular y estricta, y que el mensaje de esta jurisprudencia se explique y se transmita más allá de los estrechos confines de la academia jurídica.

Por último, hay que hablar del «populismo de los derechos humanos» y del discurso político sobre el derecho a la seguridad. Debemos abordar el modo en que la propia co-

munidad internacional y de derechos humanos continúa utilizando de forma acrítica el derecho a la seguridad como un medio para impulsar sus propios objetivos en materia de derechos humanos, desarrollo y Estado de derecho (Lazarus, 2015; Lazarus, 2018, Lazarus 2020b; Lazarus, 2020c). En lugar de ello, si bien podemos hablar de la inexactitud de contraponer los derechos humanos a la seguridad, también deberíamos promover un mensaje político que sea honesto acerca de la conexión ineludible entre inseguridad, riesgo y libertad. La defensa de los derechos humanos no es en modo alguno una especie de coto idealista propio solo de liberales «woke», incapaces de identificarse con la vulnerabilidad de las comunidades expuestas a sufrir daños, y por ello deberíamos ser capaces de transmitir el mensaje de que los derechos humanos cumplen a la vez funciones de protección y de defensa. Pero, en lugar de usar la seguridad para proteger los derechos humanos y la democracia, podríamos celebrar el equilibrio entre seguridad y derechos humanos como signo de una sociedad democrática y libre sana. Por último, si el mensaje del equilibrio es demasiado sutil para imponerse en un entorno político binario, simplemente tenemos que poner el derecho a la seguridad en su lugar. Tenemos que denunciar la explotación populista de los derechos humanos para promover fines represivos, y resistirnos a que el derecho a la seguridad sea usado como un arma con la que consolidar el poder autoritario. Dicho sin rodeos, debemos rechazar de plano la idea de que la opresión autoritaria esté justificada en modo alguno por los derechos humanos.

NOTAS

1. Vlaams Belang wil recht op veiligheid in Grondwet <https://www.vlaamsbelang.org/vlaams-belang-wil-recht-op-veiligheid-in-grondwet/> 13 de enero de 2016. Véase también: <https://www.vlaamsbelang.org/recht-op-veiligheid/>
2. No está nada claro cuándo sitúan los historiadores el momento en el que el populismo de derechas ganó influencia en la política mundial, pero como hipótesis señalo 2016, cuando Gran Bretaña votó a favor de abandonar la Unión Europea y Donald Trump fue elegido presidente en los Estados Unidos.
3. Nota del traductor: esta expresión es difícil de traducir porque juega con el doble sentido que tiene la palabra «right» en inglés, como «derecho», por un lado, y como «correcto», por otro. Así, «righting security» significa, por un lado, «utilizar los derechos para que la seguridad aparezca como fundamentada en ellos, para que 'suenen a' derechos», pero implica también el sentido de hacer que la seguridad parezca más «correcta», más legítima (*to make it [security] right*). Por esta razón, se ha optado por dejarla en el texto en el inglés original, pues aunque podría quizá traducirse como «dar derechos a la seguridad» (jugando en esta ocasión con la ambigüedad de la expresión en castellano en cuanto al destinatario: dar [a los ciudadanos] derechos a exigir seguridad, o dar a la seguridad «derechos», en el sentido de que merece ser mejor considerada) no estoy segura de que exprese con suficiente claridad la misma ambivalencia que tiene la expresión en inglés.
4. Artículo 2. Declaración Francesa de los Derechos del Hombre - *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.*

5. Esta sección proporcionará una breve visión general de décadas de derecho internacional y regional en lo que respecta al derecho a la seguridad; al hacerlo se basa en publicaciones que tratan este material con más profundidad y detalle (véase, abarcando también el derecho interno comparado, Lazarus 2017; Lazarus 2022).

6. Por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer; la 19ª Recomendación General del Comité de la CEDAW (Comité de la CEDAW, 1992); la Declaración de la Asamblea General sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1999); el Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos; el Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexuales.

7. «Cómo se utilizan los derechos para enmarcar, discutir y debatir cuestiones relevantes para la política social; prestando atención al lenguaje de los actores que participan en los movimientos sociales, en particular al contexto y al momento en que se afirman los derechos; determinar la eficacia de invocar la retórica de los derechos para movilizar a personas con ideas afines; y evaluar el éxito de quienes utilizan los derechos para perseguir fines sociales» (Feldman, 1997: 216).

8. «La importancia relativa que se atribuye a los derechos en una sociedad determinada por parte de los escritores populares y académicos, así como por los legos. El poder que se imagina que poseen los derechos, la frecuencia con la que supuestamente se invocan y cómo se cree que definen la identidad de las personas» (Feldman, 1997: 216).

9. Nota de los traductores: en el original, «a culture of rights is a seamless garment». La doctrina de la «Túnica sin costuras» (*seamless garment*) es una doctrina católica sobre el derecho a la vida relativamente extendida en Estados Unidos. Se refiere a que la actitud del católico ante las cuestiones políticas relacionadas con la vida tiene que ser «integral» o coherente, sin centrarse en una sola cuestión como el aborto, sino considerando todas las demás, como la política social o la inmigración. En esta cita de Ryan, la expresión no tiene ningún sentido religioso, sino que se utiliza para referirse a ideas o doctrinas integrales, que forman un todo coherente, sin fisuras (costuras).

10. De hecho, cuando trabajé en un informe sobre derechos y responsabilidades para el Ministerio de Justicia del Reino Unido (Lazarus et al 2009), me sorprendió que el ministro de Justicia se remitiera a Wesley Hohfeld para hacer más hincapié en las responsabilidades que en los derechos.

11. Para Zedner (2009: 23), la securitización se produce «cuando la seguridad se convierte en la lente a través de la cual se ven cada vez más cuestiones, problemas y categorías sociales». Para Loader y Walker (2007:168), la securitización se produce cuando la seguridad «se eleva a una categoría hegemónica, malsana y llega a significar la adhesión irreflexiva, cerrada y ansiosa a una concepción, basada en la seguridad, de una sociedad libre de riesgos».

12. Un ejemplo de caso en el que el punto de vista de un tribunal sobre la obligación de protección es demasiado amplio es el caso *Tagayeva c. Rusia* (2017), en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llega casi a exigir el uso de la fuerza letal preventiva como parte de una obligación de protección derivada del derecho a la vida (véase el párrafo 492). Véase además Lazarus 2020.

13. Para una exposición más completa de esta jurisprudencia, véase Lazarus 2022.

BIBLIOGRAFÍA

- Aapne Aap Women Worldwide (2019): Statement to Economic and Social Council (E/CN.5/2020/NGO/45).
- Blackstone, William (1765): Commentaries on the Laws of England. Oxford: Clarendon Press.
- Cohler, Alan, Miller, Basia y Stone, Harold (eds.) (1989): *Montesquieu: The spirit of the laws*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Deutscher Bundestag (2008): Zum, Grundrecht auf Sicherheit (WD 3-3000-180/08).
- Etzioni, Amitai (2007): *Security first: For a muscular, moral foreign policy*, New Haven: Yale University Press.
- Feldman, Eric (1997): «Patients' rights, citizens' movements and Japanese legal culture», en D. Nelken (ed.), *Comparing legal cultures*, Aldershot: Dartmouth, 215.
- Foa, Roberto Stefan (2021): «Why strongmen win in weak states», *Journal of Democracy*, 32 (1), 52-65.
- Fredman, Sandra (2007): «The positive right to security», en B. Goold y L. Lazarus (eds.), *Security and human rights*, Oxford: Hart Publishing.
- Goold, Benjamin J. y Liora Lazarus (eds.) (2007): *Security and human rights*, Oxford: Hart Publishing.
- Granger, Marie-Anne (2009): «Existe-t-il un «droit fondamental à la sécurité»?», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2, 273.
- Gross, Aeyal (2017): «The securitization of human rights», en Aeyal Gross, *The writing on the wall*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Kaplan, Seth (2019): «Will human rights survive in a multipolar world», *The Washington Quarterly*, 42 (1), 7-27.
- Kiraithe, Eric (2019): «Government shifts focus in anti-terror war», *Daily Nation* (Kenya), 28 de enero.
- Lavrysen, Laurens y Natasa Mavronicola (eds.) (2020): *Coercive human rights*, Oxford: Hart Publishing.
- Lazarus, Liora (2007): «Mapping the right to security», en B. Goold y L. Lazarus (eds.), *Security and human rights*, Oxford: Hart Publishing.
- (2012a): «The right to security: Securing rights or securitizing rights?», en R. Dickinson (ed.), *Examining critical perspectives on human rights*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (2012b): «Positive obligations and criminal justice: Duties to protect or coerce», en J. Roberts y L. Zedner (eds.), *Principled approaches to criminal law and criminal justice: Essays in honour of Professor Andrew Ashworth*, Oxford: Oxford University Press.
- (2015): «The right to security», en R. Cruft, S. Matthew Liao y M. Renzo (eds.), *Philosophical foundations of human rights*, Oxford: Oxford University Press.
- (2017): «The right to security», en *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press.
- (2018): «Doing violence to the rule of law», *Douglas McK. Brown Lecture*, Peter Allard School of Law, University of British Columbia.
- (2020a): «Preventive obligations, risk and coercive overreach», en L. Lavrysen y N. Mavronicola (eds.), *Coercive human rights*, Oxford: Hart Publishing.
- (2020b): «Securitizing sustainable development? – The coercive sting in SDG 16», en M. Kaltenborn et al. (eds.), *SDGs and human rights*, Berlin: Springer.
- (2020c): «Insecurity and human rights», en D. Akande, J. Kuosmanen y D. Roser (eds.), *Human rights and 21st century challenges: Poverty, conflict and the environment*, Oxford: Oxford University Press.
- (2021): «Right to security», en C. Binder et al. (eds.), *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Lazarus, Liora y Benjamin J. Goold (2007): «Security and human rights: The search for a language of reconciliation», en B. Goold y L. Lazarus (eds.), *Security and human rights*, Oxford: Hart Publishing.
- y Benjamin J. Goold (2019): «Security and human rights: Finding a language of resilience and inclusion», en B. Goold y L. Lazarus (eds.), *Security and human rights*, Oxford: Hart Publishing.

- Lazarus, Liora, Benjamin Goold, Rajendra Desai y Qudsi Rasheed (2009): *The relationship between rights and responsibilities*, London: Ministry of Justice (Research Series 18/09).
- Lieblch, Eliav (2021): «The humanization of jus ad bellum: Prospects and perils», *The European Journal of International Law*, 32 (2), 579-612.
- Loader, Ian y Neil Walker (2007): *Civilizing security*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Mégret, Frédéric (2022): «Human rights populism», *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, 13 (2), 240-259.
- Meléndez-Sánchez, Manuel y Alberto Vergara (2024): «The Bukele model: Will it spread», *Journal of Democracy*, 35 (3), 84-98.
- Neff, Stephen C. (ed.) (2012): *Hugo Grotius on the law of war and peace*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Nussbaum, Martha (2000): *Women and human development: The capabilities approach*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Powell, Rhonda (2019): *Rights as security: The theoretical basis of security of person*, Oxford: Oxford University Press.
- Ryan, Alan (1991): «The British, the Americans and rights», en M. Lacey y K. Haakonssen (eds.), *A culture of rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 435.
- Schulz, William (2003): «Safer or scared? Impact of the war on terror», *CNN*, 28 de mayo.
- Sen, Amartya (1999): *Development as freedom*, Oxford: Oxford University Press.
- Shue, Henry (1980): *Basic rights: Subsistence, affluence, and US foreign policy*, 1ª ed., Princeton: Princeton University Press.
- (1996): *Basic rights: Subsistence, affluence, and US foreign policy*, 2ª ed., Princeton: Princeton University Press.
- (2020): *Basic rights: Subsistence, affluence, and US foreign policy: 40th anniversary edition*, Princeton: Princeton University Press.
- Stoyanov, Vladislava (2023): *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Turner, Ian (2017): «A positive, communitarian right to security in the age of super-terrorism», *Democracy and Security*, 13 (1), 46-70.
- Waldron, Jeremy (2003): «Security and liberty: The image of balance», *The Journal of Political Philosophy*, 11 (2), 191-212.
- (2010): «Security as a basic right (after 9/11)», en *Torture, terror and trade-offs: Philosophy for the White House*, Oxford: Oxford University Press, 177.

Leyes y material jurídico

- Consejo de Europa (2024) *Guía sobre el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos* (31 de agosto).
- Ley de Consentimiento Sexual 2022 - Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual ('only yes means yes').

Naciones Unidas

- Naciones Unidas, Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, UN Doc A/RES/60/1; Artículo 143.
- Comité de la CEDAW (1992) «Recomendación general nº 19: Violencia contra la mujer» UN Doc A/47/38.

Comité de Derechos Humanos (1982) Observación general nº 8 sobre el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derecho a la libertad y a la seguridad de las personas), 30 de junio.

Comité de Derechos Humanos (2014) Observación general n.º 35 sobre el artículo 9 del PIDCP, Libertad y seguridad personales, CCPR/C/GC.35, 16 de diciembre.

Comité de Derechos Humanos (2019) Observación general n.º 36 sobre el artículo 6 del PIDCP, Derecho a la vida, CCPR/C/GC/36, 3 de septiembre.

United Nations ‘Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development’ (*Sustainable Development Knowledge Platform*) <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>, page 9.

Tribunal Africano de Derechos Humanos

Centro de Derechos Humanos y otros contra República Unida de Tanzania Solicitud núm. 019/2018, 5 de febrero de 2025.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH (2009) «Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos» (31 de diciembre) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

González y otros («Campo Algodonero») v México, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C No 205 (16 de noviembre de 2009).

Guzman Alarracín v Ecuador, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C No 405 (24 de junio de 2020).

‘Niños de la Calle’ (Villagrán-Morales y otros) v Guatemala, Fondo, Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C No 63 (19 de noviembre de 1999).

Velásquez Paiz y otros c. Guatemala, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C n.º 307 (19 de noviembre de 2015).

Velásquez Rodríguez v Honduras, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C n.º 4 (29 de julio de 1988).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Kurt v Austria App no 62903/15 (TEDH, 15 de junio de 2021).

Landi v Italy App no 10929/19 (TEDH 7 abril 2022).

M.C. v Bulgaria App no 39272/98 (TEDH, 4 de diciembre de 2004).

Osman v Reino Unido (GC) App no 23452/94 (TEDH, 28 de octubre de 1998).

Opuz/Turquía (Solicitud n.º 33401/02) (TEDH 9 de septiembre de 2009).

Volodina c. Rusia, demanda n.º 41261/17 (TEDH 4 de noviembre de 2019).

Tagayeva contra Rusia (demanda n.º 26562/07) (TEDH 18 de septiembre de 2017).

X. v Bulgaria (GC) App no 22457/16 (TEDH, 2 de febrero de 2021).

Tribunal Constitucional alemán

BVerfGE (2006) 1 BvR 357/05, 15 de febrero de 2006.

Otras referencias

Redes sociales y contenido multimedia

National Front (2023): «Déclaration des droits des peuples et des Nations.» YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=is1QdgHBjFo>.

PiS (2023a): Facebook post, 11 October. [https://www.facebook.com/pisorgpl/posts/...](https://www.facebook.com/pisorgpl/posts/)

PiS (2023b): X post, 11 October. <<https://mobile.x.com/pisorgpl/status/1712332451660308955>>

PiS (2024): X posts, 25 May and 6 June. <https://x.com/pisorgpl/status/1794380912601542964>, <<https://x.com/pisorgpl/status/1798773962874499409>>

Procaccini, Nicola (2025): Instagram video. <https://www.instagram.com/reel/DE27W8dROmg/>

Speranzon, Raffaele (2025): Instagram video. <https://www.instagram.com/reel/DFijGGzMPG8/>

Weidel, Alice (2025): Instagram video, 4 January. <<https://www.instagram.com/reel/DEaS79csYzw/>>

Prensa

Guardian Trinidad & Tobago (18.11.2024). «Bishops concerned over situation in Haiti» (<https://www.guardian.co.tt/news/bishops-concerned-over-situation-in-haiti-6.2.2164157.411a2e1294>).

Milenio (18.10.2017). «Codhem recibe a vecinos que respaldan base de la Guardia Nacional en Metepec» (<https://www.milenio.com/politica/comunidad/codhem-recibe-vecinos-respaldan-base-guardia-nacional-metepec>).

Correo Perú (24.10.2024). «Ica: se manifiestan en contra de la extorsión y piden la derogación de la ley del crimen organizado» (<https://diariocorreo.pe/edicion/ica/ica-se-manifiestan-en-contras-de-la-extorsion-y-piden-la-derogacion-de-la-ley-del-crimen-organizado-noticia/>).

Financial Express (20.12.2019). «Securing street children's rights» (<https://thefinancialexpress.com.bd/views/analysis/securing-street-childrens-rights-1576852498>).

Kaplan, Seth (2019): «Will Human Rights Survive in a Multipolar World?» *The Washington Quarterly*, 42(1): 7-28.

Kiraithe, Eric (2019): «Government Shifts Focus in Anti-Terror War.» *Daily Nation (Kenya)*, 28 January.

MacCharles, Tonda (2024): «Trudeau and G7 Leaders Back Israel's Security, Urge Restraint in Lebanon.» *Toronto Star*, 2 October.

Pitel, Laura (2025): «Co-leader of Germany's Far-Right AfD Calls for Mass Deportations.» *Financial Times*, 11 January.

Stott, Michael (2025): «How El Salvador Became a Model for the Global Far Right.» *Financial Times*, 12 January.

Zaia, Luca (2024): «Padua: Attacks Two Policemen with an Axe.» *Adnkronos International*, 16 December.

Discursos

Bukele, Nayib (2024): *Presidential Address to United Nations General Debate, 79th Session*. <<https://webtv.un.org/en/asset/k1b/k1bezp9qlj>>

Bush, George W (2002): *Remarks on the Middle East*. Speech from the Rose Garden of the White House, 24 June. <<http://www-cgi.cnn.com/2002/ALLPOLITICS/06/24/bush.mideast.speech/index.html>>

Frattoni, Franco (2007): *EU Counterterrorism Strategy*. Speech at the European Parliament, 5 September. [Speech/07/505](https://www.francofrattini.it/it/parola/2007/07/05/05).

Guterres, António (2019): *Address to the UN General Assembly*, 26 September.

- Reid, John (2006): «Rights, Security Must Be Balanced.» *Associated Press Online*, 16 August.
- Roosevelt, Franklin D (1941): *Four Freedoms – State of the Union Address to Congress*, 6 January.
- Sadat, Leila (2019): *Submission to the United Nations Human Rights Council, 36th session*. Whitney R. Harris World Law Institute, September.
- Starmer, Keir (2024): Speech, *BBC News 24*, 1 October.
- Trump, Donald (2016): *Republican National Convention Speech*, Politico, 21 July.
- Zerbin, Daniel (2023): *Statement to State Parliament of North Rhine Westphalia*, 25 May. <<https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument?Id=MMP18%2F34%7C50%7C56>>

Páginas web y noticias de periódicos en línea

- AfD NRW. n.d. «Innenpolitik.» <<https://afd.nrw/partei/innenpolitik/>>
- Al Busaidi, Sayyid Badr bin Hamad. (2025): «Openness, Neutrality and Mutual Respect Shape Oman's Foreign Policy.» *Times of Oman*, 1 February. <<https://timesofoman.com/article/154618-openness-neutrality-and-mutual-respect-shape-omans-foreign-policy-foreign-minister-affirms>>
- Berlato, Sergio (2017): «Lo Stato garantisce ai cittadini onesti il diritto alla legittima difesa.» *Fratelli d'Italia*, 19 May. <[https://www.fratelli-italia.it/... >](https://www.fratelli-italia.it/...)
- Chamorro (VOX) (2024): «Defiende la seguridad y la identidad de Ciudad Real.» *Ciudad Real Digital*, 29 November. <[https://www.ciudadrealdigital.es/noticias/117845/... >](https://www.ciudadrealdigital.es/noticias/117845/...)
- FPÖ (2023): «Unsere Kinder schützen – Asylstraftäter abschieben.» *FPÖ Website*, 23 June. <[https://www.fpoe-md.at/news-detail/artikel/... >](https://www.fpoe-md.at/news-detail/artikel/...)
- FPÖ Petition (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.fpoe-stmk.at/files/content/Petition_Festung%C3%96sterreich.pdf)
- Human Rights Watch (2024): *World Report: Country Chapter El Salvador*. <<https://www.hrw.org/world-report/2024/country-chapters/el-salvador>>
- National Front (2012): La Sécurité (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/<https://rassemblementnational.fr/documents/projet/projet-la-securite.pdf>)
- (2023a): Déclaration des droits des peuples et des Nations (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/<https://archives.rassemblementnational.fr/wp-content/uploads/2023/09/De%CC%81laration-version-FR.pdf>)
- Tesquet, Olivier (2015): «La sécurité est la première des libertés: de Le Pen à Valls.» *Télérama*, 19 November. <[https://www.telerama.fr/medias/la-securite-est-la-premiere-des-libertes... >](https://www.telerama.fr/medias/la-securite-est-la-premiere-des-libertes...)
- Vlaams Belang (2021): «Recht op veiligheid moet Grondwettelijk gewaarborgd worden.» 3 March. <[https://www.vlaamsbelang.org/nieuws/recht-op-veiligheid... >](https://www.vlaamsbelang.org/nieuws/recht-op-veiligheid...)
- VOX (2023): «VOX registra una moción en el Senado para lograr barrios seguros.» 4 May. <[https://www.voxespana.es/... >](https://www.voxespana.es/...)
- (2024): «Ortega avisa de los efectos de la 'ley de inseguridad ciudadana'.» 12 December. <[https://www.voxespana.es/... >](https://www.voxespana.es/...)
- Weidel, Alice (2018): «Attentat in Straßburg: Unsere Gedanken sind bei den Angehörigen.» *AfD Website*. <[https://www.afd.de/alice-weidel... >](https://www.afd.de/alice-weidel...)

UNA TEORÍA ASIMÉTRICA DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE
PROTECCIÓN PENAL DERIVADAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*
*AN ASYMMETRIC THEORY OF POSITIVE OBLIGATIONS OF CRIMINAL
PROTECTION DERIVED FROM FUNDAMENTAL RIGHTS*

Gabriel Doménech Pascual

Universitat de València

RESUMEN

Varios tribunales constitucionales e internacionales han declarado que de los derechos fundamentales se derivan para el Estado obligaciones de protegerlos penalmente, conminando con penas las conductas que los lesionen gravemente, investigando estas conductas, persiguiendo a los culpables y castigándolos. En el presente trabajo se examinan las críticas de que ha sido objeto esta jurisprudencia, se ponen de manifiesto las razones que justifican la existencia de los derechos fundamentales a la protección penal y se advierte que entre ellos y los derechos fundamentales que los ciudadanos tienen frente al ejercicio por parte del Estado de su *ius puniendi* existen algunas asimetrías, relativas a: la necesidad de su salvaguarda constitucional; la deferencia que los tribunales deberían mostrar a la hora de enjuiciar si se han respetado tales derechos; la obligación de observar ciertas garantías formales para limitarlos; y las consecuencias jurídicas de su vulneración.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales, obligaciones positivas, derecho penal, principio de proporcionalidad.

ABSTRACT

Several constitutional and international courts have declared that fundamental rights entail positive obligations for the State to protect them by means of criminal law, that is, by imposing penalties for actions and omissions that seriously violate them, investigating such actions and omissions, prosecuting the guilty and punishing them. This paper examines the criticisms this case law has faced, explains the reasons that justify such positive obligations and points out that there are some asymmetries between the fundamental rights to be protected through criminal law and the fundamental rights that citizens have against criminal prosecution and punishment. These asymmetries concern: the need for constitutional safeguards, the deference that the courts should show when determining whether the State has respected these rights, the obligation to observe certain procedural rules to limit them, and the legal consequences of their violation.

KEYWORDS

Human rights, positive obligations, criminal law, principle of proportionality.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.123>

* Agradezco a María José Añón, Lucía Martínez Garay, Antonio Bueno Armijo y un revisor anónimo sus comentarios relativos a versiones previas de este texto. Los errores subsistentes son de mi exclusiva responsabilidad.

UNA TEORÍA ASIMÉTRICA DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE PROTECCIÓN PENAL DERIVADAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Gabriel Doménech Pascual

Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. Fundamento de las obligaciones positivas de protección penal de los derechos fundamentales. 2.1. Crítica de la tesis de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. 2.2. El argumento literal. 2.3. El argumento teleológico. 2.4. El argumento de la realidad social actual. 2.5. La protección exigible en virtud de los derechos fundamentales comprende *prima facie* la protección penal. 3. Crítica de las objeciones a las obligaciones positivas de protección penal de los derechos fundamentales. 3.1. La objeción liberal. 3.2. La objeción democrática. 4. Necesidad de protección constitucional. Primera asimetría. 5. Contenido de los derechos fundamentales a la protección penal. 5.1. El método de determinación del contenido de los derechos fundamentales. 5.2. Contenido *prima facie* de los derechos fundamentales a la protección penal. 5.3. Límites de los derechos fundamentales a la protección penal. 5.4. El principio de proporcionalidad. 5.5. Discrecionalidad y deferencia en la determinación del justo equilibrio. Segunda asimetría. 5.6. Garantías formales. Tercera asimetría. 5.7. Configuración del proceso de aplicación de la norma penal. Cuarta asimetría. 5.8. Remedios. Quinta asimetría. Notas. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Desde los años 80 del siglo pasado, varios tribunales constitucionales (entre ellos, el español), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y su homólogo interamericano vienen declarando que los derechos fundamentales imponen al Estado obligaciones positivas de protegerlos penalmente, esto es, de conminar con penas las conductas que los lesionen gravemente, investigar estas conductas, perseguir a los culpables, procesarlos, condenarlos y castigarlos (Lavrysen y Mavronicola, 2020; García de la Torre, 2024).

Ninguna duda cabe acerca de la enorme trascendencia práctica y teórica de esta doctrina jurisprudencial. Antes de su aparición, los derechos fundamentales venían concibiéndose en el ámbito penal (sólo) como una suerte de escudos defensivos que imponían al Estado obligaciones negativas de abstenerse de interferir en su libertad y de los que los ciudadanos podían servirse para defenderla frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal. Ahora han de verse también como una especie de espuelas o espadas, que imponen al Estado obligaciones positivas de intervenir penalmente y de las que los ciudadanos pueden disponer para forzar el ejercicio del *ius puniendi* frente a las agresiones de otras personas, limitando así la libertad de estas.

Esta trascendente doctrina ha generado reacciones diversas en la literatura académica jurídico-penal: desde la crítica (Persak, 2020; Pinto, 2020; Navronicola, 2020) y el rechazo (Bascañán, 2007; Silva, 2008; Tomás-Valiente, 2016, 2021 y 2022; Martínez Garay, 2017 y 2020; Florio, 2023) hasta la adhesión (Viganò, 2014; Kaspar, 2014; Isensee, 2019; Ambos, 2020; Bustos Rubio, 2021; García de la Torre, 2024), pasando por el desconcierto y la preocupación (Tulkens, 2011; Lazarus, 2012). Mientras tanto, los referidos tribunales han continuado reiterándola, desarrollándola y consolidándola en numerosas sentencias.

Hace casi dos décadas publiqué un trabajo en el que estudiaba dicha jurisprudencia, que por aquel entonces se encontraba en un estado todavía incipiente. En él trataba de refutar las críticas que ésta había recibido, ofrecía varios argumentos para justificar la existencia de los «derechos fundamentales a la protección penal», analizaba su contenido y ponía manifiesto que su existencia *de lege lata* ya había sido reconocida, bien que tímidamente y con algunas contradicciones, por nuestro Tribunal Constitucional y, de manera rotunda e inequívoca, por los mentados tribunales internacionales (Doménech, 2006a).

En el presente trabajo reexamino las razones que cabe esgrimir a favor y en contra de esta doctrina, teniendo en cuenta especialmente las críticas que se le han dirigido durante los últimos años, y me reafirmo en ella con algunos matices y puntualizaciones. En particular, pongo de manifiesto que, entre los derechos fundamentales a obtener la protección penal del Estado y los derechos fundamentales que los ciudadanos tienen frente al ejercicio por parte del Estado de su poder sancionador, existe una suerte de asimetría, que se manifiesta en varios puntos: la mayor o menor necesidad de consagrar constitucionalmente esos derechos; la deferencia que los tribunales deberían mostrar a la hora de enjuiciar si las autoridades competentes han respetado tales derechos; la obligación de observar ciertas

garantías formales para limitarlos; la configuración de esas garantías y las consecuencias jurídicas o remedios a los que su vulneración debería dar lugar.

2. FUNDAMENTO DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. CRÍTICA DE LA TESIS DE LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La teoría según la cual los deberes de proteger —penalmente, incluso— los derechos fundamentales se derivan de la dimensión objetiva de estos es de origen germánico. El Tribunal Constitucional Federal alemán la formuló ampliamente por primera vez en su Sentencia de 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39, 1), que declaró inconstitucional la despenalización del aborto consentido efectuado durante las doce primeras semanas de embarazo. A su juicio, de los artículos 2.2 («todos tienen derecho a la vida») y 1.1 de la Ley Fundamental («la dignidad del hombre es inviolable; acatarla y protegerla es obligación de todos los poderes públicos») se deriva la obligación del Estado de proteger cualquier tipo de vida humana, incluso la del *nasciturus*. La razón es que «las normas de los derechos fundamentales contienen no sólo derechos defensivos del individuo frente al Estado, sino que al mismo tiempo incorporan un orden objetivo de valores que vale como decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del Derecho y que da directrices e impulso para el legislador, la Administración y la jurisdicción».

Esta doctrina fue asumida por el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 53/1985, también relativa a la despenalización del aborto. El paralelismo existente entre los casos alemán y español no es casual. Dicha doctrina permitía alcanzar cierto resultado eludiendo un espinoso problema. La mayoría de los magistrados de ambos tribunales quería dejar sentado que, en virtud de la Constitución, la vida del *nasciturus* debía gozar de algún tipo de protección penal. El problema era que difícilmente podía afirmarse que el fundamento constitucional de esta protección radicaba en que el *nasciturus* era titular del derecho a la vida, pues ni la legislación alemana ni la española reconocían al *nasciturus* personalidad jurídica, aptitud para ser titular de derechos. Parecía necesario, pues, invocar otro fundamento.

De ahí que el Tribunal alemán advierta que «no hace falta resolver la cuestión discutida por la jurisprudencia y la doctrina científica acerca de si el *nasciturus* mismo es titular de un derecho fundamental o si, debido a su falta de capacidad jurídica, se le protege en su derecho a la vida sólo en virtud de las normas objetivas de la Constitución [...] Si y, en su caso, en qué medida el Estado está constitucionalmente obligado a la protección jurídica de la vida en formación puede ya ser deducido del contenido jurídico-objetivo de las normas de derechos fundamentales» (BVerfGE 39, 1, 41).

En sentido similar, señala la STC 53/1984 que, aunque no puede estimarse «la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida», «en todo

caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso [...] la vida del *nasciturus* [...] es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental» (FJ 4). El derecho a la vida «es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional [...] y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (FJ 3). «Los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste». «De la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas”, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa» (FJ 4).

El Tribunal Constitucional plasma esta teoría también en sus Autos 382/1996 y 333/1997: «los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico. Como consecuencia de este “doble carácter” de los derechos fundamentales [...] pende sobre los poderes públicos una vinculación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos citada; en su vertiente jurídico-objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos». Es decir, en esta última vertiente, los derechos fundamentales imponen a los poderes públicos un «deber de protección».

Esta tesis resulta rechazable, en primer lugar, por afirmarse apodícticamente, sin indicar razón alguna que la sustente. No se explica por qué la dimensión objetiva de los derechos fundamentales implica la existencia de deberes de protegerlos activamente, ni tampoco por qué no se desprenden deberes análogos de su dimensión subjetiva.

En segundo lugar, la circunstancia de que de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se deriven deberes de protección no implica lógicamente que estos no puedan deducirse también de la dimensión subjetiva de los mismos derechos.

En tercer lugar, de la referida tesis se desprende que los ciudadanos no tienen un derecho subjetivo fundamental al cumplimiento de los correspondientes deberes de protección. Si el deber de proteger estos derechos deriva de su dimensión puramente objetiva, por definición, sus titulares carecen de un derecho subjetivo a exigir su cumplimiento. Resultaría artificioso, enrevesado e incoherente deducir del contenido «puramente objetivo» de los derechos fundamentales un deber del Estado de protegerlos y, a continuación, afirmar que los ciudadanos son titulares de un auténtico derecho subjetivo fundamental, exigible ante

los tribunales, al cumplimiento de ese deber (así lo advierten, entre otros, Hermes, 1987: 110, 111, 196 y 210; Krings, 2003: 165 y ss. y 236).

En cuarto lugar, este resultado práctico al que conduce la referida tesis de la dimensión objetiva es difícilmente aceptable. Una prueba de ello es que ni siquiera en Alemania se acepta. Allí, una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia ha preferido sostener una teoría tan artificiosa, enrevesada e inconsistente como la expuesta antes que negar que los ciudadanos tienen derechos subjetivos fundamentales al cumplimiento de los referidos deberes de protección (*vid.* Störing, 2008: 60-72). Es más, en la actualidad, cada vez más autores consideran que la teoría de la dimensión objetiva es innecesaria para justificar dichos deberes. Estos se derivan directamente de los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos en virtud de los cuales sus titulares pueden exigir la realización de ciertas conductas (entre otros, Krings, 2003: 235; Kaspar, 2014: 71 y 74).

En quinto lugar, aquel resultado práctico sería contrario a la jurisprudencia del TEDH. Al estimar numerosas demandas formuladas por personas que pretendían se declarara que el Estado había violado sus derechos fundamentales al incumplir ciertas obligaciones positivas de protegerlos, este Tribunal ha reconocido inequívocamente que de estos derechos se deducen para sus titulares genuinos derechos subjetivos a obtener la protección del Estado.

De hecho, la teoría de la dimensión objetiva ha perdido en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional español buena parte del peso que antiguamente tuvo en esta materia. Para justificar que los derechos fundamentales imponen al Estado deberes de protegerlos, el Tribunal invoca ahora dicha dimensión sólo a veces. La STC 44/2023 (FJ 8) la invoca a mayor abundamiento para sostener la licitud de un precepto legal que garantizaba el derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo en determinadas condiciones. También parecen referirse a ella varias sentencias relativas a casos de extradición, en las que se advierte que las autoridades españolas «se encuentran obligadas a prevenir la vulneración de derechos fundamentales, que les vinculan como bases objetivas de nuestro Ordenamiento, incluso si esa vulneración se espera de autoridades extranjeras» [entre otras, SSTC 13/1994 (FJ 4); 87/2000 (FJ 2); 91/2000 (FJ 6); 163/2000 (F 4); 181/2004 (F 12); 82/2006 (FJ 2); 140/2007 (FJ 2); 123/2009 (FJ 2); 81/2022 (FJ 5)].

Últimamente, el Tribunal prefiere apoyarse a estos efectos en la doctrina del TEDH relativa a las obligaciones positivas derivadas de los derechos fundamentales (SSTC 87/2020, 19/2023 y 44/2023, así como el ATC 80/2021), que en mi opinión es mucho más sencilla, coherente, robusta y convincente que la teoría de la dimensión objetiva. Como seguidamente veremos, sólidas razones permiten afirmar que los derechos consagrados en la Constitución española y el CEDH imponen al Estado no sólo obligaciones negativas de abstenerse de menoscabarlos, sino también obligaciones positivas de protegerlos (Mowbray, 2004; Doménech Pascual, 2006b; Akandji-Kombe, 2007; Xenos, 2012; Stoyanova, 2023), penalmente incluso.

2.2. EL ARGUMENTO LITERAL

Un derecho (subjetivo) consiste en el poder jurídico atribuido a una persona de exigir de otra u otras personas una conducta que posibilite la satisfacción de un determinado interés. Los preceptos de la Constitución que consagran derechos fundamentales suelen describir las conductas debidas con un supremo grado de abstracción y, por consiguiente, de extensión. El artículo 15 CE, por ejemplo, dispone que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral». La letra de este precepto no limita el tipo de conductas —de hacer o de no hacer— a las que se tiene derecho, ni, por cierto, tampoco el tipo de sujetos obligados a realizarlas. Con arreglo a una interpretación estrictamente literal de esta disposición constitucional, todos tienen un derecho fundamental a cualesquiera conductas, realizadas por cualesquiera sujetos, que afecten positivamente a su vida. La redacción de las disposiciones que consagran derechos fundamentales apoya la tesis de que estos imponen al Estado no solo obligaciones negativas de abstenerse de menoscabarlos, sino también obligaciones positivas de protegerlos.

Esta conclusión resulta reforzada por la circunstancia de que la Constitución, además de proclamar la voluntad de la Nación de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos» (preámbulo), establece que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», así como «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (art. 9.2) y que las fuerzas y cuerpos de seguridad «tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades» (art. 104.1).

2.3. EL ARGUMENTO TELEOLÓGICO

Los derechos fundamentales constituyen medios para la satisfacción de ciertos bienes (o, si se prefiere llamarlos así, intereses o valores), tales como la libertad, la vida, la igualdad, la intimidad, etc. Con varios autores, cabe afirmar que estos derechos constituyen principios, mandatos de optimización que prescriben que se satisfagan efectivamente los correspondientes intereses en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes (por todos, Alexy, 1994: 75 y 76; Lopera Mesa, 2004). Pues bien, esa satisfacción óptima requiere no sólo la abstención de los poderes públicos, sino también su actuación protectora. En consecuencia, los derechos fundamentales, así concebidos, obligan al Estado a tomar todas las medidas encaminadas a proteger dichos intereses, bienes y valores, dentro de lo fáctico y jurídicamente posible.

2.4. EL ARGUMENTO DE LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL

La concepción según la cual los derechos fundamentales constituyen derechos de defensa frente al Estado —es decir, imponen sólo obligaciones negativas y sólo al Estado— «responde a unos determinados condicionamientos históricos que no se dan en la actualidad» (Naranjo, 2000:187). En las sociedades contemporáneas, la satisfacción efectiva de los

intereses en aras de los cuales se reconocen tales derechos exige cada vez con mayor frecuencia e intensidad no ya la abstención de los poderes públicos, sino su actuación protectora.

La idea de que los poderes públicos deben asumir un papel activo en la protección de la libertad de los ciudadanos no es ni mucho menos nueva, sino que está profundamente enraizada en la concepción originaria del Estado moderno. Este se justifica en la medida en que constituye un instrumento para asegurar la paz social, para defender la vida y la propiedad de los ciudadanos frente a las eventuales agresiones de sus semejantes y de los enemigos extranjeros (Hobbes, 1651: caps. XVII y XXX).

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 puede leerse que «la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre» (art. 2.º) y que «la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública» (art. 12). En las constituciones de algunos estados norteamericanos llega a establecerse que «todo miembro de la Comunidad tiene un derecho a ser protegido por ella en el disfrute de su vida, libertad y propiedad»¹.

La preocupación principal del constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX es, ciertamente, limitar el poder estatal, prevenir su ejercicio abusivo o arbitrario. El acento se pone en la defensa de la libertad frente al Estado, no en la defensa de la libertad mediante el Estado. De ahí que, según la teoría liberal clásica que entonces se forja, los derechos fundamentales se dirigen a garantizar a los individuos un ámbito de libertad inmune frente a las agresiones provenientes de los poderes públicos; imponen al Estado obligaciones negativas, de abstenerse de interferir en ese ámbito. Téngase en cuenta también que las formulaciones europeas clásicas de los derechos humanos fueron impulsadas principalmente por la burguesía liberal, que se esforzaba, sobre todo en asegurar su libertad frente a la que creía la mayor amenaza para ella: el formidable poder del Estado, fundamentalmente del ejecutivo (Schmitt, 1927:142 y 182), en manos de un monarca carente de legitimidad democrática. A la burguesía europea le preocupaba menos la posibilidad de que otros particulares dañasen sus derechos, principalmente porque los burgueses eran los sujetos privados más poderosos.

Pero las circunstancias sociales y políticas han cambiado mucho desde entonces. De un lado, algunas organizaciones privadas han incrementado notablemente su poder y «constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público» (Bilbao Ubillós, 1997:243). De otro lado, el Estado ha dejado de estar dominado casi exclusivamente por los intereses de la burguesía para convertirse en un Estado de pluralidad de clases, cada una de las cuales reclama de este la satisfacción de sus intereses y derechos, con frecuencia contrapuestos (Giannini, 1991:49 y ss.)

Estos cambios han hecho emerger la doctrina de las obligaciones positivas de protección. Para que los derechos fundamentales puedan cumplir hoy su función de satisfacer *efectivamente* los intereses para cuya garantía se reconocen, hay que reconocer que tales derechos facultan a sus titulares para exigir del Estado su protección activa. Este es el principal argumento esgrimido por el TEDH para fundar su doctrina de las obligaciones

positivas: la vigencia «real y efectiva [de las libertades reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en adelante CEDH] no se conforma con un simple deber de no injerencia del Estado; una concepción puramente negativa no cuadra con el objeto y la finalidad» de las disposiciones del CEDH².

2.5. LA PROTECCIÓN EXIGIBLE EN VIRTUD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMPRENDE *PRIMA FACIE* LA PROTECCIÓN PENAL

Por las mismas razones que acaban de exponerse, cabe afirmar que los derechos fundamentales, en cuanto que mandatos de optimización, obligan al Estado a tomar, en principio, *todas* las medidas de protección adecuadas para proteger los bienes fundamentales frente a cualquier daño o riesgo que los amenace y, por lo tanto, también medidas de índole penal, en tanto en cuanto estas constituyen un instrumento útil para lograr este fin. Si, como ha venido a declarar el TEDH, el Estado debe hacer todo lo que pueda a fin de «evitar o reducir al mínimo los riesgos» para los bienes fundamentales³, si el Estado ha de adoptar, en principio, todas las precauciones apropiadas para minimizar el riesgo de lesión para estos⁴, entonces debe establecer, en principio, también medidas de protección penal, en tanto en cuanto estas reducen dicho riesgo, al disuadir la realización de actividades que menoscaban o ponen en peligro esos bienes. En esa medida, la protección exigible en virtud de los derechos fundamentales comprende *prima facie* la protección penal: el legislador debe tipificar como infracción las conductas que lesionen o amenacen dichos bienes y las autoridades administrativas y judiciales deben aplicar efectivamente las normas sancionadoras correspondientes, investigando los correspondientes hechos y persiguiendo y castigando a los culpables.

3. CRÍTICA DE LAS OBJECIONES A LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. LA OBJECCIÓN LIBERAL

Se ha dicho que la existencia de tales obligaciones conlleva un debilitamiento de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos frente al poder estatal. Constituye una inaceptable inversión del sentido de tales derechos, deducir de ellos la obligación positiva del legislador de intervenir en la libertad de los ciudadanos de la manera más grave posible, nada menos que mediante sanciones penales⁵. Según Caamaño (2003: 54), esta «reversión jurídica de los derechos fundamentales [...] resulta, cuando menos, de complicada compatibilidad con un modelo de Derecho penal liberal basado en los principios de subsidiariedad y mínima intervención». Según Tomás-Valiente (2016: 35), «la idea de albergar en [los derechos fundamentales] una pretensión punitiva distorsionaría por completo su carácter de derechos de libertad».

En mi opinión, el que los derechos fundamentales constituyan también derechos a obtener la protección penal del Estado no supone intrínseca ni necesariamente un menoscabo de estos, sino que, muy al contrario, en principio contribuye a garantizar su goce real y efectivo. El cumplimiento de las obligaciones de protección exigirá muchas veces limitar la libertad de algunos ciudadanos, pero esta circunstancia no tiene el peso suficiente como para negarlas. Por paradójico que pueda sonar, el mantenimiento de la libertad exige que se la limite. La ausencia de limitaciones y controles conduce «a una severísima coerción, ya que deja a los poderosos en libertad para esclavizar a los débiles» (Popper, 1945: 511, nota 4). «Es precisamente por esta razón que exigimos que el Estado limite la libertad hasta cierto punto, de modo que la libertad de todos esté protegida por la ley. Nadie quedará, así, a *merced* de otros, sino que todos tendrán *derecho* a ser protegidos por el Estado» (Popper, 1945: 305).

Las obligaciones de protección penal exigen limitar la libertad, especialmente la de los sujetos más poderosos y peligrosos, pero refuerzan la efectividad de la libertad de los ciudadanos en su conjunto, especialmente de los más débiles. Cuando se produce un conflicto entre derechos fundamentales —aquí, entre el derecho a que el Estado proteja la libertad y el derecho a que el Estado se abstenga de interferir en ella—, la solución razonable no es sacrificar por entero uno de ellos para evitar cualquier perjuicio al otro, sino adoptar una medida proporcionada, que logre el justo equilibrio entre ambos. Y las medidas penales adoptadas para proteger la libertad, cuando son realmente proporcionadas, resultan por definición beneficiosa para la libertad. Si una sanción restrictiva de un derecho es útil, necesaria y no excesiva para salvaguardar otro derecho, entonces imponerla es mejor para la satisfacción global de los derechos afectados que no imponerla, pues los beneficios que para un derecho se derivan de la sanción superan a los costes que esta encierra para el otro derecho involucrado. En caso contrario, la sanción sería desproporcionada.

Se ha señalado, sin embargo, que esta doctrina jurisprudencial puede dar lugar a un ejercicio desproporcionado del *ius puniendi* estatal, a una suerte de «extralimitación coercitiva» (Lazarus, 2012).

Esto puede ocurrir, en primer lugar, si el TEDH o el Tribunal Constitucional se equivocan y declaran que las autoridades competentes deben tomar ciertas medidas de protección penal que, en realidad, no deberían tomarse, por conllevar restricciones inútiles, innecesarias o excesivas de otros derechos fundamentales. Esto podría suceder, a su vez, por diversas causas. (1ª) Cabe, por ejemplo, que las medidas punitivas tengan realmente una eficacia disuasoria menor de la que el TEDH presupone que tienen. Persak (2020: 150-156), Mavronicola (2020: 201) y Florio (2023) cuestionan, en este sentido, que el TEDH afirme la necesidad de ciertas penas en atención a sus efectos disuasorios sin aportar evidencias empíricas acerca de estos. (2ª) Mavronicola (2020:187-192) ha señalado que existe también el riesgo de que el TEDH utilice para determinar la pertinencia de la responsabilidad penal los mismos estándares que normalmente utiliza para determinar la responsabilidad de los Estados por violación de los derechos humanos. Esta confusión de estándares puede provocar que el TEDH considere que es obligado adoptar medidas de protección penal en casos en los que seguramente éstas no son pertinentes, pues los requisitos jurídicos a los que

se supedita el nacimiento de la responsabilidad estatal son normalmente más laxos que los establecidos respecto de la responsabilidad penal. (3ª) También podría darse el fenómeno contrario: que el TEDH aplique a la responsabilidad estatal los estándares usualmente aplicados en derecho penal, lo que puede provocar que no se declare dicha responsabilidad en casos en los que debería haberse declarado, con el debilitamiento que ello supone para la eficacia de los derechos afectados (ídem, 2020: 192-198). (4ª) Y, en opinión de esta autora, el énfasis que el TEDH ha puesto en los remedios penales puede favorecer que no considere suficientemente la posibilidad de tomar otras medidas necesarias de protección de los derechos humanos (ídem, 2020: 198-201). (5ª) En sentido similar, se ha señalado que poner el foco en la responsabilidad penal, de carácter individual, hace perder de vista las causas estructurales, políticas e institucionales de ciertas violaciones de estos derechos (Engle, 2015:1120-1122; Stoyanova, 2020: 218-219).

Sin embargo, el riesgo de que todo ello ocurra no justifica, a mi juicio, el rechazo de la doctrina de las obligaciones positivas de protección penal. De un lado, porque éste es un riesgo relativamente modesto, habida cuenta del amplio margen de discrecionalidad que los tribunales deben reconocer y *de facto* reconocen normalmente a las autoridades competentes para precisar las debidas medidas de protección. De otro lado, las equivocaciones eventualmente cometidas en esta materia por los tribunales (tanto por exceso como por defecto) siempre pueden ser criticadas, cuestionadas, impugnadas, revisadas y corregidas ulteriormente. Conviene tener muy en cuenta todos los riesgos que encierra la doctrina de las obligaciones positivas de protección penal, pero no necesariamente para abandonarla, sino más bien para calibrarla, mejorarla y asegurar su correcta aplicación (en sentido similar, Mavronicola, 2020:201).

En segundo lugar, la doctrina jurisprudencial cuestionada también podría propiciar, en opinión de varios autores, que otras autoridades se excedieran en el ejercicio de su *ius puniendi*. Según Tomás-Valiente (2016: 57), existe el riesgo de que esa doctrina, afirmada por actores de tanto prestigio como el TEDH, sea utilizada demagógicamente y acabe sirviendo para legitimar, reforzar e impulsar políticas penales y de seguridad que restringen de manera desproporcionada los derechos individuales. En sentido similar, Martínez Garay (2020:52) denuncia que las obligaciones de tutela penal pueden ser «instrumentalizadas por el Estado [...] para justificar el abuso del Derecho penal e incrementar sin límites la intensidad de la coerción [...] y por tanto no en favor de los derechos humanos de colectivos vulnerables, sino en detrimento de los derechos fundamentales de libertad de todos los ciudadanos» (en sentido similar, Pinto, 2020).

Tampoco me parece que esté supuesto riesgo justifique descartar la referida doctrina de las obligaciones positivas de protección penal, cuando menos por tres razones. La primera es que no hay evidencias de que esta doctrina haya propiciado la adopción de medidas legislativas, administrativas o judiciales que hayan supuesto restricciones desproporcionadas de los derechos individuales y *que no se hubieran adoptado* en el caso de que dicha doctrina no hubiera existido. Pinto (2020: 163) afirma que la jurisprudencia del TEDH en esta materia «ha impulsado una expansión del sistema penal en el Reino Unido bajo un disfraz benévolo que enmascara los efectos opresivos de los poderes extensos para criminalizar y

castigar». Sin embargo, la autora no aporta evidencias empíricas que permitan establecer una relación de causalidad entre la referida jurisprudencia y la mentada expansión. Es posible y hasta verosímil que esta última se hubiera producido de todas formas. Repárese en que, como la propia Pinto señala, la expansión punitiva es un fenómeno que: (i) afecta también e incluso más intensamente a países no europeos donde no existe una jurisprudencia equivalente, como los Estados Unidos de América; (ii) no se ha producido en varios países de Europa; y (iii) se inicia antes de que se consolide dicha jurisprudencia.

La segunda razón es que el TEDH y nuestro Tribunal Constitucional han aplicado y probablemente van a seguir aplicando dicha doctrina de manera muy deferente. Ambos han estimado que las autoridades legislativas, administrativas y judiciales tienen un amplio margen de discrecionalidad para determinar si las medidas de protección penal adoptadas son o no suficientes (en relación con el TEDH, Lavrysen, 2020: 53). Esta deferencia hace que el referido riesgo resulte escaso. Así lo reconoce incluso Tomás-Valiente (2016:57).

Finalmente, no parece que la manera más equilibrada de conjurar dicho riesgo consista en abandonar la doctrina cuestionada, habida cuenta del elevado coste que la desprotección resultante de semejante abandono supondría para los derechos fundamentales de no pocas personas. Una manera más directa y efectiva de enervar ese riesgo sin incurrir en este coste consiste en que los tribunales controlen con mayor rigor si las medidas penales en cuestión son proporcionadas (adecuadas, necesarias y no excesivas) para proteger los correspondientes derechos fundamentales, es decir, que los tribunales reduzcan la deferencia con la que enjuician la proporcionalidad de las medidas de protección penal sometidas a su conocimiento. Esta reducción incrementa el riesgo de que en algún caso puntual se anulen erróneamente medidas que en verdad protegen proporcionalmente determinados derechos fundamentales y, a la postre, éstos no queden debidamente salvaguardados. Pero semejante riesgo de desprotección puntual no es tan grave como el riesgo de desprotección total que supondría rechazar enteramente la doctrina considerada.

3.2. LA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA

Se ha dicho que deducir de los derechos fundamentales obligaciones positivas de protegerlos penalmente es incompatible con el principio democrático, en la medida en que, como la obligación de penalizar no es expresa, el Tribunal Constitucional se convierte en el «controlador final de la política criminal» (Caamaño, 2003:56). Según afirma Rubio Llorente en su voto particular a la STC 53/1985:

El intérprete «no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos “encarnan”, para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto». Esto supone «lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente. Los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del poder legislativo, representación del pueblo!) que el precepto en modo alguno impone. Por esta vía, es claro que podía el Tribunal Constitucional, contrastando las leyes con los valores abstractos que la Constitución efectivamente proclama (entre los cuales no está,

evidentemente, el de la vida, pues la vida es algo más que “un valor jurídico”) invalidar cualquier Ley por considerarla incompatible con su propio sentimiento de la libertad, la igualdad, la justicia o el pluralismo político. La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al Juez».

Este argumento es muy poco convincente. El elevado grado de abstracción de los preceptos que reconocen derechos fundamentales es un problema que se presenta también al juzgar si el Estado ha cumplido las obligaciones negativas que de ellos se desprenden, lo que no impide al Tribunal Constitucional efectuar dicho juicio. Este Tribunal queda facultado en ambos casos para contrastar las leyes con los derechos proclamados en la Constitución, que participan del carácter jurídico y supremo de las normas constitucionales, lo que implica que vinculan directamente a todos los poderes públicos y que, por lo tanto, constituyen un criterio con arreglo al cual enjuiciar la validez de las leyes. El parlamento dispone de un amplio margen para concretar las obligaciones que se deducen de los derechos fundamentales, pero este no es infinito, y el Tribunal Constitucional tiene competencia para verificar si ha sido rebasado o no. La «famosa libertad de configuración del legislador» no impide la existencia de «derechos prestacionales» constitucionales exigibles aún a falta de ley que los reconozca (Prieto Sanchís, 1998: 110 y 111).

Mañalich Raffo (2005: 257 y 258) ha esgrimido otro argumento relacionado con el principio democrático con el fin de cuestionar que los tribunales deduzcan de los derechos fundamentales deberes de protección penal vinculantes para el legislador. En su opinión, el ejercicio contra-mayoritario del control judicial de constitucionalidad de la ley penal sólo puede justificarse cuando con ese ejercicio se evita una afeción intolerable de un interés reconocido constitucionalmente. «Una situación de este tipo puede presentarse, ciertamente, tratándose de decisiones legislativas que establecen normas punitivas, pero es mucho menos probable tratándose de decisiones legislativas que renuncian al establecimiento de normas punitivas. Pues cuando la decisión legislativa se refiere al establecimiento o no establecimiento de una norma punitiva, necesariamente se ve involucrado un interés cuya consideración podría volver plausible una solución de ponderación en favor de la renuncia a la punición: el interés (masivamente) afectado por las consecuencias lesivas implicadas en el ejercicio del *ius puniendi*». Además, la aplicación de una pena constituye una injerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que más directamente representa al pueblo: el parlamento. «Si un órgano que carece de legitimación democrática puede imponer al órgano legitimado un deber de establecer o mantener una norma que, como la norma punitiva, se encuentra tan necesitada de legitimación, entonces decae en esa parte la justificación política de esa norma».

A Mañalich hay que reconocerle el mérito de haber puesto de relieve que aquí existe una asimetría entre el ejercicio del *ius puniendi* y la falta de ejercicio de este: «la legitimación de la fundamentación de pena debe ser siempre más exigente que la legitimación de la fundamentación de la impunidad. Esto impide la postulación de una equiparación entre la prohibición de exceso y la prohibición de defecto, al menos cuando el medio evaluado es el establecimiento de una norma punitiva».

Sin embargo, esta asimetría no justifica abandonar la doctrina de las obligaciones positivas de protección penal ni, en particular, descartar completamente la posibilidad de que el Tribunal Constitucional o el TEDH declaren que el Estado las ha incumplido.

En primer lugar, porque, como viene a reconocer implícitamente incluso el propio Mañalich, aunque «mucho menos probable», no es del todo descartable que se presente una situación en la que la impunidad de una conducta suponga una desprotección manifiestamente intolerable de los bienes fundamentales de ciertas personas. La mera circunstancia de que la aplicación de una norma penal conlleve consecuencias lesivas para determinados individuos —los infractores a los que se imponen las penas— no implica necesariamente que resulte plausible la renuncia del legislador a establecer dicha norma. La renuncia puede ser ostensiblemente implausible e intolerable si cabe estimar con el suficiente grado de certeza que la falta de protección penal traería consecuencias lesivas mucho peores para otros individuos, las víctimas de las correspondientes agresiones.

En segundo lugar, el hecho de que un órgano jurisdiccional cuya legitimidad democrática es indudablemente inferior a la del parlamento declare que éste ha incumplido sus obligaciones de proteger penalmente los derechos fundamentales y, de una manera u otra, propicie el establecimiento de una norma punitiva puede tener, ciertamente, un coste en términos de legitimidad democrática. Sin embargo, tampoco conviene exagerar la magnitud de este coste. Nótese que no es necesario ni seguramente exigible que el tribunal que ha declarado el incumplimiento de la correspondiente obligación de protección establezca directamente una norma penal sin respaldo parlamentario alguno. Cuando la falta de la protección penal constitucionalmente debida resulta de una omisión legislativa, cabe minimizar dicho coste, declarando el incumplimiento y la obligación del legislador de establecer la norma penal debida, sin que el tribunal la imponga directamente. Cuando el incumplimiento resulta de una actuación legislativa (una ley despenalizadora), su anulación provocará, en principio, la «reviviscencia» de ley penal que aquella derogó, que fue aprobada en su día por el parlamento y que, por lo tanto, todavía cuenta con cierta legitimidad democrática.

En tercer lugar, para evaluar la licitud constitucional del control judicial del cumplimiento de las obligaciones positivas de protección penal hay que tener en cuenta no sólo los costes que éste implica para el principio democrático, sino también los beneficios que del referido control se derivan para otros principios constitucionales. Y es perfectamente posible que los beneficios superen a los costes.

Si los tribunales no pudieran controlar en modo alguno el cumplimiento de esas obligaciones positivas, muy probablemente el legislador no tendría siempre los incentivos suficientes para adoptar medidas penales manifiestamente adecuadas, necesarias y proporcionadas para proteger a determinados individuos frente a ciertas agresiones graves y, de resultas de ello, éstos quedarían expuestos a un riesgo intolerable de sufrirlas. Permitir que los tribunales controlen el cumplimiento de estas obligaciones incrementa la probabilidad de que el legislador las cumpla y, a la postre, reduce dicho riesgo.

4. NECESIDAD DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. PRIMERA ASIMETRÍA

La razón principal por la que en la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico se consagran derechos que vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) es la de salvaguardar ciertos bienes especialmente importantes frente a las fuerzas políticas mayoritarias que, directa o indirectamente, pueden dirigir o determinar la actuación de todos esos poderes. En materia penal, dichas mayorías representan dos tipos de amenazas o peligros para los referidos bienes.

El primero es el *peligro de exceso*. Las autoridades competentes pueden adoptar medidas punitivas desproporcionadas, que menoscaban inútil, innecesaria o excesivamente los bienes fundamentales de ciertas personas. Este peligro es tanto mayor cuanto más fuertes son los incentivos que dichas autoridades tienen para tomar semejantes medidas. El peligro es por ello especialmente elevado: (i) cuando éstas tienen escasos costes para las autoridades y sus votantes, pero entrañan perjuicios considerables para otras personas, que pertenecen a colectivos minoritarios, sin influencia política, vulnerables, débiles, discriminados, etc.; y (ii) cuando las conductas que se trata de prevenir menoscaban los intereses de las autoridades o de sus votantes. Para combatir este peligro, los ciudadanos son titulares de varios derechos fundamentales que les permiten defenderse contra el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

El segundo es el *peligro de defecto*. Las autoridades competentes también pueden omitir medidas punitivas que son adecuadas, necesarias y proporcionadas para prevenir el riesgo de que los bienes fundamentales de ciertos individuos sufran graves agresiones. «El poder punitivo estatal puede ser usado en modo *arbitrario* no sólo cuando se lo ejerce, sino también cuando *se omite ejercerlo*, dejando así sin tutela a víctimas débiles» (Viganò, 2014: 472). Este peligro es tanto mayor cuanto más reducidos son los incentivos que dichas autoridades tienen para adoptar tales medidas. El peligro es por ello especialmente elevado: (i) cuando a las autoridades les resulta muy costoso castigar a los agresores, por ejemplo, porque estos pertenecen al círculo de las personas que les permiten ganar las elecciones y mantenerse en el poder; y (ii) cuando desproteger a las potenciales víctimas conlleva escasos costes para las autoridades, por ejemplo, porque aquellas pertenecen a colectivos minoritarios, sin influencia política, vulnerables, discriminados, etc. Para enervar este peligro, los ciudadanos pueden, en virtud de los derechos que la Constitución y el CEDH les otorgan, exigir que el Estado les proteja mediante el ejercicio de su *ius puniendi*.

Cabe razonablemente pensar que *el peligro por defecto es, en líneas generales, menos grave que el peligro por exceso*. Hay buenas razones para considerar que, por lo común, los poderes públicos tienden a ejercer excesivamente, no insuficientemente, el *ius puniendi* (entre otros muchos, Silva Sánchez, 2011; Corcoy Bidasolo, 2012; Viana Ballester, 2020; Arzo Olivares, 2024). Un factor determinante es que, en un sistema democrático, en el que los poderes públicos están dirigidos por las fuerzas políticas mayoritarias y éstas tienden a satisfacer las preferencias del votante mediano (Congleton, 2004), resulta electoralmente rentable ejercer el *ius puniendi* estatal por encima del nivel que sería socialmente óptimo (en el que

los costes marginales de las sanciones se igualan a sus beneficios marginales). La explicación radica en que la probabilidad de que el votante mediano cometa un delito y, a la postre, de que se le imponga una pena es seguramente inferior a la de la media de la población. Esto provoca que dicho votante no tenga suficientemente en cuenta los costes esperados medios que para los eventuales infractores se derivan del ejercicio del *ius puniendi* y, por consiguiente, que sus preferencias punitivas resulten «excesivas», es decir, que prefiera que los poderes públicos impongan sanciones con una frecuencia y de una magnitud superiores a las que serían socialmente óptimas (Mungan, 2017).

Con todo, también cabe pensar que *el peligro por defecto es lo suficientemente grave* como para que resulte justificado consagrar en la Constitución y en otros textos normativos equivalentes (v. gr., el CEDH) un derecho de los ciudadanos a exigir del Estado la protección penal de ciertos bienes fundamentales. La razón es que resulta muy probable que, al menos en algunos casos, las fuerzas políticas mayoritarias no tengan los incentivos suficientes para proteger mediante el ejercicio del *ius puniendi* estatal como sería socialmente deseable a determinadas personas frente a ciertas agresiones especialmente graves. Según hemos visto, esto puede ocurrir típicamente en dos supuestos:

En primer lugar, cuando las víctimas pertenecen a colectivos vulnerables, minoritarios, discriminados, con escasa influencia política, etc. Nótese que, en estos casos, la probabilidad de que el votante mediano sufra la agresión correspondiente es inferior a la de la media de la ciudadanía, por lo que aquel preferirá que se inviertan en prevenir tales agresiones menos recursos públicos de los que sería socialmente deseable invertir. En consecuencia, preferirá que el Estado ejerza en tales casos su *ius puniendi* en una medida inferior a la socialmente óptima. Y ya sabemos que las fuerzas políticas mayoritarias tienden a satisfacer las preferencias del votante mediano.

En segundo lugar, el peligro por defecto suele ser especialmente elevado cuando a las autoridades encargadas de ejercer el *ius puniendi* les resulta especialmente costoso castigar a los agresores, por ejemplo, porque éstos pertenecen a grupos provistos de gran influencia política o poder.

No es casualidad que casi todos los casos en los que el TEDH ha declarado el incumplimiento de obligaciones positivas de protección penal encajen en uno de los dos supuestos descritos o incluso en ambos. Éstos constituyen precisamente los escenarios típicos en los que, por las razones expuestas, se hace necesaria la existencia de un derecho constitucional a exigir dicha protección.

En el primer supuesto encajan, por ejemplo, las sentencias que condenan a los Estados demandados por no haber proporcionado la debida protección penal a: inmigrantes frente a conductas de explotación laboral⁶ o sexual⁷ grave; mujeres agredidas sexualmente⁸; mujeres y menores víctimas de violencia de género o doméstica⁹; miembros de confesiones religiosas minoritarias¹⁰; personas que sufrieron lesiones mientras se hallaban privadas de libertad bajo custodia policial, etc. (*vid.* Heri, 2020).

En el segundo supuesto encajan, por ejemplo, las sentencias que estiman reclamaciones formuladas contra Estados por: no investigar debidamente homicidios, lesiones y torturas

cometidos por agentes estatales o grupos paramilitares, especialmente cuando las víctimas son personas pertenecientes a grupos étnicos, políticos o religiosos minoritarios, vulnerables, carentes de influencia política; incurrir en dilaciones indebidas al investigar hechos similares cometidos por agentes de las fuerzas de seguridad del Estado, lo que propició que los correspondientes delitos prescribieran¹¹; imponer una sanción demasiado baja para los policías autores de ciertos delitos¹², etc. El TEDH ha declarado, con carácter general, que existe una «obligación especialmente estricta de reaccionar contra los crímenes cometidos por los agentes estatales». La razón es que el Estado debe «combatir la sensación de impunidad que los delincuentes puedan considerar que disfrutaban en virtud de su cargo y para mantener la confianza y el respeto de los ciudadanos hacia el sistema policial»¹³.

Y, en ambos supuestos, se trataba de agresiones especialmente graves contra bienes fundamentales de la mayor importancia: la vida, la integridad física y moral, la libertad personal y la libertad sexual, principalmente.

5. CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN PENAL

5.1. EL MÉTODO DE DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El método que hay que utilizar para precisar si, en un caso concreto, el Estado ha respetado sus obligaciones negativas derivadas de los derechos fundamentales está relativamente estructurado, perfilado y consolidado en la doctrina y la jurisprudencia.

Este método responde al siguiente esquema (Arzoz, 2014:57-118). En primer lugar, hay que precisar el supuesto de hecho o ámbito de protección del derecho fundamental, que delimitaría su alcance potencial o *prima facie*. Este ámbito viene determinado por el interés protegido por el derecho. El contenido *prima facie* del derecho exige que el Estado se abstenga en principio de realizar cualquier actuación que menoscabe o amenace con menoscabar dicho interés.

En segundo lugar, hay que determinar si la actuación de los poderes públicos enjuiciada interfiere en ese ámbito o, dicho con otras palabras, si limita el alcance potencial o *prima facie* del derecho, al menoscabar o amenazar con menoscabar los intereses que éste protege.

Finalmente, hay que juzgar si la interferencia está suficientemente justificada. Para estarlo, ha de cumplir varios requisitos formales y materiales establecidos por la Constitución. Entre los formales destacan la reserva de ley y el mandato de determinación: sólo son constitucionalmente admisibles las limitaciones previstas en una norma con rango de ley y predeterminadas normativamente con el suficiente grado de detalle. Además, las medidas limitativas deben ser adoptadas con observancia de ciertas reglas de procedimiento y motivadas. Los requisitos de índole material se resumen en el respeto del principio de proporcionalidad. La limitación en cuestión debe ser: útil para salvaguardar un bien cons-

titucionalmente legítimo; *necesaria*, por constituir de entre las limitaciones útiles la menos restrictiva para el derecho fundamental afectado; y proporcionada en sentido estricto o *no excesiva*, de manera que los beneficios derivados de la limitación superen a sus costes.

Por el contrario, el método o canon con arreglo al cual hay que juzgar si el Estado ha cumplido sus obligaciones positivas de protección derivadas de los derechos fundamentales, dista mucho de estar tan perfilado y consolidado. En la STC 19/2023 (relativa a la despenalización de la eutanasia), por ejemplo, se invocan hasta tres cánones diferentes.

- (i) En primer lugar, se afirma que los poderes públicos deben adoptar «medidas de protección suficientemente eficaces para evitar que una regulación de este tipo, y su consiguiente aplicación en la práctica, puedan llegar a afectar de modo constitucionalmente inadmisibles a la vida del sujeto». El gran problema de este canon es que resulta excesivamente indeterminado. Aquí el Tribunal no aclara ni indica con arreglo a qué criterio hay que juzgar cuándo una medida de protección es «suficientemente eficaz» y cuándo la correspondiente afección es «constitucionalmente inadmisibles».
- (ii) En segundo lugar, se afirma que ha de hacerse «un examen de proporcionalidad entendido no en el sentido clásico de prohibición del exceso [...] sino en su manifestación como prohibición del defecto¹⁴, esto es, como proscripción de la inexistente o insuficiente protección. Tal déficit existiría si el legislador no hubiese adoptado medida de protección alguna, si las medidas adoptadas fuesen manifiestamente inadecuadas para alcanzar el objetivo de protección requerido o si no fuesen suficientes para proporcionar el nivel de protección exigido por la Constitución».

Este canon se compone, pues, de dos subcriterios: el de la prohibición de la falta total de protección y el de la prohibición de la protección insuficiente. El primer subcriterio resulta de poca ayuda, pues es difícil que el Estado haya omitido totalmente medidas de protección o las que haya adoptado sean manifiestamente inadecuadas para proteger el bien fundamental correspondiente. Además, es un criterio cuestionable, en tanto en cuanto puede existir algún caso extremo en el que la total omisión de medidas de protección adecuadas resulte justificada, si todas las que podrían adoptarse con este objetivo son desproporcionadas, por limitar de manera excesiva ciertos derechos.

El segundo subcriterio es obviamente inservible por tautológico. Por definición, el Estado no cumple sus deberes de protección que le imponen los derechos fundamentales cuando las medidas adoptadas con este fin son «insuficientes para proporcionar el nivel de protección exigido por la Constitución». Este subcriterio no resuelve en modo alguno el problema que se trata de resolver, que consiste precisamente en determinar cuándo las medidas consideradas en cada caso son suficientes o insuficientes para proporcionar el nivel de protección constitucionalmente exigible.

- (iii) En tercer lugar, el Tribunal Constitucional afirma que no le corresponde «analizar si pudieran existir otros sistemas más eficaces de protección de la vida (que, por

lo demás, incidirían de forma mayor en el derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, incidencia que sí habría de medirse a la luz del principio de proporcionalidad entendido como prohibición del exceso), sino solo dilucidar si el sistema previsto en la [ley enjuiciada] cumple con unos mínimos de protección razonables».

Este canon también resulta cuestionable. La primera crítica que cabe hacerle es que el Tribunal presupone que todos los sistemas de protección alternativos a los establecidos por el legislador necesariamente implican una restricción más intensa de los derechos fundamentales contrapuestos. Sin embargo, no es necesario que esto ocurra. Es perfectamente posible que el legislador articule un sistema que, además de proteger un bien fundamental de manera manifestamente menos eficaz que otro sistema alternativo posible, menoscaba con igual —o incluso mayor— intensidad que éste los restantes bienes fundamentales implicados. No puede decirse que en tal caso la solución legislativa establecida alcance el justo equilibrio que, según el TEDH, debe haber entre todos los derechos e intereses afectados. La segunda crítica es que puede haber casos en los que exista un sistema alternativo que proteja mucho más eficazmente un bien fundamental y restrinja con una intensidad ligeramente mayor otro bien de la misma índole, de manera que los beneficios derivados de la mayor protección superen con creces el coste que supone la mayor restricción. Omitir ese sistema alternativo de protección constituiría, asimismo, una solución que no lograría el debido equilibrio entre los derechos implicados. La tercera crítica es que no queda claro en qué consisten los «mínimos de protección razonables».

En mi opinión, los criterios que hay que utilizar para determinar si el Estado ha cumplido sus obligaciones positivas de protección derivadas de los derechos fundamentales son análogos a los criterios empleados para juzgar si ha hecho lo propio con sus obligaciones negativas. Así lo ha declarado también el TEDH: los criterios son en ambos casos «similares»¹⁵.

5.2. CONTENIDO *PRIMA FACIE* DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN PENAL

Si los derechos fundamentales, en cuanto que derechos defensivos, obligan *prima facie* al Estado a abstenerse de adoptar en principio cualquier medida que pueda menoscabar ciertos bienes, los derechos fundamentales, en cuanto que derechos a la protección, obligan *prima facie* al Estado a tomar en principio cualesquiera medidas adecuadas para salvaguardar los mismos bienes frente al riesgo de sufrir cualquier daño. Ello implica que el Estado debe adoptar, *en principio*, también todas las medidas de protección penal que resulten útiles para reducir el riesgo de que esos bienes sufran un daño.

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, esto conlleva dos tipos de obligaciones para el Estado. Por una parte, la de establecer un marco normativo que tipifique como infracciones las conductas que lesionen o pongan en riesgo los correspondientes bienes

fundamentales y que conmine con sanciones penales disuasorias la realización de esas conductas. Por otra parte, la obligación de aplicar efectivamente ese sistema normativo, lo que se traduce a su vez en las obligaciones de: investigar los hechos constitutivos de las correspondientes infracciones; perseguir y enjuiciar a los sospechosos con el fin de averiguar si son culpables; condenarles si se demuestra su culpabilidad y aplicar efectivamente la sanción que se les haya impuesto.

Algunos autores han negado que de los derechos fundamentales puedan derivarse obligaciones de este último tipo. García de la Torre (2024: 376) argumenta para ello que «no existe una obligación absoluta de que todos los procesamientos den lugar a una condena o a una sentencia en particular. La satisfacción de las obligaciones de tutela penal no requiere necesariamente una condena, sino la aplicación de las leyes (penales) para garantizar la protección de los derechos [correspondientes]». No existe en la jurisprudencia del TEDH ni en la de nuestro Tribunal Constitucional una especie de «derecho de la víctima al castigo» del autor del delito. De hecho, este último Tribunal ha negado de manera explícita en varias ocasiones la existencia de un derecho tal (entre otras, STC 87/2020, FJ 3).

En contra de semejante derecho, se ha apuntado también que castigar al autor de un determinado delito ya acontecido no protege en realidad a la víctima de este, sino, en puridad, a las víctimas potenciales de delitos futuros (Tomás-Valiente, 2016: 27).

Discrepo de esta tesis por varias razones. En primer lugar, la circunstancia, indiscutible, de que «no exista una obligación absoluta de que todos los procesamientos den lugar a una condena o a una sentencia en particular» y, correlativamente, de que la víctima tampoco tenga un derecho absoluto a obtener la condena y el castigo del procesado no quita que de los derechos fundamentales sí se derive la obligación *prima facie* del Estado de aplicar efectivamente la normativa penal establecida para protegerlos y, en consecuencia, de condenar e imponer al acusado la correspondiente sanción si, tras el debido proceso, se demuestra su culpabilidad.

En segundo lugar, el razonamiento de García de la Torre incurre en la «falacia del espantapájaros», pues nadie está sosteniendo que haya que castigar a todos los procesados, con independencia de su culpabilidad y de otras circunstancias. De hecho, castigar a los procesados que en realidad son inocentes minaría la eficacia disuasoria de la correspondiente norma penal —al reducir el beneficio esperado de respetarla— y, por consiguiente, sería perjudicial para los bienes protegidos por ésta. Aquí estamos hablando de si el Estado, *en principio*, debe castigar efectivamente con la sanción legalmente prevista a una persona concreta cuya culpabilidad ha quedado acreditada a través de un proceso tramitado con las debidas garantías.

En tercer lugar, el razonamiento de García de la Torre parece ignorar la distinción entre el contenido *prima facie* de los derechos fundamentales y su contenido definitivo. Estos derechos imponen al Estado obligaciones *prima facie* de abstenerse de hacer en principio todo aquello que pueda menoscabar ciertos bienes y de hacer, en principio, todo aquello que sirva para salvaguardarlos. Pero este contenido *prima facie* puede ser, debe ser y de hecho es frecuentemente limitado bajo ciertas condiciones para satisfacer otros fines cons-

titucionalmente legítimos. En determinados supuestos cabe, por ejemplo, limitar la libertad de expresión o no ejecutar sanciones penales legalmente impuestas. En consecuencia, el contenido definitivo del derecho, que resulta de las correspondientes limitaciones, es mucho más reducido que el referido contenido *prima facie*. Los derechos fundamentales a la protección penal no son por ello absolutos, pero tampoco lo son los restantes derechos fundamentales.

En cuarto lugar, y en estrecha conexión con lo que acaba de señalarse, debe distinguirse entre el contenido de las obligaciones de protección penal y la consecuencia jurídica que desencadena el incumplimiento de éstas. Como más adelante veremos, la consecuencia del incumplimiento de la obligación estatal de imponer en un caso concreto una sanción disuasoria al autor de un delito no tiene por qué consistir en que un tribunal imponga u ordene imponer una sanción tal.

En quinto lugar, el argumento de que castigar al autor de un determinado delito ya acontecido no protege en realidad a la víctima de éste, sino sólo a las víctimas potenciales de delitos futuros, es rechazable por varias razones.

- 1ª. A veces, la víctima de una infracción ya perpetrada puede pertenecer también al círculo de las víctimas potenciales de infracciones futuras, en cuyo caso el castigo reduce el riesgo de que esa concreta persona sea víctima de nuevos delitos.
- 2ª. No es razonable analizar sólo desde una perspectiva *ex post* —una vez se ha cometido una determinada infracción— si castigar a su concreto autor protege o no a su concreta víctima. Lo razonable es efectuar el análisis también y sobre todo desde una perspectiva *ex ante*, es decir, «situarse» en el momento inmediatamente anterior a la comisión del delito, en el instante en el que el potencial delincuente decide si va o no a delinquir a la vista de la norma penal y de su eventual aplicación. Para evaluar cabalmente los efectos —aquí, disuasorios y protectores— de una norma jurídica, conviene adoptar una perspectiva *ex ante*: examinar cómo actuarán sus destinatarios a la vista de lo establecido en ella y de cómo ésta se les va a aplicar probablemente en el futuro (Farnsworth, 2007: 3-12). Pues bien, es claro que, desde este punto de vista *ex ante*, castigar al autor de un concreto delito sí protege normalmente a su concreta víctima. Si un potencial delincuente sabe que será castigado en el caso de agredir a una determinada persona, sus incentivos para agredirla serán menores que si sabe que no recibirá castigo alguno por ello. Cuanto mayor sea la probabilidad estimada por dicho individuo de ser castigado, menores serán dichos incentivos y el riesgo de que delinca. Por ello, reconocer a la víctima de un concreto delito el derecho de acusar a los sospechosos y exigir de los tribunales que los enjuicien, los condenen si se demuestra su culpabilidad y los castiguen también puede tener para esa persona un efecto protector *ex ante*, en la medida en que tal derecho seguramente incrementa la probabilidad de que los eventuales delincuentes sean efectivamente sancionados y, en consecuencia, aumenta el coste esperado de delinquir. Nótese que las víctimas tienen frecuentemente incentivos más potentes que el ministerio fiscal para ejercer la acusación, de resultas de la «satisfacción moral» y de otros beneficios que les puede reportar el hecho de que el

acusado sea condenado y castigado (sobre estos beneficios, Gil Gil, 2016: 18-31; Balta, 2020). Y, en algunos casos, poseen también mejor información.

- 3ª. En no pocas ocasiones, la protección efectiva de los derechos fundamentales requiere admitir una cierta «desvinculación» o falta de coincidencia entre la persona titular del derecho vulnerado en un caso concreto, la persona que puede recabar de los tribunales la tutela de ese derecho y la persona o las personas que se verán beneficiadas si los tribunales declaran su vulneración. Esta desvinculación se produce, por ejemplo, cuando el TEDH reconoce a los familiares de individuos cuya muerte fue causada por agentes públicos legitimación para pretender que se declare la violación de su derecho a la vida¹⁶, o cuando reconoce a una asociación medioambiental legitimación para recabar de los tribunales la protección estatal de los derechos fundamentales de las generaciones futuras frente a los riesgos que entraña el cambio climático¹⁷. Si no se admitiera esta desvinculación, resultaría prácticamente imposible proteger adecuadamente los bienes fundamentales de ciertas personas.

Finalmente, y como el propio García de la Torre (2024: 373 y 374) reconoce, de la jurisprudencia del TEDH se desprende claramente que «las obligaciones convencionales de tutela penal no acaban con la efectiva persecución, la investigación y el enjuiciamiento, sino que también implican la obligación de castigar en concreto al autor que se ha considerado culpable con una pena proporcional a la gravedad de la infracción para que no suponga una impunidad de facto».

Sirva como ejemplo la STEDH de 12 de diciembre de 2023 (*Vuckovic c. Croacia*, 15798/20), que declara vulnerados los derechos de la concreta reclamante —no los de potenciales víctimas futuras— a no sufrir tratos inhumanos o degradantes y al respeto de su vida privada, en un caso en el que la pena de diez meses de privación de libertad que se le había impuesto a un compañero de trabajo por agredirla sexualmente había sido conmutada en apelación por una pena de trabajos en servicio de la comunidad. El TEDH deja sentado que «aunque no existe una obligación absoluta de que todos los procesos penales resulten en una condena o en una sentencia específica, los tribunales nacionales no deben, en ninguna circunstancia, estar dispuestos a permitir que los ataques graves a la integridad física y mental queden impunes, ni permitir que delitos graves sean castigados con sanciones excesivamente indulgentes» (§ 52).

5.3. LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN PENAL

El contenido *prima facie* de las obligaciones de protección penal que se derivan de los derechos fundamentales puede y debe ser limitado, pues resulta no sólo prácticamente imposible, sino también constitucionalmente intolerable castigar cualquier conducta que menoscabe o ponga en riesgo los bienes que esos derechos tratan de salvaguardar. La necesidad de atender otros principios constitucionales exige limitar el alcance de la protección que el Estado está obligado a dispensar en virtud de tales derechos.

Ahora bien, estas limitaciones deben respetar ciertas normas, que son análogas a las aplicables para enjuiciar la licitud de las restricciones de los derechos fundamentales, en tanto que derechos defensivos. Algunas de esas normas son sustantivas. La más importante es el principio de proporcionalidad: las limitaciones deben ser útiles, necesarias y no excesivas para lograr un fin legítimo. Otras son de índole formal. Las restricciones deben: estar previstas en una norma con rango de ley y predeterminadas con el suficiente grado de detalle; haber sido preparadas a través de un procedimiento que garantice que la solución adoptada en cada caso logra un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses concurrentes; y ser motivadas. Veámoslo.

5.4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El TEDH ha señalado que el criterio sustantivo que ha de utilizarse para juzgar si el Estado ha cumplido sus obligaciones derivadas de los derechos fundamentales es sustancialmente el mismo para las positivas y las negativas. En ambos casos, el Estado ha de lograr un «justo equilibrio» entre «los intereses concurrentes del individuo y los de la sociedad en su conjunto»¹⁸.

Este criterio guarda una estrecha relación con el de la proporcionalidad, de acuerdo con el cual las limitaciones de los derechos fundamentales deben ser útiles, necesarias y no excesivas para satisfacer un fin constitucionalmente legítimo. Así ha venido a declararlo el TEDH: «La noción de proporcionalidad entre una medida o restricción y el fin pretendido por ella [...] se engloba dentro de la idea del justo equilibrio que hay que procurar entre el interés general y los intereses del individuo»¹⁹.

Una decisión (acción u omisión) desproporcionada no alcanza el justo equilibrio entre los diversos intereses a los que afecta y que exigen ser satisfechos óptimamente, en la mayor medida de lo posible. En efecto, una limitación inútil, que menoscaba o desprotege un interés legítimo sin beneficiar a ningún otro, no resulta equilibrada —óptima—, pues siempre hay otra solución más beneficiosa para el conjunto de los intereses legítimos implicados: omitir dicha medida. Una limitación innecesaria tampoco es equilibrada, pues entonces hay otras alternativas que producen los mismos beneficios brutos con un coste menor. Y va de suyo que una limitación excesiva —cuyas desventajas para los derechos afectados superan a sus ventajas— tampoco resulta equilibrada, pues aquí siempre es preferible abstenerse de llevarla a cabo. Violentaría el sentido natural de las palabras afirmar que una medida que restringe inútil, innecesaria o excesivamente un derecho fundamental logra un justo equilibrio entre todos los intereses legítimos en juego.

El alcance concreto de los derechos a la protección penal debe ser precisado igualmente con arreglo al principio de proporcionalidad. Está justificado desproteger penalmente un bien fundamental en la medida en que la desprotección resulte: útil para satisfacer otro derecho o bien constitucionalmente legítimo; *necesaria*, de modo que se escoja de entre las medidas igualmente útiles para lograr un fin legítimo aquella que menos desproteja el correspondiente bien fundamental; y *no excesiva*, de modo que los beneficios de la desprotección superen a sus costes para todos los derechos e intereses implicados.

Nótese que este principio debe ser aplicado en dos direcciones. Los poderes públicos no pueden imponer a los ciudadanos, ni amenazarles con imponerles, penas que menoscaben inútil, innecesaria o excesivamente sus bienes constitucionalmente protegidos. Pero tampoco pueden desprotegerlos inútil, innecesaria o excesivamente. No pueden omitir medidas punitivas que son útiles, necesarias y proporcionadas para prevenir el menoscabo de esos mismos intereses. Al ejercer su *ius puniendi*, el Estado debe respetar así una prohibición de exceso y otra de defecto, prohibiciones que constituyen las dos caras de la misma moneda: el mandato de proporcionalidad.

5.5. DISCRECIONALIDAD Y DEFERENCIA EN LA DETERMINACIÓN DEL JUSTO EQUILIBRIO. SEGUNDA ASIMETRÍA

Las autoridades competentes para ejercer el *ius puniendi* tienen un muy amplio margen de apreciación para determinar el nivel de protección penal que logra un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses implicados. Dicho con otras palabras, los tribunales encargados de revisar sus decisiones en esta materia deben mostrar hacia ellas un elevado grado de deferencia. Deben considerarlas equilibradas siempre que se mantengan dentro de un amplio espacio, en el que caben varias soluciones constitucionalmente lícitas.

En la práctica, el Tribunal Constitucional se ha mostrado manifiestamente deferente al enjuiciar leyes penales (*vid.* Lascuráin, 2012). A su parecer, el legislador dispone en esta materia de un «amplio margen de libertad, que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática» (SSTC 55/1996, FJ 6; y 161/1997, FJ 9)²⁰. En sentido similar, el TEDH ha señalado en numerosas ocasiones que las autoridades nacionales «gozan en principio de una amplia discrecionalidad en asuntos de política penal»²¹.

Este margen de maniobra se justifica al menos por las siguientes tres razones: (i) el legislador dispone de mejores posibilidades cognoscitivas que los tribunales para ponderar acertadamente los costes y beneficios esperados de las medidas penales; (ii) la mayor legitimidad democrática del legislador hace que sus ponderaciones sean mucho más aceptables por los ciudadanos que las de los tribunales; (iii) esa misma legitimidad democrática y el carácter participativo y transparente del procedimiento legislativo hacen que el riesgo de que el legislador adopte soluciones desequilibradas sea, en términos generales, menor que el riesgo de que los tribunales hagan lo propio (cfr. Iglesias Vila, 2024; Doménech, 2024).

También a los tribunales penales debe reconocérseles un cierto margen de apreciación en esta materia, principalmente porque las garantías de su independencia, sus procedimientos de actuación, su cercanía a los hechos y su especialización les ponen en una óptima situación para aplicar correctamente la legislación penal en cada caso concreto.

Ahora bien, ese margen de apreciación no es infinito, pues de otra manera los derechos fundamentales quedarían completamente a merced del legislador y de los jueces penales. De ahí que el Tribunal Constitucional haya señalado que no ha de «renunciar a todo control material sobre la pena, ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento» (STC 55/1996, FJ 6). Y que el TEDH, como ya sabemos,

haya ejercido varias veces un control análogo en sentido condenatorio. Si ambos tribunales renunciaran completamente a enjuiciar la proporcionalidad de las leyes penales y su aplicación, el peligro de que el legislador y los jueces adoptaran en esta materia decisiones desproporcionadas, por exceso o por defecto, se volvería seguramente demasiado elevado. Para enervar tal peligro, vale la pena otorgar a dichos tribunales un limitado y deferente poder de control, a pesar de los riesgos que éste entraña. El riesgo de que cometan errores o incurran en un cierto activismo al ejercer ese poder es mucho menos grave que el peligro de excesos punitivos y de impunidad que la absoluta falta de control generaría.

Por lo demás, cabe sostener que en este punto existe una cierta *asimetría* entre los derechos fundamentales frente a la intervención penal y los derechos fundamentales a la protección penal.

Cuanto mayor es el riesgo de que un sujeto adopte decisiones desacertadas, más desaconsejable resulta dejarle un amplio margen para decidir y, por lo tanto, menos conviene que los encargados de controlar esas decisiones se muestren deferentes hacia ellas. La amplitud del margen de maniobra que ha de reconocerse a una autoridad y el correlativo grado de deferencia con el que han de enjuiciarse sus decisiones deberían ser menores cuanto mayor sea el riesgo de que éstas sean equivocadas (Doménech, 2024).

Pues bien, en la medida en que, como ya hemos visto, el riesgo de que el legislador y los jueces incurran en excesos punitivos es normalmente más elevado que el peligro de que no adopten medidas de protección penal suficientes, cabe afirmar que los tribunales deben mostrarse normalmente menos deferentes, más estrictos, al controlar si una medida penal incurre en desproporción por exceso que a la hora de juzgar si la omisión de una medida tal resulta desproporcionada por defecto.

Ello no quita que, en determinadas circunstancias, el riesgo de desproporción por defecto resulte muy elevado y, en consecuencia, haya que enjuiciar entonces de manera especialmente rigurosa y menos deferente si las autoridades competentes han cumplido sus obligaciones positivas de protección penal derivadas de los derechos fundamentales.

5.6. GARANTÍAS FORMALES. TERCERA ASIMETRÍA

Las medidas limitativas de los derechos fundamentales defensivos deben respetar ciertas reglas formales para ser conformes con la Constitución y el CEDH. En primer lugar, han de estar previstas en una norma con rango de ley y predeterminadas normativamente con un grado suficiente de detalle como para que los ciudadanos sepan a qué atenerse y las autoridades no gocen de una excesiva discrecionalidad para imponerlas en cada caso (art. 53.1 CE)²².

En segundo lugar, las medidas deben haber sido preparadas a través de un procedimiento adecuado, que garantice que la decisión finalmente adoptada logra un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses concurrentes (*vid.* Doménech, 2006b: 181-189; Brems y Lavrysen, 2013; Arnardóttir, 2017). En ese procedimiento deben investigarse y ponderarse adecuadamente todas las circunstancias relevantes para tomar una decisión

equilibrada. Los individuos afectados deben tener, en principio, la posibilidad de participar en el proceso decisorio, lo que incluye la posibilidad de acceder a la información relevante disponible y de impugnar las decisiones resultantes²³. Cuando se trata de cuestiones complejas de política ambiental, económica o social, puede ser necesario realizar investigaciones y estudios apropiados, con el fin de evaluar y prevenir las consecuencias que pueden tener las alternativas barajadas sobre los derechos e intereses afectados²⁴. En determinadas circunstancias, la correspondiente decisión debe ser tomada o autorizada por un órgano jurisdiccional (v. gr., arts. 18.2, 18.3, 20.5, 22.4 y 25.3 CE).

En tercer lugar, las medidas deben ser motivadas. La autoridad que ha tomado la correspondiente decisión debe justificarla «utilizando datos detallados y rigurosos»²⁵. Debe expresar las razones que justifican la restricción y que le han llevado a imponerla, razones que, obviamente, deben ser lo suficientemente sólidas a estos efectos²⁶.

En mi opinión, aquí existe otra *asimetría* entre los derechos fundamentales de defensa contra la intervención penal del Estado y los derechos fundamentales a obtener del Estado protección penal: sólo en determinadas circunstancias las limitaciones del contenido *prima facie* de estos últimos derechos requieren el cumplimiento de las referidas garantías.

La razón a la que obedece esta diferencia es bien sencilla. Como ya hemos visto, el riesgo de que el Estado incurra en una desproporción por exceso al ejercer su *ius puniendi* es normalmente mayor que el riesgo de que cometa una desproporción por defecto al desproteger penalmente bienes fundamentales. Cabe pensar que ese riesgo de exceso es siempre lo suficientemente elevado como para que merezca la pena obligar a las autoridades competentes a observar las referidas reglas formales con el fin de enervarlo. Por el contrario, el riesgo de defecto será muchas veces demasiado escaso como para que salga a cuenta incurrir en los costes que entraña el cumplimiento de tales reglas.

No resulta factible, por ejemplo, que todos los casos en los que se deja sin protección penal un bien fundamental estén previstos pormenorizadamente en una norma con rango ley elaborada a través de un procedimiento en el que se hayan analizado mediante estudios científicos las ventajas y desventajas de la desprotección y, además, que el legislador exprese, utilizando datos detallados y rigurosos, las razones que la justifican. Hay muchos supuestos en los que la desprotección penal de ciertos bienes representa un escaso riesgo de lesión para éstos y en los que, por consiguiente, no sale a cuenta conjurar dicho riesgo mediante el cumplimiento de tales garantías formales, pues los costes de observarlas exceden de sus beneficios.

Téngase en cuenta, además, que los casos en los que algún bien fundamental está protegido penalmente deberían ser y de hecho son mucho menos numerosos que los casos en los que no existe esa protección. Habida cuenta de los elevadísimos costes sociales que conlleva la imposición de sanciones penales, sólo excepcionalmente resulta proporcionado recurrir a ellas. De ahí que no resulte excesivamente gravoso que el Estado cumpla dichas garantías cada vez que ejerce su *ius puniendi*, pues este debería ejercerse sólo en ocasiones excepcionales. En cambio, sería mucho más gravoso, seguramente demasiado, que el Esta-

do observara dichas garantías cada vez que no ejerce tal poder, pues esto último acontece con mucha mayor frecuencia.

Con todo, hay también casos en los que el riesgo de desproporción por defecto resulta lo suficientemente grave como para que las autoridades que deciden desproteger penalmente un bien fundamental vengan obligadas para ello a cumplir las referidas garantías formales. Tal ocurre al menos en los dos supuestos siguientes:

En primer lugar, cuando el legislador reduce la protección penal que hasta ahora venía dispensando a un bien fundamental. Esta decisión debe plasmarse, obviamente, en una norma provista del mismo rango legal que tenía la norma que se pretende derogar. Además, resulta razonable exigir al legislador que prepare su decisión a través de un procedimiento adecuado y que la motive, expresando las razones que justifican la reducción.

En segundo lugar, las autoridades encargadas de aplicar una ley penal que protege bienes fundamentales deben respetar las referidas garantías formales cuando tengan conocimiento de sospechas fundadas indicativas de que concurre el supuesto de hecho previsto en dicha ley para su aplicación. Entonces deben llevar a cabo el debido proceso con el fin de tomar una decisión equilibrada, así como expresar las razones por las cuales no procede imponer la correspondiente sanción establecida por la ley ni continuar realizando ulteriores actividades conducentes a la investigación de los hechos y el enjuiciamiento de los eventuales culpables. Y esas razones, obviamente, deben ser suficientemente sólidas para justificar la desprotección penal en el caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias concurrentes relevantes a estos efectos²⁷.

Sirva como ejemplo la antes citada STEDH de 12 de diciembre de 2023 (*Vuckovic c. Croacia*, 15798/20). Recordemos que aquí se declara una vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 3 y 8 del CEDH en un caso en el que la pena de diez meses de privación de libertad que se le había impuesto a un compañero de trabajo de la reclamante por agredirla sexualmente había sido conmutada en apelación por una pena de trabajos en servicio de la comunidad.

El TEDH recuerda que, «aunque no existe una obligación absoluta de que todos los procesos penales resulten en una condena o en una sentencia específica, los tribunales nacionales no deben, en ninguna circunstancia, estar dispuestos a permitir que los ataques graves a la integridad física y mental queden impunes, ni permitir que delitos graves sean sancionados con sanciones excesivamente leves» (§ 52). Y señala que «el punto importante que el [TEDH] ha de revisar [a estos efectos] es si y en qué medida los tribunales [nacionales], para tomar su decisión, han sometido el caso a un escrutinio cuidadoso de todas las consideraciones relevantes para resolverlo».

Pues bien, el TEDH estima que los tribunales croatas efectuaron un escrutinio deficiente. De un lado, soslayaron circunstancias (agravantes) relevantes para resolverlo de acuerdo con la legislación croata. De otro, el tribunal de apelación conmutó la pena «sin dar razones adecuadas», de manera incoherente con la gravedad de los hechos y «sin considerar en modo alguno los intereses de la víctima».

5.7. CONFIGURACIÓN DEL PROCESO DE APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL. CUARTA ASIMETRÍA

La posición de la víctima en el proceso penal no es simétrica a la del reo (STC 141/2006, FJ 3; Isensee, 2019:264; Tomás-Valiente, 2021). Aquí hay numerosas normas que favorecen a este último, como, por ejemplo, la que establece su derecho a la presunción de inocencia, en virtud del cual sólo se le puede condenar si su culpabilidad queda acreditada más allá de toda duda razonable.

Hay al menos dos buenas razones por las cuales el proceso penal está diseñado asimétricamente en favor del reo. De un lado, y como ya sabemos, el peligro de exceso es aquí normalmente más grave que el peligro de defecto. Con ese diseño asimétrico se trata de prevenir especialmente el riesgo de que los agentes estatales se excedan en su propio beneficio y a costa del reo cuando ejercen el *ius puniendi* (Hylton y Kahnna, 2007).

De otro lado, se trata también de evitar sobre todo los falsos positivos (los castigos erróneos) antes que los falsos negativos (las omisiones de castigo erróneas), en atención a que los primeros son socialmente más costosos que los segundos (Miceli, 2009). Este mayor coste se explica, a su vez, cuando menos por dos causas. La primera es que los falsos positivos menoscaban en mayor medida la eficacia disuasoria de las leyes penales. Ambos tipos de errores reducen esta eficacia: las condenas erróneas minoran el atractivo de cumplir la ley, mientras que las absoluciones erróneas aumentan el atractivo de incumplirla. Si todos fuéramos neutrales frente al riesgo y las pérdidas, los dos tipos de errores reducirían en la misma medida dicha eficacia disuasoria (Png, 1986). Si, por el contrario, partimos de la hipótesis, más realista que la anterior, de que somos aversos al riesgo y a las pérdidas, entonces cabe concluir que los falsos positivos reducen la disuasión en mayor medida que los falsos negativos. Dicha aversión hace que la reducción de utilidad que a una persona le ocasiona un castigo injusto sea mayor que el incremento de utilidad que esa misma persona experimenta en caso de que se libre por un error de un castigo justo de la misma magnitud (Rizzolli y Stanca, 2012).

En segundo lugar, los falsos positivos son, *ceteris paribus*, más costosos que los falsos negativos como consecuencia de los costes que para el condenado y el resto de la sociedad implica el cumplimiento de las penas (sobre todo de las privativas de la libertad). Ambos tipos de errores reducen la eficacia disuasoria del sistema penal, pero los castigos erróneos generan, además, los costes que implica su aplicación (Rizzolli y Saraceno, 2013).

5.8. REMEDIOS. QUINTA ASIMETRÍA

De los derechos fundamentales derivan dos tipos de normas jurídicas: normas primarias, que obligan directamente a ciertas personas a comportarse de una determinada manera; y normas secundarias, que prevén ciertas consecuencias jurídicas o remedios para los casos en los que una norma primaria haya sido infringida. Estas consecuencias pueden ser alguna o algunas de las siguientes:

- (i) *Declaración* del derecho considerado y de su vulneración. Este remedio consiste en que una autoridad declara oficialmente cometida la infracción del derecho de que se trata. Esta declaración puede no sólo proporcionar una cierta satisfacción moral a la víctima, sino también producir efectos informativos, políticos y reputacionales que contribuyen a prevenir infracciones futuras.
- (ii) *Restablecimiento* de las cosas a su estado conforme al derecho. Aquí se trata de modificar la realidad para dejar al titular del derecho vulnerado en la misma situación en la que esta persona se hubiera encontrado si no se hubiera producido la vulneración. Conviene resaltar que el restablecimiento no es una consecuencia jurídica necesaria de la violación de un derecho fundamental. Adviértase que el art. 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) no obliga a que las sentencias estimatorias de recursos de amparo dispongan siempre el «restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación». Este precepto confiere al Tribunal Constitucional una cierta discrecionalidad para configurar los efectos jurídicos de tales sentencias. Cabe, por ejemplo, que en ellas se condene a la autoridad autora de la infracción a tomar medidas «de compensación sustitutoria con finalidad reparadora» (STC 221/2004, FJ 5, relativa al derecho de acceso a la función pública).
- (iii) *Resarcimiento* de los daños causados a la víctima. Este remedio consiste en otorgar a la persona titular del derecho vulnerado una determinada cantidad de dinero (u otro bien equivalente) con el fin de compensar la pérdida de bienestar sufrida como consecuencia de la vulneración. Este remedio cumple una importante función preventiva. La amenaza de tener que resarcir da a los potenciales infractores incentivos económicos para no vulnerar los derechos implicados. Además, reduce los incentivos que pudieran tener las potenciales víctimas para tomar medidas de «autodefensa» socialmente disvaliosas y dirigidas a evitar daños que, a falta de este remedio, quedarían sin compensación.
- (iv) *Sanción*. Aquí se trata de infligir un mal al infractor con la finalidad principal de disuadir la comisión de infracciones futuras similares.

También aquí existe, en mi opinión, una *asimetría* entre los derechos fundamentales a obtener la protección penal del Estado y los derechos fundamentales de defensa contra la intervención penal del Estado.

Uno de los remedios típicamente utilizados cuando se vulneran estos últimos es el restablecimiento de las cosas a su estado conforme a Derecho. Cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley o de una resolución que vulnera los derechos fundamentales que los ciudadanos tienen frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal, normalmente hay que tomar las medidas necesarias para que los titulares de los derechos efectivamente vulnerados queden, en la medida de lo posible, en la misma situación en la que se hubieran encontrado si no se hubiera producido la vulneración.

En nuestro ordenamiento jurídico, si se declara la inconstitucionalidad de una ley sancionadora, cabe incluso revisar los procesos fenecidos mediante sentencia firme en los que se aplicó dicha ley si, como consecuencia de su invalidez, resultara una reducción de la sanción impuesta o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad penal (art. 40.1 LOTC). Por ejemplo, las personas a las que se les impuso una multa en aplicación de una ley inconstitucional tienen derecho a que se les devuelvan con intereses las cantidades pagadas en su virtud. Quienes están cumpliendo una pena privativa de libertad en aplicación de una ley que acaba de ser declarada inconstitucional pueden reclamar su liberación inmediata.

El resarcimiento suele tener en estos casos un papel subsidiario. En principio, se resarcen los daños sufridos por la víctima sólo cuando no es posible restablecerla plenamente en la situación en la que hubiera estado de no haberse producido la vulneración. La razón es que el restablecimiento constituye aquí un remedio más eficiente que el resarcimiento, en la medida en que sólo el primero evita los considerables costes sociales que conllevaría el cumplimiento de la sanción, máxime cuanto ésta es ilícita.

Imaginemos, por ejemplo, que se anula la ley en virtud de la cual se impuso una pena privativa de libertad que hoy todavía está pendiente de ejecución. Ningún sentido tendría obligar al reo a cumplir la pena impuesta y, a continuación, indemnizarlo por los daños que el cumplimiento le haya ocasionado. No ejecutar la pena es obviamente preferible, tanto para el reo como para el resto de la sociedad. Lo primero, porque el daño derivado de la privación de libertad constituye para el penado una pérdida de bienestar que seguramente el dinero no puede compensar, por lo que la indemnización no sería plena. Lo segundo, porque no ejecutar la pena evita ciertas externalidades que ésta produce para terceras personas (v. gr., los familiares del penado) y, además, ahorra a los contribuyentes los considerables costes que entrañarían su cumplimiento y la subsiguiente indemnización del penado.

El restablecimiento, en cambio, no es normalmente un remedio adecuado para la violación de los derechos a obtener la protección penal del Estado. No lo es, desde luego, cuando la violación consiste en que el legislador ha omitido criminalizar una conducta o la ha conminado con una sanción insuficiente. Imaginemos que al legislador se le ha «olvidado» tipificar como delito una acción que lesiona gravemente la integridad física y la libertad sexual de ciertos menores de edad y que, sin duda alguna, merece un castigo severo. Imaginemos que, después de que los tribunales ordinarios hayan absuelto, en virtud del principio de legalidad penal, a una persona que realizó la conducta en cuestión, la víctima de la lesión interpone recurso de amparo por considerar que el Estado ha incumplido sus obligaciones positivas de protección penal derivadas de lo dispuesto en el artículo 15 CE. Si estima el recurso, el Tribunal Constitucional debería declarar la violación del derecho invocado, pero no tratar de cambiar la realidad para dejarla en la situación en la que se hubiera encontrado si el legislador y los tribunales penales hubieran cumplido las referidas obligaciones.

Parece claro, en primer término, que aquí el Tribunal Constitucional no debería establecer directamente la norma penal que se echa en falta. Esta norma debería ser aprobada por el legislador, pues la composición del parlamento, su legitimidad democrática, sus

posibilidades cognoscitivas y el carácter transparente y participativo de sus procedimientos de producción normativa le colocan en una situación mucho mejor que la del Tribunal Constitucional para establecer la concreta norma penal que logre un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses concurrentes. El legislador, según hemos visto, goza de un amplio margen de discrecionalidad a estos efectos.

Resulta obvio, en segundo término, que el Tribunal Constitucional tampoco debería sancionar ni ordenar que se sancione a la persona que fue acusada en el proceso de que trae causa el recurso de amparo. En la medida en que la acción del reo no constituía delito según la legislación vigente en el momento de su realización, condenarlo por ella infringiría el principio de legalidad (art. 25.1 CE). Semejante sanción resultaría también seguramente desproporcionada. De un lado, porque los efectos disuasorios derivados de castigar al autor de una acción que no ha sido tipificada previamente como infracción en una ley son seguramente muy escasos: muchos ciudadanos pueden realizarla por considerar razonablemente que no van a ser castigados por ello. De otro lado, esas sanciones producirían muy probablemente un pernicioso «efecto desaliento»: si los ciudadanos saben que se les puede sancionar por acciones que en el momento de su comisión no constituían infracciones de acuerdo con la legislación vigente, muchos de ellos pueden, con el fin de evitar el riesgo de una futura sanción, abstenerse de realizar conductas que en realidad son socialmente deseables. Finalmente, la eventual tramitación de un nuevo proceso penal dirigido a castigar al reo violaría el principio constitucional *non bis in idem* en su vertiente procesal, que prohíbe que una persona sea sometida a dos o más procedimientos penales, por los mismos hechos y sobre la base del mismo fundamento jurídico.

El restablecimiento tampoco constituye un remedio adecuado en algunos casos en los que las autoridades han incumplido sus obligaciones de aplicar correctamente la legislación penal, esto es, de investigar los hechos, perseguir a los culpables, enjuiciarlos e imponerles una sanción proporcionada. El restablecimiento consistiría aquí en que las autoridades competentes realizasen correctamente las actividades que en su día omitieron o desarrollaron defectuosamente. Pues bien, este remedio resulta sumamente cuestionable si para implementarlo hay que dirigir un nuevo proceso penal contra un reo que ya fue acusado en un procedimiento previo que terminó mediante resolución firme. Esta reiteración vulneraría el referido *non bis in idem* procesal. De ahí que pueda considerarse que el restablecimiento es improcedente en tales circunstancias (Doménech, 2006a: 366; Tomás-Valiente, 2017: 40 y 41).

Por ello, el Tribunal Constitucional ha estimado que, «cuando se haya acudido a la vía penal como medio de reacción contra las vulneraciones de los derechos fundamentales de carácter sustantivo y dichos órganos jurisdiccionales no hayan dictado sentencia condenatoria», «no cabe la retroacción de actuaciones para celebrar un nuevo juicio penal, como consecuencia del otorgamiento del amparo por vulneración de derechos fundamentales de carácter sustantivo, pues con ello se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento» (SSTC 9/2024, 189/2004 y 285/2005). En este escenario, el pronunciamiento de la sentencia de amparo debe ser puramente declarativo, lo cual puede no sólo proporcionar una cierta «reparación moral» a la víctima, sino también «ser potencial-

mente generador de una futura indemnización» (SSTC 218/1997, 21/2000, 232/2002 y 189/2004)²⁸. En cambio, cuando los derechos vulnerados son «procesales» (los reconocidos en el art. 24 CE), el Tribunal no tiene reparo en ordenar la retroacción de actuaciones a fin de que se tramite un nuevo proceso penal (entre otras, SSTC 16/2001, 115/2001, 178/2001, 63/2002, 34/2008, 106/2011 y 87/2020), lo cual es ciertamente cuestionable (Doménech, 2006a: 342 y 343). De hecho, también en alguna ocasión en la que se había vulnerado un derecho procesal, el Tribunal ha estimado que no ordenar la retroacción constituía una solución ponderada y razonable (STC 23/2016).

Nótese, en fin, que las sentencias del TEDH que aprecian el incumplimiento de obligaciones estatales de protección penal concluyen con un pronunciamiento declarativo de la violación de los derechos correspondientes y, por lo general, también con una condena al Estado a pagar a la víctima una cantidad de dinero en concepto de «satisfacción equitativa» (art. 41 CEDH).

6. CONCLUSIONES

De los derechos fundamentales se derivan para el Estado no sólo obligaciones negativas de abstenerse de inferir en ellos mediante el ejercicio de su *ius puniendi*, sino también obligaciones positivas de protegerlos penalmente, tipificando como infracción las conductas que los lesionen, investigando los hechos, persiguiendo a los culpables, procesándolos, condenándolos y castigándolos. Así lo han declarado en numerosas sentencias, entre otros, el TEDH y el Tribunal Constitucional español. Así se desprende de una interpretación literal, teleológica y atenta a la realidad social actual de los preceptos constitucionales y convencionales que consagran tales derechos.

Los argumentos esgrimidos para criticar la existencia de esas obligaciones no son convincentes. Tales obligaciones no implican necesariamente un menoscabo de los derechos fundamentales, sino que, muy al contrario, en principio contribuyen a garantizar su goce real y efectivo.

El legislador democrático dispone de un amplio margen para concretar las obligaciones, ora positivas, ora negativas, que se deducen de los derechos fundamentales, pero este margen no es infinitamente amplio, y el Tribunal Constitucional debe poder verificar si ha sido rebasado o no. Los beneficios que de este control judicial limitado y deferente se derivan para la satisfacción de los bienes jurídicos protegidos por los derechos fundamentales son seguramente superiores a los costes que dicho control supone desde el punto de vista del principio democrático.

Los criterios que hay que utilizar para determinar si el Estado ha cumplido sus obligaciones positivas de protección derivadas de los derechos fundamentales son análogos a los criterios empleados para juzgar si ha hecho lo propio con sus obligaciones negativas. No obstante, entre los derechos fundamentales a obtener la protección penal del Estado y los derechos fundamentales que los ciudadanos tienen frente al ejercicio por parte del Estado

de su poder sancionador existe una cierta asimetría, que se justifica principalmente porque el peligro de que ese poder se ejerza en exceso es, en líneas generales, mayor que el riesgo de que se ejerza insuficientemente.

Esta asimetría se manifiesta en varios puntos. (i) En materia penal, las obligaciones positivas que los derechos fundamentales imponen al Estado tienen menor alcance e intensidad que las obligaciones negativas. (ii) Al controlar el cumplimiento de las primeras, los tribunales deberían mostrarse normalmente más deferentes que al hacer lo propio respecto de las segundas. (iii) La decisión de desproteger penalmente un bien iusfundamental —es decir, de limitar los derechos fundamentales a la tutela penal— no siempre debe adoptarse observando las mismas garantías formales que el Estado debe respetar cuando restringe derechos fundamentales mediante el ejercicio activo de su *ius puniendi*. (iv) La configuración de esas garantías también debe ser distinta. El proceso de aplicación de la legislación penal debe estar y de hecho está asimétricamente diseñado en favor del reo, con el fin de evitar especialmente el castigo excesivo, antes que el castigo insuficiente. (v) Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las referidas obligaciones también deben ser diferentes.

NOTAS

1. Art. 12 de la Constitución de New Hampshire de 31 de octubre de 1783. Las Constituciones de Pennsylvania de 28 de septiembre de 1776 (parte I, art. VIII) y Vermont de 8 de julio de 1777 (cap. I, art. IX) proclaman que «*every member of society has a right to be protected in the enjoyment of life, liberty and property*». La Constitución de Massachusetts de 25 de octubre de 1780 establece que «*each individual of the society has a right to be protected by it in the enjoyment of his life, liberty and property, according to standing laws*» (parte I, art. X).

2. STEDH de 21 de junio de 1988 (*Plattform "Ärzte für das Leben"*, 10126/82, § 32).

3. STEDH de 28 de julio de 1998 (*Ergi*, 23818/94, § 79). La STEDH de 20 de diciembre de 2004 (*Makaratzis*, 50385/99, § 60) habla de «minimizar en la mayor extensión de lo posible cualquier riesgo para [la] vida». La STEDH de 6 de julio de 2005 (*Nachova y otros*, 43577/98 y 43579/98, § 103) declara el incumplimiento de la «obligación de minimizar el riesgo de pérdida de la vida».

4. SSTEDH de 9 de junio de 1998 (*L. C. B.*, 23413/94, § 36), 29 de abril de 2003 (*Iglesias Gil y A.U.I.*, 56673/00, § 52) y 26 de junio de 2003 (*Maire*, 48206/99, § 73).

5. *Vid.* el voto particular de los magistrados Rupp von Bruneck y Simon a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39, 1, 73).

6. SSTEDH de 26 de julio de 2005 (*Siliadin c. Francia*, 73316/01) y 30 de marzo de 2017 (*Chowdury y otros c. Grecia*, 21884/15).

7. SSTEDH de 7 de enero de 2010 (*Rantsev c. Chipre y Rusia*, 25965/04) y 21 de enero de 2016 (*L.E. c. Grecia*, 71545/12).

8. SSTEDH de 26 de marzo de 1985 (*X e Y c. Países Bajos*, 8978/80) y 4 de diciembre de 2003 (*M.C. c. Bulgaria*, 39272/98). *Vid.*, también, GARCÍA ORTIZ (2024).

9. STEDH de 28 de mayo de 2013 (*Eremia y otros c. Moldavia*, 356/11).
10. STEDH de 7 de octubre de 2014 (*Begheluri y otros c. Georgia*, 28490/12).
11. SSTEDH de 2 de noviembre de 2004 (*Abdülsamet Yaman c. Turquía*, 32446/96), de 10 de marzo de 2009 (*Turan Cakir c. Bélgica*, 44256/06) y de 5 de enero de 2010 (*Paduret c. Moldavia*, 33134/03).
12. SSTEDH de 20 de diciembre de 2017 (*Nikolova y Velichkova c. Bulgaria*, 7888/03), 8 de abril de 2008 (*Alí y Ayse Duran c. Turquía*, 42942/02), 17 de octubre de 2006 (*Okkali c. Turquía*, 52067/99), 4 de noviembre de 2010 (*Darraj c. Francia*, 34588/07) y 1 de junio de 2010 (*Gäfgen c. Alemania*, 22978/05).
13. SSTEDH de 26 de abril de 2011 (*Enukidze y Girgoliani c. Georgia*, 25091/07, § 274) y 18 de julio de 2019 (*Vazaqashvili y Shanava c. Georgia*, 50375/07, § 92).
14. La expresión «prohibición de defecto» (*Untermaßverbot*) es de origen alemán. Fue acuñada por Canaris (1984: 228) y recibida por la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 28 de mayo de 1993 (BVerfGE 88, 203, 254). Sobre el tema, *vid.*, por todos, Tzemos (2004), Rassow (2005) y Störing (2008).
15. SSTEDH de 21 de febrero de 1990 (*Powell y Rayner*, 9310/81, § 41), 25 de noviembre de 1994 (*Stjerna*, 19131/91, § 38), 22 de abril de 1997 (*X, Y. y Z.*, 21830/93, § 41) y 11 de julio de 2000 (*Ciliz*, 29192/95, § 61).
16. *Vid.*, por ejemplo, la STEDH de 27 de noviembre de 1995 (*McCan y otros c. Reino Unido*, 18984/91).
17. *Vid.*, por ejemplo, la STEDH de 9 de abril de 2024 (*Verein Klimaseniorinnen y otros c. Suiza*, 53600/20, §§ 460-505), comentada por Ruiz Prieto (2024).
18. *Vid.*, entre otras, las SSTEDH de 17 de octubre de 1986 (*Rees*, 9532/81, § 35), 7 de julio de 1989 (*Gaskin*, 10454/83, § 42), 21 de febrero de 1990 (*Powell y Rayner*, 9310/81, § 41), 9 de diciembre de 1994 (*López Ostra*, 16798/90, § 51) y 9 de junio de 1998 (*McGinley y Egan*, 21825/93 y 23414/94, § 98).
19. STEDH de 27 de septiembre de 1990 (*Cossey*, 10843/84, § 37). En sentido similar, *vid.* las SSTE-DH de 8 de julio de 1986 (*Lithgow y otros*, 9006/80, 9263, 9265, 9266, 9313, 9405/81, § 50), 23 de septiembre de 1998 (*Aka*, 19639/92, § 47), 28 de julio de 1999 (*Inmobiliaria Saffi*, 22774/93, § 49), 28 de octubre de 1999 (*Brumarescu*, 28342/95, § 78), 23 de noviembre de 2000 (*ex-rey de Grecia y otros*, 25701/94, § 89) y 11 de enero de 2001 (*Tanganelli*, 23424/94, § 27).
20. *Vid.*, también, la STC 116/1999 (FJ 16). En la STC 19/2023 se afirma que «el legislador goza de una amplia libertad de configuración a la hora de responder a sus deberes de protección de la vida de las personas frente a agresiones de terceros, pudiendo optar por distintos modelos integrados por unas u otras medidas protectoras de naturaleza material, organizativa o procedimental, siempre y cuando alcance el resultado tuitivo exigido por la Constitución y lo haga, además, sin interferir desproporcionadamente en el derecho a la autodeterminación del paciente ni afectar a su contenido esencial».
21. STEDH de 12 de diciembre de 2023, *Vuckovic c. Croacia*, 15798/20, § 63). *Vid.* también, entre otras, las SSTEDH de 30 de junio de 2015 (*Khoroshenko c. Rusia*, 41418/04, § 132) y 24 de enero de 2017 (*Khamtokhu and Aksenchik c. Rusia*, 60367/08, § 85).
22. *Vid.*, entre otras muchas, la STC 292/2000 (FJ 15) y la STEDH de 30 de julio de 1998 (*Valenzuela Contreras c. España*, 27671/95, §§ 49-61).
23. STEH de 10 de febrero de 2011 (*Dubetska y otros c. Ucrania*, 30499/03, § 143).
24. STEDH de 10 de noviembre 2004 (*Taşkın y otros*, 46117/99, §§ 115 y ss.).

25. STEH de 10 de febrero de 2011 (*Dubetska y otros c. Ucrania*, 30499/03, § 145).
26. *Vid.*, por ejemplo, la STC 164/2023 (FJ 2).
27. *Vid.*, *mutatis mutandis*, la STC 87/2020 (FJ 3).
28. Sobre esta doctrina y la pertinencia de revisarla precisamente a la vista de la jurisprudencia del TEDH sobre las obligaciones positivas de protección penal, *vid.* Tenorio Sánchez (2023). Sobre la posibilidad de tramitar un proceso penal cuando ya se ha tramitado, por los mismos hechos y contra la misma persona, un procedimiento administrativo que ha concluido con una sanción «insuficiente», *vid.* la STC 2/2003 y la jurisprudencia del TEDH analizada críticamente por Bueno Armijo (2022).

BIBLIOGRAFÍA

- Akandji-Kombe, Jean François (2007): *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to implementation of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe.
- Alexy, Robert (1994): *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Ambos, Kai (2020): «Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22(15), 1-27.
- Arnardóttir, Oddný Mjöll (2017): «The “procedural turn” under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance», *International Journal of Constitutional Law*, 15(1), 9-35.
- Arzoz, Xabier (2014): *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Madrid: CEPC.
- Balta, Alina (2020): «Retribution through Reparations? The European Court of Human Rights on Moral Damages», en Laurens Lavrysen y Natasa Mavronicola (eds.): *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart Publishing, 71-92.
- Bascañán Rodríguez, Antonio (2007): «Derechos fundamentales y Derecho penal», *Revista de Estudios de la Justicia*, 9, 47-74.
- Bilbao Ubillos, Juan M.^a (1997): *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid: CEPC.
- Brems, Eva y Lavrysen, Laurens (2013): «Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, 35(1), 176-200
- Bueno Armijo, Antonio (2022): «La esperada rectificación del TJUE sobre la “legitimación” de las ONG medioambientales: el asunto Deutsche Umwelthilfe eV», en M. A. Calzadilla Medina y R. Martín Quintero (dirs.), *El Derecho de la Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible*, Valencia: Tirant lo Blanch, 677-698.
- Bustos Rubio, Miguel: «Aporofobia, motivos discriminatorios y Derecho Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04(23).
- Caamaño Domínguez, Francisco (2003): *La garantía constitucional de la inocencia*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Canaris, Claus Wilhem (1984): «Grundrechte und Privatrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 184, 201-246.
- Congleton, Roger D. (2004): «The Median Voter Model», en Charles K. Rowley y Friedrich Schneider (eds.), *Encyclopedia of Public Choice*, New York: Kluwer, 707-712.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu (2012): «Expansión del Derecho penal y garantías: entre la realidad y el deseo», *Revista de Derechos Fundamentales*, 8, 45-76.

- Doménech Pascual, Gabriel (2006a): «Los derechos fundamentales a la protección penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 78, 333-372.
- (2006b): *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos...*, Madrid: CEPC.
- (2024): «La estructura del control de la discrecionalidad», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9, 7-38.
- Engle, Karen (2015): «Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights», *Cornell Law Review*, 100(5), 1069-1127.
- Farnsworth, Ward (2007): *The Legal Analyst t: A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago: Chicago University Press.
- Florio, Marco Edgardo (2023): «Struggle in favour of a criminal law as an ‘ultima ratio’: considerations on the expansion of criminal law from a European and supranational perspective», 13(2), 135-164.
- García De La Torre García, Faustino (2024): *Las obligaciones estatales de tutela penal de los derechos fundamentales. Entre el deber de protección y los límites del Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Ortiz, Andrea (2024): «Violencia sexual y obligaciones de tutela penal: una aproximación desde la jurisprudencia del TEDH», en Vicenta Cervelló Donderis y M.ª Asunción Colás Turégano (dirs.), *Salud mental y género: retos jurídicos y sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 537-576.
- Giannini, Massimo Severo (1991): *El poder público*, trad. Ortega Álvarez, Madrid: Civitas.
- Gil Gil, Alicia (2016): «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *InDret*, 4, 1-36.
- Heri, Corina (2020): «Shaping Coercive Obligations through Vulnerability: The Example of Domestic Violence», en Laurens Lavrysen y Natasa Mavronicola (eds.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart Publishing, 93-116.
- Hermes, Georg (1987): *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Zugleich ein Beitrag zum sozialen Grundrechtsschutz*, Heidelberg: C. F. Müller.
- Hobbes, Thomas (1651) [2001]: *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. Manuel Sánchez Sarto, México: FCE (Fondo de Cultura Económica).
- Hylton, Keith N. y Khanna, Vikramaditya S. (2007): «A Public Choice Theory of Criminal Procedure», *Supreme Court Economic Review*, (15), 61-118.
- Iglesias Vila, Marisa (2024): «Deferencia y tribunales internacionales de derechos humanos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9, 65-85.
- Isensee, Josef (2019): «Das Strafrecht als Medium der grundrechtlichen Schutzpflicht», en *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*, Berlin: Duncker & Humblot, 249-278.
- Kaspar, Johannes (2014): *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Strafrecht: Eine Untersuchung zur Dogmatik des Übermaßverbots*, Baden-Baden: Nomos.
- Krings, Günter (2003): *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Lascuraín Sánchez, Juan Antonio (2012): «¿Restrictivo o deferente?», en *El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional*, *InDret*, 3.
- Lavrysen, Laurens y Mavronicola, Natasa (eds.) (2020): *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart Publishing.
- Lazarus, Liora (2012): «Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect and Participate?», en Lucia Zedner y Julian V. Roberts (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford: Oxford University Press, 135-155.
- Lopera Mesa, Gloria Patricia (2004): «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 211-246.
- Mañalich Raffo, Juan Pablo (2005): «La prohibición de infraprotección como principio estructural del Derecho penal», *Revista de Derecho y Humanidades*, 11, 245-258.
- Martínez Garay, Lucía (2017): «¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos? Consideraciones sobre la crisis del principio de legalidad», en C. Vives Antón, E. Cuerda Arnau y C. Górriz Royo (eds.), *Acción significativa y principio de legalidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 267-291.

- (2020): «Terrorismo, proporcionalidad y control de constitucionalidad», en José L. González Cussac (dir.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Fernando Pérez Álvarez*, Valencia: Tirant lo Blanch, 513-532.
- Miceli, Thomas J. (2009): «Criminal Procedure», en Nuno Garoupa (ed.), *Criminal Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar, 125-144.
- Mowbray, Alastair (2004): *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing.
- Mungan, Murat C. (2017): «Over-incarceration and disenfranchisement», *Public Choice*, 172, 377-395.
- Naranjo De La Cruz, Rafael (2000): *Los límites de los derechos fundamentales: Especial referencia al principio de proporcionalidad*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Mavronicola, Natasa (2020): «Coercive Overreach, Dilution and Diversion: On the Disquieting Use of Criminal Law», en Lavrysen y Mavronicola (eds.), *Coercive Human Rights*, Oxford: Hart, 183-202.
- Persak, Nina (2020): «Positive Obligations in View of the Principle of Criminal Law as Ultima Ratio», en Lavrysen y Mavronicola (eds.), *Coercive Human Rights*, Oxford: Hart, 141-159.
- Pinto, Mattia (2020): «Sowing a ‘Culture of Conviction’: Human Rights, Evidentiary Standards, and the Criminal Law», en Lavrysen y Mavronicola (eds.), *Coercive Human Rights*, Oxford: Hart, 161-182.
- Png, Ivan P. L. (1986): «Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error», *International Review of Law and Economics*, 6(1), 101-105.
- Popper, Karl R. (1945) [2000]: *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. N. Loedel, Barcelona: Paidós.
- Prieto Sanchís, Luis (1998): *Ley, principios, derechos: La lucha por el Derecho como dogmática jurídica y como teoría política*, Madrid: Dykinson.
- Quintero Olivares, Gonzalo (2024): «Populismo y Derecho penal», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 48, 281-301.
- Rassow, Reinhard (2005): «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 3, 262-280.
- Rizzolli, Matteo y Saraceno, Margherita (2013): «Better that Ten Guilty Persons Escape: Punishment Costs Explain the Standard of Evidence», *Public Choice*, 155, 395-411.
- Rizzolli, Matteo y Stanca, Luca (2012): «Judicial Errors and Crime Deterrence: Theory and Experimental Evidence», *Journal of Law and Economics*, 55(2), 311-338.
- Ruiz Prieto, Mario (2024): «Los derechos fundamentales diacrónicos: un concepto para la dogmática penal constitucional», *Revista de Administración Pública*, 225, 215-260.
- Schmitt, Carl (1927) [1996]: *Teoría de la Constitución*, trad. M. Ayala, Madrid: Alianza Editorial.
- Silva Sánchez, Jesús María (2008): «¿Nullum crimen sine poena?», *Derecho Penal y Criminología*, 29(86-87), 149-172.
- (2011): *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Edisofer.
- Störriing, Lars Peter (2008): *Das Untermaßverbot in der Diskussion: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum materiellen Rechtsschutz*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Stoyanova, Vladislava (2020): «Separating Protection from the Exigencies of the Criminal Law: Positive Obligations of the State and Criminal Law», en Lavrysen y Mavronicola (eds.), *Coercive Human Rights*, Oxford: Hart, 203-222.
- (2023): *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Evolution and Alternatives*, Oxford: Oxford University Press.
- Tenorio Sánchez, Pedro (2023): «Aclaración de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad penal», *Revista de Derecho Político*, 117, 13-42.
- Tomás-Valiente Lanuza, Carmen (2016): «Deberes positivos del Estado y Derecho penal: Reflexiones desde la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, 3.
- (2021): «El interés de la víctima en el castigo del autor: análisis constitucional y penal», *Revista General de Derecho Penal*, 35.

- (2022): «La doctrina de las obligaciones positivas del Estado en el TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional», en Llobet Rodríguez y Ruiz Rodríguez (coords.), *Principios y garantías penales en la encrucijada*, Barcelona: Bosch, 27-82.
- Tulkens, Françoise (2011): «The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights», *Journal of International Criminal Justice*, 9, 577-595.
- Tzemos, Vasileios (2004): *Das Untermaßverbot: Dogmatische Grundlagen, verfassungsrechtliche Legitimation und europäische Perspektiven*, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Viana Ballester, Clara (2020): «Populismo punitivo y quiebra del principio de legalidad», en José L. González Cussac (dir.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Fernando Pérez Álvarez*, Valencia: Tirant lo Blanch, 533-552.
- Viganò, Francesco (2014): «La arbitrariedad del no punir: sobre la justiciabilidad del principio de protección», *Política Criminal*, 9(18), 428-476.
- Xenos, Dimitris (2012): *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, London: Routledge.

CRIMINAL LAW IS DIFFERENT: RAZONES PARA NO APLICAR EN DERECHO PENAL LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE TUTELA DERIVADAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*
CRIMINAL LAW IS DIFFERENT: REASONS FOR NOT APPLYING IN CRIMINAL LAW THE POSITIVE OBLIGATIONS OF PROTECTION DERIVED FROM FUNDAMENTAL RIGHTS

Lucía Martínez Garay
Universitat de València

RESUMEN

Este trabajo no discute que los Estados puedan estar obligados a proteger los derechos fundamentales frente a los ataques de que son objeto por parte de particulares. Pero se defiende que dichas obligaciones no alcanzan al derecho penal. En primer lugar, porque las razones que avalan la existencia de obligaciones de tutela en otras ramas del ordenamiento jurídico no son trasladables al derecho penal. Para demostrarlo, se compara cómo nacieron y se han aplicado, en la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán, el efecto horizontal de los derechos fundamentales entre particulares en el derecho civil o laboral (*Drittwirkung*), por un lado, y los deberes de protección penal (*strafrechtliche Schutzpflichten*), por otro. En segundo lugar, porque en derecho penal estas obligaciones no funcionan como lo hacen en esos otros ámbitos: en el derecho penal debilitan los derechos fundamentales del acusado, reducen el ámbito legítimo de juego del legislador, y permiten a los tribunales constitucionales imponer en temas polémicos determinadas opciones de política criminal haciéndolas pasar por las únicas compatibles con el respeto a los derechos fundamentales. Esta tesis se ejemplifica con los casos del aborto y de la custodia de seguridad.

PALABRAS CLAVE

derechos fundamentales, derechos humanos, obligaciones de tutela penal, *Drittwirkung*, prohibición de infraprotección, aborto, custodia de seguridad.

ABSTRACT

This paper does not dispute the thesis that states may have a duty to protect fundamental rights from attacks by private individuals. However, it argues that these obligations do not extend to criminal law. This is firstly because the reasons that support the existence of positive protective duties in other branches of the legal system cannot be transferred to criminal law. To illustrate this, the paper draws a comparison between the horizontal effect of fundamental rights between private individuals in civil or labour law (*Drittwirkung*) and criminal protection obligations (*strafrechtliche Schutzpflichten*) as they have arisen and been applied in the case law of the German Constitutional Court. Secondly, these obligations do not function in criminal law as they do in these other areas. In criminal law, they weaken the fundamental rights of the accused, reduce the legitimate scope for action of the legislator, and allow constitutional courts to impose certain criminal policy options on controversial issues as the only ones compatible with respect for fundamental rights. This thesis is exemplified by the cases of abortion and secure preventive detention.

KEYWORDS

Fundamental rights, human rights, duties to protect by criminal law, *Drittwirkung*, prohibition of under-protection, abortion, secure preventive detention.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.124>

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-123441NB-I00: "La erosión del principio de legalidad en el sistema de justicia penal contemporáneo: diagnóstico y propuestas de solución", codirigido por Lucía Martínez Garay y Clara Viana Ballester, y financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y "FEDER Una manera de hacer Europa". Su realización se ha beneficiado de un semestre sabático en el curso 2023/24 concedido por la Universitat de València y una estancia de investigación en la Humboldt Universität zu Berlin (financiada con una ayuda de la Generalitat Valenciana) en la cátedra del Prof. Dr. Luís Greco, a quien agradezco que me acogiera y me diera la oportunidad de exponer y discutir una versión preliminar de algunas de las ideas que aquí sostengo en una sesión de su Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar. Agradezco también a Carmen Tomás-Valiente Lanuza su paciencia para discutir conmigo sobre obligaciones positivas de tutela, y sus siempre atinadas observaciones y sugerencias.

CRIMINAL LAW IS DIFFERENT: RAZONES PARA NO APLICAR EN DERECHO PENAL LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE TUTELA DERIVADAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Lucía Martínez Garay
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. Delimitación del objeto del trabajo. 2.1. Otras obligaciones de tutela penal. 2.2. Obligaciones de castigar derivadas de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. 3. Surgimiento de las obligaciones positivas de tutela penal en Alemania (*grundrechtliche Straffpflichten*). 3.1. El orden objetivo de valores y la *Drittwirkung* en derecho privado. 3.2. La incorporación del orden objetivo de valores al Derecho penal y el nacimiento de los deberes de protección: la primera sentencia sobre el aborto. 3.3 Evolución posterior de los deberes de protección. 4. La segunda sentencia sobre el aborto y la prohibición de infraprotección. 4.1. Evolución posterior fuera del derecho penal. 4.2. Evolución posterior en el derecho penal. 5. Crítica: diferencias entre los deberes generales de protección de los derechos fundamentales y los deberes de protección penal. 5.1. La relación entre la víctima y el acusado no es una relación entre particulares asimilable a las del derecho privado, ni a las del derecho administrativo. 5.2. En derecho penal, los deberes de tutela de los derechos fundamentales no se aplican a «nuevos peligros» ni defienden a la ciudadanía frente a «nuevos poderes». 5.3. El «amplio margen de discrecionalidad» del legislador desaparece cuando se aplican los deberes de tutela de los derechos fundamentales al ámbito penal. 5.4. Los derechos fundamentales como coartada para imponer opciones de política criminal. 6. Conclusiones y cuestiones pendientes. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la década de 1980, y con particular intensidad en los últimos 20 años, se ha ido extendiendo la idea de que los derechos humanos reconocidos en los convenios internacionales, y los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones, generan para los Estados la obligación de utilizar el derecho penal para protegerlos. Es decir, que si el Estado no criminaliza una conducta que lesiona un derecho fundamental, o no la castiga con una pena lo bastante grave, está vulnerando ese derecho por omisión, por no haberlo protegido suficientemente. Son numerosos los autores que respaldan esta tesis, cada vez más los ámbitos a los que se aplica, y cuenta con el indudable prestigio que le confiere el estar impulsada por la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, y de algunos tribunales constitucionales, en concreto y para lo que interesa en este trabajo, el español y el alemán (cfr., entre otros y con posturas diversas, Lavrysen / Mavronicola, 2020; Doménech Pascual, 2006b y 2025; Tomás-Valiente Lanuza, 2016; Gil Gil, 2016; Pastor, 2010; Silva Sánchez, 2008; Viganò, 2014; García de la Torre García, 2024; Tulkens, 2011).

A los efectos de este trabajo voy a dar por buena la idea de que de los derechos humanos o fundamentales¹ derivan obligaciones positivas para el Estado, que no sólo debe abstenerse de lesionarlos, sino que tiene que garantizar que los ciudadanos los puedan disfrutar con la mayor plenitud posible, y para ello debe implementar políticas y medidas, de muy diverso tipo, dirigidas a asegurar ese disfrute. Sin embargo, voy a sostener que esas obligaciones no alcanzan al Derecho penal. A mi juicio, el derecho penal es un medio *posible* para tutear bienes jurídicos, entre ellos los derechos fundamentales, y es además un medio *legítimo* para hacerlo si se cumplen determinadas condiciones. Pero no comparto la tesis de que sea *obligatorio* para el Estado recurrir al derecho penal para tutelar los bienes jurídicos, tampoco cuando esos bienes son derechos fundamentales.

Y es que en la doctrina y en la jurisprudencia las obligaciones de tutela penal se suelen tratar conjuntamente con las demás obligaciones de protección que derivan de los derechos, como si el Derecho penal fuera solo un medio más de protección entre los posibles. El razonamiento se desarrolla en tres pasos: el punto de partida es reconocer que los derechos más básicos, especialmente el derecho a la vida —pero también otros— pueden sufrir ataques tanto por parte del Estado (detención arbitraria, por ejemplo), como por particulares (homicidio, por ejemplo). En segundo lugar, se afirma que para protegerlos de manera eficaz es necesario, por ello, defenderlos no solo frente al Estado, sino también frente a los demás ciudadanos. Para lo primero, los derechos funcionan como defensa, y de ellos derivan deberes de abstención para el Estado (de no lesionarlos, *Abwehrrechte*). Para conseguir lo segundo, sin embargo, es necesario que el Estado tome activamente medidas, y por ello los derechos generan para estas obligaciones de protección (*Schutzpflichten*). En el tercer paso, finalmente, se afirma que la protección eficaz de los derechos puede alcanzarse de muy variadas maneras, pero que a veces, cuando otros medios de protección no sean suficientes, es obligado recurrir al derecho penal como el arma más contundente de que dispone el Estado. Y la expresión «recurrir al Derecho penal» tiene a un alcance *a priori* muy amplio: tal y como la entienden los tribunales europeo e interamericano de derechos

humanos, puede significar tanto criminalizar comportamientos, como investigar denuncias, celebrar el proceso, imponer una condena, que la pena sea suficiente, ejecutarla realmente, e incluso evitar la comisión de delitos mediante una prevención eficaz.

Como digo, no voy a cuestionar los dos primeros pasos de esta argumentación, pero sí el tercero. Porque considero que instituciones o doctrinas que quizá en otras ramas del Derecho son legítimas y producen buenos resultados, no siempre se pueden trasladar sin más al derecho penal. Esta aseveración no debería sorprender. Que el derecho penal es una parte del ordenamiento jurídico que tiene características particulares y en la que no rigen las mismas reglas que en otros ámbitos del Derecho es de todos conocido. Por citar sólo cuatro ejemplos evidentes: el art. 6.1 del Código civil (en adelante, CC) dice que «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», pero en Derecho penal el desconocimiento invencible de la ilicitud de la conducta determina la absolución, y si el error es vencible obliga a rebajar la pena (art. 14.3 del Código Penal; en adelante CP); la aplicación analógica de las normas está prevista como un método admisible en el art. 4.1 CC, pero la analogía *in malam partem* está prohibida en Derecho penal en virtud del estricto principio de legalidad que opera en esta rama del Derecho; el art. 2.3 CC dispone que por regla general «las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario», pero el art. 2.2. CP —y, sobre todo, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE— obligan a que se apliquen retroactivamente las leyes penales posteriores cuando sean favorables al reo; por último, el proceso penal se rige por criterios (presunción de inocencia, estándar y carga de la prueba, etc.) más estrictos que el proceso civil.

Obviamente, que *algunas* cosas funcionen de manera diferente en el derecho penal que en el civil o en el administrativo no significa que *todas* tengan que hacerlo. Pero sirvan estos sencillos ejemplos como recordatorio de que el derecho penal tiene características propias y distintas, y que bien podría ocurrir —como ocurre con estas otras instituciones— que las obligaciones positivas de tutela de los derechos fundamentales sean posibles, convenientes o incluso necesarias en algunos ámbitos del derecho, pero que resultasen inadecuadas o incluso inadmisibles en derecho penal, si es que hay buenas razones para argumentarlo, y personalmente creo que las hay. A mi juicio, la construcción de las obligaciones estatales de tutela penal de los derechos fundamentales está animada por una intención loable, pero carece de suficiente fundamento tanto teórico como empírico, subvierte los principios limitadores del *ius puniendi* y alimenta la expansión securitaria del derecho penal, restringe indebidamente el margen de actuación del legislador democrático, y no sólo no ha demostrado hasta ahora que mejore la protección de los derechos, sino que creo que la debilita. Argumentar todos estos puntos con el detalle y el rigor necesarios requeriría una extensión de la que no dispongo en este trabajo, pues la tesis de la que discrepo es compleja y tiene muchos flancos, y desmontarla de manera convincente requiere abordar las múltiples dimensiones implicadas². Por ello, en las páginas que siguen me centraré únicamente en dos cuestiones concretas, que creo que iluminan el punto central de mi crítica, y que son las siguientes: por un lado, el nacimiento de los deberes de protección penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, y, en segundo

lugar, los efectos indeseables que ya han producido tales obligaciones en la jurisprudencia constitucional alemana relacionada con leyes penales.

Aunque antes es necesario delimitar y justificar un poco más el objeto de la investigación.

2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO

Para justificar la relevancia de las dos cuestiones que voy a estudiar creo que conviene señalar sus diferencias con otros aspectos del tema con los que están relacionadas, pero que no voy a analizar. De esta manera también quedará mejor acotado el objeto del trabajo, y, con ello, el alcance de las conclusiones que extraeré.

2.1. OTRAS OBLIGACIONES DE TUTELA PENAL

Los Estados pueden estar a veces obligados a castigar ciertos comportamientos, pero sin que ello derive del reconocimiento de derechos humanos.

Algunas constituciones contienen obligaciones explícitas de utilizar las sanciones penales para proteger ciertos bienes (que no siempre son derechos fundamentales, o al menos no derechos fundamentales clásicos): la española por ejemplo lo contempla respecto del patrimonio histórico (como posibilidad junto con el uso de sanciones administrativas) y del medioambiente en los arts. 45 y 46, y la alemana respecto de la guerra de agresión en su art. 26³.

En el marco de la Unión Europea, los Estados están sometidos al Derecho comunitario y este también prevé, con frecuencia cada vez mayor, la obligación de castigar penalmente un ámbito muy amplio y creciente de comportamientos (Muñoz de Morales Romero, 2020: 33 y ss.).

Fuera del ámbito de la Unión Europea los Estados pueden quedar obligados a establecer sanciones penales para determinados comportamientos cuando ratifican convenios internacionales que así lo prevén: el ejemplo probablemente más conocido sea el art. 5 del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 1948, pero como es sabido son muy numerosos los tratados que incluyen este tipo de compromisos.

Aunque cabría discutir bastantes aspectos sobre estas obligaciones, sólo destacaré ahora que todas ellas comparten dos características: 1) son expresas, y por ello tienen un ámbito definido; se sabe con relativa claridad hasta dónde alcanzan, a qué comportamientos afectan. Y 2) son contingentes, es decir, cabría modificarlas o desligarse de ellas, ya sea mediante la reforma de las constituciones, la modificación o la denuncia de los tratados, o el abandono de la Unión Europea. Todo ello puede parecer difícil o poco probable (o no tanto, como hemos descubierto tras el Brexit), pero en cualquier caso son escenarios posibles, y eso los hace diferentes del que constituye el objeto de este trabajo, como argumentaré a continuación.

2.2. OBLIGACIONES DE CASTIGAR DERIVADAS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Hay un cuarto tipo de obligaciones de castigar: las que han elaborado los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, tanto el europeo como el interamericano, desde los años 80, y de manera mucho más amplia y decidida desde los años 90 y 2000⁴. Aunque hay diferencias muy relevantes entre la jurisprudencia de ambos tribunales⁵, no es necesario detenerse en ellas a los efectos de este trabajo. Lo que me interesa destacar ahora es que, frente a las obligaciones de castigar a las que me he referido en el subapartado anterior, las derivadas de los derechos humanos presentan dos particularidades.

En primer lugar, son implícitas, pues ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni la Convención Interamericana las prevén expresamente. Ambos textos reconocen en su tenor literal sólo derechos fundamentales clásicos de defensa frente al Estado, pero los respectivos tribunales han interpretado que de ellos también derivan obligaciones positivas de protección, y, entre ellas, de protección mediante el derecho penal. Al ser obligaciones implícitas, son muy indeterminadas, y son los propios tribunales los que establecen hasta dónde alcanzan, en decisiones referidas a casos concretos. No es, por ello, sencillo saber exactamente qué tienen que castigar los Estados y qué no, y con qué penas, para cumplir con ellas.

En segundo lugar, parece difícil que, si estas obligaciones realmente existen, los Estados puedan desligarse de ellas, porque no son sólo algo que a estos les vincule «desde fuera». Cabría, por supuesto, denunciar los tratados de derechos humanos y con ello que el estado dejara de estar sujeto al control de los respectivos tribunales. Pero también las constituciones nacionales tienen catálogos de derechos fundamentales que vinculan a todos los poderes públicos y cuyo alcance —al menos en los derechos básicos a la vida e integridad física que son los que aquí interesan— es bastante similar al de los derechos humanos recogidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Si las razones aducidas para fundamentar las obligaciones positivas de tutela penal respecto de los derechos humanos son sólidas, no se ve por qué no deberían existir también obligaciones similares derivadas de los derechos fundamentales recogidos en las constituciones, cuyo control correspondería a los tribunales constitucionales. Cabría también, por supuesto, imaginar un Estado que reformara su constitución y eliminara de ella el catálogo de derechos fundamentales, pero un Estado así ya no podría calificarse como un Estado de derecho.

En resumen: si es cierto que de los derechos humanos y fundamentales clásicos, en especial del derecho a la vida y a la integridad física, derivan para el Estado obligaciones de castigar para protegerlos, parece que el Estado no puede en modo alguno «escapar» de estas obligaciones, si es que quiere seguir siendo un Estado democrático de derecho.

Por último, las obligaciones de castigar que los Tribunales Internacionales deducen de los convenios de derechos humanos, y los deberes estatales de tutela penal derivados de los derechos fundamentales, no son independientes: ambas se sustentan sobre argumentos similares, y la doctrina elaborada en Alemania desde los años 50 sobre los efectos de los derechos fundamentales entre particulares y sobre los deberes de protección penal influyó

en el TEDH⁶, aunque después en su desarrollo la jurisprudencia de este último haya sido bastante independiente de la del Tribunal Constitucional alemán, y aunque en las últimas décadas hayan sido los tribunales internacionales de derechos humanos los que han impulsado decididamente esa construcción, mientras que a nivel nacional no ha habido una evolución apreciable desde los años 90 del siglo pasado⁷ (si bien esto puede estar cambiando, a consecuencia precisamente, esta vez, del influjo de aquellos, como comentaré en la segunda parte de este trabajo).

Y este aspecto resulta de interés, porque una de las principales críticas que se han hecho a la doctrina de las obligaciones de tutela penal elaborada por el TEDH y la CIDH es que su fundamentación no es lo bastante sólida. Se ha denunciado, por ejemplo, que los argumentos cercanos a un derecho de la víctima al castigo del autor —desarrollados especialmente por la CIDH— son muy cuestionables (Pastor, 2011; Gil Gil, 2016: 12 y ss; Silva Sánchez, 2008; Tomás-Valiente Lanuza, 2021: 24 y ss.), o que las apelaciones a la supuesta mayor eficacia del Derecho penal como medio de control —a través de la mayor capacidad intimidatoria de las penas— carecen de suficiente respaldo empírico (Persak, 2020). Sin embargo, es difícil pensar que una crítica así, por fundamentación insuficiente, quepa hacérsela a la dogmática alemana de los derechos fundamentales, que goza de incuestionable prestigio y reconocimiento a nivel internacional. Y de ahí el interés por analizar si la construcción de los *grundrechtliche Straffpflichten* en la doctrina alemana puede aportar razones que refuercen el fundamento de las obligaciones de tutela penal desarrolladas en las últimas décadas con especial impulso por los Tribunales Internacionales de derechos humanos. Ciertamente, el contexto de la protección de los derechos fundamentales dentro de los Estados y el de la protección de los derechos humanos en el contexto internacional es distinto, y hay que tener cautela al trasladar conclusiones extraídas el uno al otro: bien podría ocurrir que las obligaciones de castigar fueran cuestionables a nivel internacional, pero que, sin embargo, a nivel intraestatal resultara posible defenderlas con mejores argumentos. En todo caso, considero que vale la pena la comparación, pues de ella derivan resultados interesantes.

Dos últimas advertencias antes de continuar. La expresión ‘obligaciones de tutela penal derivadas de derechos fundamentales (o humanos)’ es muy amplia y puede referirse a la obligación de criminalización, a la prohibición de amnistías, indultos o prescripción, a obligaciones procesales de investigación o de prevención policial, a la necesidad de imponer penas suficientes, etc. En lo que sigue, la utilizaré para referirme sólo a la obligación de criminalizar o de castigar con una pena suficientemente grave, es decir, a lo que se ha denominado obligaciones sustantivas de tutela penal (si bien la distinción entre obligaciones sustantivas y procedimentales no es nada sencilla de trazar, cfr. Lavrysen, 2020: 30-32). Esto supone una simplificación del problema, pero necesaria para mantener el trabajo en una extensión razonable, y para poder comparar las obligaciones derivadas de los derechos humanos con la dogmática alemana de los deberes de castigar derivados de los derechos fundamentales, que se ha centrado en este aspecto.

Por otro lado, me voy a referir solo a obligaciones de castigar comportamientos entre particulares, sin considerar en esta exposición los supuestos de crímenes cometidos por

agentes del Estado. Aunque con frecuencia se los considere un supuesto más, o incluso especialmente cualificado, de obligaciones positivas de tutela penal⁸, creo que constituyen un grupo de casos a los que no se pueden aplicar sin más los mismos argumentos, especialmente en las situaciones en las que un agente estatal ha vulnerado activamente el derecho fundamental del particular y el Estado omite investigar, perseguir o castigar esa conducta⁹.

Por último, y puesto que no voy a cuestionar el fundamento, extensión, régimen o consecuencias de los deberes de protección *no penales* de los derechos fundamentales, prescindiré en lo que sigue de enumerar los argumentos y la bibliografía sobre los que estos se sustentan, y me centraré exclusivamente en lo que tiene que ver con obligaciones de tutela *penal* de los derechos.

3. SURGIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE TUTELA PENAL EN ALEMANIA (*GRUNDRECHTLICHE STRAFPFLICHTEN*)

Hoy en día es doctrina prácticamente indiscutida en Alemania que de los derechos fundamentales que consagran libertades, especialmente del derecho a la vida, derivan tanto un derecho de defensa frente a injerencias del Estado, como un derecho a obtener protección de este frente a agresiones de terceros. Hay diferentes maneras de fundamentar estos derechos a protección, pero creo que la más extendida es la que sostiene Isensee, que lo explica con estas palabras:

«El derecho de defensa (*Abwehrrecht*) y el deber de protección (*Schutzpflicht*) del Estado son funciones opuestas del derecho fundamental de libertad. Salvaguardan el mismo bien iusfundamental. Pero lo garantizan en direcciones diferentes: el derecho de defensa, frente a la autoridad pública; el deber de protección, frente a los peligros que representan los particulares. [...] Así, el derecho a la vida y a la integridad física, en su función de defensa, exige que el Estado se abstenga de toda medida que pueda atentar contra estos bienes. En su función de protección, exige que el Estado realice esfuerzos positivos para defender la vida y la salud frente a los ataques de terceros, y para desterrar la violencia física de la vida jurídica. El derecho de defensa se dirige contra los peligros que pueden surgir de la acción del Estado, por ejemplo de un abuso policial; el deber de protección, contra los peligros que surgen de una omisión, por ejemplo de la indolencia policial en caso de amenaza aguda contra la vida y la integridad física de un ciudadano. Aquí se trata de la protección *por parte* del Estado, allí se trata de la protección *frente al* Estado» (Isensee, 2011: 414)¹⁰.

Isensee deriva la existencia de los deberes de protección a partir del fin del Estado de garantizar seguridad. Se remonta a las teorías del contrato social y expone que obtener seguridad para sus personas y bienes es la razón por la que las personas acuerdan constituirse en Estado, someterse al soberano y renunciar a sus derechos. Ahora bien, si el estado no garantiza esa seguridad y, por tanto, no cumple la función que lo legitima, existe el peligro de que los ciudadanos vuelvan a recurrir a la autoprotección y a la guerra de todos contra todos. En este enfoque, los deberes de protección se ponen en relación con la protección

frente a actos de violencia física por parte de terceros, con amenazas a la vida y a la integridad y con la actividad de la policía (1983, pp. 3 y ss., 21 y ss. Es decir, aunque se hable de deberes de protección en general, sin adjetivarlos (*Schutzpflichten*), parece que se está pensando directamente en protección frente a delitos, por tanto, protección a través del derecho penal, y en definitiva en deberes de castigar (*Strafpflichten*).

Este recurso a la idea del contrato social como fundamento de los deberes de protección, y específicamente de los deberes de protección penal, es tan extendido (también en la doctrina española favorable a la existencia de estos deberes, cfr. Doménech Pascual, 2006b: 355 y ss.; García de la Torre García, 2024: 88 y ss.) como, a mi juicio, poco acertado, por varias razones que aquí solo puedo enunciar muy sucintamente. La primera y quizá más importante, porque creo que en realidad no es capaz de aportar la justificación que se busca. Es muy cierto que sin un estado que ejerza cierto control efectivo sobre la vida social no es posible disfrutar de los bienes y derechos, lo que se pone de manifiesto cada vez que un estado colapsa o que transitoriamente está imposibilitado de ejercer su poder sobre un determinado territorio: surge una situación de caos donde se multiplican las lesiones a los bienes jurídicos (vandalismo, pillaje, etc.) y la seguridad se resiente. Pero de la constatación de esta evidencia solo se deduce que es necesario un poder sólido para garantizar un mínimo de orden: ahora bien, cómo sea ese orden (autoritario, liberal, democrático) y qué esté autorizado u obligado el Estado a hacer para mantenerlo, es otra cuestión, y precisamente la que queremos resolver.

A mi juicio este es un punto central que pasan por alto quienes defienden que es de los derechos fundamentales, de donde nace para el Estado la obligación de acudir al derecho penal para protegerlos. Que proporcionar seguridad a los ciudadanos frente a las agresiones de terceros —y, muy especialmente, frente a la criminalidad— sea una función básica y esencial de todo Estado, es una cosa, y otra muy distinta es sostener, sin solución de continuidad, que es de los derechos fundamentales de donde surge el deber estatal de proporcionar esa seguridad¹¹. De esta manera, se transforma una *función* del Estado en una cuestión *iusfundamental* (Dreier, 2024:421), lo que no es en modo alguno irrelevante.

Por otro lado, cabe recordar que recurriendo a Hobbes (y a otros autores del contractualismo ilustrado) se han intentado fundamentar tesis tan poco en la línea de la garantía de los derechos fundamentales como el derecho penal del enemigo (Jakobs, 2003: 28 y ss.), así que el recurso a esta fundamentación filosófica no es por sí mismo garantía de que la teoría de las obligaciones estatales de tutela penal contribuya a una protección mejor de los derechos fundamentales¹². Como señala Lazarus, si bien la doctrina de los derechos a protección (y, yendo un paso más allá, la del derecho fundamental a la seguridad) goza de un legado filosófico innegable, no es menos cierto que puede ser instrumentalizada para consolidar el poder autoritario y legitimar políticas represivas que socavan el sistema de los derechos humanos en su conjunto (Lazarus, 2025).

Pero, en todo caso, lo que interesa destacar ahora es que no solo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán el concepto de los deberes de protección nació directamente como deberes de protección penal, si bien en este caso con una fundamentación muy distinta a la que acabamos de ver. En efecto, en 1975 el

Tribunal Constitucional alemán dictó la conocida como primera sentencia sobre el aborto (Sentencia de 25.2.1975, BVerfG 39,1), y en ella estableció que del derecho fundamental a la vida proclamado en el artículo 2 párrafo 2 de la ley fundamental, en relación con la dignidad humana que el Estado tiene que garantizar (art. 1 GG), deriva para el estado el deber de proteger la vida de todas las personas. Pero hizo derivar este deber de una construcción que el tribunal había ido desarrollando desde muchos años antes, relacionada con la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados.

3.1. EL ORDEN OBJETIVO DE VALORES Y LA DRITTWIRKUNG EN DERECHO PRIVADO

La idea de que los derechos fundamentales deben proteger a los ciudadanos no sólo en sus relaciones con el Estado, sino también cuando estos interactúan entre sí en situaciones reguladas por el Derecho civil, arranca en Alemania del conocido caso Lüth, resuelto por el Tribunal Constitucional en 1958 (Sentencia de 15.1.1958, BVerfGE 7, 198). En este caso estaba en juego la libertad de expresión del Sr. Lüth, un ciudadano que había llamado públicamente a boicotear la película de un director de cine conocido por su pasado cercano al nacionalsocialismo. El conflicto se planteaba entre dos particulares, uno que alegaba su libertad de expresión y otro que reclamaba el cese del boicot y una indemnización por estar siendo perjudicado en su libertad artística y en sus intereses comerciales. El Tribunal civil resolvió que la llamada al boicot suponía un daño doloso a las buenas costumbres, en el sentido del apartado § 826 del Código Civil Alemán, y Lüth acudió al Tribunal Constitucional alegando que su libertad de expresión había sido indebidamente restringida¹³.

La Constitución alemana de 1949 dispone (al contrario de lo que ocurría en la de Weimar) que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes del Estado (art. 1.3 GG), pero no dice que los particulares queden también obligados. El Tribunal Constitucional alemán estableció en el caso Lüth que los derechos fundamentales despliegan efectos en las relaciones entre los ciudadanos, de la siguiente manera: aunque sólo vinculan directamente al Estado, de ellos no derivan solo pretensiones de respeto frente a los poderes públicos. También configuran un «orden objetivo de valores» que irradia a todo el ordenamiento jurídico, por lo que los tribunales cuando aplican las normas (del derecho civil o de cualquier otro ámbito del derecho) deben tener presentes los contenidos de los derechos fundamentales. En el caso Lüth, el Tribunal Constitucional consideró que el tribunal no había tenido suficientemente en cuenta el contenido del derecho a la libertad de expresión recogido en la Constitución al interpretar las leyes civiles aplicables al caso, y por ello que su decisión no había sido correcta¹⁴.

Con el caso Lüth quedó establecido que los derechos fundamentales tienen eficacia entre particulares, es la llamada *Drittwirkung* o eficacia horizontal, que se ha consolidado desde entonces como una dimensión más de los derechos fundamentales, aunque ello no significa que su entendimiento sea pacífico. En el caso Lüth se afirmó una eficacia indirecta de los derechos fundamentales entre particulares, pero en la doctrina hay posiciones encontradas acerca de si dicho efecto debe ser directo o indirecto, y también se discute a qué

ámbitos debe aplicarse esta construcción y con qué consecuencias (Alfaro, 1993; Bilbao Ubillos, 2017; Borowski, 2020; Burkiczak, 2014; Maultzsch, 2012). No obstante, a los efectos de este trabajo no interesa la discusión en torno a los detalles de la *Drittwirkung*, sino las razones por las que surgió y por las que hoy en día se mantiene, así como los ámbitos principales en los que se postula su aplicación y su relación con los deberes de castigar.

La razón principal que se aduce para que los derechos fundamentales deban operar también entre particulares es que también en este ámbito esos derechos pueden resultar lesionados, y por ello, si su protección ha de ser efectiva, no puede prescindirse de reconocerles relevancia en esta esfera. Según la visión clásica de los derechos como defensa frente al poder público, los derechos fundamentales protegen al ciudadano frente a los abusos de poder y a las injerencias indebidas del Estado. Pero, como afirma Bilbao Ubillos: «[e]l Derecho privado conoce también el fenómeno del poder, como capacidad de determinar o condicionar las decisiones de otros. Basta con observar atentamente la realidad que nos rodea, la progresiva multiplicación de poderes privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. Correlativamente, se registran situaciones de virtual sujeción, en las que las partes contratantes no disponen realmente de la misma libertad para concertar o no una determinada relación, que se presume voluntaria, o de las mismas posibilidades de perfilar el contenido final de las cláusulas «pactadas». Esto sucede cuando, de hecho, una de las partes no tiene más remedio que aceptar unas condiciones dictadas unilateralmente. El poder económico, social o mediático de ciertos individuos u organizaciones anula o compromete gravemente ese mínimo de libertad e igualdad que constituye el presupuesto de la autonomía privada.» (2017: 50; en sentido similar, Borowski, 2020: 7 y s.; Doménech Pascual, 2006: 357; Hesse, 1994: 544).

En coherencia con esta idea, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha encontrado un campo abonado en el Derecho del trabajo, donde por definición existe una asimetría de situaciones de poder, o en las relaciones internas de las asociaciones, ámbitos en los que nuestro Tribunal Constitucional la ha reconocido¹⁵. En los años siguientes al caso Lüth, el Tribunal Constitucional alemán aplicó la *Drittwirkung* en casos de derecho civil en los que entendió que las leyes aplicables (o los contratos acordados) no habían tenido suficientemente en cuenta el orden objetivo de valores conformado por los derechos fundamentales, porque se trataba de relaciones jurídico-privadas en que una de las partes se encontraba en una situación de clara inferioridad respecto de la otra, de manera que no podía seguir hablándose en rigor de autonomía privada sino de heteronomía (*Fremdsteuern*), lo que chocaría con el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 2 apartado 1 de la Constitución (Burkiczak, 2014: 121 y ss.). Esta es una idea que también ha destacado la doctrina: en el derecho privado rige la autonomía de la voluntad, principio que tiene un indudable enraizamiento constitucional, y que permite a los particulares regir su vida y sus negocios por principios diferentes a los consagrados en el texto constitucional e incluso renunciar a sus derechos. Sin embargo, la autonomía deja de ser tal cuando una de las partes no puede formar libremente su voluntad porque está en situación de clara inferioridad. De nuevo, en palabras de Bilbao Ubillos: «Cuanto menor sea la libertad de la parte débil de la relación, mayor será la necesidad de protección», y con ello la

necesidad de reconocer eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones asimétricas entre particulares (2020: 63)¹⁶.

3.2. LA INCORPORACIÓN DEL ORDEN OBJETIVO DE VALORES AL DERECHO PENAL Y EL NACIMIENTO DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN: LA PRIMERA SENTENCIA SOBRE EL ABORTO

¿Cómo se incorporó esta doctrina al derecho penal? En 1974 el parlamento alemán había aprobado una reforma del código penal que despenalizaba los abortos practicados dentro de las 12 primeras semanas, así como los que respondieran a un peligro grave para la vida o la salud de la mujer, o a patologías muy graves del feto. Como hemos comentado *supra*, en su sentencia de 25 de febrero de 1975 el Tribunal Constitucional declaró esta regulación contraria a la Constitución, por considerar que no cumplía con la obligación constitucional de proteger la vida en formación.

La sentencia dejó sentado que del derecho fundamental a la vida proclamado en el artículo 2, párrafo 2 de la ley fundamental, en relación con la dignidad humana que el Estado tiene que garantizar (art. 1 GG), deriva para el Estado el deber de proteger la vida de todas las personas. Y para fundamentar este deber, acudió a la construcción de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores, y a su efecto irradiante, que había desarrollado previamente para las relaciones entre particulares. Con cita expresa del caso Lüth, señaló que el sí y el cómo de esa obligación de proteger la vida prenatal se puede deducir directamente del orden objetivo de valores que constituyen los derechos fundamentales¹⁷. Una vez establecido este punto de partida, explicó que este deber consiste en la obligación de otorgar una protección efectiva, y que el legislador tiene un muy amplio margen de apreciación para decidir cuáles son los medios más adecuados¹⁸. Pero que «En casos extremos, es decir, cuando la protección exigida por la Constitución no puede lograrse de ninguna otra manera, el legislador puede verse obligado a utilizar los medios del derecho penal para proteger la vida en desarrollo.» (n.m. 133).

Aludió a la idea de “*ultima ratio*” y al principio de proporcionalidad clásico para afirmar que el legislador sólo puede hacer un uso prudente y restringido del derecho penal. Pero añadió que «Sin embargo, este último recurso también debe utilizarse si no puede lograrse de otro modo una protección eficaz de la vida. Así lo exigen el valor y la importancia del bien jurídico que debe protegerse. Por lo tanto, no se trata de una obligación “absoluta” de castigar, sino de una obligación “relativa” de recurrir a la amenaza de castigo cuando se comprueba que todos los demás medios son inadecuados.» (n.m. 133) Y, finalmente, consideró que el sistema de plazos no ofrecía esa protección suficiente.

La sentencia insiste en que el aborto sólo puede considerarse justificado cuando concurren indicaciones que suponen materialmente causas de justificación, y que la existencia de normas penales prohibitivas tiene efectos de prevención general —a pesar de las cifras negras— porque influye en los comportamientos y en las concepciones valorativas (*Wertvorstellungen*) de los ciudadanos. Despenalizar los abortos practicados en las primeras 12 semanas crearía «necesariamente en la mente de los ciudadanos la impresión de que el

aborto está legalmente autorizado en todos los casos y que, por lo tanto, ya no debe ser desaprobado desde un punto de vista ético-social» (n.m. 153), y ello conduciría como consecuencia a un aumento de los abortos practicados (n.m. 160).

En esta sentencia llaman la atención varias cosas. Ante todo, y como atinadamente señala Doménech Pascual (2006b: 354, 2025: poner página), aplicar al aborto la doctrina del orden objetivo de valores y su efecto irradiante permitía deducir de esa dimensión de los derechos fundamentales la obligación de proteger la vida del *nasciturus*, sin necesidad de abordar el espinoso problema de decidir si este era o no titular del derecho fundamental a la vida (estrategia que siguió después también el Tribunal Constitucional español en la STC 53/1985, FJ 4 y 7). Por otro lado, y en la medida en que se trataba aquí de enjuiciar la conformidad a la Constitución de una ley penal, la sentencia no parece encajar muy bien con la construcción del orden objetivo de valores derivado de los derechos fundamentales, que hasta entonces había utilizado el Tribunal para extender la eficacia de los derechos a relaciones entre particulares, es decir, para extenderla más allá de las relaciones entre el Estado y el ciudadano, que es el ámbito propio del derecho penal y donde los derechos fundamentales obviamente siempre han operado. Como señala Bumke, tanto en esta primera sentencia sobre el aborto, como en la segunda de 1993 a la que enseguida nos referiremos, concurren «circunstancias particulares» y hay muy poca conexión entre el deber de protección que aquí se construyó y la idea de protección a la que recurría el tribunal para hacer operar a los derechos fundamentales en relación con riesgos técnicos o sociales o al establecer limitaciones a contratos civiles (2019: 57)¹⁹.

Por último, merece la pena destacar la manera como se resuelve la cuestión de la protección «efectiva» del bien jurídico en esta sentencia. Recordemos que hasta 1974 en la República Federal de Alemania el aborto estaba penalizado en todo caso, aunque los tribunales solían admitir un estado de necesidad justificante en casos de peligro grave para vida o salud de la madre. La reforma que se presentó aquel año despenalizaba el aborto consentido en las primeras 12 semanas previo asesoramiento de la mujer, y también en las indicaciones terapéutica y eugenésica. Una de las razones principales para la reforma había sido el considerar que la criminalización resultaba completamente ineficaz, porque eran decenas de miles los abortos que se realizaban cada año en el país (y también fuera de él por las mujeres que se lo podían permitir), la inmensa mayoría de los cuales quedaba sin castigar, que este incumplimiento generalizado de la prohibición minaba su credibilidad, y que para proteger de manera más eficaz la vida en formación lo que se necesitaba eran mejores medidas de apoyo para la mujer y para su entorno²⁰. Es decir, la reforma venía motivada, entre otras cosas, por la percepción del legislador de que el derecho penal no garantizaba una protección eficaz al *nasciturus*. Y el Parlamento había optado por una determinada solución despenalizadora tras un procedimiento legislativo extenso, en el que se habían debatido y considerado numerosos argumentos a favor y en contra.

Sin embargo, a pesar de todo ello, el tribunal consideró inconstitucional la regulación que la mayoría parlamentaria había aprobado, con el argumento de que el derecho penal era necesario para una protección eficaz. Al actuar así, el tribunal constitucional estaba sustituyendo la valoración del parlamento por sus propios criterios, lo que suscita dudas en

cuanto a la extralimitación del tribunal, ya que este carece de la legitimidad democrática de que goza el legislador (la «crítica democrática», a la que alude Doménech Pascual, en este mismo número). Por otro lado, en este juicio sobre la eficacia de la protección, el tribunal constitucional no sólo tuvo en cuenta argumentos empíricos en cuanto al aumento o disminución del número de abortos que uno u otro modelo de tutela podían razonablemente tener. También computó entre esos efectos de prevención la contribución de la norma penal al reforzamiento de las concepciones valorativas y ético-sociales de los ciudadanos, en el sentido de que la prohibición penal debía fortalecer el rechazo y la desaprobación hacia el aborto, de un modo que el tribunal entendió que ningún otro mecanismo de protección estaba en condiciones de lograr.

Esto representa una diferencia importante entre el derecho penal y otros ámbitos en los que operan los deberes de protección. Se supone que estos dejan al legislador un amplio margen de apreciación para escoger los medios que estime más adecuados, y en otros ámbitos la práctica demuestra que en efecto operan así. Pero en el caso del aborto —que versaba sobre Derecho penal— dicho margen quedó reducido a cero no sólo porque el Tribunal Constitucional impuso al legislador el derecho penal como medio imprescindible para lograr dicha tutela (Dreier, 2024: 421), sino porque además estableció una regulación provisional que debía regir hasta que el legislador dictara una nueva ley, en la que ya señaló los únicos supuestos (indicaciones) en los que según el tribunal resultaba conforme a la constitución prescindir de la pena.

3.3. EVOLUCIÓN POSTERIOR DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN

A partir de esta primera sentencia sobre el aborto, el Tribunal Constitucional alemán aplicó la doctrina de los derechos de protección derivados de los derechos fundamentales a muchos otros casos. En varios de ellos se trataba de supuestos en que un particular desarrolla una actividad económica o industrial bajo la autorización del Estado (instalación industrial, aeropuertos, energía atómica, etc.) de la que pueden derivar molestias o peligros a gran escala para otros particulares, y el Estado debe decidir hasta dónde llega la protección de los ciudadanos que sufren estos peligros o las molestias (Doménech Pascual 2006a: 79 y ss., con numerosas referencias jurisprudenciales).

Como señala Hesse (1994: 550) durante 17 años esta doctrina de los deberes de protección no condujo en ningún caso a que el Tribunal Constitucional corrigiera la forma en que el legislador había dado cumplimiento al deber de protección en estos ámbitos, y en ninguna sentencia derivó de ello una obligación concreta de regular una materia en un determinado sentido. En los casos en que el tribunal especificó cuál debía ser el criterio para determinar si el legislador había cumplido con su deber de protección, recurrió a un «control de evidencia», según el cual el deber de protección (no penal) solo se consideraba vulnerado cuando las medidas adoptadas por el Estado fueran «totalmente inadecuados o completamente insuficientes»²¹.

4. LA SEGUNDA SENTENCIA SOBRE EL ABORTO Y LA PROHIBICIÓN DE INFRAPROTECCIÓN

Sin embargo, en 1993 el Tribunal Constitucional alemán dictó la segunda sentencia sobre el aborto. De nuevo el Parlamento intentaba introducir un sistema de plazo combinado con indicaciones, y esta vez el tribunal sí lo aceptó, aunque declaró inconstitucional la ley por dos motivos: porque las condiciones y garantías previstas para el asesoramiento de la mujer eran insuficientes, y porque la norma consideraba conformes a derecho los abortos practicados en las 12 primeras semanas.

El tribunal declaró, de modo similar a cómo lo había hecho en la primera sentencia de 1975, que el Estado tiene el deber de proteger la vida prenatal durante toda la duración del embarazo (y en esta sentencia sí habla ya del derecho a la vida —*Lebensrecht*— del *nasciturus*), y que este deber de protección obliga al Estado a alcanzar un fin, pero le deja libertad a la hora de elegir los medios a través de los cuales conseguirlo. Ahora bien, a la hora de concretar las exigencias de este deber de protección introdujo el concepto de prohibición de infraprotección (*Untermassverbot*)²², que significa que las medidas de protección han de ser adecuadas (*angemessen*), y eficaces (*wirksam*), y además estar basadas en una investigación minuciosa y un juicio razonable (*zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen*) (n.m. 158). Es de destacar que el tribunal expresamente diferencia estos criterios de los que había venido utilizando en resoluciones anteriores en las que había evaluado el cumplimiento de deberes de protección fuera del Derecho penal. La sentencia afirma (n.m. 181) que el margen de apreciación de que dispone el legislador depende de diversas circunstancias, entre ellas la significación de los bienes jurídicos afectados, y añade que no hay que entender la doctrina sentada en sentencias anteriores en el sentido de que para cumplir con el deber de protección de la vida baste con adoptar medidas que no sean completamente inidóneas ni totalmente insuficientes. Es decir, modifica el criterio que había seguido hasta entonces para valorar si se habían vulnerado o no los deberes de protección.

Una vez sentados estos criterios, para el caso concreto del aborto el Tribunal estableció que la prohibición de infraprotección exige que el aborto sea considerado ilícito (*Unrecht*) durante toda la duración del embarazo, y que sólo puede considerarse adecuado a Derecho en determinadas circunstancias en que resulta inexigible para la mujer continuarlo (indicaciones) (n.m. 160). También insistió en que la prohibición de infraprotección no le permite al Estado prescindir libremente del Derecho penal (n.m. 167), pero (y esta es la diferencia respecto de la sentencia de 1975) que ello no obstante, «el legislador no está constitucionalmente impedido para transitar hacia un modelo de protección de la vida prenatal que, en la fase temprana del embarazo [...], ponga el acento en el asesoramiento de la mujer embarazada para persuadirla de que lleve a término el embarazo y, puesto que el asesoramiento necesariamente tiene que ser abierto y eficaz, prescinda de la amenaza de castigo basada en indicaciones y de que haya un tercero que compruebe si estas se dan o no» (n.m. 183).

Ahora bien, puesto que entendió que la norma aprobada no garantizaba suficientemente la protección de la vida prenatal en la regulación de ese asesoramiento, declaró la inconstitucionalidad de la ley, y estableció un régimen transitorio hasta que el legislador dictara la nueva regulación, en el que especificó minuciosamente los requisitos y circunstancias en que debía desarrollarse dicho asesoramiento en los abortos que se acogieran al sistema de plazo. Hasta el punto de que, como ha destacado la doctrina, prácticamente le dijo ya al legislador cómo tenía que redactar esa nueva ley²³. Este condicionamiento de la actuación del legislador caracterizó asimismo, como sabemos, a la Sentencia 53/1985 de nuestro Tribunal Constitucional, que también detalló las garantías que debía respetar la futura regulación del aborto que se dictase tras la declaración de inconstitucionalidad del proyecto de ley, razón que motivó buena parte de los votos particulares que acompañaron a dicha resolución.

Esta segunda sentencia del aborto evidencia, aún más que la primera, que los derechos fundamentales como fuente de obligaciones de protección para el Estado no operan igual en el Derecho penal que en otros ámbitos del derecho. Porque el amplio margen de apreciación que normalmente corresponde al legislador queda en nada en estos casos (Hesse 1994: 552, también lo destaca Calliess, 2006: 323 nota 35)).

4.1. EVOLUCIÓN POSTERIOR FUERA DEL DERECHO PENAL

Desde entonces, el Tribunal Constitucional alemán ha dictado muchas otras sentencias en las que se ha referido a deberes de protección fuera del ámbito penal, y al efecto de los derechos fundamentales entre particulares. Se trata de dos conceptos cuya relación es discutida: en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional coexisten de forma paralela, aunque en la doctrina se discute si es posible sustituir la *Drittwirkung* por los deberes de protección, o si ambos cubren ámbitos de aplicación diversos (Burkiczak, 2014: 136 y ss; Bumke, 2019: 57-61). En cualquier caso, la evolución se ha caracterizado por la continua expansión del efecto de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, especialmente cuando estos desarrollan actividades o prestan servicios que en su momento incumbían al Estado como servicios públicos, por ej. telecomunicaciones o aeropuertos, y que posteriormente han sido privatizados²⁴.

Por lo que hace al concepto de prohibición de infraprotección, establecido en la segunda sentencia sobre el aborto, el tribunal no lo ha utilizado para corregir decisiones tomadas por el legislador en ningún otro caso, ni de derecho penal ni de derecho extrapenal. El concepto apareció en dos decisiones de inadmisión de los años 1995 y 1997, en las que parece que se vuelve a utilizar el criterio de la «evidente» desprotección a la hora de evaluar si se ha infringido un deber de protección, pero de manera un poco confusa porque a la vez se menciona el criterio de la protección adecuada y eficaz de la segunda sentencia sobre el aborto. En algunas pocas sentencias, aun sin mencionar el concepto, se ha aplicado el criterio de la protección «adecuada y eficaz» en vez del más común del control de evidencia. Y la prohibición de infraprotección ha sido mencionada también en votos particulares en algunas otras ocasiones (cfr. Clérico, 2010: 116 y s; Störing, 2009: 80 y ss.; Stern, 2011: 94).

Por otro lado, el concepto de infraprotección ha sido aceptado por la literatura y en la jurisprudencia sobre todo en el ámbito del Derecho del trabajo, en el que el trabajador se encuentra en una situación de debilidad o desventaja frente al empleador y donde los derechos fundamentales como orden objetivo de valores y los deberes de protección pueden funcionar como criterios para reclamar al legislador que establezca medidas en favor de los trabajadores, y para interpretar las regulaciones existentes en sentido favorable a estos. También se recurre a los deberes de protección y en ocasiones al principio de prohibición de desprotección en relación con nuevas tecnologías que pueden afectar a la vida y la salud (como la investigación con embriones o las terapias génicas) y para reclamar medidas más intensas de protección frente a la contaminación y en defensa del medioambiente. Y se valora críticamente que al haber vuelto el Tribunal Constitucional al criterio de la «evidente» desprotección a la hora de evaluar si se ha infringido un deber de protección, resulta poco eficaz, especialmente en el ámbito de la protección del medioambiente (Störing, pp. 100-104)²⁵.

4.2. EVOLUCIÓN POSTERIOR EN EL DERECHO PENAL

Además de en las dos sentencias sobre el aborto²⁶, los deberes de protección aparecen mencionados en relación con el derecho penal en otras dos resoluciones del Tribunal Constitucional alemán, si bien no se trata de obligaciones de criminalizar o de castigar en sentido estricto, porque tienen que ver con la custodia de seguridad, una medida de seguridad de internamiento, de ejecución posterior a la pena, que contempla el Código Penal alemán para delincuentes tenidos como especialmente peligrosos²⁷. Dicha medida de seguridad tenía hasta 1998 un límite máximo de diez años, cuando era impuesta por primera vez a un condenado. En ese año, el legislador eliminó tal límite y estableció que la duración ahora indeterminada se aplicaba también a las personas que hubieran cometido el delito antes de la fecha de entrada en vigor de la reforma.

La constitucionalidad de esta aplicación retroactiva fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional, que dictó una primera sentencia el 5 de febrero de 2004 (2 BvR 2029/01; BVerfGE 109, 133) en la que rechazó el recurso, por entender que la prohibición de retroactividad de las leyes penales derivada del principio de legalidad no se aplica a las normas que regulan medidas de seguridad. Pero, además, en otro de los fundamentos de derechos, añadió que «El Estado tiene la tarea de proteger los derechos fundamentales de las víctimas potenciales frente a agresiones de delincuentes potenciales. Cuanto más concreto e individualizado sea este peligro, y cuanto más afecte a ámbitos elementales de la vida, más intenso es el deber de protección del Estado. [...]. No es necesario decidir aquí si la supresión del plazo máximo de diez años era necesaria para proteger los derechos fundamentales de las víctimas potenciales de delitos penales. En cualquier caso, la suposición que subyace a la decisión del legislador, de que de este modo las víctimas potenciales pueden estar significativamente mejor protegidas frente a peligros importantes inminentes, no plantea ningún problema de constitucionalidad» (n.m. 189).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró por unanimidad unos años después, en su conocido fallo *M. c Alemania* de 17 de diciembre 2009, que esta aplicación retroactiva vulneraba los arts. 5 y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derechos a la libertad y a la seguridad), lo que dio lugar a otra sentencia del TC alemán en 2011 que declaró inconstitucional casi toda la regulación de la custodia de seguridad y dio al legislador un plazo para reformarla (cfr. Rinceanu, 2014)²⁸. Pero lo que interesa ahora es que en el año 2004 el Tribunal había dictado otra sentencia relacionada con el mismo tema, en la que, en un voto particular, aparecen interesantes consideraciones sobre el deber de protección y sobre la prohibición de infraprotección.

Esta segunda sentencia, de 10 de febrero de 2004 (2 BvR 1588/02), enjuiciaba la constitucionalidad de leyes dictadas por algunos estados federados, que permitían internar a delincuentes considerados peligrosos cuando en la sentencia condenatoria no se había impuesto la custodia de seguridad. Estas leyes habían querido dar solución a lo que se percibía como una laguna: en ocasiones la elevada peligrosidad de un condenado no se había constatado durante el proceso, pero se ponía de manifiesto más tarde, en la ejecución de la pena. En estos casos, a pesar de la reforma de 1998 —y de otra posterior que había vuelto a ampliar los supuestos de aplicación de la custodia de seguridad—, al no haberse impuesto la custodia de seguridad en la sentencia, no había posibilidad de acordarla más tarde para mantener privadas de libertad a estas personas una vez cumplida la pena de prisión (a salvo de los pocos casos en que se tratara de enfermos mentales graves, en cuyo caso sí podría acudir aún internamiento psiquiátrico —ya no de carácter penal sino civil—, pero no en los demás supuestos). En el parlamento federal se había discutido la posibilidad de prever una modalidad de custodia de seguridad para estos casos (la llamada «custodia de seguridad a posteriori» o *nachträgliche Sicherungsverwahrung*), pero no se había llegado a aprobar. Y, por ello, algunos estados aprobaron estas leyes, creando en su lugar internamientos para delincuentes peligrosos.

El Tribunal Constitucional declaró nulas estas normas por falta de competencia de los *Länder* para dictarlas, al entender que estaban regulando una materia perteneciente al Derecho penal, y que esta es una competencia exclusiva de la Federación. Ahora bien, ello no produjo, como habría sido lo esperable, la nulidad automática de las leyes afectadas, sino que el Tribunal prorrogó su vigencia durante seis meses, para que durante ese tiempo el legislador pudiera evaluar si quería regular la materia a nivel federal. El tribunal afirmó que se puede mantener la vigencia provisional de una norma inconstitucional si su derogación inmediata supondría privar de protección a bienes esenciales de la comunidad, y si la ponderación de este perjuicio con la injerencia que supone el mantenimiento de la norma en los derechos fundamentales afectados permite concluir que resulta asumible prolongar su afectación por un periodo transitorio. A continuación, afirmó que proteger a la sociedad de unos delincuentes que tras cumplir sus condenas atentarán con una alta probabilidad contra la vida, integridad física, libertad o libertad sexual constituye un interés esencial de la comunidad. Que el Estado tiene el deber de proteger esos bienes (con cita, entre otras, de la segunda sentencia, sobre el aborto), y que para ello dispone de un amplio margen de

apreciación. Y que entre las opciones posibles está el privarles de libertad, siempre que se respeten las exigencias del principio de proporcionalidad (n.m. 163-165).

La sentencia explica que para decidir en qué sentido quiere regular esta cuestión, y eventualmente dictar la correspondiente normativa que prevea una *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, el Estado necesita un tiempo, pero la declaración de nulidad de las leyes cuestionadas supondría la inmediata puesta en libertad de los delincuentes peligrosos que en ese momento estaban confinados en aplicación de las mismas, y ello privaría al Estado de la posibilidad de decidir si es necesaria una regulación federal para proteger a la sociedad de estas personas (n.m. 167-169). Regulación que, añade el tribunal, no tendría por qué ser inconstitucional a priori si estuviera redactada de manera lo suficientemente restrictiva (n.m. 171). En definitiva, el tribunal constitucional consideró que el interés extraordinario de la comunidad en una protección efectiva frente a determinados delincuentes muy peligrosos puede en casos excepcionales prevalecer sobre el derecho a la libertad de los afectados por el mantenimiento de la normativa anticonstitucional, aunque sólo por un periodo limitado (n.m. 172).

Sin embargo, tres magistrados discreparon de la decisión en este punto y firmaron un voto particular disidente. En primer lugar, subrayan que en este caso no se ha declarado inconstitucional una ley en la que el Parlamento Federal hubiera hecho ya una determinada ponderación entre los derechos fundamentales de los condenados y el interés general de la comunidad, sino que precisamente no existía tal ley (y de ahí que los estados hubieran dictado las suyas propias), por lo que el tribunal se atribuye a sí mismo una capacidad de ponderación originara que invade el campo propio de atribuciones del legislador.

Señalan también que las leyes de los *Länder* han sido declaradas inconstitucionales por falta de competencia, lo que significa que han sido dictadas sin legitimidad democrática, y es dudoso que una legislación que adolece de este problema esencial pueda constituir una base suficiente para ordenar la continuidad de su vigencia, aunque sea temporal. Añaden además que, al permitir que continúen transitoriamente vigentes, el tribunal está en cierta forma predeterminando el contenido de la legislación que espera que apruebe la federación (n.m. 191-192).

Por otro lado, si bien la mayoría de la sala no había utilizado expresamente el *Untermassverbot* en su argumentación, los disidentes sí lo hacen, en el siguiente sentido: afirman que sólo podría haber fundamento constitucional para mantener provisionalmente la vigencia de estas normas si viniera exigido por el principio de prohibición de protección insuficiente, pero que este no es en modo alguno el caso. Porque sólo lo sería si la federación no hubiera adoptado ningún tipo de medida de protección, o las existentes fueran absolutamente inadecuadas o completamente insuficientes. Pero no es así, porque hay múltiples medidas para proteger a la comunidad del peligro que puedan suponer los delincuentes internados de conformidad con las leyes cuya inconstitucionalidad se declara: existe una medida de seguridad de libertad vigilada que se les puede imponer (*Führungsaufsicht*), subsisten evidentemente las competencias normales de la Policía para hacer seguimientos y vigilancias, y las de los servicios sociales en su ámbito, e incluso, si alguno de los internos

tuviera un verdadero problema mental, puede recurrirse al internamiento civil involuntario (n.m. 195-197).

Los magistrados discrepantes afirman que la mayoría subraya una y otra vez el deber del Estado de proteger a la sociedad frente a los peligros que suponen estos delincuentes, pero dicho peligro ha existido siempre y el legislador hasta el momento no había visto la necesidad o conveniencia de adoptar la *nachträgliche Sicherungsverwahrung*. Al insistir en la conveniencia de que el legislador se plantee esta posibilidad durante el periodo en que se dejan transitoriamente vigentes las leyes, la mayoría de la Sala le está sugiriendo al legislador una necesidad de actuar que no deriva de la Constitución. Y con ello no sólo se está dando preferencia a una determinada opción jurídico-política frente al derecho fundamental a la libertad, lo que no resulta justificable (n.m. 200), sino que además el tribunal está corrigiendo la opción política adoptada por el legislador sobre el trato que debe darse a estos delincuentes (n.m. 202).

Un mes después de que se dictara esta sentencia, el Ministerio de Justicia presentó un proyecto para introducir la *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, que fue aprobado en julio de 2004²⁹, y en 2008 se introdujo también en el derecho penal juvenil³⁰.

5. CRÍTICA: DIFERENCIAS ENTRE LOS DEBERES GENERALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DEBERES DE PROTECCIÓN PENAL

¿Qué cabe concluir tras este resumen de la evolución de los deberes de protección y la prohibición de infraprotección?

A diferencia de lo que ocurre en la jurisprudencia del TEDH, que acude cada vez con mayor frecuencia a las obligaciones de castigar derivadas de los derechos humanos, el tribunal constitucional alemán ha aplicado hasta ahora la doctrina de los deberes de protección al ámbito penal, convirtiéndolos en deberes de castigar, en muy pocos casos. Pero los casos en que sí lo ha hecho muestran, a mi juicio, que los deberes de protección no comparten los mismos presupuestos, ni se aplican de la misma manera, en derecho penal que en el resto de las ramas del ordenamiento jurídico.

5.1. LA RELACIÓN ENTRE LA VÍCTIMA Y EL ACUSADO NO ES UNA RELACIÓN ENTRE PARTICULARES ASIMILABLE A LAS DEL DERECHO PRIVADO, NI A LAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La necesidad de reconocer a los derechos fundamentales efectos entre particulares, sea a través del efecto irradiante, de la eficacia horizontal o de los deberes de protección, surgió inicialmente en buena medida para proteger a los ciudadanos frente a otros ciudadanos especialmente en situaciones de desigualdad de poder, donde la mera autonomía de las partes podría conducir al abuso. Precisamente porque en el derecho privado no operan los dere-

chos fundamentales clásicos, que son los tradicionales mecanismos de defensa del particular frente al poderoso, se cree necesaria la construcción de la *Drittwirkung* y los *Schutzpflichten*, para evitar que el más débil esté sometido a abusos. Esto explica que se defienda la existencia de estos deberes, y la de la prohibición de infraprotección como criterio con el que valorar su cumplimiento, en ámbitos en los que existen desigualdades de poder como el derecho del trabajo, o en los que los poderes públicos autorizan a particulares a llevar a cabo actividades comerciales o industriales de las que pueden derivar molestias o riesgos a gran escala para otros ciudadanos. Pero esto es precisamente lo contrario de lo que pasa en Derecho Penal, donde siempre se han podido oponer los derechos fundamentales frente al poderoso, que en este caso es el Estado que castiga. Es decir, donde, desde este punto de vista, no se necesita recurrir a obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales, porque los derechos fundamentales siempre han estado ahí, en su función tradicional de derechos de defensa, proporcionando la protección que se busca.

Dicho de otra manera: se construyen los deberes de protección para que los derechos fundamentales operen en el derecho privado, porque en esa esfera —y a diferencia de lo que ocurre en derecho penal— no se aplicaban estos últimos. Pero una vez están construidos los deberes de protección en derecho privado, se los trae de vuelta al derecho penal, donde no habían sido hasta entonces necesarios porque sí teníamos los derechos fundamentales. Y en este viaje de ida y vuelta, los deberes de protección derivados de los derechos fundamentales traen consigo una idea que es perfectamente correcta en el derecho privado, pero profundamente perturbadora en el derecho penal: la de que los derechos fundamentales del acusado (o del potencial delincuente) y los de la víctima (actual o potencial) están enfrentados, actuando el Estado como árbitro entre ellos.

La relación de derecho penal deja de ser una relación bilateral entre el acusado y el Estado, y pasa a ser triangular. En la base del triángulo están la víctima y el acusado, cada uno con sus derechos fundamentales, enfrentados entre sí. Y el Estado se sitúa en el vértice del triángulo, estando obligado a respetar, por un lado, los derechos (de defensa) del acusado, y por el otro los derechos (a protección) de la víctima. Es la conocida como «*Dreiecksverhältnis*» (relación triangular), que seguramente describe de manera ajustada algunas relaciones de derecho privado o de derecho administrativo³¹, pero que en Derecho penal aboca al falaz argumento de la suma cero: lo que el Estado reconozca (de más) al acusado en términos de derechos fundamentales, es lo que pierde la víctima, y viceversa. El tribunal constitucional alemán mencionó expresamente esta idea, de que en las relaciones iusfundamentales multipolares (*mehrpolygonen Grundrechtsverhältnissen*) el «más» en cuanto a libertad para un titular de derechos fundamentales significa un «menos» para el otro, en su sentencia de 4 de mayo de 2011 (BVerfGE 2 BvR 2365/09). Esta sentencia se dictó como consecuencia de la del TEDH en el caso *M. c. Alemania*, que, como hemos comentado *supra*, declaró que la aplicación retroactiva de la custodia de seguridad suponía una vulneración de los derechos a la libertad y a la legalidad reconocidos en el Convenio Europeo. Resulta preocupante que a la hora de valorar cómo debía darse cumplimiento al fallo de Estrasburgo, el tribunal constitucional alemán considerara necesario advertir que el reconocimiento de los derechos humanos de los delincuentes podía ir en detrimento de los de las víctimas³².

El mayor protagonismo de la víctima en el derecho penal es una de las tendencias que ha marcado los últimos lustros, y tiene muchos aspectos positivos. Pero precisamente uno de los peligros que plantea es llegar a concebir que los derechos que merece la víctima puedan (¡o incluso deban!) serlo a costa de una reducción de los del acusado. Y es esta tendencia la que a mi juicio se ve alentada por la importación al derecho penal de deberes de tutela pensados inicialmente para operar en relaciones entre particulares. Pero esta no es ni mucho menos la única vía posible para reconocer el necesario papel de la víctima en el derecho penal: las mejores propuestas en este sentido pasan a mi juicio por las diversas vías de justicia restaurativa (bien alternativas a la condena o al proceso, bien compatibles con estos) que desde hace tiempo se han propuesto en la doctrina y se han implementado en diversos sistemas jurídicos (cfr., entre otros y con ulteriores referencias, Tomás-Valiente Lanuza, 2021; ampliamente Alonso Rimo, 2024, también Donini, 2020 y 2022)³³, y que en modo alguno se plantean como una confrontación con los derechos del acusado o condenado.

En definitiva, lo que en derecho privado o administrativo puede suponer una mejor protección o equilibrio de los derechos fundamentales de las diversas partes de una relación jurídica, y especialmente la de aquellos que en dicha relación ostentan la posición más débil, en derecho penal es una idea peligrosa que se alinea con aquellas posiciones para las cuales la mejor protección de los derechos de la víctima supone la necesidad de recortar los del acusado.

5.2. EN DERECHO PENAL LOS DEBERES DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES NO SE APLICAN A «NUEVOS PELIGROS» NI DEFIENDEN A LA CIUDADANÍA FRENTE A «NUEVOS PODERES»

Frente al discurso de que en la actualidad nos encontramos ante nuevos peligros o nuevas formas de criminalidad, que requieren una reinterpretación de las viejas categorías³⁴, lo cierto es que los casos a los que hasta ahora se ha aplicado en derecho penal alemán la construcción de los deberes de protección —y el principio de infraprotección derivado de ellos— son el aborto y la prevención frente a la posible reincidencia de delincuentes sexuales y autores de otros delitos graves contra las personas³⁵. Salta a la vista que ninguno de estos supuestos tiene que ver con nuevos riesgos tecnológicos, o con nuevas relaciones de poder o desigualdad que se hayan desarrollado en las sociedades modernas. Son, más bien, criminalidad clásica, que siempre se ha podido manejar sin necesidad de recurrir a ningún deber de protección, y no parece que se trate de «nuevos riesgos o inseguridades» para los que sea necesario desarrollar nuevos conceptos.

Por supuesto, los ciudadanos pueden tener más miedo ahora que en otras épocas frente a los mismos fenómenos criminales. Pero esto se debe a muy variadas circunstancias que no tienen por qué estar relacionadas con un aumento real de los delitos graves (lo reconoce García de la Torre García, 2024: 54 y ss). La construcción de los deberes estatales de tutela penal derivados de los derechos fundamentales encaja por ello perfectamente con modelos autoritarios y simplistas de política criminal, como el Derecho penal de la seguridad ciuda-

dana, cuyos peligros para las garantías penales se han denunciado desde hace años, al igual que su trasfondo ideológico excluyente. Como destacó Díez Ripollés, una de las características de este modelo es que se utiliza la retórica de nuevas fuentes de peligro y modernas manifestaciones de la criminalidad, para terminar justificando el endurecimiento del derecho penal en ámbitos de criminalidad clásica de toda la vida, que afectan especialmente a clases sociales desfavorecidas (Díez Ripollés, 2005; ampliamente, García Magna, 2018).

5.3. EL «AMPLIO MARGEN DE DISCRECIONALIDAD» DEL LEGISLADOR DESAPARECE CUANDO SE APLICAN LOS DEBERES DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL ÁMBITO PENAL

Sobre este punto no me voy a extender porque creo que ha quedado suficientemente argumentado en los apartados anteriores. La mención al amplio margen de discrecionalidad del legislador quedó en nada en las dos sentencias sobre el aborto, donde el tribunal constitucional no solo impuso al legislador el recurso necesario al derecho penal (en la primera) o la obligación de considerar ilícitos los abortos no punibles practicados en el plazo (en la segunda), sino que redactó prácticamente el borrador de la regulación que el legislador debía aprobar en el futuro. Y esto mismo ocurrió en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de las leyes de internamiento de delincuentes peligrosos en el año 2004.

Además, en la segunda sentencia sobre el aborto se cambió el criterio de comprobación sobre el cumplimiento de los deberes de protección con la creación del *Untermassverbot*, para hacerlo más estricto, innovación que, sin embargo, luego ha sido muy poco utilizada, volviéndose en la mayoría de los casos (que son no penales) al estándar de la protección «evidentemente» insuficiente.

5.4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO COARTADA PARA IMPONER OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

En este último punto ya no me voy a referir a una diferencia en cómo operan los deberes de protección derivados de los derechos fundamentales dentro y fuera del Derecho penal, sino a una característica que tienen en común los pocos casos en que se han utilizado esos deberes de protección para fundamentar la necesidad de castigar en Alemania. Y es que no sólo se trata en ellos, como ya he comentado *supra*, de criminalidad tradicional. Son también ámbitos particularmente sensibles del debate político criminal, en los que chocan opiniones encontradas que conectan con opciones éticas e ideológicas muy marcadas. Esto ocurre obviamente en el caso del aborto, en el que creo que puede decirse, y más desde la distancia que dan los años, que el tribunal usó los derechos fundamentales, y los deberes de protección supuestamente derivados de ellos, para imponer a un legislador partidario de la despenalización parcial, la opción político-criminal que preferían los magistrados que componían la mayoría de la sala. Pero pasó también lo mismo con la sentencia sobre la custodia de seguridad, pues en la discusión en torno al control de los delincuentes peligrosos, y especialmente de los delincuentes sexuales, el debate político es muy encendido y no gira

en torno a necesidades reales de protección avaladas con datos, sino que en él se manejan, especialmente por los partidarios de recurrir para ello al Derecho penal, argumentos demagógicos, eslóganes y pánicos morales³⁶. Como denunciaron los magistrados firmantes del voto particular, al sugerirle al legislador la conveniencia de plantearse una determinada regulación para prevenir esos peligros, los magistrados de la mayoría estaban expresando sus —legítimas— preferencias personales de política criminal, pero haciéndolas pasar como algo que derivara del contenido de derechos fundamentales a protección.

6. CONCLUSIONES Y CUESTIONES PENDIENTES

En este trabajo he tratado de mostrar que las obligaciones de protección derivadas de los derechos fundamentales no funcionan igual cuando se aplican al derecho penal que cuando operan en otros ámbitos. En derecho penal debilitan los derechos fundamentales del acusado y reducen el ámbito legítimo de juego del legislador. Conviene resaltarlo porque ninguna de las dos cosas son meros riesgos futuros o peligros que quizá puedan acontecer (así lo presenta Doménech Pascual, 2025), sino realidades que se han producido desde hace bastante tiempo.

El ámbito relativamente reducido en que el Tribunal Constitucional alemán ha aplicado hasta ahora la construcción de estos deberes iusfundamentales de tutela penal creo que puede interpretarse como un signo de que él mismo es consciente de los peligros que conlleva (Störring, 2009, p. 82). Tanto este dato, como el muy discutible contenido de las resoluciones en que sí los ha aplicado, deben ser advertencias, a mi juicio, a tener en cuenta para desconfiar también de la fundamentación que subyace a las obligaciones de tutela penal de los derechos humanos elaboradas por la jurisprudencia de los tribunales internacionales. En definitiva, no me parece que ni la dogmática ni la jurisprudencia alemanas sobre los deberes estatales de protección penal ofrezcan argumentos convincentes, y por ello tampoco creo que sirvan para reforzar la fundamentación de las obligaciones de tutela penal de los derechos humanos a nivel internacional.

Una de las cosas que me parecen más preocupantes en cómo el Tribunal Constitucional alemán ha utilizado las obligaciones de tutela penal es que presenta como argumentos de derechos fundamentales lo que son argumentos morales o políticos, legítimos, pero cuyo espacio no es el de la dogmática de los derechos sino el de la discusión política, y con ello constriñe indebidamente el debate público libre, que además arrebatara de las manos del legislador para colocarlo en las del Tribunal Constitucional.

Esta cuestión es importante. Porque si bien en las décadas de 1970 y 1990 esto lo hicieron magistrados de signo conservador para oponerse a políticas liberalizadoras del aborto, o para favorecer políticas punitivas en el ámbito de la criminalidad grave, el abuso de los derechos fundamentales no es patrimonio de una única dirección ideológica. Y hay motivos para pensar que en la actualidad está ocurriendo una situación parecida, sólo que a la inversa. Aunque ya no es posible desarrollarlas en estas páginas, apunto solo dos cuestiones.

La jurisprudencia del TEDH utiliza cada vez más las obligaciones de tutela penal para establecer obligaciones de criminalización y castigo en el ámbito de la violencia contra las mujeres³⁷. No pretendo discutir que sea legítimo, y conveniente, utilizar el derecho penal para castigar estas conductas. Solo quiero señalar que dentro del feminismo coexisten diversas tendencias en cuanto a la utilidad del derecho penal para alcanzar mayores cotas de igualdad real, empoderar a las mujeres y proteger su vida, integridad, libertad y dignidad. Y no creo que pueda decirse que las corrientes feministas antipunitivistas, partidarias por ejemplo de que se permita la mediación en casos de violencia de género o sexual, de que no todas las infracciones sean perseguibles de oficio, o de que las medidas de protección no estén ligadas a la presentación de denuncias, busquen una protección menor de esos derechos³⁸. Otras voces en el feminismo consideran que es imprescindible la criminalización hasta de las conductas más leves con penas contundentes, y la persecución de oficio de todas ellas, cosa que es, por supuesto, una opción ideológica también legítima. Pero que creo que no debería pretender arrogarse más autoridad de la que merece, haciéndose pasar por la única compatible con el respeto a los derechos humanos de las mujeres³⁹.

Por otro lado, en España hemos tenido recientemente la experiencia de dos leyes despenalizadoras, una del aborto (LO 2/2010, de 3 de marzo) y otra de la eutanasia (LO 3/2021, de 24 de marzo). Ambas fueron cuestionadas ante el Tribunal Constitucional, que esta vez, y a diferencia de lo ocurrido en los años 70, 80 y 90 con el aborto, sí las ha considerado compatibles con el texto constitucional⁴⁰. Ahora bien, en ambas esta conclusión se ha alcanzado por la vía de ‘descubrir’ nuevos derechos fundamentales implícitos en el texto constitucional, cosa que algunas voces en la doctrina, aun mostrándose de acuerdo con el sentido del fallo, han considerado discutible, por entender que no era necesario para alcanzar dicha conclusión⁴¹. Comparto las críticas que expresan estos autores. Personalmente, estoy a favor de la opción despenalizadora en ambos casos, porque creo que es una regulación preferible a la que había antes en la medida en que maximiza espacios de libertad. Pero tengo dudas sobre la manera en que se ha alcanzado ese resultado. Parece que el hecho de que existan las obligaciones positivas de tutela penal hace que el Tribunal Constitucional considere necesario, para justificar el prescindir de la sanción penal en estos ámbitos que afectan directamente a la protección de la vida (del *nasciturus*, o del paciente que no desea seguir sufriendo), explicar que la despenalización venía obligada para tutelar otro derecho fundamental⁴². Como si no bastara con decir, simplemente, que las respectivas regulaciones prevén suficientes mecanismos de tutela no penal para garantizar que no se haga un uso abusivo de los supuestos despenalizados. Es más, si la despenalización de algunos supuestos de aborto o de eutanasia viene obligada por los derechos fundamentales, parece lógico concluir que lo que era inconstitucional entonces era la situación anterior⁴³. Y con esta declaración el tribunal impide al legislador, que en un futuro podría reflejar otras mayorías políticas o evaluar de forma distinta las necesidades de tutela, plantear una política criminal diferente en estos casos, en los que las opciones éticas e ideológicas de diversos grupos sociales son muy diferentes. Se le impone una opción en una materia que es objeto de vivo debate político, y se impide al legislador otra política criminal⁴⁴. Temo que la situación se puede parecer, aunque a la inversa, a lo que se hizo décadas atrás con el aborto.

En definitiva, si bien hay buenas razones para que el Estado esté obligado a adoptar políticas y medidas activas para proteger los derechos fundamentales frente a peligros que provengan de otros ciudadanos, creo que no las hay para que esté obligado a hacerlo por medios penales. Porque en Derecho penal esas obligaciones provocan efectos diferentes. El título de este trabajo juega deliberadamente con el conocido eslogan “*Spain is different*”, que utilizó el Ministerio de Información y Turismo en la década de 1960 para fomentar nuestro país como destino turístico, sacando ventaja de la fama de país aislado y de costumbres atrasadas que entonces teníamos: la campaña daba esa fama por sentada y, en vez de negarla, afirmaba que España no era ni mejor, ni peor; era diferente. No estoy segura de si comparar el derecho penal actual con un lema nacido en el franquismo es una analogía afortunada, pero en algo coincide esta disciplina con aquel eslogan: el derecho penal es especialmente tosco. A diferencia de otras ramas del derecho, mucho más sofisticadas, que disponen de múltiples instrumentos como incentivos para regular las conductas (subvenciones, ayudas, autorizaciones, licencias, prestaciones, becas, derechos de participación, libertad para configurar según la autonomía de la voluntad todo tipo de contratos y negocios jurídicos, etc.), el derecho penal sólo tiene las penas, el castigo⁴⁵. Es duro y tosco, entre otras cosas, y puesto que no tenemos aún —como dijera Radbruch— “algo mejor que el Derecho penal”, y sigue siendo la “amarga necesidad” de la que hablaba el Proyecto Alternativo Alemán, conviene ser consciente de esas diferencias, y coherente con las limitaciones que de ellas derivan.

NOTAS

1. En este trabajo utilizaré la expresión ‘derechos humanos’ para referirme a los reconocidos en los Convenios o Tratados internacionales de derechos humanos, y ‘derechos fundamentales’ para los que están proclamados en las constituciones de los Estados.

2. Sobre algunas de ellas me he pronunciado en trabajos anteriores: Martínez Garay, 2025 (sobre la utilización del derecho penal como excusa para no adoptar medidas y políticas más eficaces, en el ejemplo del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo), 2017 y 2020 (sobre la inversión del principio de proporcionalidad que propician las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales). En general, considero que estas obligaciones son totalmente funcionales a la “perversión totalizadora del Estado social” (una magnífica explicación del riesgo al que me refiero en Cuerda Arnau, 2010, pp. 122-124).

3 Art 26 (1) *Grundgesetz* (en adelante, GG): Los actos idóneos para y realizados con la intención de perturbar la coexistencia pacífica de los pueblos, en particular la preparación de una guerra de agresión, son inconstitucionales. Deben tipificarse como delito.

4. Y aún cabría señalar un quinto grupo de posibles obligaciones de tutela penal, muy relacionadas con estas últimas: si para los Estados pueden derivar obligaciones de castigar a partir de las normas consuetudinarias de *ius cogens* de derecho internacional, y si estas obligaciones pueden ser consideradas absolutas (al respecto, cfr. Roxin y Greco, 2020, pp. 84-86, y Greco, 2017). Es una cuestión compleja y que dejo expresamente fuera del objeto de este trabajo, si bien engloba en todo caso pocos supuestos, ya que el *ius cogens* es de ámbito muy limitado (básicamente, crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra).

5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha ido considerablemente más lejos, al dictaminar que los Estados debían eliminar toda una serie de límites al *ius puniendi* (amnistía, indulto, prescripción, cosa juzgada) para proteger debidamente los derechos de las víctimas de delitos graves, mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) se limita a declarar que el Estado ha vulnerado un Derecho por no haberlo protegido suficientemente a través del derecho penal, más en su caso ordenar que se abone al afectado una indemnización, cfr. Viganò, 2014; Gil Gil, 2011.

6. Cfr. Mavronicola / Lavrysen, 2020, pp. 5-6; Tulkens, 2011, p. 583.

7. García de la Torre García, 2024, p. 42.

8. Así ocurre en la jurisprudencia del propio TEDH, y en muchos autores, por ej. Viganò, 2014, p. 468 y ss., o Doménech Pascual, en este mismo número.

9. A mi juicio aquí hay una agresión activa del Estado, una injerencia en el derecho fundamental (y no una omisión de proteger al particular frente a agresiones de terceros), y, por tanto, se trata de la clásica dimensión de los derechos humanos o fundamentales como derechos de defensa frente al estado. Y, por otro lado, la necesidad de ser particularmente estrictos con este tipo de vulneraciones de los derechos humanos por parte de los estados, creo que puede argumentarse con razones diferentes de las aplicables a los casos de agresiones por parte de particulares. Por ello, considero que el tema requiere un tratamiento específico que excede de lo que sería posible abordar en este trabajo.

10. El mismo planteamiento estaba ya en su conocido trabajo de 1983 sobre el derecho fundamental a la seguridad (Isense, 1983).

11. Un ejemplo de la argumentación que se critica en Callies (2006:326): “Con arreglo al monopolio del uso de la fuerza, se impone a los ciudadanos un deber general de paz en forma de prohibición privada de la violencia, que se compensa con un deber estatal de proteger a sus ciudadanos, que se corresponde a la *finalidad estatal* de proporcionar seguridad. En el derecho constitucional, este deber de protección se expresa en los *deberes de protección de los derechos fundamentales*.” Por el contrario, y subrayando la necesidad de diferenciar ambas cosas, cfr. Pace, 2015: 15 y ss.

12. A estas razones cabría añadir otras. Por ejemplo, que en sociedades como las europeas, y desde luego la española, con unas tasas de criminalidad violenta bajas y estables, parece algo excesivo apelar a Hobbes para fundamentar obligaciones de castigar, como si la impunidad de algunas conductas o la ausencia de condena en un crimen grave nos colocara a un paso del abismo de la guerra civil. Por otro lado, tampoco en las situaciones en las que ha habido un cuestionamiento o debilidad real del Estado parecen siempre necesarias ni convenientes las obligaciones de castigo penal, como evidencian diversos trabajos sobre la virtualidad de esta construcción en escenarios de justicia transicional, en los que la consecución de la paz puede suponer tener que dejar impunes conductas graves (Gil Gil y Maculan, 2019; Dickson, 2020).

13. Puede encontrarse una explicación en castellano de los hechos del caso y el fallo de la sentencia en Borowski, 2020: 13 y s.

14. La enorme relevancia de esta sentencia es indiscutida, habiéndose afirmado repetidas veces y con diversas formulaciones que marcó un antes y un después en la evolución de la dogmática de los derechos fundamentales; cfr. Dreier, 2024: 419, con numerosas referencias. Otros autores, sin negar su trascendencia, subrayan que más que suponer una innovación, lo que hizo el caso Lüth fue recoger ideas que ya estaban extendidas en la doctrina, y que el problema a mitad de la década de 1950 no era *si* los derechos fundamentales tenían o no un doble carácter, sino *cómo* debía manifestarse ese doble carácter en las relaciones entre particulares: Bumke, 2019: 3 y ss, 9 y ss.)

15. Cfr. referencias en Bilbao Ubillos 2017: 48 y s.

16. Vid. una relación detallada de diferentes situaciones que podrían encajar en esta descripción, así como de otras en las que podría entenderse que deben aplicarse también limitaciones a la autonomía de la voluntad derivadas de los derechos fundamentales en Alfaro, 1993: 96 y ss.

17. “Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional Federal, las normas de derechos fundamentales no sólo contienen derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que también encarnan un sistema objetivo de valores que se aplica como decisión constitucional básica para todas las áreas del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia (BVerfGE 7, 198 [205] - Lüth -; 35, 79 [114] - Hochschulurteil - con más referencias). [...] El deber de protección del Estado es amplio. No sólo prohíbe -por supuesto- la intervención directa del Estado en la vida en desarrollo, sino que también exige que el Estado proteja y promueva esta vida, es decir, sobre todo que la proteja de la interferencia ilícita de otros.” (n.m. 123)

18. De hecho, en las *Leitsätze* (o resumen de doctrina) que acompañan a la sentencia, el tribunal afirma literalmente que “El legislador puede también expresar la desaprobación legal del aborto exigida por la Constitución de formas distintas a la amenaza de castigo. Lo decisivo es si el conjunto de las medidas que sirven para proteger la vida prenatal garantiza una protección efectiva, que se corresponda con la importancia del interés jurídico que debe salvaguardarse”.

19. También Dreier destaca que las dos sentencias sobre el aborto son “excepcionales, desde cualquier punto de vista”, y que la prohibición de infraprotección que el Tribunal Constitucional desarrolló en la segunda —a la que enseguida me referiré en el texto— no ha sido utilizada después a salvo de algunas menciones muy aisladas (Dreier, 2013, p. 115).

20. El voto particular de los magistrados Rupp-v. Brünneck y Simon describe la situación, y habla de cifras de entre 75.000 y hasta 400.000 abortos ilegales practicados cada año, frente a menos de 200 condenas anuales.

21. Sólo cuando resultara “evidente” que el Estado había incumplido el deber de protección podía declararse inconstitucional la protección insuficiente, que requería que las medidas de protección fueran “totalmente inadecuados o completamente insuficientes” (*gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich*), así por ej. en las Sentencias del TC alemán de 29 de octubre 1987 (BVerfGE 77, 170 - *Lagerung chemischer Waffen*), 14 de enero de 1981 (BVerfGE 56, 54 - *Fluglärm*), o 30 de noviembre de 1988 (BVerfGE 79, 174 - *Straßenverkehrslärm*)

22. La sentencia cita en este punto expresamente el trabajo de Isensee: *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, 1992, § 111 Rdnrn. 165 f., aunque algún otro autor había ya introducido el concepto: Canaris, 1984: 228.

23. Cfr. Hassemer, 2012: 40 y ss.

24. Cfr., críticos con lo que consideran un peligro para la subsistencia de la autonomía de la voluntad, Burkičzak, 2014: 139 y ss., y especialmente Dreier, 2024. Una valoración mucho más positiva de la labor interpretativa del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales (en general, no sólo los aspectos que en este trabajo están siendo objeto de consideración) en Bumke, 2019.

25. Quizá resulta interesante destacar que la conocida sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el clima (de 24 de marzo de 2021, BVerfGE 157, 30), que declaró inconstitucional una parte de la Ley federal sobre el clima de 2019, no lo hace por considerar —como pedían los recurrentes— que el Estado vulnere su deber de protección al no adoptar medidas más intensas para disminuir las emisiones contaminantes. En este punto, recurrió al estándar desarrollado desde la década de 1970 para el control de los deberes de protección y estimó que las medidas adoptadas por Alemania “no son evidentemente inadecuadas” para lograr una contención de dichas emisiones. La razón de declarar inconstitucional una

parte de la ley se basó en considerar que existe una violación de los derechos fundamentales de libertad de las generaciones futuras porque las cantidades de emisiones permitidas hasta el 2030 reducen considerablemente las posibilidades de emisión que quedan para después de ese año, y, por tanto, prácticamente cualquier libertad protegida por los derechos fundamentales se verá en peligro en el futuro.

26. Además de los casos que menciono en el texto, el Tribunal Constitucional alemán aludió también a los deberes de protección en el caso *Gäfgen*, sentencia de 19 de febrero de 2008 (1 BVR 1807/07), un conocido caso de torturas a un detenido, al igual que también lo hizo el TEDH en su sentencia sobre este mismo caso (*Gäfgen c. Alemania*, de 1 de junio de 2010). No obstante, y puesto que es un caso en el que la agresión no proviene de un particular, sino del Estado, y hemos dejado este grupo expresamente fuera de consideración en este trabajo, no me detendré en él.

27. En detalle sobre los antecedentes, los problemas y la regulación actual de esta consecuencia jurídica del delito, cfr. Dessecker, 2004. Un resumen en castellano de la historia de la custodia de seguridad y del cambio que supuso la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 2004, así como la reforma legal del año 2013, en Rinceanu, 2014.

28. La Sentencia de 4-5-2011 (tras la STEDH M v Germany) ya no habla de *Schutzpflicht*, curiosamente (aunque la idea la mencionan algunas de las partes en sus alegaciones), sino que plantea el juicio de proporcionalidad —al que se refiere de manera reiterada— al modo tradicional desde la perspectiva del delincuente. Ello no obstante, contiene una discutible observación sobre la relación entre los derechos fundamentales de la víctima y del acusado a la que me referiré *infra*.

29. <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-einf%C3%BChrung-der-nachtr%C3%A4glichen-sicherungsverwahrung-g-sig-15019381/96778>

30. <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-einf%C3%BChrung-der-nachtr%C3%A4glichen-sicherungsverwahrung-bei-verurteilungen-nach-jugendstrafrecht/9472?f.deskriptor=Rohheitsdelikt&rows=25&pos=6>

31. Cfr. la descripción en Calliess, 2006:326 y ss., con referencias a la necesidad de encontrar un “equilibrio” entre los derechos de ambas partes enfrentadas.

32. La frase (que lleva incluso a las *Leitsätze*) es la siguiente: “Tomar en consideración el Convenio Europeo de Derechos Humanos no debe conducir a una restricción de la protección de que gozan los derechos fundamentales en virtud de la Ley Fundamental; esto lo excluye el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (cf. art. 53 CEDH). Este obstáculo a la recepción de los derechos fundamentales puede resultar especialmente relevante en las relaciones multipolares de derechos fundamentales, en las que «más» libertad para un titular de derechos fundamentales significa también «menos» para el otro.”

33. De manera muy interesante habla Donini de un “garantismo tripolar”, pero en un sentido muy distinto al de los “*mehrpolygonen Grundrechtsverhältnissen*” al que nos acabamos de referir (Donini, 2020, pp. 281 y s.).

34. Por ejemplo, en García de la Torre García: “las circunstancias sociales han variado mucho desde que estos textos normativos [scil. constituciones y convenios de derechos humanos] promulgasen sus catálogos de derechos a medios del siglo pasado. El concepto clásico de “injerencia” (Eingriff) no sirve en las condiciones actuales de la vida en comunidad para explicar todas las afectaciones que pueden sufrir los titulares de Derechos Fundamentales” (2014: 86 y ss.).

35. También se ha utilizado, desde luego, el discurso de la necesidad de proteger los derechos fundamentales (y de reconocer un nuevo derecho fundamental a la seguridad) para justificar la intensificación de la represión a través del derecho penal en ámbitos como el terrorismo o en discursos xenófobos frente a la inmigración, así como, en la jurisprudencia sobre todo de la CIDH, frente a graves crímenes del Estado

o tolerados o amparados por este: me remito para ello al completo trabajo de Lazarus en este mismo número, con numerosas referencias, así como a la bibliografía citada *supra* (en el epígrafe 2.). Pero tampoco en estos ámbitos se trata en realidad, si se piensa, de “nuevos” riesgos, sino de nuevos temores frente a formas de criminalidad ya conocidas.

36. Como indica Kinzig, la evolución de las cifras de la delincuencia registrada grave y de la delincuencia sexual no mostraban en modo alguno una tendencia al alza, sino más bien lo contrario, en el momento en que se dictó la sentencia y en los años en que se fueron dictando las leyes que endurecieron progresivamente el régimen de la custodia de seguridad. Que tampoco se realizó ninguna evaluación de los condenados que habían salido en libertad sin que se les impusiera esta custodia de seguridad al no estar todavía prevista en la ley, y que incluso algunos datos apuntaban que respecto de quienes habían ido saliendo en libertad en años anteriores no constaba ninguna reincidencia (Kinzig, 2004, epígrafe II). También Rinceanu subraya que las sucesivas ampliaciones de la custodia de seguridad se debieron a la percepción subjetiva de inseguridad y a la presión de los medios de comunicación, y no a una criminalidad en aumento (2014, pp. 161 y 176, con ulteriores referencias).

37. Cfr. una panorámica en Gómez Fernández, 2021 (sobre la violencia de género) y García Ortiz, 2024 (sobre la violencia sexual).

38. Cfr. por ej., Larrauri, 2021, destacando que dentro del feminismo coexisten corrientes muy diversas al respecto, o las diversas contribuciones en Serra, Garaizábal y Macaya, 2021.

39. Lo que tiene a mi juicio, entre otros inconvenientes, el de que al poner el foco en la necesidad de tutela penal se presta mucha menos atención a otras medidas de protección, quizá más caras y más complicadas, pero seguramente más eficaces; he tratado de ejemplificarlo con el caso de la punición del acoso antiabortista en Martínez Garay, 2025.

40. Respectivamente, en sus SSTC 44/2023, de 9 de mayo, y 19/2023, de 22 de marzo.

41. Tomás-Valiente Lanuza, 2024: 995 y s.; más tibio Lascurain Sánchez, 2023.

42. Aludiendo expresamente a los deberes estatales de proteger la vida derivados de los convenios de derechos humanos, la STC 19/2023, FJ 6. D).

43. Y una situación parecida se da también en la STC 75/2024, que declara la constitucionalidad del nuevo delito de acoso antiabortista (art. 172 quater CP), cuando el tribunal se pronuncia sobre el régimen de perseguibilidad pública que para esta figura ha previsto el legislador (y que es distinto del que rige en otras modalidades de acoso, en las que se requiere denuncia de la víctima); cfr. sobre ello García Ortiz, 2025.

44. Nada de lo que afirmo debe interpretarse en el sentido de que me parezca inadecuado reconocer el derecho al aborto como derecho fundamental. Lo que discuto es que pueda hacerlo el tribunal constitucional si la constitución no lo menciona. Quien tiene capacidad para hacerlo es el poder constituyente reformando la ley fundamental, o el ejecutivo y el legislativo firmando y ratificando convenios en que dicho derecho se consagre (arts. 10.2 y 94 CE). Mientras tanto, por supuesto que es constitucionalmente *posible* (y, a mi juicio, conveniente y correcta) una legislación como la actualmente contenida en la LO 2/2010. Lo que no creo que pueda afirmarse es que sea constitucionalmente *obligada*.

45. Y de las medidas de seguridad como medio de prevención, pero al final estas son igualmente coactivas y pueden ser tan restrictivas de derechos y libertades, que se confunden en no pocas ocasiones fácilmente con las penas.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro Águila-Real, Jesús (1993): «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de derecho civil*, 46 (1), 57-122.
- Alonso Rimo, Alberto (2024): *El diálogo como derecho. Bases para la concepción y aplicación de un modelo extensivo de justicia restaurativa*, Madrid: Dykinson.
- Bilbao Ubillos, Juan María (2017): «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*: una visión de conjunto», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21, 43-74.
- Borowski, Martin (2020): «La *Drittwirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales», *Revista Derecho del Estado*, 45, 3-27.
- Bumke, Christian (2019): «Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz», *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 144 (1), 1-80.
- Burkiczak, Christian (2014): «Grundrechtswirkungen zwischen Privaten. Zur Drittwirkungs- und Schutzpflichtenrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en: Y. Yvonne Becker, y F. Lange, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin: De Gruyter.
- Calliess, Christian (2006): «Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis», *Juristenzeitung*, 7/2006, 321-330.
- Canaris, Claus-Wilhelm (1984): «Grundrechte und Privatrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 184, 201-246.
- Clérico, Laura (2010): «El examen de proporcionalidad: ente el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto», en: M. Carbonell y P. P. Grández Castro (coords.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Lima: Palestra editores, 115-156.
- Cuerda Arnau, María Luisa (2010): «Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto», *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 8, 121-140.
- Dessecker, Axel (2023): «Comentario a los §§ 66-66c StGB», en U. Kindhäuser, U. Neumann, Paeffgen, Hans-Ullrich, F. Saliger (Eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (2), Baden-Baden: Nomos.
- Dickson, Brice (2020): «The limitations of a criminal law approach in a transitional justice context», en: L. Lavrysen y N. Mavronicola (eds.): *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart, 223-245.
- Díez Ripollés, José Luis (2005): «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-01, 1-37.
- Doménech Pascual, Gabriel (2006a): *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid: CEPC.
- (2006b): «Los derechos fundamentales a la protección penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 333-372.
- (2025): «Una teoría asimétrica de las obligaciones positivas de protección penal derivadas de los derechos fundamentales», *Teoría y Derecho*, en este mismo número.
- Donini, Massimo (2022): «Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale», *Cassazione Penale*, 6/2022, 2027-2042.
- Donini, Massimo (2020): «Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato», en: Bondi et al (eds.), *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino University Press, 265-287.
- Dreier, Horst (2013): «Vorbemerkungen vor Art. 1 GG», en El mismo (ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, 3ª ed., vol. I, Mohr Siebeck, 42-53.
- Dreier, Horst (2024): «Grundrechtsexpansion – Zur Entwicklung der Grundrechte in 75 Jahren Grundgesetz», *Die Öffentliche Verwaltung*, 10, 413-425.
- García de la Torre García, Faustino (2024): *Las obligaciones estatales de tutela penal: Fundamentos constitucionales del derecho penal en el Estado democrático de derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Magna, Deborah (2018): *La lógica de la seguridad en la gestión de la delincuencia*, Madrid etc.: Marcial Pons.

- García Ortiz, Andrea M. (2024): «Violencia sexual y obligaciones de tutela penal: una mirada antipunitivista», en: V. Cervelló Donderis y A. Colás Turégano (Dir.). *Salud mental y género: el debate entre el punitivismo y la despenalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 537-576.
- (2025): «La sentencia del Tribunal Constitucional 75/2024 y su impacto en la perseguibilidad semi-pública», *Revista General de Derecho Penal*, 43, 1-29.
- Gil Gil, Alicia (2011): «Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, 311-343.
- (2016): «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 1-40.
- Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (2019): «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», *Revista UNIS-CI*, 51 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a la Profesora Paloma García Picazo (In Memoriam)), 227-252.
- Gómez Fernández, Itziar (2021): «Volodina contra Rusia (i) y s. M. contra Croacia: la jurisprudencia incompleta del TEDH en materia de consentimiento, riesgo y violencias contra las mujeres», *IgualdadES*, 5, 311-348.
- Greco, Luís (2017): «Por que inexitem deveres absolutos de punir», *Católica Law Review*, 1(3), 115-126.
- Hassemer, Winfried (2012): «La constitucionalidad de los modelos de despenalización del aborto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán», en S. Huerta Tocildo, y M. Pérez Manzano (dirs.). *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*. Cizur Menor: UAM – Thomson Reuters Aranzadi, 22-43.
- Hesse, Konrad (1994): «Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers», en: Däubler-Gmelin, H. et al. *Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Offenheit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, Baden-Baden: Nomos, 541-559.
- Isensee, Josef (1983): *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin: Dunker & Humblot.
- (2011): «§ 191 A. Zwei Grundrechtsfunktionen im Koordinatensystem der Dogmatik», en: Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren. 3ª ed.
- Jakobs, Günther (2003): «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en: G. Jakobs y M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Thomson-Civitas.
- Kinzig, Jörg (2004): «Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter? - Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004(12), 655-660.
- Larrauri, Elena (2021): «La intervención penal para resolver un problema social», *Revista Argentina de teoría Jurídica (Universidad Torcuato Di Tella. Escuela de Derecho)*, 08, 24-45.
- Lascurain Sánchez, Juan Antonio (2023): «Jugando a las siete y media: el control constitucional de la ley penal», publicado en *Almacén de Derecho* el 22 de mayo de 2023 <<https://almacenederecho.org/jugando-a-las-siete-y-media-el-control-constitucional-de-la-ley-penal>> consultado por última vez el 1/1/2025).
- Lavrysen, Laurens y Mavronicola, Natasa (eds.). (2020) *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford etc.: Hart Publishing.
- Lazarus, Liora (2025): «El derecho a la seguridad en tiempos iliberales», *Teoría y Derecho*, en este mismo número.
- Martínez Garay, Lucía (2017): «¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos? Sobre el nuevo papel de los derechos fundamentales en el discurso jurídico-penal». En Vives Antón / Cuerda Arnau / Górriz Royo (eds.), *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal (dos seminarios)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 267-292.
- (2020): «Terrorismo, proporcionalidad, seguridad y derechos fundamentales», en J.L. González Cusac (Dir.) / J. León Alapont (Coord.), *Estudios Jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 513-531.

- (2025): «Los derechos fundamentales a protección penal como excusa para la inacción: el ejemplo del aborto y del acoso antiabortista», en A. Llabrés Fuster et al (coords.), *Estudios Penales en homenaje al Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Maultzsch, Felix (2012): «Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess – Vergleichende Betrachtungen zum deutschen und amerikanischen Recht», *Juristenzeitung*, 21/2012, 1040-1050.
- Muñoz de Morales Romero, Marta (2020). *Derecho penal europeo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pace, Alessandro (2015): «La función de seguridad en la legalidad constitucional», *Revista de Derecho Político*, 92, 13-26.
- Pastor, Daniel. R. (2011): «La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?», en: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Konrad Adenauer Stiftung, 491-516.
- Persak, Nina (2020): «Positive Obligations in View of the Principle of Criminal Law as a Last Resort», en L. Lavrysen y N. Mavronicola (eds.): *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart, 141-159.
- Rinceanu, Johanna (2014): «El futuro de la custodia de seguridad en Alemania», en L. A. Arroyo Zapatero (coord.), *Securitarismo y derecho penal: por un derecho penal humanista*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Tirant lo Blanch, 159-176.
- Roxin, Claus y Greco, Luis (2020): *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I: Die Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München: Beck.
- Serra, Clara; Garaizábal, Cristina y Macaya, Laura (coords.) (2021): *Alianzas rebeldes: un feminismo más allá de la identidad*, Manresa: Bellaterra.
- Silva Sánchez, Jesús María (2008): «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la «lucha contra la impunidad» y del «derecho de la víctima al castigo del autor»», *Derecho Penal y Criminología (Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas)*, 29 (86-87: Ejemplar dedicado a: Memorias. XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal), 149-171.
- Stern, Klaus (2011): «§ 185 C. Systembildende Elemente der Freiheitsgrundrechte», en: J. Isensee y P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren. 3ª ed.
- Störing, Lars P. (2008): *Das Untermaßverbot in der Diskussion. Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur*. Berlin: Dunker & Humblot.
- Tomás-Valiente Lanuza, Carmen (2016): «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 1-73.
- (2021): «El interés de la víctima en el castigo del autor (acción penal, ejecución de la pena, indulto)», *Revista General de Derecho Penal*, 35, 1-47.
- (2024): «El derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos: breves reflexiones sobre la STC 19/2023», en M. Gómez Tomillo et al (coords.), *“Liber amicorum” en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Ediciones Universidad de Valladolid, 991-1000.
- Tulkens, Françoise (2011): «The paradoxical relationship between Criminal Law and Human Rights», *Journal of International Criminal Justice*, 9 (3), 577-596.
- Viganó, Francesco (2014): «La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales», *Política criminal*, 9 (8), 428-476.

ESTUDIOS

Conflictos entre la dignidad y la libertad: Una reformulación

Ricardo García Manrique

La paradoja de la heroicidad: la defensa de los indefendibles

Hugo Omar Seleme

El pin parental y su contradicción con el derecho a la educación sexual integral. España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Jhenny Rivas Alberti

Alexander Espinoza Rausseo

La persona como concepto-guía de en la formación de la cultura de los derechos fundamentales

Ignacio Rodríguez Fernández

CONFLICTOS ENTRE LA DIGNIDAD Y LA LIBERTAD: UNA REFORMULACIÓN*
CONFLICTS BETWEEN DIGNITY AND FREEDOM: A REFORMULATION

Ricardo García Manrique
Universidad de Barcelona

RESUMEN

Este artículo analiza los conflictos entre la dignidad humana y la libertad que surgen a la hora de decidir si ciertas prácticas sociales controvertidas deberían ser permitidas o prohibidas por el derecho. El autor sugiere que estos conflictos pueden comprenderse y tratarse mejor si se replantean como una discrepancia acerca de las condiciones necesarias para garantizar la libertad no sólo de los directamente implicados en esas prácticas, sino de todos los miembros de la comunidad. Una de esas condiciones es la disposición de un amplio ámbito de no interferencia, y es la que reivindican quienes invocan la libertad. Otra de esas condiciones, igualmente importante, es la vigencia de prácticas sociales significativas y valiosas, y a ella se remiten quienes invocan la dignidad, considerando que promover tales prácticas y desalentar las que no lo son puede y debe hacerse por medios jurídicos.

PALABRAS CLAVE

Dignidad, libertad, autonomía, prácticas sociales, mercantilización.

ABSTRACT

This article analyzes the conflicts between human dignity and freedom that arise when deciding whether certain controversial social practices should be permitted or prohibited by law. The author suggests that these conflicts can be better understood and addressed if they are reframed as a disagreement over the conditions necessary to guarantee the freedom not only of those directly involved in those practices but of all members of the community. One such condition is the provision of a broad sphere of non-interference, and it is this condition that those who invoke freedom claim. Another, equally important, condition is the existence of meaningful and valuable social practices, and those who invoke dignity refer to this, considering that promoting such practices and discouraging unwelcome ones can and should be done through legal means.

KEYWORDS

Dignity, freedom, autonomy, social practices, commodification.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.125>

* Proyecto de investigación «La dignidad humana en la argumentación jurídica y moral», financiado por el Ministerio de Ciencia e Investigación (PID2022-138942NB-I00).

CONFLICTOS ENTRE LA DIGNIDAD Y LA LIBERTAD: UNA REFORMULACIÓN

Ricardo García Manrique

Universidad de Barcelona

Sumario: 1. Conflictos entre la dignidad y la libertad. 2. Una propuesta de reformulación. 3. La libertad más allá de la no interferencia. 4. Las condiciones de la libertad. 5. Valor y precio. 6. La dignidad de todos. Notas. Bibliografía.

1. CONFLICTOS ENTRE LA DIGNIDAD Y LA LIBERTAD

Hay una serie de problemas normativos cuyo abordaje y resolución pasa con frecuencia por el planteamiento de un conflicto entre la dignidad humana y la libertad. Muchos de esos problemas son de un mismo tipo: consisten en determinar si una cierta práctica social debe estar jurídicamente permitida o prohibida. Las prácticas sociales que suscitan esta clase de problema son diversas, pero muchas de ellas son prácticas que podemos llamar «corporales» porque pueden ser definidas como formas de uso o disposición del cuerpo humano, o porque lo involucran muy principalmente. No es de extrañar, pues, que entre estas prácticas se hallen muchas de las que se suele ocupar la bioética. Así, el aborto voluntario, la eutanasia, la gestación subrogada, la disposición de órganos, gametos y demás biomateriales humanos, o ciertas variantes de la reproducción asistida. Otras quedan fuera del ámbito de la bioética, pero tienen esa misma dimensión corporal: la pornografía, la prostitución, el incesto, el canibalismo pactado o incluso el lanzamiento de enanos.

En relación con cualquiera de estas prácticas, la forma más simple del conflicto entre la dignidad y la libertad se suscita cuando los partidarios de permitir la práctica invocan la libertad y los partidarios de prohibirla invocan la dignidad. O bien, antes de inclinarnos por una u otra alternativa, observamos que la libertad promueve el permiso y la dignidad

promueve la prohibición y nos vemos obligados a ponderar la una con la otra, lo cual no hace más que confirmar que nos hallamos ante un conflicto entre ambas. Es de estas formas simples del conflicto de las que me voy a ocupar aquí. Mi intención es indagar la naturaleza de este conflicto y proponer su reconfiguración, es decir, su traducción a otros términos que permitan tratarlo mejor y, con suerte, también resolverlo mejor.

Sin duda, la dignidad y la libertad no siempre se oponen. En ocasiones van felizmente de la mano a favor o en contra del establecimiento de un cierto régimen jurídico regulador de alguna de las prácticas mencionadas o de otras. Hay prohibiciones que favorecen al mismo tiempo la dignidad y la libertad, como, pongamos por caso, la de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes establecida por el artículo 15 de la Constitución Española. Hay permisos que tienen ese mismo doble efecto favorable, como es el que concede la LO 3/2021 de regulación de la eutanasia, al menos a juicio del Legislador y del Tribunal Constitucional¹. Que la dignidad y la libertad se opongan y así promuevan soluciones normativas diferentes, o que no se opongan y promuevan ambas la misma, es asunto no siempre pacífico. Lo podemos ver en el caso del aborto voluntario: para unos, entre ellos nuestro Tribunal Constitucional, su despenalización favorece simultáneamente la dignidad y la libertad (de la mujer embarazada)²; sin embargo, para otros, favorece desde luego la libertad (de la mujer embarazada) y acaso también su dignidad, pero al mismo tiempo lesiona la dignidad del *nasciturus*, o la de las personas con discapacidad, o la dignidad en abstracto³. Es decir: la dignidad puede aparecer como argumento a favor y en contra de una misma regulación normativa. Lo mismo sucede con la libertad, que puede dividirse para dar apoyo tanto a unos como a otros contendientes, como ocurre cuando se debate acerca de si deben permitirse o prohibirse prácticas como la venta de biomateriales humanos, la gestación subrogada, la pornografía o la prostitución. Siendo todo esto cierto, también lo es que hay ocasiones en que la dignidad y la libertad comparecen en la argumentación jurídica oponiéndose la una a la otra, favoreciendo soluciones normativas opuestas.

Los términos iniciales de este tipo de conflictos pueden establecerse así:

- (1) La dignidad y la libertad aparecen como valores de un sistema jurídico que deben ser respetados y promovidos.
- (2) La dignidad y la libertad aparecen como valores distintos. Son valores seguramente relacionados, y la resolución de su conflicto pasa también seguramente por precisar esa relación; pero son valores distintos.
- (3) La dignidad y la libertad aparecen como valores que pueden oponerse entre sí. Esto significa que una norma de permiso o de prohibición puede favorecer el uno en detrimento del otro o viceversa.
- (4) La dignidad y la libertad, en estas condiciones, no pueden ser plenamente satisfechas a la vez, pero ambas requieren respeto y, por tanto, algún grado de satisfacción, con lo que no puede darse plena y simple prioridad a la una respecto de la otra (como si fueran reglas), sino que se requiere un ejercicio de ponderación (como si fueran principios, que seguramente es lo que son).

- (5) La dignidad y la libertad acabarán por ser satisfechas sólo parcialmente: habrá que renunciar a cierto grado de satisfacción de la una en favor de la otra, o una de ellas habría de soportar cierto grado de perjuicio justificado por el beneficio que obtiene la otra.

Sobre lo que aquí se dirá acerca de la naturaleza de estos conflictos, y acerca de cómo resolverlos, vale advertir que se tratarán como conflictos de la razón práctica en general. Aunque los problemas que los suscitan son jurídicos por su contenido (si una determinada práctica debe ser prohibida o permitida por el derecho), no lo son en el sentido de que se planteen siempre en el marco de un sistema jurídico concreto. Es decir, no son sólo problemas para juristas en el ejercicio de sus funciones, aunque también lo son para ellos. Así, la pregunta que nos ocupa se la puede hacer un ciudadano consciente de su condición, un comité de ética o un profesor de filosofía del derecho, pero también un profesor de alguna de las ramas de la dogmática jurídica, un juez ordinario o un juez constitucional. No cabe duda de que, si el problema se plantea en el marco de un sistema jurídico concreto, es posible que alguno de los dos valores en conflicto haya de presentarse bajo otra forma normativa, aquella que tenga en ese sistema, y el modo de abordar ese conflicto haya de someterse a ciertas restricciones institucionales que derivan de las normas del sistema o de su previa interpretación autorizada. No obstante, tengo la impresión de que el conflicto entre la dignidad y la libertad se puede analizar en buena medida desde esta perspectiva abstracta que aquí asumo, y confío en que los resultados de este análisis puedan servir de algo en cualquiera de los ámbitos, institucionales o no, en que el conflicto se suscite. Sí asumiré que ni la dignidad ni la libertad son derechos fundamentales, y que, a la hora de decidir la prohibición o el permiso de alguna de las prácticas mencionadas, no podemos invocar derechos de ese tipo. Si pudiéramos, la pregunta por la prevalencia de la dignidad o de la libertad perdería buena parte de su relevancia, dado que todo derecho fundamental puede comprenderse como una modalidad de nuestra libertad acotada y especialmente protegida por su privilegiada relación con nuestra dignidad. Que es como decir que, si podemos invocar un derecho fundamental, el supuesto conflicto entre la libertad y la dignidad ya está resuelto a favor de lo que se derive del contenido de ese derecho⁴. Desde luego, no parece que el valor de la libertad (ni siquiera articulado como un posible «derecho general de libertad») pueda limitar el alcance de un derecho fundamental, pero tampoco parece que pueda hacerlo la dignidad humana o, por lo menos, debemos mostrarnos de antemano escépticos ante esta posibilidad⁵.

2. UNA PROPUESTA DE REFORMULACIÓN

Si algo debe ser reformulado, o planteado en otros términos, es porque los términos en que se ha planteado inicialmente son por alguna razón problemáticos y creemos que podemos mejorarlos. Veamos si este es el caso. En el caso del conflicto entre la dignidad y la libertad, cuando surge a la hora de decidir si prohibimos o permitimos ciertas prácticas, diría que nuestra impresión primera es la de comprender que nos hallamos ante un conflic-

to genuino. Por una parte, la legalización de una práctica cualquiera se percibe con razón como favorable a la libertad, puesto que amplía el ámbito de lo permitido, de aquello que podemos hacer si así lo deseamos: se podrá abortar, pedir la eutanasia, contratar un embarazo, vender órganos, acostarse con familiares, ver pornografía, ejercer la prostitución, comerse el cadáver de un semejante o lanzar un enano. Al margen de que nos parezca bien, mal o muy mal que la gente haga alguna de estas cosas, hemos de convenir en que, al menos en algún sentido relevante, seremos más libres si cualquiera de estas acciones está permitida. Además, todos seremos más libres y no sólo algunos, porque hay que recordar que nos estamos ocupando de prácticas plenamente consentidas por las partes directamente implicadas (a salvo, si se quiere, del *nasciturus* en el caso del aborto, pero vamos a suponer que él no cuenta como «parte implicada» porque todavía no es una persona; si esto fuera inaceptable para alguien, podríamos excluir el aborto del alcance de nuestra discusión).

Otro sería el caso si se tratase de legalizar prácticas no consentidas, que aumentarían acaso la libertad de algunos, pero al precio de disminuir la de otros (acaso aumentaría la libertad de los fuertes y disminuiría la de los débiles). Podría entonces objetarse que este caso no es «otro» sino precisamente el que nos ocupa, porque si somos reticentes a permitir estas prácticas es porque una de las dos partes que consiente en participar en ellas lo hace sólo en apariencia, cuando en realidad su consentimiento está viciado de tal forma que no podemos decir que actúe con libertad. Este sería el caso de la mujer que alquila su vientre para que sea engendrado el que será hijo de otra u otras personas, el caso de la prostituta, el de quien vende sus órganos, el caso de la actriz porno, el caso de quien acuerda su propia muerte para ser después devorado por otro, el caso del enano que se deja lanzar. En cualquiera de estas contingencias en que una persona se halle, o en alguna de ellas, habrá quien considere que no hay genuino consentimiento, sino una situación de inferioridad de algún tipo, generalmente económica, de la que la otra parte se aprovechará. Estaríamos, por tanto, ante prácticas que generan relaciones de abuso o de explotación, cuya legalización no beneficiaría pues la libertad de todos, sino sólo la de algunos.

Así puede ser. Sin embargo, si así fuera, entiendo que no nos hallaríamos ante un conflicto entre la libertad y la dignidad, dado que el argumento para establecer o mantener la prohibición de cualquiera de esas prácticas sería que no se trata de prácticas libremente consentidas por ambas partes. De este modo, el valor esgrimido por los partidarios de la prohibición sería la libertad, y la invocación de la dignidad no sería necesaria. Este sería un caso muy diferente del que aquí nos interesa, y más bien semejante al de otras prácticas que son prohibidas para proteger la libertad de quienes no consienten, o no pueden consentir, en ellas (el sexo o la contratación con menores, por ejemplo), o su consentimiento está viciado por su situación de inferioridad (un vicio potencial que está en la base del carácter imperativo, vale decir prohibitivo, de buena parte del derecho del trabajo).

Por tanto, quienes invocan la libertad como razón para legalizar una práctica social hay que suponer que asumen, en primer lugar, que es posible concebir el desenvolvimiento de esta práctica en condiciones de libertad para todas las partes implicadas y, en segundo lugar, que estas condiciones pueden ser garantizadas. No vamos a discutir esto aquí. Si una u otra asunción fuera errónea, el argumento de la libertad no valdría en estos casos, porque

la legalización de la práctica social en cuestión no aumentaría la libertad de todas las personas, sino solo la de algunas a costa de la de otras. Si lo que estuviera en discusión fuera esto, insisto en que no nos hallaríamos ante un conflicto entre la libertad y la dignidad, sino ante una discrepancia acerca de si cierta práctica social puede tener lugar en condiciones de libertad o de si es posible garantizar estas condiciones.

Tenemos, pues, que en los conflictos entre la dignidad y la libertad podemos comprender sin dificultad a quienes alegan que la legalización de una cierta práctica social aumenta nuestra libertad, y podemos comprender la fuerza de su argumento, dado que la libertad es generalmente aceptada como valor moral y jurídico del más alto rango (un valor superior del ordenamiento jurídico lo considera nuestra Constitución). Desde luego, el aumento de nuestra libertad será siempre un buen argumento a favor de cualquier modificación de las normas jurídicas vigentes.

Por otra parte, la alegación de la dignidad es también comprensible, al menos a primera vista, puesto que, primero, el derecho debe proteger y promover la dignidad humana, sea por unos medios o por otros; y, segundo, ciertas prácticas sociales pueden parecernos «indignas» o contrarias a esa dignidad, quizá porque veamos en ellas una falta de respeto o de desprecio por el valor de lo humano, o una instrumentalización de las personas, o su degradación, o algo semejante. Ninguna de estas formas de valorar una práctica social resulta de por sí extraña o insensata, y todas ellas son muy frecuentes cuando, en el ámbito privado, juzgamos nuestro propio comportamiento o, sobre todo, el de los demás. Hay, nos parece, formas correctas de comportarse en la vida y hay otras que no lo son, y entre las que no lo son, algunas nos parecen especialmente detestables, y las calificamos como indignas. Sin embargo, ahora de lo que se trata no es de una valoración privada, que puede ser plenamente compatible con el respeto de la libertad de los otros, sino de tomar una decisión pública que limite esta libertad, y esto ya resulta más difícil de entender. Que el derecho esté al servicio de la dignidad y la proteja de diversas formas es una cosa, pero que lo haga limitando la libertad es cuando menos paradójico. La paradoja reside en que la concepción seguramente más extendida de la dignidad humana es aquella que la vincula con nuestra condición de seres libres o autónomos, una condición que no puede predicarse de ningún otro ser vivo y que, por tanto, nos identifica y nos hace especialmente valiosos. De acuerdo con esta concepción, cabría pensar que nuestra dignidad es tanto mejor servida cuanto más libertad se pone a nuestra disposición. Pero, entonces, ¿cómo es posible que se lesione la dignidad mediante un aumento de la libertad? O, al revés, ¿cómo es posible proteger o promover la dignidad limitando la libertad?

Una respuesta plausible a estas dos preguntas es la siguiente: en realidad, no es posible ni una cosa ni la otra. Cuando personas adultas se involucran en determinadas prácticas sociales de manera plenamente consentida y sin que medie una desigualdad significativa, lo que es acorde con su dignidad es respetar su libertad y, por tanto, permitir esas prácticas. En este contexto, invocar la dignidad en sentido contrario es una manera de encubrir el intento de imposición de determinadas formas de vida. En cambio, si nos tomamos en serio la dignidad humana, debemos permitir que sean ellas mismas las que elijan cómo quieren vivir. Esta respuesta apunta a un uso ilegítimo del concepto de dignidad que ha

sido reiteradamente denunciado en los últimos tiempos y que se pone especialmente de relieve en los conflictos que nos ocupan⁶. En ellos, la invocación de la libertad da lugar a un argumento claro y preciso. Por el contrario, la invocación de la dignidad da lugar a un argumento oscuro y vago, el tipo de argumento que viene bien a quienes no tienen argumentos sólidos; a quienes, en realidad, no están dispuestos a respetar la libertad de los demás y pretenden que todos vivamos como a ellos les gustaría. Una respuesta como esta, más que a una reformulación, daría lugar a la disolución del conflicto. El conflicto quedaría zanjado a favor de la libertad, porque en verdad no hay nada al otro lado, nada que legítimamente pueda oponerse a la libertad.

No dudo de que hay ocasiones en que la dignidad se aleja de este poco recomendable modo, y coincido con los críticos en que debemos combatir el uso vacío y sobre todo el uso fraudulento del concepto. Sin embargo, como parte de ese combate, creo que merece la pena explorar ese otro lado para comprobar si de veras está vacío o si, en cambio, hay algo que merece nuestra consideración. Algo que explique por qué o de qué manera una ampliación de nuestra libertad puede suponer un menoscabo de nuestra dignidad.

Mi propuesta de reformulación del conflicto entre la libertad y la dignidad puede resumirse así: si bien se mira, la libertad y la dignidad no pueden oponerse porque, en efecto, nuestra dignidad se basa en nuestra condición de sujetos libres, de manera que una vida humana digna es, ante todo y sobre todo, una vida libre. Esto significa que no se puede favorecer la dignidad perjudicando la libertad, ni viceversa. Sin embargo, la libertad no es servida sólo mediante la puesta a disposición de las personas de un margen de actividad no interferida, sino que requiere también de la garantía de otras condiciones. Ese margen de no interferencia, desde luego necesario, no es suficiente para ser libre. A la hora de discutir sobre cuál ha de ser la regulación jurídica de las prácticas sociales que nos ocupan, quienes invocan la dignidad como argumento a favor de su prohibición están, en realidad, invocando estas otras condiciones, o alguna de ellas en particular. Están diciendo que todos seremos más libres si esas prácticas son públicamente desalentadas mediante su prohibición (o esta me parece que puede ser la mejor interpretación de su invocación de la dignidad); es decir, están recurriendo al mismo valor (la libertad) que sus contendientes, aunque lo hagan de manera implícita. Nos hallamos, pues, ante una discrepancia acerca de cómo garantizar mejor nuestra libertad. Si estoy en lo cierto, entonces resulta que los conflictos entre la dignidad y la libertad son, bien mirados, conflictos de la libertad consigo misma⁷.

En lo que sigue, trataré de explicar y justificar esta propuesta.

3. LA LIBERTAD MÁS ALLÁ DE LA NO INTERFERENCIA

Interpretar el recurso a la dignidad como la invocación de otras condiciones de la libertad distintas de la no interferencia ajena supone una comprensión de la libertad que es, en primer lugar, unitaria y, en segundo lugar, distinta de la libertad concebida como «libertad negativa». Es unitaria en el sentido de que el valor «libertad» es uno y no varios, y tiene que

serlo si aceptamos que el valor que se ubica a ambos lados del conflicto es el mismo. Asumir que la libertad es unitaria implica alejarse de las visiones plurales de la libertad, como la que distingue entre una libertad «positiva» y una libertad «negativa»⁸; o como la que añade una tercera libertad, la libertad como «poder»⁹. Por otra parte, asumir que la libertad es distinta de la libertad negativa implica que la libertad no puede equipararse a la ausencia de interferencia ajena, sea como «mera» interferencia (en la estela liberal), sea como una interferencia cualificada como «arbitraria» (en la estela republicana)¹⁰.

Una libertad unitaria y distinta de la libertad negativa puede ser la libertad comprendida como «capacidad para la autonomía», tal como propone Joseph Raz¹¹. Así definida, la libertad es la capacidad de formarse un criterio propio, tomar decisiones y actuar en consecuencia, todo ello de acuerdo con la propia razón. Raz llama «libertad positiva» a esta capacidad¹². El término «libertad positiva» me parece problemático porque con frecuencia se usa: o bien para designar la libertad política, o la democracia, o bien para designar la autonomía o autodeterminación individual¹³. Como lo que estamos buscando es un valor que sea propio de un sistema jurídico, conviene distinguir la libertad de la autonomía. Pues la autonomía es la cualidad de cierta manera del obrar individual y un sistema jurídico no está en condiciones de garantizar que todas las personas obren de ese modo. En cambio, lo que sí es propio de un sistema jurídico, porque está a su alcance, es promover las condiciones que nos habilitan o capacitan para ese modo (autónomo) del obrar. Por eso, la libertad como valor de un sistema jurídico (o, en general, como valor político) es mejor comprendida como la capacidad para la autonomía, más que como la autonomía misma¹⁴.

La capacidad para la autonomía requiere del goce de un amplio margen de no interferencia ajena, pero va mucho más allá de eso, porque la mera no interferencia no nos capacita por sí misma para nada, y desde luego no para un tipo de acción que pueda ser calificada como autónoma. No ha de verse aquí desprecio alguno por la libertad negativa, sino aprecio, porque la libertad negativa (la no interferencia) es condición necesaria de la capacidad para la autonomía¹⁵. Sin ella, no hay libertad. Lo que sucede es que la libertad requiere la concurrencia de otras condiciones. Una de ellas es la independencia, en el sentido republicano, que suele traducirse en el autogobierno colectivo o democrático. Una tercera es esa *freedom from want*, o libertad frente a la necesidad o a la miseria, que aparece en el discurso de las *four freedoms* de Franklin D. Roosevelt de 1941, una dimensión material que ya es central en la retórica jacobina de la libertad, de la que los discursos parlamentarios de Robespierre son buena muestra, y a la que el republicanismo contemporáneo suele aludir en plural como las «condiciones materiales de la libertad». Es fácil vincular estas tres dimensiones, elementos o condiciones de la libertad con los tres grupos clásicos de derechos fundamentales: los derechos liberales o civiles garantizan la no interferencia o libertad negativa, los derechos políticos garantizan la democracia o libertad positiva, y los derechos sociales garantizan la suficiencia material o libertad fáctica¹⁶.

La visión de la libertad que obtenemos teniendo en cuenta estas tres dimensiones es ya mucho más amplia y adecuada que la que nos permite su concepción como estricta libertad negativa. Sin embargo, sigue sin ser una visión completa. Para comprobarlo, recordemos ahora las que Raz llama «condiciones de la autonomía», que serían todas ellas

constitutivas de la «capacidad para la autonomía», o libertad. La primera es disponer de las habilidades mentales apropiadas; la segunda es un rango adecuado de opciones, y la tercera es la independencia¹⁷. De las tres, son las dos primeras, y sobre todo la segunda, la que nos van a interesar más ahora. En cuanto a la independencia, comprendida como ausencia de coacción y de manipulación, podemos considerarla un resultado de la suma de libertad negativa y libertad positiva (o margen de no interferencia más democracia), o un equivalente si se quiere a la libertad negativa comprendida, en términos republicanos, como no dominación.

Las habilidades mentales apropiadas incluyen, escribe Raz, «una racionalidad mínima, la aptitud para comprender los medios necesarios para realizar los fines, las facultades necesarias para planificar acciones, etc.»¹⁸. Una concepción en efecto mínima de estas habilidades parece hacerlas equivaler con una condición mental normal, en el sentido de libre de patologías, de la que se puede disponer naturalmente en un entorno de socialización ordinario y, si no fuera el caso, a la que puede contribuir un derecho de los llamados de «libertad fáctica» como es el derecho a la salud. Sin embargo, creo que la capacidad para la autonomía requiere de una concepción más exigente de esas habilidades que tenga en cuenta el carácter de las personas. Charles Taylor ha llamado la atención sobre este punto, observando que ciertas limitaciones del carácter, como lo son distintos tipos de complejos, la timidez, la falsa conciencia, la falta de discernimiento moral o de autocontrol, dificultan la acción autónoma de las personas¹⁹. Algunas de estas limitaciones podemos considerarlas como problemas de salud mental, o patologías, y para ellas valdría la observación anterior: pueden ser comprendidas como necesidades para cuya satisfacción se nos atribuye el derecho a la salud. Otras, en cambio, van más allá del alcance de lo que razonablemente puede calificarse como «salud mental» (por mucho que este concepto sea cada vez más amplio). La disposición de un carácter apropiado para llevar una vida autónoma nos obliga a abandonar el ámbito de lo sanitario para entrar en el terreno de la educación. Desde luego, la educación figura también entre los derechos sociales fundamentales, pero la formación del carácter, de un carácter que nos faculte por ejemplo para un adecuado discernimiento moral, no parece que pueda depender sólo de un sistema educativo, por muy avanzado que sea, sino de la entera ordenación de las cosas sociales, una ordenación tal que permita el desarrollo de prácticas sociales significativas y bien orientadas, tal que fomenten la forja de un carácter apropiado para el ejercicio de la autonomía.

Un rango adecuado de opciones a disposición de las personas es también una condición necesaria de la autonomía. Un rango de opciones es adecuado cuando pone a nuestra disposición una variedad de opciones moralmente valiosas que nos permite aspirar a diversos bienes. Por eso, la condición no se satisface ni cuando tenemos a nuestra disposición una única opción moralmente valiosa (porque no se nos permite elegir) ni cuando tenemos a nuestra disposición una gama de opciones moralmente irrelevantes (porque no podremos elegir nada valioso). Desde este punto de vista, la autonomía no consiste simplemente en que uno pueda elegir un modo de vida cualquiera, sino en que pueda elegir, de entre varios, un modo de vida bueno, uno que pueda vincularse con el ejercicio y desarrollo de nuestras capacidades innatas. Para que esta elección sea posible, uno ha de estar en condiciones de

participar en prácticas sociales culturalmente definidas y articuladas en torno a los bienes propios de una vida humana²⁰.

Una consecuencia importante ahora para nuestro argumento es que la libertad como capacidad para la autonomía exige una política perfeccionista, comprendida como la conservación y promoción de prácticas sociales moralmente valiosas, dado que sólo seremos libres si podemos conocer y experimentar este tipo de prácticas. La idea de Raz, que suscribo, es que, si asumimos la libertad como ideal político, nos comprometemos individual y colectivamente con el fomento de la autonomía de todos, y este compromiso se extiende a todas las condiciones que hacen posible esa autonomía y se traduce no sólo en deberes negativos de respeto de las elecciones ajenas, sino también en deberes positivos de promoción del estado de cosas en el que esas elecciones sean significativas.

4. LAS CONDICIONES DE LA LIBERTAD

Tenemos, pues, que la libertad de los miembros de una comunidad requiere de la concurrencia de diversas condiciones, y esto es lo que nos permite entender la oposición entre los valores de la libertad y la dignidad como una discrepancia acerca de cuál de esas condiciones ha de prevalecer y ser promovida frente a la otra en cierto ámbito de las relaciones sociales. No se trata ya, por tanto, de estar a favor o en contra de la libertad, sino de estar a favor o en contra de una determinada forma de promoverla. Quienes se declaran partidarios de la autorización o validación jurídica de cierta práctica social no pueden ser equiparados sin más como los partidarios de «la libertad», sino que están a favor de reforzar una de sus condiciones. Esta condición es el margen de no interferencia, o de libertad negativa, que resultará sin duda ampliado por el hecho de que cierta práctica esté permitida en vez de prohibida. Al mismo tiempo, quienes se declaran a favor de prohibir dicha práctica, o de no validarla jurídicamente, y alegan como argumento la protección de la dignidad, no pueden ser comprendidos como enemigos de la libertad o siquiera como partidarios de restringirla, puesto que su propósito es justamente el de potenciar la libertad de todos. Así puede suceder si se promueve otra de las condiciones de la libertad, en este caso la posibilidad de conocer y experimentar prácticas sociales valiosas, incluso al precio de reducir el margen de no interferencia que nos garantiza el sistema jurídico. De todas formas, puestos en estos términos, ambos argumentos, el de la libertad y el de la dignidad, tienen un aire problemático.

Por una parte, la mera ampliación del margen de no interferencia a disposición de los individuos, de por sí, puede no ser valorada como favorable a la libertad, sino sólo cuando esa ampliación es relativa a determinados y cualificados ámbitos de la libertad negativa. Asumo que esta ampliación cualificada no es el caso que nos ocupa: si lo fuera, entiendo que el argumento a favor de permitir cierta práctica se articularía mejor como un argumento basado en algún derecho fundamental, es decir, en una modalidad específica de la libertad negativa especialmente protegida a través de esa figura jurídica; pero hemos convenido en que los conflictos que estamos tratando no involucran derechos fundamentales. Si

lo hicieran, el derecho fundamental habría de prevalecer sobre otros estándares normativos más genéricos. En cambio, no habiendo derechos fundamentales que respetar, al argumento de la libertad cabría objetarle que la libertad negativa, como pura no interferencia, no tiene valor, luego no lo tendrá su mero aumento²¹. En efecto, a la libertad negativa no la podemos valorar por su cantidad, y Charles Taylor ha mostrado lo absurdo que sería hacerlo así²². Lo que Taylor quería poner de relieve es que no valoramos la libertad negativa en sí, sino en la medida en que nos permite llevar a cabo ciertas acciones que son las que valoramos, y de donde deriva el valor instrumental de la específica libertad negativa que nos habilita para realizarlas. Por eso, «el valor de la libertad negativa no depende de la cantidad de conductas permitidas menos la cantidad de conductas obligatorias o prohibidas, sino de la cualidad de las unas y de las otras»²³.

Sin embargo, sigo pensando que invocar el aumento de libertad negativa, incluso comprendida como mera no interferencia (arbitraria o no), puede aceptarse como un argumento a favor de permitir una práctica social. Cabe alegar, en primer lugar, que tenemos un implícito derecho general a la libertad²⁴; en segundo lugar, que, incluso si no están protegidas por un derecho fundamental concreto, al menos gran parte de las prácticas que nos ocupan son significativas para muchas personas, por ejemplo porque afectan a su libertad reproductiva o sexual, con lo que el aumento de libertad negativa sí podría ser considerado cualitativo; en tercer lugar, en fin, que hay una presunción a favor de la libertad negativa (que suele expresarse como que «todo lo no prohibido está permitido» y que puede ser considerada como una de las formas del derecho general a la libertad) y que, si no tenemos un argumento a favor de prohibir una práctica, esta presunción nos debe inclinar a permitirla.

De otro lado, la validez del argumento de la dignidad, comprendido como la invocación de la mejora en otra de las condiciones necesarias de la libertad, depende de que nos sea posible explicar en qué sentido o de qué manera la prohibición de una práctica social puede aumentar nuestra capacidad para actuar autónomamente. La idea general es que una condición de esta capacidad es que estén a nuestra disposición opciones moralmente valiosas, o que estemos en la situación de poder conocer y experimentar prácticas sociales valiosas. Pero ¿de qué forma contribuye a esta situación la prohibición de una práctica determinada? A mi juicio, donde mejor cabe observar esta contribución es en la conocida disputa acerca de cuál es el ámbito legítimo de lo comercial o de lo lucrativo, y a ella dedicaré el epígrafe siguiente. Antes de eso, cabe recordar que ciertas prácticas sociales consentidas son prohibidas sin demasiada controversia precisamente porque su prohibición contribuye a algún objetivo comunitario importante, y no sería difícil argumentar que la prosperidad generada por la satisfacción de ese objetivo contribuye a nuestra libertad. Así Dworkin, en su caso con la intención de cuestionar la validez o el alcance del principio del daño de John Stuart Mill, observa lo siguiente:

Buena parte de la legislación económica se justifica no sobre la base de que evita un daño directo a individuos particulares, sino porque crea un entorno económico en el cual la comunidad como un todo es capaz de prosperar. Las leyes *antitrust*, por ejemplo, y las leyes que limitan la producción o el desarrollo de recursos escasos, suelen defenderse de esta manera. Varias formas de legislación social, incluyendo leyes para mejorar las relaciones raciales, se justifican con frecuencia siguiendo

crITERIOS semejantes, y las normativas estéticas (...) se justifican porque protegen el entorno y la cultura de la comunidad como un todo²⁵.

Si ponemos este argumento en términos de libertad, podríamos decir que las leyes *antitrust*, limitadoras de la libertad de algunos, contribuyen a la libertad de todos al favorecer una prosperidad económica que asegura sus condiciones materiales; o que las leyes que obligan a los propietarios de casas a pintarlas de cierto color contribuyen a nuestra libertad al ponernos en condiciones de apreciar mejor la belleza. Si esto es así, podemos preguntarnos si la prohibición de las prácticas que aquí nos ocupan puede justificarse también en el nombre de un bienestar general o comunitario comprendido como condición de la libertad. Desde luego, su prohibición no parece que promueva ningún objetivo económico ni estético o que dé lugar a ningún tipo de prosperidad material general, pero acaso sí podría vincularse con la prosperidad moral que Raz considera condición necesaria de la autonomía individual. Los partidarios de la prohibición de cierto tipo de comercio (de biomateriales humanos, del sexo, de la exhibición corporal, de la gestación) podrían alegar que así prosperaría socialmente una cultura más ilustrada acerca del significado de tales prácticas y con ella un ambiente en el que sería más fácil acceder al conocimiento de cierto ideal de vida buena que consideremos acertado, y también más fácil experimentarlo y vivir de acuerdo con él.

Es este ambiente más propicio a la prosperidad de los ideales adecuados de vida virtuosa el que se sugiere que aumenta la libertad de todos los miembros de la comunidad. De lo que se trata, pues, es de admitir que un tal ambiente es una condición necesaria de la libertad. Desde esta perspectiva, quienes alegan la dignidad como argumento a favor de prohibir una cierta práctica o conducta pueden estar diciendo lo siguiente: la dignidad se ve perjudicada cuando se reduce la libertad a disposición de los ciudadanos; pero permitir ciertas prácticas reduce esa libertad porque la extensión social de tales prácticas derivada de su autorización dificultará la percepción de lo que significa vivir bien, y sin esa percepción la libertad no es posible; por tanto, hay una razón para prohibirlas, y esa razón es la libertad que ganaremos con ello.

Lo que sugiero es que la dignidad que se ha de proteger con la prohibición de ciertas prácticas sociales no es tanto la de los individuos directamente implicados en ellas, sino la de todos los miembros de la comunidad en la que esas prácticas se desarrollan, que se vería indirectamente mermada si tales prácticas floreciesen. Que el perjuicio que sufre la dignidad de todos sea indirecto no significa que sea menos importante, y de hecho podría serlo más en tanto que más extendido y más prolongado y consolidado en el tiempo. Desde este punto de vista, lo que nos ha de preocupar ante todo no es la pérdida de dignidad que sufre el individuo que decide, por decirlo a la manera kantiana, tratarse como un medio y no como un fin en sí mismo (el que vende su sangre o una parte de su cuerpo, la prostituta, la madre de alquiler, etc.)²⁶; sino la que sufre la dignidad de todos, que sigue siendo una dignidad individual (la de cada uno) y no una dignidad colectiva o abstracta o predicable de la condición humana en general. A mi juicio, no es necesario invocar aquí la distinción habermasiana entre la «dignidad humana» y la «dignidad de la vida humana»²⁷, para justificar estas prohibiciones con base en la segunda. Lo que sí es necesario es darse cuenta de

que nuestra dignidad individual sufre no sólo cuando nos embarcamos en prácticas degradantes (si es que así lo fueran), sino también cuando no se ponen las condiciones sociales de todo tipo que se requieren para poder vivir una vida acorde con nuestra naturaleza de seres libres.

5. VALOR Y PRECIO

La idea de que la libertad aumenta cuando ciertas prácticas comerciales son desterradas de la comunidad por una u otra vía ha sido elaborada una y otra vez, sea en general o en relación con algún tipo particular de comercio²⁸. No me refiero aquí a la desmercantilización que pretende asegurar el reparto igualitario de un bien, que es la que es propia de los derechos fundamentales, sino a la que pretende promover una valoración adecuada de los bienes (o de las prácticas). Conviene no confundir ambos fines (reparto igualitario y valoración adecuada), una confusión que puede ser suscitada por el hecho de que, en ocasiones, la desmercantilización puede satisfacer ambos a la vez.

Si, por ejemplo, la sangre o los órganos ajenos están disponibles sólo para quien puede pagarlos, es muy posible que no todos podamos satisfacer nuestras necesidades sanitarias (una transfusión, un trasplante) en igualdad de condiciones, y esta es una razón para prohibir el comercio de los biomateriales humanos y optar por un criterio de distribución ciudadana, asegurando así que quien la necesita pueda acceder a ella con independencia de su capacidad económica. Esta es la técnica de distribución típica de los derechos fundamentales, conceptualmente inalienables con el fin de mantener igualitaria la distribución de ciertos bienes. Sin embargo, ese comercio podría articularse de acuerdo con normas que evitaran desigualdades distributivas injustas y entonces el argumento del reparto igualitario ya no serviría como base para justificar la desmercantilización. Con esta intención, Charles Erin y John Harris han propuesto un sistema de venta de órganos humanos en régimen de monopsonio público unido a un mecanismo de distribución de acuerdo con exclusivos criterios de necesidad sanitaria, un sistema que, a su juicio, evita tanto la explotación de los pobres como la desigualdad injusta en el acceso a los órganos²⁹. Si estos benéficos efectos pudieran en efecto garantizarse, el argumento del reparto igualitario ya no serviría como base para prohibir el comercio, pero todavía podría alegarse el argumento de la valoración adecuada (en este caso, del cuerpo humano y de sus partes). Veamos algunas instancias del modo en que el comercio puede lesionar nuestra libertad (y así nuestra dignidad) al impedir o dificultar la correcta valoración de los bienes o de las prácticas sociales.

La sangre. En 1970, Richard Titmuss publicó un extenso estudio en el que comparaba los sistemas británico y norteamericano de obtención de sangre, el primero basado en la donación y el segundo en la venta. Al margen de otras consideraciones, Titmuss sostuvo que la legalización de la venta de sangre menoscaba el valor del altruismo como práctica social, puesto que la donación pierde sentido y relevancia cuando la sangre se puede obtener por vía mercantil. El sociólogo británico creía también que la vigencia social del altruismo es necesaria como factor de mantenimiento de una comunidad de ciudadanos

libres, iguales y conscientes de su mutua dependencia. Por tanto, la legalización de la venta de sangre, al dificultar la práctica del altruismo, dificulta también la percepción de lo que significa vivir en comunidad y, con ello, limita la libertad de los ciudadanos al reducirse el rango de las opciones valiosas a su disposición, puesto que no se dispone de aquello que no se conoce o no se comprende bien³⁰.

Una vez legalizada su venta, es cierto que la sangre se puede seguir donando e incluso que el acto de la donación podría tener mayor significado para quien lo lleva a cabo, puesto que ahora supone la renuncia a una recompensa monetaria. Ambas circunstancias han sido esgrimidas como argumentos contra la tesis de Titmuss³¹. Sin embargo, este no es el punto de Titmuss, quien, por supuesto, no niega esto. Lo que niega es que la percepción social del valor del altruismo, y su vigencia, puedan mantenerse incólumes, con independencia de que, de hecho, podamos seguir donando y de que el acto de la donación siga siendo valioso, o incluso más valioso, para el donante. Margaret Radin lo explica así:

Si la venta [de sangre] se permite, entonces también las donaciones tienen un equivalente mercantil. Dar una pinta de mi sangre es como dar cincuenta dólares de mi bolsillo. De acuerdo con este argumento, tal monetización desanima la donación³².

Quien sí captó con claridad cuáles eran los dos argumentos principales de Titmuss fue Kenneth Arrow, quien reseñó elogiosamente su libro en el primer número de *Philosophy and Public Affairs*. Sin embargo, Arrow no estaba de acuerdo con ninguno de los dos: ni con que la relevancia social del altruismo *puro* fuera o debiera ser tan elevada como Titmuss creía, ni con que hubiera quedado demostrado que el altruismo fuera a reducirse por el hecho de que estuviera disponible la alternativa mercantil. Respecto de lo primero, Arrow defendía que el altruismo puro es un bien escaso al que debe recurrirse con moderación a la hora de ordenar políticamente la vida social, siendo preferible recurrir al altruismo *impuro* implicado en la redistribución de los recursos por la vía del sistema tributario y el gasto público³³. Respecto de lo segundo, Arrow reclamaba más evidencia empírica de que, en efecto, poner precio a una actividad (en este caso, la de dar sangre) suponga una reducción del valor de su alternativa no monetaria³⁴.

Peter Singer asumió la defensa de Titmuss y rebatió las dos objeciones de Arrow. En cuanto a la primera, Singer cuestionó que el altruismo:

Se parezca, digamos, al petróleo en su carácter de recurso escaso. ¿Por qué no podríamos asumir que el altruismo es más bien como la potencia sexual, que si se usa mucho, se renueva constantemente, pero que, si se usa poco, comenzará a atrofiarse y no estará disponible cuando la necesitamos? (...) Me resulta difícil actuar con consideración hacia los demás cuando la norma en el círculo de gente en el que me muevo es actuar de manera egoísta. En cambio, cuando lo que se espera de mí es altruismo, me resulta mucho más fácil ser genuinamente altruista³⁵.

En cuanto a la segunda objeción, Singer estimó que Titmuss sí había ofrecido evidencia en pro de su tesis, al menos la suficiente para fundar una presunción a su favor. De hecho, el extenso estudio de Titmuss era en buena parte un estudio empírico que tenía en cuenta datos sobre el aumento o disminución del número de donantes en función de que la venta

de sangre se prohibiese o se autorizase. Titmuss, además, había entrevistado a muchos donantes y ofrecía un análisis de sus motivaciones.

Este intercambio resulta interesante aquí por dos motivos. El primero es que pone de relieve la cuestión de si una práctica valiosa (la del altruismo o cualquier otra) sigue siendo igualmente asequible a la gente con independencia de que esté más o menos extendida socialmente, tanto la práctica misma como la conciencia de su valor. La pregunta de Singer sobre la naturaleza del altruismo apunta a esto y evoca la idea aristotélica de que las virtudes, o las buenas disposiciones del carácter, se aprenden mediante su ejercicio. Si Titmuss y Singer llevan razón, podemos pensar que la libertad de que gozamos, en tanto que capacidad para elegir bien la manera en que hemos de vivir, puede aumentar o disminuir según qué conductas sean estimuladas o desalentadas por la comunidad. Aquí desde luego late la idea republicana de que la libertad depende de la virtud no sólo en un sentido «sistémico» (esto es, la libertad prospera en una comunidad de ciudadanos virtuosos), sino también en un sentido «epistémico», puesto que la virtud «no solamente nos motiva a hacer lo que debemos hacer sino que además nos indica qué debemos hacer»³⁶.

El segundo motivo de interés radica en la duda expresada por Arrow acerca de si el altruismo decrece o pierde su valor por causa de la comercialización de cierta actividad. Esta duda está en la base de un argumento que se usa con frecuencia por parte de quienes se oponen a la limitación de ciertos tipos de comercio, cuando esta limitación está supuestamente fundada en la degradación moral que provocan. Brennan y Jaworski han identificado hasta cinco variantes de la que llaman «filosofía antimercantilista», cada una de ellas basada en un efecto negativo que sería promovido por el mercado, a su vez todos ellos vinculados con esa idea general de degradación: aumento del egoísmo, reducción del altruismo, desarrollo de preferencias inmorales, pérdida de calidad de los bienes o servicios y disminución de la virtud cívica. Sin embargo, observan críticamente, los antimercantilistas nunca prueban que estos males se hayan producido o vayan a producirse³⁷. La observación es pertinente: si queremos argumentar a favor de la proscripción de algún tipo de comercio con base en los efectos moralmente nocivos que produce, deberemos disponer de alguna evidencia empírica sobre esos efectos. De todas formas, esto vale para cualesquiera efectos que pensemos que puede generar la entrada en vigor de una norma, sean esos efectos morales o de otro tipo. Podría pensarse que los efectos morales son más difíciles de probar, y por eso este tipo de normas restrictivas de la libertad de comercio más difíciles de justificar, y así puede ser, pero que sea difícil no significa que no pueda hacerse³⁸.

El sexo. Un análisis semejante al de Titmuss se encuentra en el libro de Margaret Radin, *Contested Commodities*, en el que se ocupa de distintos tipos de bienes y prácticas sociales cuya mercantilización es disputada por razones morales. Me fijaré solo en su examen de la prostitución y en las consecuencias que ella considera que provocan en la recta comprensión del sentido de la práctica sexual. Radin sostiene que la normalización social de la prostitución, que podría derivarse de su legalización plena, puede, a su vez, ocasionar una confusión generalizada acerca de lo que es una buena relación sexual. En efecto, si podemos comprar y vender abiertamente compañía sexual, del mismo modo que cualquier otro bien o servicio disponible en el mercado, será imposible que se mantenga una percepción

generalizada del sexo como práctica basada exclusiva o principalmente en la atracción mutua, ajena, por lo tanto, a todo valor comercial. Es, dice Radin, una cuestión de «discurso»:

Si el sexo se mercantilizase abiertamente, su mercantilización se reflejaría en el discurso de cada uno sobre el sexo, y en particular sobre la sexualidad de las mujeres. Emergerían nuevos términos para expresar la graduación del valor de mercado de lo sexual. Se escucharían nuevas discusiones sobre habilidades y cualidades particulares en términos de su valor de mercado. Este cambio en el discurso, cuando resultara lo suficientemente extendido, conllevaría un cambio en la experiencia de cada uno, porque la experiencia depende del discurso. El mercado libre podría hacer inevitable la comprensión de las mujeres (y quizá de todos) en términos de valor sexual de mercado³⁹.

De estar Radin en lo cierto, el caso de la prostitución muestra cómo el sentido de una práctica social como la del sexo puede alterarse cuando se abre la posibilidad de su mercantilización. El problema no es tanto la degradación que sufren la prostituta o su cliente (o el atentado contra su propia dignidad) sino la degradación general del sexo, que puede explicarse con la que la autora denomina «teoría del dominó»⁴⁰, cuyo nombre nos exime de mayores aclaraciones: una ficha puede hacer caer a todas las demás. Es esta degradación general la que reduce nuestra libertad, puesto que nos pone en una condición en la cual no es posible identificar el ideal (en este caso, el del sexo) que habría de guiarnos en nuestras decisiones, y sin ese ideal a la vista nuestra vida sexual se empobrecerá.

La misma idea que subyace al argumento de Radin contra la legalización de la prostitución la encontramos formulada con carácter general en el que Fred Hirsch llama el «efecto de comercialización», que es:

El efecto en las características de un producto o actividad derivado de proveerlo exclusiva o predominantemente en condiciones comerciales en vez de hacerlo de otro modo, tal como el intercambio informal, la obligación mutua, el altruismo o el amor, o sentimientos de servicio u obligación⁴¹.

Es decir, ponerle un precio a los bienes o a los servicios que no lo tenían puede suponer una alteración del significado que atribuimos a ese bien o servicio. En el caso del sexo, observa Hirsch que «el sexo comprado no es lo mismo [que gratis]» o, más explícitamente, que «el orgasmo, cuando es un derecho del consumidor, deja de ser una experiencia etérea»⁴².

Los museos. Otro ejemplo quizá menos estimulante, pero también expresivo, al que recurría Hirsch es el de lo que sucedió en 1973 en Gran Bretaña, cuando se decidió acabar con la gratuidad de los museos públicos. La medida resultó muy poco popular entre la ciudadanía, debido, según nuestro autor, no tanto al «modesto precio de la entrada», sino al nuevo «símbolo del torniquete», que suponía acabar con la idea de que una parte relevante del patrimonio cultural de la nación era una «propiedad común disponible libremente para todos»⁴³. Como en el caso del sexo, tener que pagar por visitar el museo suponía una alteración no sólo del significado que los ciudadanos creían que había de atribuirse a la cultura, sino también al que había de atribuirse al hecho de formar una comunidad. En definitiva, se trata de que seremos menos libres si se nos induce a valorar indebidamente las cosas (sea la sangre, sea el sexo, sea la cultura, sea la pertenencia a una comunidad); y valoraremos indebidamente las cosas si se generalizan prácticas contrarias a la manera

correcta de valorarlas (sea la venta de sangre, sea la prostitución, sea el pago por entrar en un museo público).

La «teoría del dominó» de Radin o el «efecto de comercialización» de Hirsch podemos asociarlos con distintas propuestas de «pluralismo valorativo» como las de Michael Walzer o Elizabeth Anderson, que parten de un modelo de análisis de las prácticas sociales que lleva a conclusiones semejantes⁴⁴. Ambos defienden que las diversas actividades humanas han de valorarse con criterios igualmente diversos, y que aplicar un criterio de valoración indebido conlleva la degradación social del bien o actividad mal valorado, o incluso en último extremo su corrupción. Como era de esperar en el seno de sociedades altamente mercantilizadas como las nuestras, la mayor preocupación de Walzer, y sobre todo de Anderson, es una extensión impropia del criterio mercantil de valoración a actividades que se rigen por otras pautas axiológicas. De nuevo, el resultado temido es una restricción de la libertad y de la autonomía de los ciudadanos, entendida la libertad como el «acceso a un amplio espectro de opciones significativas a través de las que la persona pueda expresar sus diferentes valoraciones», y entendida la autonomía como el «autogobierno por principios y valoraciones justificadas reflexivamente»⁴⁵.

6. LA DIGNIDAD DE TODOS

Los efectos que produce la comercialización de ciertos bienes y prácticas en nuestra capacidad para valorarlos de manera adecuada ilustran la idea avanzada al principio de estas páginas: desalentar ciertas actividades, acaso llegando a prohibirlas o a no validarlas jurídicamente, puede favorecer la libertad de las personas, si con ello se contribuye a estimular prácticas sociales que nos permitan identificar y apreciar mejor lo valioso y vivir de acuerdo con ello. A mi juicio, esta es la mejor interpretación posible de las invocaciones de la dignidad cuando se discute acerca del estatuto normativo más apropiado para ciertas prácticas sociales controvertidas. Invocar la dignidad como argumento a favor o en contra de cierta regulación jurídica es, por tanto, una forma de invocar la libertad: es llamar la atención sobre la necesidad de garantizar una de las condiciones necesarias que la hacen posible. Comprendida la dignidad como nuestra capacidad para vivir una vida valiosa, la dignidad que tales prácticas ponen en peligro no es sólo ni principalmente la de los que se involucran en ellas, sino la de todos.

Vuelvo ahora al punto de partida, a los que he llamado «términos iniciales» de los conflictos entre la dignidad y la libertad, para reconsiderarlos a la vista del argumento que he propuesto, y con la intención de llegar a unos «términos finales» en forma de una serie de observaciones sobre la dignidad, la libertad y la relación entre ambas.

- (1) La dignidad y la libertad aparecen como valores de un sistema jurídico que deben ser respetados y promovidos.

La libertad es en efecto un valor. En cambio, la dignidad no lo es. La dignidad expresa la condición de valioso de un sujeto, sin que ella misma exprese un valor determinado.

La expresión «los seres humanos tienen dignidad» tiene un significado equivalente a «los jarrones chinos son valiosos», una expresión que no nos permite saber que son valiosos, pero no por qué lo son. Es cierto que, si los seres humanos, o los jarrones chinos, son valiosos, entonces debemos tratarlos de acuerdo con su valor, pero antes deberemos saber en qué consiste este valor. Por eso, el concepto de dignidad deviene vacío y estéril (o inútil) si no se especifica la cualidad que convierte en valiosos a los seres humanos, que será la clave para determinar el tratamiento que merecen. Incluso si el valor de los seres humanos se considera superior al que pueda poseer cualquier otro sujeto u objeto, no por eso llegamos a saber qué tratamiento puede ser ese que merecen, más allá de que hayamos de tratarlos «con consideración» o «con respeto». Pero la consideración que merece un jarrón chino, que también es valioso, es seguramente muy distinta que la que merece un ser humano.

Qué tipo de concepto sea la dignidad es difícil de decir. Creo que Manuel Atienza acierta cuando sugiere que la dignidad es un «concepto puente» o un «término de enlace», en tanto que vincula un juicio de hecho con un juicio de valor y con una prescripción. Se trataría de «una manera abreviada de decir que una entidad posee determinadas propiedades [valiosas] y/o que, por tanto, se la debe tratar de una cierta manera»⁴⁶. Pero esta manera de comprender la dignidad implica que ella misma no es un valor, sino que expresa nuestro carácter valioso, o nuestra posesión de una propiedad valiosa⁴⁷. Por tanto, afirmar la dignidad humana es afirmar, a la vez, algo sobre cómo somos, algo sobre nuestro valor y algo sobre cómo debemos ser tratados. En este sentido, parece ser uno de esos «conceptos éticos densos» ignorantes de la supuesta dicotomía hecho/valor⁴⁸.

- (2) La dignidad y la libertad aparecen como valores distintos. Son valores seguramente relacionados, y la resolución de su conflicto pasa también seguramente por precisar esa relación; pero son valores distintos.

La dignidad y la libertad no pueden ser «valores» distintos porque la dignidad no es un valor. Sí son «conceptos» distintos, precisamente porque la libertad es un valor y la dignidad no lo es. Sin embargo, están estrechamente relacionados, de esta manera: la cualidad que hace valiosos a los seres humanos es su aptitud para la libertad, de manera que los seres humanos son dignos porque pueden ser libres; y como esta cualidad es propia de todos los seres humanos y no sólo de algunos, tiene sentido que hablemos de la dignidad «humana»⁴⁹. Esta manera de relacionar la dignidad con la libertad está presente en la formulación más clásica de la dignidad, la kantiana, tal como se contiene en la segunda y tercera secciones de la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. En ellas, racionalidad práctica, moralidad, autonomía y libertad aparecen estrechamente entrelazadas y constituyen el fundamento de la dignidad. Podemos decir que los seres humanos son dignos porque son seres racionales, o porque son agentes morales, o porque pueden actuar con autonomía, o porque son aptos para la libertad, y estaremos diciendo una y la misma cosa. Por eso puede afirmar Kant que:

La moralidad, y la humanidad en tanto que ésta es capaz de la misma, es lo único que tiene dignidad.

O que:

La autonomía es, así pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional.

O que:

¿Qué podrá ser entonces la libertad de la voluntad sino autonomía? (...) Una voluntad libre y una voluntad bajo leyes morales son lo mismo⁵⁰.

El fundamento de la dignidad humana podría pensarse distinto a éste (llámese racionalidad, moralidad, autonomía o libertad), pero no es fácil decir qué otro fundamento podría ser porque no es fácil encontrar otra cualidad específicamente humana que pudiera ser considerada no sólo valiosa sino especialmente valiosa⁵¹; y esto vale también para las concepciones religiosas de la dignidad, por lo menos las de origen cristiano, basadas igualmente en la libertad y la razón⁵². Uno puede, de otro modo, ensalzar el valor de todo lo vivo, o de todo lo sensible, pero ni la vitalidad ni la sensibilidad son cualidades humanas específicas⁵³. Por eso, estas cualidades no pueden explicar la dignidad humana. Por supuesto, uno puede darles mayor valor, y, por contraste, restar relevancia a la dignidad humana, y quizá esté en lo cierto. Pero este es otro asunto: no es mi intención justificar la supremacía que se concede a los seres humanos por ser como son.

Una inquietud que suscita de manera inmediata esta concepción de la dignidad, que aquí no se puede abordar con detenimiento, pero que tampoco puede dejar de mencionarse, es esta: si la dignidad humana se fundamenta en nuestra aptitud para la libertad, ¿cómo podemos justificar la dignidad de los seres humanos que carecen de tal aptitud? Desde luego, no directamente y no individualmente. Sugiero que podemos hacerlo indirecta y colectivamente por la vía de atribuir valor a todo el género humano (o a lo que Kant llama la «naturaleza» humana⁵⁴), dado que la condición normal (o el «caso central») del ser humano es la de un ser apto para la libertad; para, a continuación, extender este valor a todos los individuos de nuestra especie, incluso si por circunstancias excepcionales (la enfermedad) o por el natural devenir de la vida (la senectud) no poseen, o ya no poseen, esa aptitud. El caso de los niños es distinto y no requiere, creo, mucha justificación: son seres aptos para la libertad, aunque lo sean sólo en potencia.

- (3) La dignidad y la libertad aparecen como valores que pueden oponerse entre sí. Esto significa que una norma de permiso o de prohibición puede favorecer el uno en detrimento del otro o viceversa.

Ahora podemos comprender que la dignidad y la libertad no pueden oponerse entre sí. Respetar la dignidad humana no puede ser otra cosa que tratar a los seres humanos de acuerdo con su condición de aptos para la libertad, sea respetándola, sea promoviéndola. La dignidad y la libertad van siempre de la mano, de manera que o ambas salen beneficiadas o ambas salen perjudicadas con cualesquiera medidas normativas que puedan ser adoptadas. Esta sintonía no resuelve de por sí la pregunta acerca de cuándo se ven (ambas) favorecidas o (ambas) perjudicadas por uno u otro régimen jurídico, sobre todo si de lo que se trata es del tipo de prácticas sociales del que nos hemos ocupado aquí. En

estos casos, nos hallamos ante la aparente paradoja de que tanto permitir como prohibir cierta práctica social puede beneficiar a nuestra libertad y con ello a nuestra dignidad. Si se permite, porque se amplía el rango de las actividades en las que nos hallamos libres de interferencia ajena; si se prohíbe, porque la prohibición puede ayudarnos a comprender el sentido y el valor de otra práctica social relacionada y con ello incluso a ampliar el rango de opciones moralmente atractivas a nuestra disposición. Esta paradoja es solo aparente porque la libertad, siempre comprendida como capacidad para la autonomía, requiere de la concurrencia de un complejo conjunto de condiciones, cada una de las cuales se beneficia a su vez de muy diversos arreglos institucionales y decisiones normativas. Creo que es posible asumir un concepto unitario de libertad y a la vez ser consciente de que no siempre es fácil determinar cuándo somos más libres y cuándo menos, o cuándo una sociedad puede ser calificada como más o menos libre⁵⁵.

Conviene recordar ahora que nos estamos ocupando sólo de un cierto tipo de conflictos entre la dignidad y la libertad, los que se producen cuando discrepamos acerca de la legalización de una práctica social y no hay derechos fundamentales involucrados. La pérdida (meramente cuantitativa) de libertad negativa que conlleva la prohibición de actividades no protegidas por derechos fundamentales no parece contraria a la dignidad humana, por mucho que esta se vincule con nuestra condición de seres libres. En cambio, cuando se limita un derecho fundamental, que es una manifestación privilegiada de nuestra libertad, y, por tanto, de nuestra dignidad, ¿cabe afirmar que la dignidad humana es lesionada? Una respuesta afirmativa parece lógica, pero al tiempo es contraria al sentido común jurídico. Por poner el caso quizá más evidente, la limitación de la libertad ambulatoria del artículo 17 CE, que tiene lugar cuando una persona es recluida en prisión, no se considera limitadora de la dignidad.

Para explicar esta disociación aparente entre libertad y dignidad, en principio extraña al argumento general de este trabajo, hay que distinguir entre dos usos del término en el seno de un sistema jurídico o, en general, en el discurso práctico. La dignidad designa, por una parte, un mínimo infranqueable, un respeto mínimo que toda persona merece en cualquier circunstancia, que se traduce típicamente en la radical prohibición de los tratos inhumanos o degradantes; y al mismo tiempo designa ese valor que atribuimos a todas las personas en tanto que seres aptos para la libertad, un valor que puede y que debe ser promovido por vías que van mucho más allá de esa prohibición⁵⁶. Uno y otro usos del término están sin duda conectados, en tanto que el uno expresa el contenido mínimo del ideal y el otro un horizonte máximo del mismo ideal. Por eso, no hay contradicción en afirmar, por una parte, que cualquier limitación de los derechos fundamentales es contraria al ideal de la dignidad (aunque quizá haya de ser aceptada para que ese mismo ideal resulte promovido); y, por otra parte, que esa misma limitación puede no ser contraria a la dignidad, entendida ahora en su versión mínima.

- (4) La dignidad y la libertad, en estas condiciones, no pueden ser plenamente satisfechas a la vez, pero ambas requieren respeto y, por tanto, algún grado de satisfacción, con lo que no puede darse plena y simple prioridad a la una respecto de

la otra (como si fueran reglas), sino que se requiere un ejercicio de ponderación (como si fueran principios, que seguramente es lo que son).

La idea de una plena satisfacción de la dignidad o de la libertad no tiene sentido cuando la libertad es comprendida como capacidad para la autonomía y cuando la dignidad es comprendida como el valor que se nos atribuye en tanto que seres libres; porque una capacidad siempre puede ser aumentada. Dicho esto, la dignidad y la libertad se satisfacen a la vez, porque una vida humana digna es una vida humana libre, y el respeto de la una conlleva el respeto de la otra. El ejercicio de ponderación a que a veces nos vemos obligados podemos aceptar que tiene lugar, nominalmente, entre la dignidad y la libertad, pero en realidad se trata de un conflicto entre distintas condiciones de la libertad, y tiene como fin su armonización o maximización conjunta. Incluso esa dignidad mínima protegida por la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes (o también por la abolición de la pena de muerte) puede comprenderse como una forma mínima de libertad. En el caso que nos ocupa, a la hora de decidir si ciertas prácticas sociales son permitidas o prohibidas, habrá que ponderar de qué manera servimos mejor a la libertad de todos los miembros de la comunidad (y así a su dignidad): si ampliando el margen de actividad no interferida a su disposición o si favoreciendo la expansión de prácticas sociales significativas y valiosas mediante la restricción de las que no lo son.

- (5) La dignidad y la libertad acabarán por ser satisfechas sólo parcialmente: habrá que renunciar a cierto grado de satisfacción de la una en favor de la otra, o una de ellas habrá de soportar cierto grado de perjuicio justificado por el beneficio que obtiene la otra.

La satisfacción de la dignidad y de la libertad es, desde luego, siempre parcial; pero no porque se opongan entre sí y sea necesario renunciar parcialmente a la una en favor de la otra o viceversa, sino porque la dignidad de la vida humana reclama potenciar indefinidamente la libertad de las personas. De la dignidad se ha dicho que es «uno de los [conceptos] más básicos del derecho, por no decir el más básico»⁵⁷. O también que es «el concepto más revolucionario del siglo XX»⁵⁸. Esta suprema relevancia que se le atribuye no puede derivar solo de su consideración como mínimo infranqueable que nos protege de los más graves abusos. No se trata de restar importancia a ese mínimo, sino de tomar conciencia de que, en tanto que mínimo, lo es de un ideal más ambicioso, y es este ideal, comprendido en toda su extensión, el que puede pretender esa condición de concepto básico de nuestros sistemas jurídicos. Así podemos distinguir, con Gilibert, entre una dignidad «básica» y una dignidad «máxima», la primera vinculada con una vida «decente» y la segunda con una vida «florecente» o en constante prosperidad⁵⁹. Si la primera queda asegurada con el establecimiento y garantía de los derechos fundamentales, la segunda requiere un proyecto de justicia social que va más allá de esos derechos. De este proyecto de justicia social ha de formar parte la promoción de prácticas sociales significativas y virtuosas que nos permitan a todos vivir cada vez mejor, y del que, en efecto, no tiene sentido pensar que alguna vez pueda ser satisfecho en su plenitud.

NOTAS

1. LO 3/2021, Preámbulo; y STC 19/2023, FJ6. Sin embargo, en el VP de E. Arnaldo Alcubilla, la dignidad parece jugar tanto a favor como en contra de permitir la eutanasia.
2. STC 44/2023 FJ2. En la STC 53/1985, la dignidad juega más bien a favor de la despenalización del aborto (FJ 8 y 11) pero también un poco en contra (FJ3).
3. STC 44/2023. Los recurrentes consideran que el aborto eugenésico «viola la dignidad colectiva de las personas con discapacidad». En cambio, el abogado del Estado considera que la prohibición de esta modalidad del aborto podría «entrañar un atentado a la dignidad de la vida en formación que se quiere proteger». También puede considerarse que la dignidad del nasciturus y la de la mujer son una y la misma, porque el primero es una parte del cuerpo de la segunda (VP de M. L. Balaguer Callejón); o que el aborto, al lesionar la vida del nasciturus, lesiona también su dignidad (VP de C. Espejel Jorquera, que invoca una decisión del TEDH, *Vó c. Francia*, según la cual el feto/embrión «requiere protección en nombre de la dignidad humana»). En la STC 53/1985, los recurrentes consideraban que la despenalización del aborto atentaba contra la dignidad humana en abstracto.
4. Observa Carmen Tomás-Valiente que «muy pocos serán los casos en los que una norma que supuestamente afecte a la dignidad humana no concierna también directamente a un derecho fundamental» (2014:174). Vamos a suponer que, entre esos pocos casos, están algunos de los que nos ocupan aquí (de todas formas, esto dependerá del catálogo aplicable de derechos fundamentales y del alcance o contenido que se les atribuya; ni ese catálogo ni ese contenido son los mismos en todos los sistemas jurídicos). En los casos en que un derecho fundamental sí está concernido, «el concepto [de dignidad] se emplea a modo de refuerzo argumentativo, muchas veces retórico» (2014:173; la autora se está refiriendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español).
5. Así se muestra Miguel Presno (2017).
6. Hoerster, 1992; Macklin, 2003; Mosterín, 2006; Pinker, 2008 (entre muchos otros que advierten de lo vacío del concepto de dignidad, y de su uso inadecuado o abusivo). El escepticismo para con el concepto de dignidad humana, en tanto que poco útil para el razonamiento práctico, viene de lejos. Lo encontramos ya en este pasaje de Schopenhauer: «esa expresión ‘dignidad del hombre’, una vez formulada por Kant, se convirtió después en divisa de todos los moralistas sin consejo ni ingenio, que tras aquella imponente expresión ocultaron su carencia de un fundamento de la moral que fuera real, o que al menos dijera algo» (*apud* Von der Pfordten 2020:57). Gilabert dedica un capítulo de su libro sobre la dignidad a examinar con detalle todos los cargos que se formulan contra el concepto: «vacío, indeterminado, incoherente, políticamente pernicioso, excluyente, estéril, redundante», y a defenderlo frente a ellos (Gilabert, 2018: 141-160). Las críticas de Mosterín y Pinker son analizadas y cuestionadas en Atienza, 2022: 20-26.
7. Algo semejante propuso Radbruch en su día, al reformular los conflictos de la justicia con la seguridad jurídica como conflictos de la justicia «consigo misma» (Radbruch, 1974: 44). El ejercicio que propongo se acerca mucho al que lleva a cabo Manuel Atienza a la hora de preguntarse si es la autonomía o la dignidad el fundamento de los derechos humanos, y de defender que se trata de una «falsa oposición» (Atienza, 2022: 91ss.).
8. Berlin, 1969 [1958].
9. Ruiz Miguel, 2020 [1983].
10. Pettit ha insistido en que la concepción republicana de la libertad lo es de una libertad negativa (Pettit, 1993 y 2004: 117ss.), aunque hay otras visiones republicanas de la libertad que la comprenden en términos más amplios y que la acercan a la que se propone aquí (Peña, 2008: 296; o Rosler, 2018: 55-56).

11. Raz, 1986: 369ss.
12. Raz, 1986: 408.
13. Ambos significados se encuentran en el conocido ensayo de Berlin, «Two Concepts of Liberty». La «libertad positiva» sería primariamente autonomía o autodeterminación individual pero habría acabado por designar la autodeterminación colectiva que es propia de sociedades democráticas. Quizá lo mejor sería abandonar su uso, por innecesario y por inconveniente (dado que produce confusión).
14. Así lo propone Guillermo Escobar para el caso del sistema jurídico español (Escobar, 2022: 314ss.).
15. Por eso, calificar a las libertades negativas como «formales», en el sentido de vacías o irrelevantes, es un error. Es mejor calificarlas como insuficientes o incompletas, porque eso sí lo son.
16. La correspondencia puede establecerse entre grupos de derechos y distintas libertades (negativa, positiva, fáctica), tal como propone por ejemplo Alfonso Ruiz Miguel (2020 [1983]: 315) o bien, como sugiero en el texto, entre esos mismos grupos de derechos y las distintas condiciones de una y la misma libertad. A mi juicio, hablar de distintas libertades dificulta la percepción de la conexión que hay entre unas y otras, y de todas ellas con la autonomía. Algo semejante cabe objetar al planteamiento de Amartya Sen, según el cual la libertad tiene tres «características», «aspectos» o «elementos»: capacidad, falta de dependencia e interferencia; pero cada uno de ellos tendría valor por sí mismo, con lo que su visión en principio unitaria de la libertad se oscurece (Sen, 2010: 339).
17. Raz, 1986: 372.
18. Raz, 1986: 372-373.
19. Taylor, 2006: 146 y 152-153.
20. Raz, 1986: 375 o 426.
21. La objeción desde luego no valdría para una concepción republicana de la libertad negativa, porque desde esta perspectiva lo relevante no es la mera interferencia, sino la interferencia «arbitraria», pero, como subraya Rosler, «solamente un juicio valorativo puede determinar si una interferencia es o no arbitraria» (Rosler, 2018: 53). De aquí que la concepción republicana conlleve una valoración cualitativa y no cuantitativa de la libertad negativa.
22. Taylor, 2006.
23. Hierro, 2000: 363.
24. Para las distintas concepciones de este derecho, véase Ruiz Miguel, 2020 [1983]: 312ss. Es una idea controvertida. La negación más conocida del derecho general a la libertad quizá sea la de Dworkin (1978: 266ss.), basada a su vez en la negación del valor intrínseco de la libertad negativa.
25. Dworkin, 1977: 10.
26. Kant se ocupa de muchas de estas prácticas que a su juicio menoscaban la propia dignidad en varios lugares de sus *Lecciones de Ética* y de su *Metafísica de las costumbres* (Kant, 1988 [1781] y 1989 [1797]).
27. Habermas, 2009: 45ss.
28. Retomo aquí algunos argumentos de los que ya di cuenta en García Manrique, 2021: 127ss.
29. Erin y Harris, 1994, 2002 o 2003.

30. Titmuss, 1970. El mismo año se publicó el libro de Thomas Nagel sobre el altruismo, y una de sus conclusiones, aunque formulada en términos más abstractos que los de Titmuss, venía a coincidir con la de este: que el altruismo sólo es posible si prevalecen «ciertas concepciones y formas de pensar» y que esta prevalencia es «precaria» (Nagel, 1978 [1970]: 146). Sobre la relevancia del libro de Titmuss, creo que poco conocido entre nosotros, véase Cuadros, 2018: 165.
31. Nelson, 1991: 71.
32. Radin, 1996: 94-95. Una reelaboración de esta explicación se encuentra en Sandel, 2013: 129.
33. Arrow, 1972: 354-355. Que pagar impuestos sea un acto altruista o exprese alguna forma de altruismo comunitario lo veo cuestionable, por mucho que se califique como «impuro». No sólo porque no parece altruista ordenar a otro que haga algo, o hacer algo porque otro lo ordena, sino porque lo que justifica la redistribución por vía de impuestos, o la satisfacción pública de ciertas necesidades básicas, es la justicia más que la fraternidad (y es, creo, la fraternidad el valor que está detrás del altruismo).
34. Arrow, 1972: 351.
35. Singer, 1973: 319.
36. Rosler, 2018: 68.
37. Brennan y Jaworski, 2016: 88-90.
38. Los libros de Debra Satz (2010) y Michael Sandel (2013) tratan de aportar ese tipo de pruebas y lo hacen a mi juicio de manera convincente.
39. Radin, 1996: 132-133.
40. Radin, 1996: 95ss.
41. Hirsch, 1977: 87.
42. Hirsch, 1977: 101.
43. Hirsch, 1977: 91.
44. Walzer, 1983; Anderson, 1993.
45. Anderson, 1993: 141-42.
46. Atienza, 2022: 22.
47. Hay una interesante similitud entre estos «conceptos puente» y los «conceptos funcionales» de los que habla MacIntyre (2004: 82). El concepto de dignidad designa, a la vez, lo que un ser humano «es» y lo que puede «llegar a ser» (si se le trata del modo apropiado), del mismo modo que los conceptos funcionales designan, a la vez, lo que es «un X» y lo que es «un buen X» (un reloj y un granjero son los ejemplos de MacIntyre).
48. Putnam, 2004: 50. También Gilibert, 2018: 126.
49. Este juicio de hecho es, por supuesto, genérico y abstrae las diferencias realmente existentes y debidas a causas de distinto tipo. O, como lo ha dicho Pérez Triviño, la naturaleza moral de los humanos «se establece al margen de la psicología moral, de las relaciones sociales y de nuestra comprensión de la identidad personal» (Pérez Triviño, 2007: 21).
50. Kant, 1996 [1785]: 201, 203 y 223-225.

51. Otra opción es listar las muchas capacidades que nos hacen valiosos (Ansuátegui, 2011: 10-11; Gilabert, 2018: 127; entre muchos que eligen esta vía) y hacer de ellas la base o fundamento de la dignidad, pero entiendo que todas estas capacidades, que son las típicamente humanas, se pueden presentar unificadamente como la aptitud humana para la libertad.

52. Von der Pfordten, 2022: 38, ss.

53. Esto no significa ignorar que los seres humanos son «animales temporales y necesitados» o que nuestra racionalidad está sometida a «crecimiento, maduración y decadencia». Tener presente todo esto no acabo de ver que requiera el abandono de la concepción kantiana de la dignidad, tal como propone Martha Nussbaum (2007: 166-168).

54. Es también, creo, la idea ya mencionada de Habermas de la dignidad «de la vida humana» por contraste con la «dignidad humana».

55. El bello libro de Lea Ypi, *Libre*, es una aguda reflexión sobre esta complejidad de la idea y de las condiciones de la libertad (Ypi, 2023).

56. Una variante de la *vis expansiva* propia del concepto de dignidad es la progresiva ampliación de ese mínimo infranqueable, esto es, del concepto de «trato degradante» que se observa en jurisprudencias internacionales como las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase por ejemplo Nivard, 2012: 518-525 para el primero; y Lafferriere y Lell, 2021 para la segunda).

57. Atienza, 2022: 11.

58. Gomá, 2019: 17.

59. Gilabert, 2018: 139.

BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, Elisabeth (1993): *Value in Ethics and Economics*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Ansuátegui Roig, Francisco Javier (2011): «Derechos fundamentales y dignidad humana». *Papeles de El tiempo de los derechos*, 10.
- Arrow, Kenneth. J. (1972): «Gifts and Exchanges». *Philosophy and Public Affairs*, 1, 343-362.
- Atienza, Manuel (2022): *Sobre la dignidad humana*. Madrid, Trotta.
- Berlin, Isaiah (1969): «Two Concepts of Liberty», in Id. *Four Essays on Liberty*. Oxford, Oxford University Press.
- Brennan, Jason. y Jaworski, Peter. Martin. (2016): *Markets without Limits. Moral Virtues and Commercial Interests*. Nueva York, Routledge.
- Cuadros Aguilera, Pol (2018): *Historia y crítica de la donación de sangre*. Cizur Menor, Civitas.
- Dworkin, Ronald, (1977): *The Philosophy of Law*. Oxford University Press.
- (1978): *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth.
- Erin, Charles A. y John Harris (1994): «A monopsonistic market, or how to buy and sell human organs tissues and cells ethically», en Ian Robinson (ed.), *Life and Death under High Technology Medicine*, Manchester: Manchester University Press, 134-153.
- (2002): «An ethically defensible market in organs. A single buyer like the NHS is an answer», *British Medical Journal*, 325, 114-115.
- (2003): «An ethical market in human organs», *Journal of Medical Ethics*, 29, 137-138.

- Escobar Roca, Guillermo (2022): *El derecho, entre el poder y la justicia. Una introducción crítica al sistema jurídico español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Manrique, Ricardo (2021): *Se vende cuerpo. El debate sobre la venta de órganos*. Barcelona: Herder.
- Gilbert, Pablo (2018): *Human Dignity and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Gomá Lanzón, Javier (2019): *Dignidad*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Habermas, Jürgen (2009): *El futuro de la naturaleza humana*. Barcelona: Paidós.
- Hoerster, Norbert (1992): «Acerca del significado del principio de la dignidad humana», en Id., *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa, 91-103.
- Hierro, Luis (2000): «¿Qué derechos tenemos?», *Doxa*, 23, 351-375.
- Hirsch, Fred (1977): *Social Limits to Growth*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- Kant, Immanuel (1988 [1781]): *Lecciones de ética*. Barcelona: Crítica.
- (1989 [1797]): *Metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- (1996 [1785]): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Ariel.
- Lafferriere, Jorge Nicolás y Héctor Marcelo Lell (eds.) (2021): *La dignidad a debate. Usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- MacIntyre, Alasdair (2004): *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica.
- Macklin, Ruth (2003): «Dignity is a useless concept», *British Medical Journal*, 327, 1419-1420.
- Mosterín, Jesús (2006): *La naturaleza humana*. Madrid: Espasa Calpe.
- Nagel, Thomas (1978): *The Possibility of Altruism*. Princeton: Princeton University Press.
- Nelson, Mark T. (1991): «The Morality of a Free Market for Transplant Organs», *Public Affairs Quarterly*, 5 (1), 63-79.
- Nivard, Charlotte (2012): *La justiciabilité des droits sociaux. Étude du droit conventionnel européen*. Bruselas: Bruylant.
- Nussbaum, Martha C. (2007): *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós.
- Peña, Javier (2008): «El ideal de la democracia republicana», en Antonio Arteta (ed.), *El saber del ciudadano. Las nociones capitales de la democracia*. Madrid: Alianza, 291-316.
- Pérez Triviño, José Luis (2007): *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*. México: Fontamara.
- Pettit, Philip (1993): «Negative Liberty, Liberal and Republican», *European Journal of Philosophy*, 1, 15-38.
- (2004): «Liberalismo y republicanism», en Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella (comps.), *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, 115-135.
- Pinker, Steven (2008): «The Stupidity of Dignity. Conservative Bioethics Latest, Most Dangerous Ploy», *The New Republic*, 28 de mayo.
- Presno Linera, Miguel Ángel (2017): «Human dignity versus personal autonomy?», *Rechtstheorie*, 48, 175-196.
- Putnam, Hilary (2004): *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*. Barcelona: Paidós.
- Radbruch, Gustav (1974): *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Radin, Margaret Jane (1996): *Contested Commodities. The Trouble with Trade in Sex, Children, Body Parts and Other Things*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Raz, Joseph (1986): *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- Rosler, Andrés (2018): *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*. Madrid: Katz.
- Ruiz Miguel, Alfonso (2020): «Sobre los conceptos de libertad», en Id., *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 301-315.
- Sandel, Michael J. (2013): *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*. Madrid: Debate.
- Satz, Debra (2010): *Why Some Things Should Not Be for Sale. The Moral Limits of Markets*. Oxford: Oxford University Press.
- Sen, Amartya (2010): *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus.

- Singer, Peter (1973): «Altruism and Commerce: A Defense of Titmuss against Arrow», *Philosophy and Public Affairs*, 2, 312-320.
- Taylor, Charles (2006): «What's wrong with negative liberty?», en David Miller (ed.), *The Liberty Reader*. Edimburgo: Edinburgh University Press.
- Titmuss, Richard M. (1970): *The Gift Relationship. From Human Blood to Social Policy*. Londres: Penguin.
- Tomás-Valiente Lanuza, Carmen (2014): «La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 102, 167-208.
- Von der Pfordten, Dietmar (2020): *Dignidad humana*. Barcelona: Atelier.
- Walzer, Michael (1983): *Spheres of Justice. A Defence of Pluralism and Equality*. Oxford: Blackwell.
- Ypi, Lea (2023): *Libre. El desafío de crecer en el fin de la historia*. Barcelona: Anagrama.

LA PARADOJA DE LA HEROICIDAD: LA DEFENSA DE LOS INDEFENDIBLES
THE PARADOX OF HEROISM: THE DEFENSE OF THOSE WHO ARE INDEFENSIBLE

Hugo Omar Seleme

Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

RESUMEN

El trabajo identifica, en primer lugar, lo que denomina la Paradoja de la Heroicidad. Que un abogado acepte como cliente a alguien que ha cometido crímenes horribles genera habitualmente una fuerte crítica social. No obstante, algunos de estos abogados se consideran, y son considerados por sus pares, como héroes cuya conducta es elogiada. La paradoja radica en que mientras más son criticados socialmente como villanos, más se perciben a sí mismos como héroes y más son elogiados por los otros abogados. En segundo lugar, a partir del principio de no responsabilidad, que forma parte de la concepción estándar de la ética de la abogacía, y de la noción de conducta supererogatoria, se muestra por qué, en ciertas circunstancias, la aceptación como cliente de alguien que ha cometido crímenes aberrantes es efectivamente digna de elogio y heroica. La hipótesis es que lo que conduce a la paradoja es que, entre estas circunstancias, se encuentra el hecho de que la conducta profesional sea criticada socialmente como inmoral o incorrecta.

PALABRAS CLAVE

Concepción estándar de la ética legal; acción supererogatoria; principio de no responsabilidad; selección de clientes; crítica social a los abogados.

ABSTRACT

This paper identifies what is termed the Paradox of Heroism. The decision of a lawyer to represent a client who has committed heinous crimes typically provokes significant social criticism. Nevertheless, some of these lawyers perceive themselves—and are perceived by their peers—as heroes whose conduct is worthy of praise. The paradox lies in the fact that the more they are socially criticized as villains, the more they view themselves as heroes and the more they are commended by other legal professionals. Drawing on the Principle of Non-Responsibility, a cornerstone of the standard conception of legal ethics, and the concept of supererogatory conduct, the paper demonstrates why, under certain circumstances, representing individuals guilty of abhorrent crimes can indeed be praiseworthy and heroic. The paper's hypothesis is that the paradox arises because one of these circumstances includes the social perception of such professional conduct as immoral or improper.

KEYWORDS

Standard conception of legal ethics; supererogatory action; principle of non-responsibility; client selection; social criticism of lawyers.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.126>

LA PARADOJA DE LA HEROICIDAD: LA DEFENSA DE LOS INDEFENDIBLES

Hugo Omar Seleme

Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

Sumario: 1. Introducción. 2. La Paradoja de la Heroicidad. 3. Actos de defensa supererogatorios. 3.1. Más allá del deber. 3.2. Una omisión no criticable. 3.3. Una conducta elogiabile. 3.3.1. La benevolencia de defender al malevolente. 3.3.2. La crítica social y los costos que conducen a la Paradoja de la Heroicidad. 4. Conclusión. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando Jorge Luis Borges asistió en 1985 al juicio que terminó con la condena de Jorge Rafael Videla y otros altos jefes militares responsables de haber implantado en Argentina un régimen de terror que secuestró, torturó y mató a miles de ciudadanos, escribió para la agencia EFE: «Es de curiosa observación que los militares, que abolieron el Código Civil y prefirieron el secuestro, la tortura y la ejecución clandestina al ejercicio público de la ley, quieran acogerse ahora a los beneficios de esa antigualla y busquen buenos defensores. No menos admirable es que haya abogados que, desinteresadamente sin duda, se dediquen a resguardar de todo peligro a sus negadores de ayer.» (Borges, 1985)

Con su característica ironía, Borges reprochaba por igual la hipocresía de los dictadores que estaban dispuestos a ejercitar un derecho de defensa que habían negado a sus víctimas y la calidad moral de los abogados que habían aceptado representarlos a cambio de dinero. La conducta de los abogados era todavía más contradictoria y reprochable, toda vez que intentaban resguardar de todo peligro a los cabecillas de una dictadura que se encarnizó con los abogados que se atrevieron a enfrentarla.

El informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), creada por el presidente Raúl Alfonsín, reveló que el número de abogados muertos ascendía a 23 y el de secuestrados y desaparecidos era más de 110. La mayor parte de estas desapariciones se consumó entre marzo y diciembre de 1976, durante los primeros meses de la dictadura cívico-militar. Muchos fueron víctimas de «...la represión ilegal “en respuesta” o “en represalia” por la presentación de hábeas corpus en favor de personas desaparecidas con anterioridad...» (Bacci *et al.*, 2010: 38-39).

Borges no ha sido el único escandalizado por la conducta de abogados que aceptan defender a perpetradores de crímenes aberrantes. Los ciudadanos de Boston también se horrorizaron cuando Judy Clarke, la abogada de Dzhokhar Tsarnaev, quien junto a su hermano hizo estallar una bomba en la maratón de la ciudad, lo llamaba por el apodo que utilizaba en el colegio secundario, «Jahar», en un intento de humanizarlo frente al jurado. No menos escandalosa había sido la aceptación antes de otros clientes entre los que se contaba Ted Kaczynski, el «unabomber», Zacarias Moussaoui, acusado de participar en la organización de los ataques del 9/11, y Jared Loughner, quien abrió fuego sobre un grupo de personas asesinando a seis e hiriendo a trece, incluida la congresista Gabby Giffords (Radden Keefe, 2015).

También estuvo ubicado en el centro del escándalo Ronald Sullivan, profesor decano de la Winthrop House de Harvard University, quien fue despojado de su cargo luego de aceptar participar en la defensa de Harvey Weinstein en el juicio que se le llevaba adelante por delitos sexuales (Taylor, 2019). La decisión se debió a la fuerte presión ejercida por los estudiantes. Una de ellos escribía: «...Creo que Sullivan ha dado a entender a los estudiantes que no apoya a los sobrevivientes de agresión sexual...» (Suh, 2019).

En Francia, por su parte, Jacques Vergès desarrolló toda su vida profesional rodeado por el escándalo provocado por los clientes que aceptó defender, lo que lo llevó a portar el rótulo del «abogado del terror» (Schroeder, 2007). Entre ellos estuvieron Klaus Barbie, un alto oficial de las SS Nazis conocido como «el Carnicero de Lyon», ciudad en la que se desempeñó como jefe de la Gestapo; y Llich Ramirez Sanchez, conocido como «el Chacal», acusado de decenas de atentados y cientos de muertes (Singer, 2021).

La conducta de estos abogados no sólo genera escándalo. Lo más extraño es que, a diferencia de lo que sucede con la sociedad, ellos mismos y el resto de los abogados los consideran dignos de admiración. Mientras la sociedad los condena como villanos, estos abogados se perciben a sí mismos, y son reverenciados por gran parte de sus colegas, como héroes. El presente artículo tiene por objetivo explicar este fenómeno, al que llamaré la *Paradoja de la Heroicidad*. Adicionalmente, ofrece un argumento para justificarla. Específicamente, intentaré mostrar que el hecho de que los abogados sean criticados como villanos, por la baja calidad moral de los clientes que aceptan, efectivamente brinda razones para que sean vistos como héroes. Los juicios críticos formulados por la sociedad justifican los juicios de elogio de quienes ejercen la profesión.

2. LA PARADOJA DE LA HEROICIDAD

El reproche social que pesa sobre los abogados que han elegido defender a perpetradores de crímenes atroces, contrasta con la alta estima en que estos abogados se tienen a sí mismos y los juicios de alabanza que reciben de sus colegas. No se trata sólo de que la percepción social y la de los abogados sea discrepante, sino de que mientras más reprochable socialmente aparece la conducta del abogado, más loable se presenta a sus propios ojos y a los de sus colegas.

Los abogados defensores de los dictadores argentinos —en total 24, de los cuales sólo el letrado de Jorge Rafael Videla era un defensor de oficio— no vieron truncadas sus carreras, ni mostraron arrepentimiento o recibieron algún tipo de escarnio de parte de sus colegas. Algunos de ellos hasta fueron honrados con premios. Eduardo Aguirre Obarrio, abogado particular del almirante Emilio Massera, quien fuera comandante de la armada bajo cuya dirección se encontraba el centro de detención y exterminio de la ESMA (Escuela de Mecánica de la Armada), fue galardonado en el año 2006 por la Fundación Konek con el diploma al mérito en derecho administrativo, tributario y penal (Fundación Konek, 2006).

En Estados Unidos, Judy Clarke fue laureada en 2017 con el *Griffin Bell Award for Courageous Advocacy* que “...reconoce a los abogados que han perseverado en la defensa de una causa importante sin importar el riesgo personal, el miedo, la impopularidad, la oposición u otras dificultades.” El premio es concedido desde el año 2009 por el prestigioso *American College of Trial Lawyers* (American College of Trial Lawyers, 2024). Ronald Sullivan, por otro lado, recibió el apoyo explícito de cincuenta y dos profesores de Harvard que publicaron una carta en el *Boston Globe* (Halley *et al.*, 2019). La *American Civil Liberties Union* también publicó una nota laudatoria en la que presentaba a Sullivan como un abanderado del derecho de defensa y del principio de inocencia de todo imputado, sea cual sea el crimen del que se lo acuse (ACLU 2019).

Un caso paradigmático de esta situación paradójica, en la que el abogado tiene una opinión más alta de sí mismo mientras mayores son los juicios de condena social que recibe, es el de Jacques Vergès. Con motivo de su fallecimiento, el obituario de *The Economist* señalaba: «...Muchas personas llamaban bastardo a Jacques Vergès, y a él no le importaba...»(2013). Era tan poco lo que le importaba que tituló a su autobiografía *El Brillante Bastardo*. No sólo él se tenía en alta estima, sino también el resto de los abogados que aún hoy siguen estudiando y empleando su estrategia de «ruptura» para llevar adelante procesos judiciales de carácter político (Vergès, 1970).

La explicación que usualmente brindan los abogados para descartar la crítica social apela al *principio de no responsabilidad*, que forma parte de la *Concepción Estándar de la Abogacía*. Según este, los abogados no son responsables por la calidad moral de los clientes que aceptan defender. Que la conducta del cliente sea moralmente reprochable, porque asesinó, torturó o secuestró, no hace que el proceder del abogado que acepta defenderlo también lo sea. La *Concepción Estándar* se completa con otros dos principios: el de *Parcialidad*, que estipula que los abogados deben dar prioridad a la defensa de los intereses de su cliente, por encima de los intereses de terceros; y el de *Neutralidad*, que establece que el

abogado debe defender los intereses legalmente protegidos de su cliente, aun si los considera injustos o inmorales¹.

El *principio de no responsabilidad*, en la interpretación que creo correcta, tiene dos partes. La primera, señala que la evaluación moral que formulamos sobre las conductas del cliente no puede trasladarse a la conducta del abogado que acepta defenderlo. El reproche moral que pesa sobre los dictadores argentinos que llevaron adelante el plan de exterminio y apropiación de niños, o sobre quien colocó una bomba, o las envió por correo, o sobre quien participó en la diagramación del atentado contra las Torres Gemelas, o abrió fuego sobre un grupo de personas, o sobre quien fue un alto oficial de las SS Nazis, no es trasladable a los abogados que aceptan su defensa. La conducta del abogado es diferente a la de sus clientes y, por lo tanto, el reproche que generan estas últimas no le puede ser aplicado. La segunda parte del principio señala que la conducta del abogado que acepta la defensa no es en sí misma moralmente reprochable. Específicamente, es un tipo de conducta moralmente permisible². Por un lado, no es moralmente obligatoria, salvo en el supuesto extremo de que el abogado sea el único que puede aceptar la defensa y, por el otro, su realización no está moralmente prohibida³.

Contrario a las apariencias, el *principio de no responsabilidad* es insuficiente para explicar la situación paradójica. No puede señalarse que las opiniones discrepantes que tiene la sociedad y los abogados sobre los actos de defensa se deba simplemente a que éstos últimos tienen en mente un principio que la sociedad usualmente pasa por alto. Esto puede ser parcialmente cierto, pero no puede ser la explicación completa. La razón es simple, el *principio de no responsabilidad* bloquea la crítica y el reproche. Sirve para mostrar que la conducta del abogado que defiende al autor de crímenes aberrantes no realiza él mismo una acción aberrante o reprochable. Pero no permite explicar por qué los abogados adicionalmente creen que en estos casos aceptar la defensa es una conducta loable o heroica. El *principio de no responsabilidad* no puede ser lo único que subyace a la *Paradoja de la Heroicidad*.

El principio puede dar cuenta del hecho que los abogados no se consideren a sí mismos villanos simplemente por defender a clientes que sí lo son. Puede explicar por qué los abogados consideran injusta la crítica social de la que son objeto debido a la calidad moral de los clientes que seleccionan. Pero no permite explicar, y menos justificar, qué los abogados que son objeto de estas críticas piensen que su accionar es heroico y digno de elogio. Esto porque el *Principio de no Responsabilidad* señala que aceptar la defensa de un cliente es moralmente permisible y las conductas moralmente permisibles no son reprochables, pero paradigmáticamente tampoco son encomiables.

Para explicar y justificar la *Paradoja de la Heroicidad* es necesario introducir una nueva noción: la de conducta supererogatoria. A explicar este tipo de conducta y la manera en que se vincula con la paradoja estará dedicada la sección siguiente.

3. ACTOS DE DEFENSA SUPEREROGATORIOS⁴

Apelar a la idea de conducta supererogatoria para explicar el carácter heroico que los abogados atribuyen a la aceptación de ciertas causas parece un camino argumentativo natural. Este tipo de conductas reúnen las dos condiciones requeridas: son meramente permisibles y, no obstante, son dignas de alabanza. En particular, son de interés los actos supererogatorios que son altamente elogiables, no las pequeñas acciones supererogatorias como la de hacerle a alguien un pequeño regalo. Estas acciones altamente elogiables son las que tiene en mente J.O. Urmson en su artículo «*Saints and Heroes*», responsable de haber reactivado el debate contemporáneo acerca de las conductas supererogatorias (2023).

Un caso claro de acción supererogatoria de carácter heroico, referido por Urmson, es el del soldado que se arroja sobre una granada activada para salvar la vida de sus compañeros. El soldado no tiene la obligación moral de comportarse de esta manera, su acción es moralmente permisible, sin embargo, es altamente elogiable. (2023: 19-20). Tres elementos están presentes en la situación: la acción no es moralmente obligatoria sino, sólo moralmente permisible, omitirla no es motivo de reproche, realizarla justifica elogiarla (Mellema, 1991:13).

En lo que sigue intentaré mostrar en qué sentido la conducta del abogado que acepta defender a un cliente que ha cometido crímenes horribles va más allá del deber y, por lo tanto, no es obligatoria, (a); su omisión no es moralmente reprochable (b); y, finalmente, es elogiable como heroica en parte debido al reproche social del cual es objeto (c).

3.1. MÁS ALLÁ DEL DEBER

Usualmente, pasamos por alto los diferentes sujetos en relación con quienes el abogado hace más de lo que debe. Es preciso, por lo tanto, identificarlos con claridad. Estos son: la comunidad política, el resto de los abogados y el cliente.

La comunidad política tiene un deber colectivo de garantizar el acceso al sistema de justicia de todos sus ciudadanos. Este deber sólo puede ser satisfecho por acciones colectivas de la propia comunidad. El deber exige la toma de decisiones institucionales que, entre otras cosas, pongan en funcionamiento al poder judicial, articulen el proceso y establezcan los diferentes roles que su desarrollo involucra.

El funcionamiento del esquema institucional —creado por una acción colectiva— requiere, sin embargo, de conductas individuales. Alguien tiene que ocupar el rol de juez, alguien el de fiscal, alguien el de asesor letrado, etc. Si el sistema judicial ha sido creado —por ejemplo, a través de reglas dictadas por la asamblea constituyente o el parlamento—, pero nadie ocupa estos roles, la comunidad política no ha cumplido con su deber de garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos.

Ante esta situación, la comunidad política puede seguir dos caminos. Imponer sobre los ciudadanos, el deber de ocupar los roles que son necesarios para el funcionamiento del sistema. O puede esperar, como de hecho hace en casi todos los casos, que algunos ciuda-

danos se ofrezcan como voluntarios para cubrir el rol institucional de juez, fiscal o el de otro funcionario judicial.

Una situación idéntica se presenta con el rol de abogado. Para que el sistema judicial funcione, y los ciudadanos puedan tener acceso a las protecciones que el sistema legal les brinda, es necesario contar con individuos que los representen y posean un conocimiento altamente especializado. Quienes se ofrecen como voluntarios para adquirir ese conocimiento y brindarlo a otros ciudadanos, contribuyen a que la comunidad política satisfaga el deber colectivo de garantizar el acceso a la justicia. Adicionalmente, sin que tampoco le sea moralmente exigible, libera de una carga pública que le podría haber sido impuesta al resto de ciudadanos. Si ellos no se hubiesen ofrecido voluntariamente a ser abogados, el resto de los ciudadanos podrían haber sido legítimamente compelidos por el Estado a ocupar ese rol.

Quien se ofrece como voluntario para ser abogado, en consecuencia, ha contribuido, más allá de lo que era moralmente exigible, a que la comunidad política satisfaga el deber colectivo de garantizar el acceso a la justicia. Ha contribuido también, más allá de su deber, a liberar de una carga que podría haber sido legítimamente impuesta a sus conciudadanos.

Un deber colectivo, de diferente naturaleza, aparece sobre todos los que ocupan el rol de abogado. Al igual que el anterior, se trata de garantizar el acceso a la justicia, pero a diferencia de aquel este puede ser satisfecho por la acción individual de cada uno de los miembros del colectivo de profesionales del derecho. Este deber colectivo vuelve al rol del abogado, uno semejante al de los funcionarios públicos (Seleme, 2023:160-162). El deber colectivo de brindar sus servicios profesionales, garantizando que los ciudadanos tengan acceso a los mecanismos institucionales que protegen sus intereses, queda satisfecho cuando algún abogado acepta el caso.

Este deber colectivo de los abogados es uno de tipo imperfecto. Mientras los ciudadanos tienen derecho a recibir asistencia legal y los abogados como colectivo tienen el deber de brindarla, los primeros no tienen derecho a exigir que ningún abogado en particular le preste sus servicios. Nadie tiene derecho a exigir que un abogado determinado acepte la defensa de su causa, aun si tiene derecho a que alguno lo haga.

Si un abogado se ofrece voluntariamente a tomar a alguien como cliente, entonces, contribuye a que el resto cumpla con su deber imperfecto de garantizar el acceso a la justicia. El abogado que acepta una causa libera al resto de los abogados del deber colectivo que pesa sobre ellos, sin que esto le sea moralmente exigible. Al aceptar el caso, el abogado ha ido más allá de su deber en relación con los otros colegas.

Dale Dorsey ejemplifica con un caso estas conductas que van más allá de lo debido en situaciones donde, no obstante, existe un deber imperfecto. Se trata de alguien que se ofrece voluntariamente a ayudar a una madre que se esfuerza por subir las escaleras de una estación de trenes cargando a su hijo pequeño. Todos los transeúntes, incluido quien finalmente la ayuda, tienen el deber imperfecto de auxiliarla. Sin embargo, a pesar de la existencia del deber imperfecto en relación con la madre, parece que quien la auxilió ha hecho más de lo que debía (Dorsey, 2023:92). Ha ido más allá del deber en relación con el

resto de los sujetos sobre los que pesaba el deber imperfecto, liberándolos de una carga sin que tuviese la obligación de hacerlo.

La idea de que la conducta es supererogatoria en relación con el resto de los obligados por el deber imperfecto, sin embargo, es rechazada por Dorsey. En su opinión debe ser descartada porque deja sin explicación el sentimiento de gratitud del beneficiario directo, en su caso la madre auxiliada y en el nuestro el cliente cuya defensa el abogado acepta. La madre no está agradecida, porque quien la asiste ha ido más allá de lo que debía en relación con el resto de los transeúntes. El cliente no está agradecido porque su abogado ha liberado de una carga moral, yendo más allá de lo que debía, al resto de abogados. Ambos, por el contrario, están agradecidos por el auxilio que se le ha prestado a cada uno de ellos.

Creo que el modo correcto de entender la objeción de Dorsey es el siguiente. No niega que la conducta de quien cumple un deber imperfecto ha ido más allá de lo que debía en relación con el resto de los obligados. Sostiene que esto no sirve para explicar todos los aspectos en los que la conducta ha ido más allá del deber. Específicamente, no permite explicar en qué sentido la conducta ha ido más allá de lo que se debía al beneficiario directo de la acción porque, en relación con él, quien actuó efectivamente tenía un deber imperfecto de hacerlo. Tiene que existir otro aspecto —diferente a la acción requerida por el deber imperfecto— en relación con el que la conducta haya ido más allá de lo debido.

En el caso del abogado que acepta la defensa de un cliente, tiene que existir otro aspecto —diferente al mero cumplimiento del deber imperfecto de garantizar el acceso a la justicia— en relación con la cual la conducta haya ido más allá de lo moralmente exigible. Existen dos sentidos en los que el abogado puede ir más allá de su deber al momento de aceptar a alguien como cliente. En primer lugar, la aceptación puede implicar asumir riesgos que no tiene deber de afrontar. En segundo lugar, la aceptación da muestra de que posee rasgos de carácter valiosos que van más allá de lo que es moralmente exigible para ser una persona decente.

El primer supuesto es fácil de comprender, y está ausente en el caso analizado por Dorsey. Supongamos que una organización racista amenaza con matar a cualquier abogado que acepte como cliente a una persona de color. En este supuesto, aunque la acción del abogado es una que cumple con el deber imperfecto de garantizarle al cliente la protección de sus derechos a través del sistema judicial y, en ese sentido, no va más allá de lo debido, es una que tiene costos que el abogado no tiene el deber de asumir. El abogado, en relación con el cliente, cumple con su deber de garantizarle el acceso a la justicia, pero al mismo tiempo va más allá de su deber al poner en riesgo su vida para hacerlo. Algo semejante pasaría en el caso de la madre si quien la ayuda a subir las escaleras debe enfrentar una situación de riesgo, por ejemplo, porque la estación de trenes está en llamas. Aunque tiene el deber imperfecto de ayudarla, no tiene el deber de asumir los riesgos involucrados.

El segundo supuesto es menos simple de percibir porque implica un deber diferente al deber imperfecto de garantizar el acceso a la justicia. Este deber, siguiendo lo sugerido por Dorsey en el caso de la madre auxiliada a cargar su hijo, tiene que buscarse en los rasgos de carácter y disposiciones que le son moralmente exigibles a quien la ayuda⁵.

El abogado, al igual que quien asiste a la madre en la estación de trenes, podría pasar de largo y confiar en que otro abogado aceptará el caso, pero sus rasgos especiales de carácter le hacen percibir como moralmente relevante algo que para otros hubiese pasado desapercibido. Por ejemplo, consultado por una mujer abusada sexualmente que quiere denunciar a su agresor, el abogado capta el sufrimiento que le provoca a la víctima tener que relatar los hechos. Si asume la defensa para evitar que la mujer tenga que repetir su relato a otro abogado, ha mostrado un grado extraordinario de sensibilidad al sufrimiento ajeno. En este caso, el abogado ha ido más allá de lo que debía en un sentido especial: «(s)us disposiciones van más allá de lo que le sería exigible ...» Cuando aceptó el caso, el abogado dio muestras de que «...estaba sensibilizado por consideraciones moralmente relevantes a las que otros agentes, aun agentes correctos, no lo estaban...» (Dorsey, 2023:102). Al aceptar el caso, el abogado evidencia un tipo especial de sensibilidad moral para percibir la situación en la que se encuentra el cliente, que va más allá de lo moralmente exigible.

Podría pensarse que esta sensibilidad especial sólo puede mostrarse en relación con clientes que han sido víctimas de delitos aberrantes, como sucede en el caso anterior, pero no con respecto a quienes los han perpetrado. Creo que es un error. Si el abogado acepta la defensa de una persona porque, más allá de lo terrible de sus acciones, logra percibir en su cliente un rasgo común de humanidad, un atisbo de vulnerabilidad, que le permite brindarle un trato misericordioso, que no hubiese recibido de otro profesional, ha dado muestras de una sensibilidad moral especial. Al igual que en el caso anterior, sus disposiciones van más allá de lo que es moralmente requerido.

Demostrando poseer este rasgo excepcional de carácter Judy Clarke reconocía, en un discurso ofrecido en la Escuela de Derecho de Gonzaga University, que tenía «...una deuda de gratitud con sus clientes, por ‘la lección que ellos me han enseñado —sobre la conducta humana y la fragilidad humana— y el recordatorio constante que, si no fuese por la gracia de Dios yo estaría en la misma situación que ellos...». Esta sensibilidad especial era reconocida por sus colegas quien la llamaban respetuosamente «San Judy», debido a su «... humildad, generosidad y devoción hacia sus clientes...» (Radden Keefe, 2015).

En el mismo sentido, Abbe Smith, quien defendió a lo largo de su carrera a individuos acusados de crímenes horribles señala: «...al igual que la mayor parte de los abogados defensores, tiendo a creer en mis clientes, sin importar lo que pueda haber hecho —en su humanidad, su valor esencial en tanto persona— y quiero liberarlos...» (2013:170). David Singleton, quien dedicó parte de su carrera a defender a personas acusadas de cometer delitos sexuales, expresaba una idea semejante: «...creíamos en la humanidad de nuestros clientes —sin importar la gravedad de sus crímenes—...» (2013:154-155).

En resumen, la conducta del abogado que acepta defender a un cliente acusado de cometer crímenes terribles, aunque permisible de acuerdo con el *principio de no responsabilidad*, puede ir más allá de lo debido. Al igual que sucede con todos los abogados, su decisión de seguir la profesión va más allá de lo debido en relación con la comunidad política. La aceptación del cliente va más allá de lo debido con respecto al colectivo de abogados, sobre quienes pesa el deber imperfecto de garantizar el acceso a los servicios profesionales. Si adicionalmente la aceptación implica altos costos personales o es motivada por rasgos

de carácter que vuelven al abogado especialmente sensible en materia moral, el abogado ha ido más allá de los riesgos que debía afrontar y las disposiciones morales que debía mostrar en su trato con el cliente.

3.2. UNA OMISIÓN NO CRITICABLE

La conducta del abogado que acepta defender los derechos legales de una persona acusada de cometer crímenes terribles es moralmente valiosa porque permite que la comunidad política y el resto de los abogados cumplan con su deber colectivo de garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos. De no ser realizada, sin embargo, esto no provocaría que la persona acusada no tuviese acceso a la justicia, comprometiendo la legitimidad de la comunidad política y la satisfacción del deber imperfecto de carácter colectivo que tienen todos los abogados. Aunque realizarla tiene consecuencias moralmente valiosas, omitirla no tiene consecuencias moralmente malas, dada la posibilidad de que otros ocupen el rol de abogados y de que otros abogados acepten el caso.

Dado que «...Las acciones paradigmáticamente reprochables son aquellas que son contra-beneficentes y que uno está moralmente obligado a no realizar...» (Horgan & Timmons, 2023: 129), la no aceptación de la defensa no es moralmente criticable. Mientras existan otros abogados que puedan aceptar el caso, la omisión no tiene consecuencias moralmente disvaliosas que el abogado esté obligado a evitar.

Tampoco es criticable que el abogado no desarrolle las disposiciones o rasgos de carácter que lo dotan de una especial sensibilidad moral que hacen que sean para él perceptibles elementos del caso que pasan desapercibidos para los demás. Tener estos rasgos va más allá de lo moralmente exigible a cualquier ser humano. Carecer de ellos no hace que el abogado se vuelva una persona viciosa, con algún defecto moral que justifique algún reproche.

En consecuencia, ni la comunidad política, ni los otros abogados o el potencial cliente pueden formularle ninguna crítica o reproche al abogado que omita aceptar un caso. La comunidad política, porque existen otros abogados disponibles para garantizar el correcto funcionamiento del sistema de justicia. Los otros abogados, porque quien acepta la defensa no tiene ningún deber de ofrecerse como voluntario para satisfacer un deber colectivo que pesa sobre todos. El potencial cliente porque el abogado no tiene el deber de garantizar su acceso a la justicia, cuando esto implica asumir altos costos personales, ni desarrollar rasgos de carácter especial de los cuales pueda obtener algún beneficio.

3.3. UNA CONDUCTA ELOGIABLE

Mostrar que una conducta que es moralmente permisible no es criticable es más simple que mostrar porque es elogiada como heroica. No basta con señalar, como se ha hecho, que va más allá de lo debido. No toda conducta que va más allá del deber es heroica. Tal como ha sido señalado, existen pequeñas acciones de auxilio o de favor que, aun si pueden ser elogiadas, no son elogiadas como heroicas. Quien nos hace un pequeño regalo,

ha hecho más de lo que debía, pero nadie tomaría a esta acción como justificación para considerarlo un héroe.

La existencia de costos elevados es el primer elemento que explica por qué consideramos que ciertas acciones son heroicas. Esto no implica asumir que sin estos costos la conducta no sería supererogatoria⁶. La tesis es mucho menos controvertida y sostiene que una conducta supererogatoria no es heroica, a menos que sea altamente costosa. Este primer elemento está presente en la conducta de alguien que, por ejemplo, ingresa a la casa de su vecino, mientras esta se incendia, y rescata a un niño.

Sin embargo, para ser elogiado como un héroe todavía es necesario un segundo elemento (McNamara, 2011:208). Supongamos que meses después otra casa está en llamas con un niño adentro. Un vecino, que sabe la fama que obtuvo quien hizo el rescate en el caso anterior, considera que la situación catastrófica es una ocasión inmejorable para adquirir fama y comenzar una carrera política que le permita llegar a algún puesto público con poder de decisión. No tiene ningún interés en salvar al niño, sino que lo único que lo mueve es el deseo de alcanzar algún cargo público para causar el mayor sufrimiento sobre la ciudadanía⁷. Si el vecino ingresa a la casa, poniendo en riesgo su vida, y salva al niño, su conducta no es elogiada como heroica porque no tiene una intención benevolente⁸.

Las conductas de los abogados que aceptan la defensa de clientes que han cometido crímenes horribles reúnen los dos requisitos para ser elogiadas como heroicas. En ciertas circunstancias, llevarlas adelante, por un lado, está motivado por una intención benevolente y, por el otro, implica soportar costos altos. Sin embargo, la intención benevolente y los costos que justifican los juicios de heroicidad formulados por la comunidad política, el resto de los abogados y el propio cliente, no son idénticos.

3.3.1. La benevolencia de defender al malevolente

En relación con la comunidad política, el abogado puede tener la intención benevolente de garantizar la legitimidad de sus instituciones, permitiendo el acceso al sistema de justicia aun a los ciudadanos considerados repudiables por el resto. Este es un tema recurrente en quienes defienden a personas acusadas de crímenes horribles. En ocasión de defender a Ronald Sullivan, la ACLU ponía como ejemplo su propia conducta y señalaba: «Nosotros defendemos a hombres acusados de terrorismo detenidos en Guantánamo. Hemos defendido a docenas de hombres en el corredor de la muerte, quienes habían sido encontrado culpables de brutales homicidios. También hemos reclamado por los derechos que bajo la primera enmienda tienen miembros de Ku Klux Klan, personas que han quemado la bandera y Nazis (...) tomamos estos casos no porque convalidemos los ataques sexuales, el homicidio, la quema de banderas o la supremacía blanca. Lo hicimos porque estamos comprometidos con defender nuestras protecciones constitucionales fundamentales, sin importar lo vil que hayan sido las acciones o las visiones discutidas en estos casos...». Más adelante, concluía: «La carrera de Ron Sullivan es un ejemplo paradigmático de esta forma de ejercer la abogacía...» (American Civil Liberties Union, 2019).

Con relación a los abogados, la intención benevolente puede ser la de ayudar a que todos cumplan con su deber profesional de garantizar el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos. En las defensas ofrecidas por abogados que aceptan como clientes a personas acusadas de crímenes horribles, este argumento usualmente resuena. Asumir la defensa es una tarea que algún abogado debe realizar. Mientras más desagradable sea la acción de asumir la defensa mayor es el servicio que el abogado les presta a sus otros colegas que se ven liberados de la carga.

Benjamin Braffman, un famoso abogado de miembros de la mafia, quien también aceptó la defensa de Harvey Weinstein, recriminaba a sus colegas el no ser capaces de hacerse cargo de las causas que él aceptaba. A ellos Braffman les reprochaba no ser capaces de aceptar defender a personas cuyas conductas les parecían inmorales. Si vas a comportarte de esta manera, señalaba, y vas a comenzar a formular juicios morales: «...no deberías estar en este negocio...» (Gordon, 1998). Braffman se presentaba a sí mismo como quien hacía la tarea que alguien debía hacer, pero pocos se atrevían⁹.

Con relación al cliente, la intención benevolente del defensor puede ser garantizarle la defensa de sus derechos a través del acceso al sistema de justicia o puede consistir en ofrecerle otro beneficio como un trato misericordioso, a pesar de las acciones terribles que ha realizado. Devolverle una imagen esperanzadora que no reduzca el juicio sobre la persona al de algunas de sus acciones. El propio Braffman decía de su clienta Daphne Abdela, una joven de 15 años de edad acusada de haber asesinado a puñaladas a un transeúnte en Central Park: «...Pienso que ella tiene muchas cualidades que pueden redimirla como persona...» (Gordon, 1998). Judy Clarke, por su parte, señalaba que «...(n)inguno de nosotros, ni siquiera uno, quiere ser definido por el peor día o la peor hora o el peor momento de nuestras vidas...». Su tarea era evitar que sus clientes fuesen definidos de esa manera, a partir de las acciones terribles que habían cometido (Radden Keefe, 2015). El contacto con sus defendidos, que a muchos les hubiese hecho perder cualquier esperanza en la humanidad, a Clarke la condujo, al extremo contrario, a la creencia de que en todo ser humano existe algo de bondad. Una docena de sus amigos abogados remarcaban este rasgo de carácter: «...ella cree fervorosamente en la bondad esencial de cada cliente...»; Elisabeth Semel, otra colega, decía: «Ella tiene un pozo de compasión que es un poco más profundo...» (Radden Keefe, 2015).

3.3.2. La crítica social y los costos que conducen a la paradoja de la heroicidad

En lo que respecta a los costos, la acción de los abogados que aceptan defender a personas acusadas de cometer crímenes horrendos tiene peculiaridades que permiten comprender los fundamentos de la *Paradoja de la Heroicidad*. En primer lugar, es posible que los rasgos inusuales de carácter que le permiten ver al abogado un aspecto redimible, aún en quien ha realizado las acciones más terribles, no hayan sido de fácil desarrollo. Si el abogado ha desarrollado este aspecto de su personalidad a través de un esfuerzo consciente, vinculado por ejemplo con sus creencias religiosas o políticas, hay razones para conside-

rarla elogiable como heroica. Mientras más dificultosa sea la adquisición de estos rasgos de carácter que terminan siendo beneficiosos para el cliente, más razones tiene, al menos el cliente, para elogiar como heroica la conducta de su abogado.

El primer aspecto paradójico proviene del hecho de que mientras más hostil sea el ambiente social a los abogados que defienden a personas acusadas de cometer crímenes terribles, más difícil y costoso se vuelve para los abogados en general desarrollar estos rasgos de carácter benevolentes en relación con el cliente. Mientras más generalizada es la opinión de que quienes cometieron crímenes atroces son irredimibles, y quienes los defienden son inmorales, más costoso es desarrollar la sensibilidad moral especial que caracteriza a algunos abogados que aceptan la defensa de estos clientes, porque creen que no es correcto que se los defina por la peor de sus acciones, ya que creen que ellos podrían haberse encontrado en su lugar, o porque creen que en todos hay un atisbo de bondad. La crítica social vuelve dificultosa la adquisición del rasgo de carácter benevolente, esto determina que desarrollarlo implique altos costos para el abogado, lo que a su vez da razones para considerar su carácter digno de elogio y heroico.

En segundo lugar, la crítica social que pesa sobre este tipo de abogados hace que la acción de aceptar la defensa de clientes que han realizado acciones terribles sea costosa en términos de prestigio y honor. El reproche moral que la sociedad dirige sobre estos abogados es un costo que se le suma a la acción de aceptar a alguien como cliente. Esto debido a que, de acuerdo con el *Principio de no Responsabilidad* la conducta del abogado de aceptar clientes que están acusados de crímenes que socialmente son considerados aberrantes es moralmente permisible u opcional, y no está moralmente justificado trasladarle el reproche que pesa sobre su cliente. El abogado defensor tiene que soportar el reproche social que injustamente se dirige en su contra, lo que determina que este deba contarse como parte de los costos que el abogado afronta por aceptar la defensa del caso.

Esto conduce a un segundo aspecto paradójico de la situación. Cómo el carácter costoso de la acción de aceptar la defensa es parte de lo que la vuelve supererogatoria, heroica y digna de elogio, mientras mayor sea la crítica social por aceptar a alguien como cliente, más razones existen para considerar que la conducta del abogado ha sido heroica y merecedora de elogio. Mientras mayor es la crítica social por la aceptación del cliente, más costosa es la acción del abogado, y más razones existen para juzgarla como una instancia de heroicidad.

Desde el punto de vista de la sociedad, la situación es particularmente frustrante porque si el abogado percibe que mientras más feroz es la crítica social por aceptar la defensa de un cliente, más razones existen para considerar heroica su conducta, esto conduce a una especie de círculo que se retroalimenta. El abogado que se percibe a sí mismo como un héroe hace que la sociedad lo vea como alguien todavía moralmente más cínico e insensible y redoble el reproche. El aumento del reproche, por su parte, aumenta los costos que el abogado enfrenta y brinda razones adicionales para considerar heroica su decisión de aceptar la defensa.

En síntesis, a partir de la idea de conducta supererogatoria —que va más allá del deber, su omisión no es reprochable y su realización es elogiable— es posible dar cuenta de la

Paradoja de la Heroicidad. El *principio de no responsabilidad* determina que aceptar la defensa de alguien que cometió crímenes terribles sea una conducta profesional moralmente permisible a la que no puede trasladarse el reproche moral que pesa sobre la conducta del cliente. Aunque la conducta es permisible, en algunos supuestos su realización es elogiada como heroica. Junto con el hecho de que sea una conducta que va más allá de lo debido, si es realizada con intención benevolente, el hecho de que sea socialmente criticada y repudiada la vuelve costosa y heroica. Paradójicamente, que el abogado sea socialmente tratado como un villano es lo que brinda razones para elogiarlo como un héroe.

4. CONCLUSIÓN

El principio de no responsabilidad y la noción de conducta supererogatoria permiten explicar la *Paradoja de la Heroicidad*, esto es, el hecho de que mientras más criticada sea socialmente la aceptación de un cliente por parte del abogado, más razones creen los abogados que existen para considerar a la conducta elogiada. La creencia de los abogados no está equivocada ni es muestra de alguna desviación de carácter. Efectivamente, en ciertas circunstancias, la aceptación de la defensa de personas acusadas de crímenes aberrantes no sólo no es merecedora de reproche —como sostiene el *principio de no responsabilidad*—, sino que adicionalmente es digna de elogio.

Algo interesante que el argumento ofrecido permite poner de manifiesto es que las razones por las que la sociedad usualmente elogia al abogado que acepta defender a una persona de color en una sociedad racista —soportando la mirada crítica que esto le traerá aparejado— son idénticas a las que existen para elogiar al abogado que acepta defender al acusado por delitos de odio racial —soportando la crítica social de una sociedad igualitaria y no sesgada por la raza—. En ambos casos, la conducta va más allá de lo debido. Si adicionalmente la intención es benevolente, el hecho de que la crítica social la vuelva costosa genera razones para considerarlas heroicas. No es relevante, en este sentido, cuáles sean los motivos de la crítica. En ambos supuestos, si el *principio de no responsabilidad* es correcto, imponerla injustamente sobre el abogado es un costo que se le impone y no un precio que paga.

En consecuencia, al abogado heroico que acepta la defensa del cliente impopular y socialmente oprimido e injustamente acusado, debe sumársele el abogado heroico que acepta la defensa de su cliente a sabiendas de que el reproche moral que pesa sobre su defendido está justificado, porque ha cometido crímenes aberrantes, y no ignora que el reproche indebidamente se trasladará a su conducta profesional. Lo que conduce a la *Paradoja de la Heroicidad* es que este segundo tipo de abogado heroico es difícil de reconocer por parte de la sociedad, porque su heroicidad reside precisamente en asumir el riesgo de ser socialmente tratado como un villano. Se trata de un tipo de héroe que necesariamente permanece invisible, que es merecedor de reconocimiento y elogio, precisamente porque nunca lo recibe.

NOTAS

1. Diferentes autores emplean diversos rótulos para referirse a este conjunto de principios. William Simon, inicialmente los denominó los principios de la «Ideología de la Abogacía» (1978, pp. 36-37). Más tarde pasó a referirse a ellos como «la Visión Dominante» (1998). Murray S. Schwartz los describen como «...el entendimiento usual...» del ejercicio de la abogacía en el ámbito civil dentro del sistema adversarial (1983, pp. 543-544). Tim Dare (2009), Gerald J. Postema (1980), y Bradley Wendel (2010) prefieren el título más neutral de «la concepción estándar.» David Luban originariamente empleaba el mismo rótulo (1988), pero más tarde optó por el de «partisanismo neutral»(2007).
2. La categoría de lo permisible abarca tanto las conductas obligatorias como las opcionales. Aquí se utiliza permisible para referirse sólo a las conductas del segundo tipo.
3. He presentado esta versión del principio de no responsabilidad en otro lugar (Seleme, 2025, en prensa).
4. Con algunas adaptaciones sigo aquí la explicación del carácter supererogatorio de los actos de aceptación de la defensa brindada en otro trabajo (Seleme, 2025, en prensa).
5. Quien la ayuda a subir la escalera es alguien especialmente sensible a las necesidades y padecimientos de otros. Tiene un grado de sensibilidad moral que excede lo que es moralmente exigible en cualquier ser humano para no ser considerado moralmente vicioso. De acuerdo con Dorsey «...su acto refleja una sensibilidad a consideraciones morales (específicamente consideraciones morales hacia los demás) que va más allá de las disposiciones de sensibilidad permisibles en un agente moralmente recto ...» (2023, p. 98).
6. El debate entre quienes sostienen que una conducta que no es costosa no puede ser supererogatoria (Stanlick, 1999; Straumanis, 1984) y quienes sostienen lo contrario (Horgan & Timmons, 2010), no es relevante a los fines de lo que se sostiene en el texto.
7. Es común considerar a la intención benevolente como un elemento de las conductas supererogatorias. Así, por ejemplo, Terry Horgan y Mark Timmons sostienen que «...las acciones paradigmáticamente supererogatorias son aquellas que son benevolentes y moralmente opcionales...» (2023: 128). Lo que se señala en el texto tampoco toma partido sobre este punto. Lo que señala es simplemente que una acción supererogatoria para ser elogiada como heroica debe satisfacer esta exigencia.
8. Los dos casos de la casa en llama son variantes de otros presentados por Alfred Archer (2016: 38, 242).
9. Barbara Babcock ha rotulado a este tipo de argumento la «respuesta del recolector de basura» (1984, p. 6).

BIBLIOGRAFÍA

- American Civil Liberties Union (2019): Harvard was wrong to dismiss its dean for representing Harvey Weinstein [en línea], <<https://www.aclu.org/news/free-speech/harvard-was-wrong-dismiss-its-dean-representing-harvey-weinstein>>
- American College of Trial Lawyers (2024): Griffin Bell Award for Courageous Advocacy. Recipients of the Griffin Bell Award for Courageous Advocacy [en línea], <<https://www.actl.com/home/awards-competitions-grants/griffin-bell-award-for-courageous-advocacy>>
- Archer, Alfred (2016): «Are acts of supererogation always praiseworthy?», *Theoria*, 82 (3), 238-255.
- Babcock, Barbara A. (1984): «Defending the guilty», *Stanford Lawyer*, 18, 4-9.

- Bacci, Carlos, Victoria Carnovale y Andrea Oberti (2010): Abogados, derecho y política [en línea], <<https://memoriaabierta.org.ar/wp/wp-content/uploads/2018/07/Abogados-derecho-y-politica.pdf>>
- Borges, Jorge Luis (1985): «Lunes, 22 de julio de 1985», El País, 9 de agosto. <https://elpais.com/diario/1985/08/10/opinion/492472809_850215.html>
- Dare, Tim (2009): *The counsel of rogues? A defense of the standard conception of the lawyer's role*, Farnham: Ashgate.
- Dorsey, Dale (2023): «The staircase scene: Supererogation and moral attunement», en D. Heyd (ed.), *Handbook of supererogation*, Cham: Springer, 87-104.
- Fundación Konex (2006): Eduardo Aguirre Obarrio Premio Konex 2006: *Derecho administrativo, tributario y penal* [en línea], <<https://www.fundacionkonex.org/b2803-eduardo-aguirre-obarrio>>
- Gordon, Michael (1998): Little big man [en línea], <<http://nymag.com/nymetro/news/crimelaw/features/1984/>>
- Halley, Janet E., Elizabeth Bartholet, Alan M. Dershowitz, Martha L. Minow y Laurence H. Tribe (2019): «Harvard Law faculty speak in support of resident dean representing Weinstein», The Boston Globe, 8 de marzo. <<https://www.bostonglobe.com/opinion/letters/2019/03/08/harvard-law-faculty-speak-support-resident-dean-representing-weinstein/okm55pW9aXOzbCkDXPDABN/story.html#comments>>
- Horgan, Terence y Mark Timmons (2023): «The expected, the contra-expected, the supererogatory, and the suberogatory», en D. Heyd (ed.), *Handbook of supererogation*, Cham: Springer, 119-130.
- Luban, David (1988): *Lawyers and justice*, Princeton: Princeton University Press.
- (2007): *Legal ethics and human dignity*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Postema, Gerald (1980): «Moral responsibility in professional ethics», *New York University Law Review*, 55, 63-89.
- Radden Keefe, Patrick (2015): The worst of the worst [en línea], <<https://www.newyorker.com/magazine/2015/09/14/judy-clarke-defense-lawyer-dzhokhar-tsarnaev>>
- Schroeder, Barbet (dir.) (2007): *L'avocat de la terreur*, Francia: Wild Bunch, Yalla Film, Magnolia Pictures, CNC, La Sofica Uni Etoile 3, Canal+.
- Schwartz, Murray L. (1983): «The zeal of the civil advocate», *American Bar Foundation Research Journal*, 8 (3), 543-563.
- Seleme, Hugo Omar (2023): *La ética de los abogados*, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).
- (2025, en prensa) *El principio de no-responsabilidad*, Isonomía.
- Simon, William H. (1978): «The ideology of advocacy: Procedural justice and professional ethics», *Wisconsin Law Review*, 1978 (1), 29-144.
- (1998): *The practice of justice: A theory of lawyer's ethics*, Cambridge: Harvard University Press.
- Singer, Florence (2021): «Carlos 'El Chacal', tres vidas en la cárcel francesa», El País, 24 de septiembre. <<https://elpais.com/internacional/2021-09-25/carlos-el-chacal-tres-vidas-en-la-carcel-francesa.html>>
- Singleton, David (2013): «Representing sex offenders», en Abbe Smith y Monroe Freedman (eds.), *How can you represent those people?*, New York: Palgrave Macmillan, 139-156.
- Smith, Abbe (2013): «How can you not defend those people?», en Abbe Smith y Monroe Freedman (eds.), *How can you represent those people?*, New York: Palgrave Macmillan, 157-176.
- Suh, Phoebe H. (2019): #MeToo: Why I didn't want Winthrop [en línea], <<https://www.thecrimson.com/article/2019/4/26/suh-me-too-winthrop/>>.
- Taylor, Kate (2019): Harvard's first Black faculty deans let go amid uproar over Harvey Weinstein defense [en línea], <<https://www.nytimes.com/2019/05/11/us/ronald-sullivan-harvard.html>>
- The Economist (2013): Obituary: Jacques Vergès [en línea], <<https://www.economist.com/obituary/2013/08/28/jacques-verges>>
- Urmson, James O. (2023): «Saints and heroes», en D. Heyd (ed.), *Handbook of supererogation*, Cham: Springer, 17-27.
- Vergès, Jacques (1970): *Estrategia judicial en los procesos políticos*, Barcelona: Anagrama.
- Wendel, W. Bradley (2010): *Lawyers and fidelity to law*, Princeton: Princeton University Press.

EL PIN PARENTAL Y SU CONTRADICCIÓN CON EL DERECHO A LA EDUCACIÓN
SEXUAL INTEGRAL. ESPAÑA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
*THE PARENTAL PIN AND ITS CONTRADICTION WITH THE HUMAN
RIGHT TO COMPREHENSIVE SEXUALITY EDUCATION. SPAIN
AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

Jhenny Rivas Alberti

Alexander Espinoza Rausseo

Universidad de Las Américas (Chile)

RESUMEN

Mediante el pin parental, los padres pueden objetar o vetar determinados contenidos de los programas educativos, por considerar que los mismos son contrarios a sus convicciones morales, religiosas y hasta filosóficas. Este veto parental tiene como fundamento el derecho preferente de los padres en la educación moral y religiosa de sus hijos. No obstante, tiene como límites los propios derechos y libertades fundamentales de niños y adolescentes. La educación sexual integral tiene por objetivo la adquisición de información precisa, neutral, plural y objetiva, basada en evidencia científica, apropiada para la edad y madurez sobre la sexualidad. El contenido de la educación sexual también comprende aspectos directamente relacionados con principios, valores democráticos y derechos fundamentales consagrados en la Constitución, esenciales para la convivencia pacífica y responsable en sociedad. El Estado en cumplimiento de su deber de neutralidad en la educación debe garantizar que los contenidos y la forma en que se imparta la educación sexual integral cumpla con las características de neutralidad, objetividad, pluralidad y no adoctrinamiento.

PALABRAS CLAVE

Educación sexual integral, pin parental, neutralidad del Estado.

ABSTRACT

Through the parental PIN, parents can object to or veto certain content in educational programs, considering them contrary to their moral, religious, and even philosophical convictions. This parental veto is based on the preferential right of parents to the moral and religious education of their children, a right limited by the fundamental rights and freedoms of children and adolescents. Comprehensive sexuality education aims to acquire accurate, neutral, pluralistic, and objective information about sexuality, based on scientific evidence, and appropriate for the age and maturity of the child. The content of sexuality education also includes aspects directly related to democratic principles, values, and fundamental rights enshrined in the Constitution, which are essential for peaceful and responsible coexistence in society. The State, in fulfilling its duty of neutrality in education, must ensure that the content and method of delivery of comprehensive sexuality education comply with the characteristics of neutrality, objectivity, pluralism, and non-indoctrination.

KEYWORDS

Comprehensive sex education, parental PIN, state neutrality.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.127>

EL PIN PARENTAL Y SU CONTRADICCIÓN CON EL DERECHO A LA EDUCACIÓN SEXUAL INTEGRAL. ESPAÑA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Jhenny Rivas Alberti
Alexander Espinoza Rausseo
Universidad de Las Américas (Chile)

Sumario: 1. Introducción. 2. Metodología. 3. El derecho preferente de los padres sobre la educación de sus hijos y el pin parental. 4. El derecho preferente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 5. El derecho de niños y adolescentes a la educación sexual. 6. La neutralidad del Estado en la educación. 7. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2019, mediante resoluciones de la Consejería de Educación de Murcia, se estableció que en cuanto a las actividades complementarias impartidas por personal externo al centro “se dará conocimiento a las familias [...] con objeto de que puedan manifestar

su conformidad o disconformidad con la participación de sus hijos menores en dichas actividades”. El Ministerio de Educación del Gobierno de España, cuestionó la constitucionalidad de la medida y requirió su retirada. Finalmente, el Gobierno de España interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, el cual dictó medida cautelar que suspendió el llamado pin parental. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia no se pronunció sobre el fondo del recurso, el recurso fue archivado, pues se produjo la crisis del coronavirus con la imposibilidad de aplicación de la normativa. Por lo que fue archivado antes de la finalización del curso.

Otro antecedente importante lo encontramos en México, durante el primer semestre del año 2020, se presentaron en congresos locales de cinco estados, iniciativas de reforma a las leyes estatales de derechos de niños y adolescentes, también reformas a las leyes de educación, en las cuales se propone aprobar la injerencia de padres y madres en los contenidos educativos, por lo que quedaría en el ámbito de decisión de los padres y representantes la asistencia de sus hijas o hijos a ciertas clases, actividades, charlas, talleres, según que sean contrarios o no a sus convicciones éticas, morales o religiosas. Las consecuencias más importantes es que se puedan vetar temas sobre educación sexual y reproductiva, diversidad sexual y perspectiva de género (Secretaría de Gobernación, 2020).

En el caso de la normativa aprobada en el Distrito de Aguascalientes que contenía el pin parental, la misma fue declarada inconstitucional por el juez primero de Distrito en Aguascalientes, al considerar que era contrario al derecho a la educación, el cual contempla la educación sexual, y el derecho a la salud de niños y adolescentes, puesto que la educación sexual permite gozar de ese derecho en su plenitud. Tomando en consideración esta resolución, en los meses posteriores, el Congreso de Aguascalientes inició un proceso para reformar la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Aguascalientes a fin de eliminar de su artículo 4º las referencias al pin parental.

Ambos antecedentes recuerdan la tensión permanente entre el derecho preferente de los padres en la educación moral y religiosa de sus hijos y el derecho a la educación sexual integral de niños y adolescentes. Por lo que en este trabajo analizaremos la figura del pin parental y sus límites constitucionales; en atención al interés superior del niño y adolescente, así como el rol del Estado para materializar estos contenidos en el programa educativo escolar.

2. METODOLOGÍA

Preguntas de investigación: 1) ¿Comprende el derecho preferente de los padres en la educación de sus hijos la negativa a que estos reciban educación sexual integral?; 2) ¿Es la educación sexual integral parte de los contenidos necesarios para una educación que garantiza el libre desarrollo de la personalidad?; 3) ¿Forma parte del contenido de la educación sexual integral los principios y valores del ideario educativo constitucional?

Se desarrolla una base teórica sobre el llamado pin parental, entendiendo el pin parental como una expresión del derecho preferente de los padres sobre la educación moral y religiosa de sus hijos. Para ello se utiliza doctrina y jurisprudencia tanto de España como del

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También se desarrolla el derecho a la educación sexual integral de los niños y adolescentes; así como la obligación de neutralidad del Estado en cuanto al desarrollo de programas educativos sobre educación sexual integral. Este desarrollo comprende el análisis de jurisprudencia relevante en el tema tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo de España.

La investigación está basada en la revisión documental de investigaciones científicas, el estudio de normativas, recomendaciones y directivas europeas.

3. EL DERECHO PREFERENTE DE LOS PADRES Y EL PIN PARENTAL

El debate sobre el contorno y límites del derecho de padres y madres a elegir la formación de sus descendientes sigue siendo de actualidad. Un ejemplo de ello son las figuras del pin o veto parental. También puede verse en doctrina la mención a la censura educativa (Ramos, 2021: 116).

El artículo 27.3 de la Constitución española de 1978 garantiza “el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Este epígrafe debe ponerse en consonancia con el artículo 27.2 que dice lo siguiente: “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Por lo que la cuestión planteada tanto en el caso de la educación sexual integral como en el ya conocido caso de la educación ciudadana es, cuáles son los criterios que deben tomarse en consideración para realizar la respectiva ponderación entre la finalidad del derecho a la educación y el derecho preferente de los padres en la educación moral y religiosa de sus hijos.

En cuanto a la naturaleza de este para Souto se trata de un derecho-libertad, por lo que depende de las diferentes opciones legislativas favorecer y desarrollar el derecho-libertad, conforme a lo establecido en el art. 9.2 de la CE, y atendiendo a consideraciones tanto de orden político como económico, se transitará de la libertad al derecho de prestación, materializando una mayor oferta educativa privada gratuita (Souto, 2007: 415).

También se ha interpretado que este derecho es una manifestación de la libertad ideológica y religiosa, garantizada en el artículo 16 de la Constitución española. En el entendido de que los padres, en el ejercicio de su derecho a la libertad de creencias, transmiten sus convicciones a sus hijos y que también pueden escoger el tipo de educación que se ajuste más a su cosmovisión personal (Souto 2011: 246, Suárez, 2004: 225-230). Educación que en todo caso siempre debe tener como fin último el pleno desarrollo de la personalidad humana y en el respeto a los derechos y libertades fundamentales y debe atender a las normas mínimas que prescribe el Estado (Contreras, 2021: 86; Gómez, 2022: 212).

Así las cosas, este derecho preferente de los padres está referido, en primer lugar, al mundo de las creencias y de modelos de conducta individual que cada persona es libre de

transmitir a sus hijos. En este sentido, puede verse la sentencia el Tribunal Supremo (STS de 11 de febrero de 2009, F.J.6º) mediante la cual se resolvían los planteamientos surgidos con ocasión de la asignatura educación para la ciudadanía. Pero también comprende la elección del establecimiento educacional y el tipo de educación para sus hijos, pues no se contrae solo a lo que ocurre dentro del hogar se extiende al ámbito escolar, en tanto, que una forma de materializar esta elección de la formación religiosa y moral es a través de la elección del centro educativo (Gómez, 2003:404).

Estos derechos educativos atribuidos a los padres tienen su origen en el instituto de la representación legal (art. 162 del Código Civil), así como del derecho-deber de asistencia y tutela que tienen para sus hijos menores y pupilos (art. 154 Código Civil. Sobre este particular puede verse Asensio, 2018:12). Estos derechos tienen por sujetos activos los hijos y pupilos, en tanto que personas físicas (art. 30 Código Civil), pero que los padres y tutores ejercen mediante una representación implícita. No obstante, el derecho a elegir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones (art. 27.3 CE), se atribuye de manera directa a los padres. En cuanto a la elección del tipo de educación, también se ha afirmado que “el derecho a determinar el modo de educación de los hijos es una parte integrante del derecho de custodia”, con el único límite del interés superior del menor (Cillero, 1999: 45-62).

En cuanto al ámbito de los instrumentos internacionales encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en su artículo 26.3 establece que “los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”¹ De igual forma el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) recoge que “los estados partes en el presente pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 14, apartado tercero, señala que “se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”. Por su parte, el Protocolo I del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, artículo 2, establece que “a nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”². Los Estados están en la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto de las convicciones filosóficas de los padres (Castro-Rial, 1985: 565-566).

Así las cosas, si bien se reconoce que el artículo 27.3 de la Constitución española consagra este derecho preferente de los padres a educar a los hijos en las propias convicciones

morales y religiosas; elegir el establecimiento educacional y el tipo de educación, se cuestiona si este derecho también comprende la posibilidad de negarse a que sus hijos reciban determinados contenidos en las escuelas, bajo el argumento de ser estos contenidos contrarios a sus convicciones morales y religiosas. Es bajo este supuesto que surge el tema del llamado pin parental, también conocido como veto parental o incluso ha sido llamado censura educativa (Contreras, 2021: 81).

Algunos autores han considerado inclusive que se trata de una forma de objeción de conciencia. No obstante, la objeción de conciencia se sujeta al hecho de requerir estar expresamente prevista en una norma (Barrero, 2016: 87; Gómez, 2022: 211. También puede verse en este mismo sentido STS 342/2009, FJ. 9). En definitiva, no se reconoce un derecho a la objeción de conciencia con alcance general (Climent, 2020: 105). Y admitirlo con carácter general podría hacer impracticable la enseñanza. (Climent, 2020: 107-110; Ruano, 2014:62).

Por otra parte, desde la perspectiva de los intereses del menor, el pin parental podría entrar en conflicto con su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad, pues este veto parental no toma en consideración la voluntad del niño o adolescente como tampoco su grado de madurez en función de su edad; su propia libertad de conciencia (art. 16.1 CE) (Gómez, 2022:2015). En todo caso, este derecho preferente de los padres no consiste en sustituir la voluntad del hijo por la propia, sino en actuar en su beneficio mientras no pueda ejercer autónomamente su libertad ideológica y religiosa (Aláez, 2011: 126).

En particular esta investigación pretender analizar en qué medida el pin parental, como objeción a contenidos o prácticas específicas dentro de la escuela, puede afectar el derecho a recibir educación sexual integral por parte de niños y adolescentes, siendo la educación sexual integral un elemento central de una educación dirigida al libre desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (27.38 CE).

Para una contextualización más completa del derecho preferente de los padres en la educación moral y religiosa de sus hijos, revisaremos a continuación la jurisprudencia más relevante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el tema.

4. EL DERECHO PREFERENTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En el caso Kjeldsen y otros contra Dinamarca (1976) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que el derecho de los padres a asegurar la educación de sus hijos conforme a sus convicciones no impide que los Estados puedan impartir, a través de la enseñanza, información o conocimientos de tipo religioso o filosófico, directa o indirectamente. También niega que los padres puedan impedir que los hijos reciban determinados contenidos que forman parte del currículum obligatorio, pues si ello se permite se corre el riesgo que todo el sistema institucionalizado de educación resulte impracticable. Por el

mero hecho, de que todas las asignaturas tienen en mayor o menor medida alguna implicación filosófica o religiosa. También afirma la sentencia que los Estados tienen la obligación en cuanto a su función en la educación de impartir los contenidos de manera “crítica, objetiva y pluralista”. El TEDH consideró que el establecimiento de la educación sexual como una materia obligatoria a impartir en las escuelas públicas resultaba legítimo, necesario y proporcional. Finalmente, a juicio del TEDH, el programa de educación sexual en cuestionamiento impartía una información sexual objetiva, precisa y científica (STEDH 1976/5, 7 de diciembre, caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, ap. 50).

Por lo tanto, se niega la posibilidad a los padres de ejercer esta censura sobre el programa de educación sexual por considerar que su carácter obligatorio es legítimo, necesario y proporcional.

En el caso *Lena y Anna Angelini contra Suecia* (Decisión de la Comisión 10491/83). La Comisión declaró inadmisibles las demandas de una madre de convicciones ateas que estimaba vulnerado el art. 2 del Protocolo Adicional Primero, al haberle sido denegado el derecho a que su hija fuera justificada de no asistir a las clases de instrucción religiosa en un colegio público sueco. Pues, en criterio de la Comisión, se trataba de una enseñanza “sobre la religión y no una instrucción “en” una religión concreta y el contenido de la asignatura respondía a los criterios de “neutralidad, objetividad y pluralismo”.

En el caso *Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España*, el padre se negaba a que su hija asistiera a las clases sobre sexualidad humana, las cuales eran parte del currículo educativo de un colegio público de Cantabria. Los contenidos impartidos eran los siguientes: el concepto de sexualidad; el ser humano como ser sexual; la conciencia corporal y el desarrollo sexual; la fertilización, el embarazo y el parto; la anticoncepción, el aborto y las enfermedades de transmisión sexual. Mediante Sentencia del 25 de mayo de 2000, la Sección Cuarta del TEDH, se pronunció declarándola inadmisibles. Para el TEDH la asignatura recurrida fue diseñada para suministrar a los alumnos información objetiva y científica sobre la vida sexual de los seres humanos, las enfermedades de transmisión sexual y el SIDA en particular (STEDH 51188/99, 25 de mayo de 2000, caso *Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España*).

Tanto en el caso *Lena y Anna Angelini contra Suecia* como en *Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España*, se reitera la imposibilidad de vetar contenidos impartidos en la escuela que cumplan con las características de neutralidad y objetividad antes expuestas a pesar de considerar los padres que sean contrarias a las propias convicciones morales y religiosas.

Por el contrario, en el caso *Folgerø contra Noruega*, el TDEH condenó al Estado noruego por incluir con carácter obligatorio en las escuelas una asignatura llamada “Cristianismo, Religión y Filosofía”. Para el Tribunal los fines de la asignatura son conformes con la exigencia del Convenio: “enseñar conjuntamente el cristianismo y otras religiones y filosofías con el fin de convertir a la escuela en un lugar de encuentro de las diferentes convicciones religiosas y filosóficas, de manera tal que todos los estudiantes puedan conocer los pensamientos y tradiciones de sus compañeros” (STEDH 15472/02, 29 de noviembre

2007, caso Folgero y Otros c. Noruega (GC)). Sin embargo, el programa de la asignatura vulneraba el art. 2 del Protocolo Adicional Primero, porque el Estado noruego no había adoptado todos los medios necesarios para garantizar que las informaciones conocimientos incluidos en el programa de la asignatura fueran difundidos de manera “objetiva, neutral y pluralista” (Valero, 2018: 264).

En el caso Appel-Irrgang y otros contra Alemania, el TEDH inadmite la reclamación presentada contra la reforma llevada a cabo en la Ley de enseñanza alemana, por la que se introdujo una asignatura de ética filosófica obligatoria, que los demandantes consideraban que no era neutral, sino que imponía opiniones contrarias a la ética cristiana. El Tribunal afirma que la finalidad de la asignatura es “promover la capacidad y predisposición de los alumnos de secundaria, independientemente de sus orígenes culturales, éticos; religiosos o ideológicos, para abordar los problemas culturales y éticos fundamentales de la vida individual y social con el fin de que adquieran una competencia social y la aptitud al diálogo intercultural y al discernimiento ético”. “De esta manera la asignatura persigue transmitir a los alumnos conocimiento sobre la filosofía, sobre la ética religiosa y filosófica, sobre las diferentes culturas y modos de vida y sobre las grandes religiones del mundo”. (STEDH 45216/07, 6 de octubre de 2009, caso Appel-Irrgang y otros contra Alemania). El TEDH consideró que se habían cumplido con los principios de pluralismo y objetividad, consagrados por el artículo 2 del Protocolo número 1. Y, por lo tanto, no se ponen en cuestionamiento las creencias o puntos de vista de los padres.

Por su parte, en la sentencia del TEDH Valsamis y Efstratiou contra Grecia. El Tribunal se pronuncia sobre la posibilidad de eximir a las demandantes, en su calidad de estudiantes y practicantes de la religión testigo de Jehová, de los desfiles organizados por la propia escuela para la fiesta celebrada en conmemoración del inicio de la guerra con Italia en 1940. Los padres alegaban que el pacifismo es un principio fundamental de su religión. Con anterioridad se le había permitido a las estudiantes no asistir a clases de educación religiosa y a la misa ortodoxa, en aplicación de la circular del ministerio de educación y asuntos religiosos, que establecía expresamente tal posibilidad. Sin embargo, esta circular no incluía supuestos como la participación en acontecimientos de orden nacional, por lo que el colegio negó la solicitud de los padres. La negativa a participar en el desfile les valió una sanción disciplinar. El TEDH consideró que la participación en el desfile no constituía ofensa a las convicciones pacifistas de las estudiantes y de sus familias y, por lo tanto, no había infracción al artículo 2 del Protocolo (STEDH 21787/93, 18 de diciembre de 1996, caso Valsamis contra Grecia; STEDH 24095/94, 18 de diciembre de 1996, caso Efstratiou contra Grecia).

Este caso parece, particularmente, controversial bajo los propios criterios del TEDH, se cuestiona si la participación obligatoria en un desfile militar se trata de una actividad que cumple con las características de objetividad y pluralismo que deben caracterizar a la enseñanza. Entre todos los medios posibles para alcanzar el objetivo de conocer la historia del país, incluidos los acontecimientos históricos más relevantes y su vinculación con los principios y valores actuales del Estado democrático, es probable que existan otros muchos medios pedagógicos, menos invasivos, con las creencias religiosas e ideológicas, pues el

pacifismo es típicamente una manifestación de ambas libertades. De lo anterior también podemos afirmar que los padres y representantes podrían rechazar una educación que resulte adoctrinadora, que pretenda ideologizar, denigrando las propias creencias religiosas, morales o filosóficas, que no promueva el pensamiento crítico, sino un único punto de vista como correcto. En este sentido, Delbruck, hace referencia al derecho preferente de los padres como una barrera contra el adoctrinamiento forzado del Estado, al tiempo que también constituye una condición para la preservación de la libertad individual en el campo de la educación (Delbruck, 1992:102).

Así las cosas, encontramos como criterio asentado por el TEDH que los contenidos deben ser impartidos en forma objetiva, neutral y plural, pues si cumplen con estas características no podrán los padres solicitar la no asistencia o participación en estas clases o actividades. Otro límite relevante viene dado por la propia finalidad de la educación, esto es, el libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana; y, consiguientemente, a favor del interés superior del menor (arts. 14.2 Convención de los Derechos del Niño, 5.2 Declaración de 1981) (Contreras, 2021:90). Sin que ello suponga desconocer la garantía de protección a favor de las creencias religiosas y filosóficas de los padres, esto puede verse en Hasan y Eylem Zengin contra Turquía (STEDH 1448/04, 9 octubre de 2007, caso Hasan y Eylem Zengin contra Turquía): “corresponde a las autoridades competentes velar, con el mayor cuidado, porque las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no sean contrariadas a este nivel por imprudencia, falta de discernimiento o proselitismo intempestivo”.

El Estado puede encargarse de sus propios objetivos educativos, actuando de manera neutral y tolerante con las convicciones de los padres, por lo que debe abstenerse de tomar medidas destinadas a la manipulación ideológica y política, en particular para no poner en peligro la pluralidad religiosa y filosófica en una sociedad democrática (García-Antón, 2020: 170).

Tal como ha sido expuesto en las decisiones anteriormente analizadas, es frecuente que se pretenda ejercer el pin o veto parental a contenidos religiosos, filosóficos o de educación sexual, pues existe en los mismos una indudable carga valórica que puede entrar en conflicto con las propias convicciones de los padres. En particular, nos interesa destacar el caso de la educación sexual integral, respecto de la cual consideramos que su instrucción obligatoria es un derecho de niños y adolescentes que debe ser protegido, incluso en contra de las creencias de los padres. Por ello, a continuación analizaremos el derecho a la educación sexual integral.

5. EL DERECHO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES A LA EDUCACIÓN SEXUAL

El derecho de los niños y adolescentes a la educación, comprendida también la educación sexual, está reconocido en diferentes instrumentos y declaraciones³. El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas señaló que el acceso a la educación integral en salud sexual es un derecho humano. Esta educación sexual integral previene los riesgos de

enfermedades de transmisión sexual, embarazo adolescente, violencia sexual, entre otros aspectos. Por lo tanto, está justificada la intervención del Estado en esta materia, creando programas educativos al respecto⁴.

Tal como ha sido expuesto anteriormente, uno de los límites al derecho de los padres sobre la educación de sus hijos se encuentra en el llamado interés superior del niño o adolescente, por ello es esencial establecer si la educación sexual integral constituye uno de aquellos contenidos que tiene por finalidad el pleno desarrollo de la personalidad. El derecho de los padres a educar a sus hijos en sus creencias morales y religiosas debe ser considerado de forma conjunta con la titularidad de los derechos fundamentales de niños y adolescentes y con el principio de autonomía, a fin de garantizar, el libre desarrollo de su personalidad (Gómez, 2020: 254). De la misma forma que se reconoce que la finalidad de este derecho es actuar en beneficio del niño y adolescente mientras no pueda ejercer autónomamente su libertad ideológica y religiosa (Aláez, 2011: 126; López-Muñiz, 2023: 12).

También constituye un límite al derecho preferente de los padres, el derecho de los escolares a formarse en un clima de pluralismo, tolerancia y respeto mutuo, lo cual es necesario para el libre desarrollo de su personalidad como personas y como ciudadanos, pues es ello lo que más les beneficia (Cámara, 2004: 461). Sobre esta ponderación entre los intereses de padres e hijos puede verse el caso Johansen contra Noruega (STEDH, 7 agosto 1996, caso Johansen contra Noruega), en el cual se afirma que en esta ponderación debe otorgarse una notable importancia al interés superior de niños y adolescente: “será de crucial importancia” considerar qué es lo que más beneficia al menor”. Sin dejar de considerar que se debe establecer un adecuado equilibrio entre los intereses de los padres e hijos, otorgando una notable importancia al interés superior de los menores que, según su naturaleza, puede prevalecer sobre el derecho de los padres. (STEDH 74/1992, 27 de noviembre 1992, caso Olsson II contra Suecia, STEDH 57/1999 E.P., contra Italia, 16 noviembre 1999). Este interés superior se traduce en el caso de la educación sexual en las razones de salud que justifican los aspectos objetivos expresados en los programas de salud sexual integral.

Por otra parte, en cuanto aquellos elementos de mayor debate como la diversidad sexual y la educación de género deberían impartirse en cuanto a la educación en principios y valores democráticos, esto es, la dignidad humana, el derecho a la igualdad, la prohibición de toda forma de discriminación, la libertad religiosa, libertad de expresión y el pluralismo democrático, entre otros contenidos de similar naturaleza y que forman parte del llamado ideario educativo constitucional (27.2 Constitución española).

El Estado tiene el deber de garantizar una educación en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos fundamentales. Se trata de la llamada ética pública, que comprende el orden justo y estable, los elementos de organización de la vida social; así como el conjunto de valores, principios y derechos, en una sociedad democrática guiada por el ideal de justicia (Peces-Barba, 1997: 531-544). La finalidad de la ética pública es que todos y cada uno de los ciudadanos, tengan las más amplias posibilidades y condiciones para desarrollar todos los aspectos de su dignidad y muy especialmente el de escoger su “moralidad privada” (Peces-Barba, 1997: 531-544).

Sobre la noción de ideario educativo constitucional (Alález, 2009: 24-33; Álvarez, 2012: 447-464; Vidal, 2017: 739-766; Vidal, 2021: 255-285). Los principios y valores que integran este ideario son los consagrados constitucionalmente, a lo que se adiciona lo previsto en los tratados internacionales y a la interpretación que sobre los mismos haya dado el Tribunal Constitucional (Alález, 2011: 110-115).

Estos principios, valores y derechos permiten debatir en la escuela desde fenómenos como el machismo, la xenofobia, hasta interpretaciones evolutivas que dan cabida a la consagración constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo. Y en este sentido, resulta muy oportuno hacer referencia al criterio expuesto por el Tribunal Supremo español en una de las sentencias sobre la Educación para la Ciudadanía, al expresar: “cuando la actividad educativa esté referida a esos valores morales subyacentes en las normas antes mencionadas”, principalmente las que reconocen los derechos fundamentales, “será constitucionalmente lícita su exposición en términos de promover la adhesión a los mismos” (STS 340/2009, de 11 de febrero, FJ 6). Adhesión que nunca puede entenderse como adoctrinamiento.

Todos estos contenidos permiten el cumplimiento de obligaciones concretas que tienen los Estados, padres y representantes en materia de educación en particular puede mencionarse el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (...) “Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural”.

Así las cosas, niños y adolescentes tienen derecho a una educación de calidad que abarca entre otros contenidos, la educación sexual integral. La educación sexual es uno de los fines sociales que tiene la enseñanza, pues es una de las herramientas para el libre desarrollo de la personalidad (Cotino, 2012: 68-76), así como también la protección a la salud (Nuevo, 2011: 10).

Las altas instancias técnicas como el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas han recomendado a los Estados la inclusión de la educación sexual en las escuelas, por ejemplo, en la Observación General nº. 3 sobre VIH/SIDA y Derechos del Niño (2003: 13) y también en el caso de Observaciones finales para Colombia, Etiopía, Antigua y Barbuda, Trinidad y Tobago, respectivamente (Colombia, 2000: 48; Etiopía, 2001: 61; Antigua y Barbuda, 2004: 54; Trinidad y Tobago, 2006: 54), entre otras.

En el caso Reclamación nº 45/2007, resuelta mediante decisión de fondo de 30 de marzo de 2009, Asunto International INTERIGHTS contra Croacia, del Comité Europeo de Derechos Sociales, se afirma que la educación en materia de salud sexual y reproductiva

debe impartirse a los escolares sin discriminación alguna, sea esta directa o indirecta, pues la prohibición de discriminación abarca todo el proceso educativo, incluida la forma en que se imparte la educación y el contenido del material didáctico en que se fundamenta. Por lo tanto, niños y adolescentes no deben ser discriminados en el acceso a la educación sexual y la educación sexual no debe utilizarse como instrumento para reforzar estereotipos que perpetúan formas de prejuicio que contribuyen a la “exclusión social de grupos históricamente marginados y de otros que se enfrentan a una discriminación inherente y a otras formas de desventaja social que tienen el efecto de negar su dignidad humana” (Jimena, 2011: 207).

El reconocimiento del derecho a la educación sexual no se limita a instrumentos internacionales, también en el ámbito nacional encontramos la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que establece la obligación por parte de los poderes públicos de garantizar en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y de formación profesional: “el tratamiento de la educación afectivo-sexual y la detección y abordaje de conductas de abuso y violencia”⁵, en los términos establecidos, así como en las pertinentes leyes autonómicas y en los currículos de las diferentes etapas educativas y formativas que estas legislaciones contemplan (artículo 5, literal c). La Educación sanitaria integral que debe ser impartida con perspectiva de género, de derechos humanos e interseccional, en cuanto a la salud sexual y salud reproductiva (literal f). La ley contempla la formación en salud sexual y reproductiva, dentro del desarrollo integral de la personalidad, en conjunto con la formación en valores.

Así las cosas, la educación sexual integral es uno de aquellos contenidos imprescindibles para garantizar una adecuada satisfacción del derecho a la educación, pues la educación que garantiza la Constitución en su artículo 27 es una educación que no se contrae a la mera transmisión de conocimientos o acumulación de conocimientos, también comprende la formación del individuo como parte de la sociedad, que se inserta en un contexto cívico, atendiendo a su condición de ciudadano (Tiana, 2008). Una educación que persigue el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades del alumno, para su formación como ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural (STC 133/2010, FJ 7; Sánchez, 2000:45).

Se trata, pues de una educación que permite al ser humano vivir una vida responsable dentro de la sociedad, y desarrollar su personalidad e identidad, todas estas ideas se desprenden de la noción de dignidad humana (Delbruck, 1992: 94). En este mismo sentido, también puede verse (Rivas y Espinoza, 2024: 261).

Este libre desarrollo de la personalidad redundará en que la educación conforme a la Constitución nunca es adoctrinamiento, ni moldea a las personas para que se ajusten a un único modelo social y cultural, sino que respeta esa libertad originaria (Marcos del Cano, 2020:80). Y promueve un debate libre y plural sobre los más diversos temas de interés para la sociedad. Asimismo, puede verse la sentencia del Tribunal Supremo español (STS, Sala 3ª, de 11 de febrero de 2009): “Hay un límite claro: la prohibición de adoctrinar, sobre todo allí donde estemos ante “planteamientos ideológicos, religiosos y morales individua-

les, en los que existan diferencias y debates sociales”, pero sin que ello impida que el Estado pueda informar sobre el pluralismo de nuestras sociedades.

La educación sexual integral permite al individuo tanto el conocimiento de su propia biología como la de otros, entender que estas diferencias deben alimentar el entorno social y no deben ser la base de prejuicios ni estereotipos anquilosados en la sociedad. También la educación sexual ayuda al individuo a entenderse cómo titular de derechos y deberes, entender los conceptos de dignidad humana, igualdad, prohibición de toda forma de discriminación, protección de la integridad física y psíquica que están garantizados a todas las personas por igual. Entender las distintas formas de violencia, en particular la violencia sexual, herramientas para su prevención y la existencia de mecanismos de protección en caso de ser víctima.

Finalmente, encontramos que la educación sexual integral es de aquellos contenidos que garantizan “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (artículo 27.2 CE), por lo que y todos los niños y adolescentes tienen derecho a recibir esta formación. En consecuencia, no es admisible que se permita el veto parental sobre estos contenidos, siempre que la formación en esta materia cumpla con las características de pluralidad, neutralidad y objetividad.

En cuanto a los contenidos de la educación sexual integral y la forma de transmitir los mismos, ya hemos destacado la obligación de no adoctrinamiento. por ello resulta esencial analizar la neutralidad del Estado en la educación.

6. LA NEUTRALIDAD DEL ESTADO EN LA EDUCACIÓN

La neutralidad del Estado en la educación implica su obligación con el no adoctrinamiento del estudiantado. Mostrando todas las opciones académicas posibles, no pretendiendo una visión única, que reconozca las posibles opiniones existentes, sin tomar partido por una concepción ideológica particular. Esta es la base de la neutralidad ideológica del Estado (Rivas y Espinoza, 2024: 261-262; Rivas y Espinoza, 2024:19).

Corresponde al Estado impartir los principios y la moral que sirven de base para los derechos fundamentales. Cuando se trata de temas ideológicos, religioso y morales individuales respecto de los cuales existe debate y diferentes puntos de vista, la enseñanza debe exponer estos temas con neutralidad, sin adoctrinamiento, de esta forma se respeta el ámbito propio de libertad de las personas indispensable para la convivencia constitucional (STS de 11 de febrero de 2009, F.J. 5º). La enseñanza es un proceso programado e institucionalizado que tiene por finalidad dotar al individuo de los conocimientos y habilidades necesarias para ser parte de la sociedad (Hengsbach, 1979: 85-86).

La educación es en un elemento necesario para alcanzar la formación de la conciencia, el pensamiento libre y crítico. Esta formación del pensamiento libre y crítico exige un sistema de pluralidad ideológica en tanto que es un principio superior del ordenamiento

jurídico (artículo 1.1 Constitución de España) (Contreras, 2021: 85). Pluralismo que se manifiesta tanto en la diversidad de centros docentes como en la forma de transmisión de conocimientos a través del debate plural de todos los temas, en particular en aquellos aspectos sobre los que existen puntos de vista contrarios o aspectos objetables.

La intervención del Estado en la educación es clave en virtud de la dimensión prestacional del derecho a la educación y en lo sustantivo encuentra justificación dada la vinculación entre enseñanza y democracia, pues la democracia comprende en primer lugar un conjunto de principios y valores, además de los aspectos procedimentales. El Estado debe garantizar la formación en estos principios y valores que son esenciales para el correcto funcionamiento de la democracia (Ansuátegui, 2009: 149). No es posible la enseñanza sin transmisión de valores ni educación sin transmisión de conocimientos, por ello la enseñanza y la educación se funden y confunden en distintos contextos (Fernández-Miranda, 2006: 206).

Sobre el tema pueden verse las sentencias (STS 565/1197, FJ 2, y reiterado en las SSTs 2401/1998, FJ 4, y 8317/1998, FJ 4), mediante las cuales se afirma la finalidad de la educación y su carga valórica en el marco de la Constitución: “a la finalidad de la educación se le asigna por el texto constitucional un contenido que bien merece la calificación de moral, entendida esta noción en un sentido cívico y aconfesional: pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

Por esta razón, la neutralidad educativa de los centros públicos supone la inexistencia de una doctrina oficial, salvo lo que se desprende de las finalidades impuestas constitucionalmente a la educación por los artículos 10.1 y 27.2 CE, a saber, promover el pleno desarrollo de la personalidad y de su dignidad, el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales y en el PIDESC (arts. 27.1 y 13.1, respectivamente) (Contreras, 2022:93).

Este marco teleológico para la educación persigue la adopción de un sistema educativo basado en la objetividad y la neutralidad de sus contenidos (Ruiz, 2010: 109-110). A fin de capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, al tiempo que debe favorecer la tolerancia, combatir los prejuicios frente a grupos minoritarios o excluidos socialmente y los estereotipos que conduzcan, justifiquen, inciten al odio o la discriminación, en este sentido puede verse el arts. 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales.

Por lo que respecta a los docentes de las escuelas públicas en calidad de funcionario, estos están vinculados por un deber o mandato implícito de fidelidad a la Constitución (Embid, 1983: 303-307). En una postura menos estricta, pero con la misma finalidad encontramos que la obligación de los docentes y en particular de aquellos que se encuentran en niveles no universitarios es el respeto a la Constitución más no una defensa activa, en tanto no se trata España de un modelo de democracia militante (Salguero, 1997:113-114; Vidal, 2008:74). En todo caso, se exige a los docentes el apego y respeto al texto constitucional como marco de su actividad bajo la idea de la “cultura de los derechos fundamentales” como tarea necesaria del Estado constitucional democrático (Häberle, 2002: 196). La

obligación de neutralidad ideológica de la enseñanza exigida a los profesores resulta igualmente vinculante para los centros educativos y, sobre todo, hacia el legislador (Navarro-Valls y Martínez-Torrón, 2012: 302; Ruiz, 2009: 134-152).

Así las cosas, el Estado debe ser neutral en aquello que corresponde a un núcleo de acuerdo común de los elementos indispensables del sistema democrático en un contexto libre y plural. Pues esta alianza común garantiza condiciones de libertad e igualdad óptimas para desarrollar el proyecto de vida individual de acuerdo con las propias concepciones del mundo, donde confluyen componentes ideológicos, filosóficos, religiosos, entre otros (Fernández, 2010: 139-138).

Así las cosas, la educación sexual integral debe ser impartida en forma objetiva, plural y científica. Y respecto de aquellos temas de contenido valórico presentes en la educación sexual, los mismos deben impartirse a partir de los principios, valores democráticos y derechos fundamentales presentes en la Constitución, garantizando siempre el debate libre y plural sin desmedro de las creencias y convicciones individuales y familiares.

7. CONCLUSIONES

La educación sexual integral es un derecho de los niños y adolescentes. Esta formación tiene por objetivo la adquisición de información completa precisa y objetiva, basada en evidencia científica, adaptada a la edad y madurez, como un elemento clave para el desarrollo de la personalidad, la protección de la salud física y psicológica y contra la explotación y violencia sexual.

La jurisprudencia del TEDH ha establecido que el derecho preferente de los padres en la educación moral y religiosa de sus hijos tiene como límites el interés superior y la protección de los propios derechos y libertades de niños adolescentes. También puede oponerse al deber del Estado de garantizar una educación en el respeto a los principios y valores democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Desde la perspectiva de los intereses del menor, el pin parental podría entrar en conflicto con su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad, pues este veto parental no toma en consideración la voluntad del niño o adolescente como tampoco su grado de madurez en función de su edad; su propia libertad de conciencia (art. 16.1 CE).

En cuanto al programa y la forma de impartir los contenidos de la educación sexual integral, el Estado debe cumplir con su deber de neutralidad. Por lo tanto, la educación impartida debe ser objetiva, plural y científica. Adicionalmente, respecto de aquellos temas de contenido valórico presentes en la educación sexual, los mismos deben ser desarrollados con fundamento en los principios, valores democráticos y derechos fundamentales presentes en la Constitución, garantizando siempre el debate libre y plural sin desmedro de las creencias y convicciones individuales.

En nuestro criterio, los padres pueden hacer valer ampliamente su libre arbitrio para asumir decisiones relacionadas con las convicciones y valores morales y religiosos en la

esfera privada del hogar y la familia. Sin embargo, el contenido de la educación cívica se encuentra determinado por los intereses que son propios de la esfera social, en la medida en que permite inculcar en los futuros miembros de la sociedad los valores necesarios para la convivencia. Por otra parte, la superación de prejuicios y estereotipos basados en la orientación sexual es un punto de partida sobre el cual puede desarrollarse una sociedad democrática, en palabras de Rawls, entre libre e iguales y sin relaciones de dominación. En las esferas social y pública la voluntad libre de los padres debe ceder frente a los deberes y derechos de todos. De allí, se derivan algunos de los criterios que permiten llevar a cabo la valoración y ponderación de los intereses en conflicto (véase en este sentido, Espinoza & Rivas 2023; 2024a; 2024b; 2025).

NOTAS

1. Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante la resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.
2. Protocolo Adicional (después conocido como Protocolo número 1) al CEDH, aprobado en el seno del Consejo de Europa, el 20 de marzo de 1952.
3. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General N° 4 (2003): Salud y desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/GC/2003/4).
4. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General N° 4 (2003): Salud y desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/GC/2003/4).
5. Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aláez Corral, Benito (2009). “Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo sobre “Educación para la ciudadanía””. *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Núm. 5: 24-33.
- Aláez Corral, Benito (2011). “El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 17: 91-129.
- Álvarez, Leonardo. (2012). “La redefinición democrática del modelo educativo como objeto prestacional del derecho a la educación”, en Casajo, J. L., Terol, M., Domínguez Vila, A., Navarro, V. *Derechos sociales y principios rectores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ansuátegui Roig, Francisco Javier (2009). “Educación en valores democráticos y objeción de conciencia”. *Libertad ideológica y objeción de conciencia: pluralismo y valores en derecho y educación*. María Isabel Garrido Gómez (ed. lit.), María del Carmen Barranco Avilés. Madrid: Dykinson.

- Barrero Ortega, Abraham (2016). “La objeción de conciencia farmacéutica”. *Revista de Estudios Políticos*. Nº172: 83-107. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.172.03>
- Cámara Villar, Gregorio (2004). “Un problema constitucional no resuelto: el derecho garantizado en el artículo 27.3 de la Constitución española y la enseñanza de la religión y su alternativa en los centros educativos”. En Francisco Balaguer (coord.). *Derecho Constitucional y Cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*. Madrid: Tecnos.
- Castro-Rial Garrone, Fanny (1985). “Sobre ciertos aspectos del derecho a la educación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*. Nº 3, 1985: 555 y 565.
- Cillero Bruñol, Miguel (1999). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño”. *Justicia y Derechos del Niño*. Nº1: 45-62.
- Climent Gallart, Jorge Antonio (2020). *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 13: 102-121 <https://revista-aji.com/articulos/2018/8/124-137.pdf>
- Contreras Mazarío, José María (2021). “Valores educativos, ideario constitucional y derecho de los padres: la cuestión del “pin o censura parental””. *Revista de Derecho Político*, I(110): 79-112. <https://doi.org/10.5944/rdp.110.2021.30329>
- Cotino Hueso, Luis. (2012). *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales <https://doi.org/10.1344/re&d.v0i17.21844>
- Delbruck, Jost (1992). “The Right to Education as an International Human Right”. *Articles by Maurer Faculty*. 2824: 92-104 <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3824&context=facpub>
- Embid Irujo, Antonio (1983). *Las libertades en la enseñanza*. Madrid: Tecnos.
- Espinoza Rausseo, Alexander y Rivas Alberti, Jhenny (2023). La formación en ciudadanía en la esfera pública. Las relaciones jurídicas cuasi públicas en el caso de la segregación racial en las escuelas de los Estados Unidos. *Revista Derechos y Libertades*, 49, junio 2023. ISSN: 1133- 0937. <https://doi.org/10.20318/dyl.2023.7724>.
- Espinoza-Rausseo, A. y Rivas-Alberti, J. (2024a). Derechos constitucionales y deberes recíprocos. Especial referencia a las relaciones entre particulares y a la doctrina de la state action del derecho norteamericano. *Revista de Estudios Políticos*, 203, 85-126. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.203.04>.
- Espinoza Rausseo, A. P., & Rivas Alberti, J. de F. (2024b). Ni horizontales ni verticales. Los deberes mediatos prima facie y su aplicación a los casos de la doctrina del public forum en el derecho norteamericano. *Revista de Derecho Político*, (121), 235-269. <https://doi.org/10.5944/rdp.121.2024.43075>.
- Espinoza Rausseo, A. P., & Rivas Alberti, J. de F. (2025). La triple dimensión de los derechos fundamentales y la doctrina del foro público en el derecho norteamericano, con especial referencia a las facultades de exclusión en las redes sociales. *Derecho y Ciencias Sociales*, (32), e125. <https://doi.org/10.24215/18522971e125>.
- Fernández García, Eusebio (2010). “Algunas aporías de la Educación para la Ciudadanía”. *Derechos y Libertades*. Nº 23: 139-144.
- Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso (2006). “El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo”. *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*. / coord. por Mercedes de Esteban Villar, Miguel Ángel Sancho Gargallo, Rafael Caballero Sánchez, José María Rodríguez de Santiago.
- García-Antón Palacios, Elena (2020). La educación sexual en el sistema educativo público: conflictos en el Derecho comparado y el ordenamiento jurídico español. Barcelona: J.M. Bosch.
- Gómez Abeja, Laura (2020). “Los derechos de los menores durante el estado de alarma”. En Manuel García Mayo; Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.). *Coronavirus y Derecho en estado de alarma* Madrid: Reus.
- Gómez Abeja, Laura (2022). “Apuntes constitucionales sobre el pin parental”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 124: 203-225. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.124.07>

- Gómez Montoro, Ángel J (2003). “Los derechos educativos: 25 años de experiencia constitucional”. *Revista Española de Pedagogía*. Nº 226: 397-414.
- Häberle, Peter (2002). “La Constitución como Cultura”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Nº. 6: 177-198.
- Hengsbach, Franz (1979). “Libertad de enseñanza y derecho a la educación (el Estado democrático y la educación)”. *Persona y Derecho*. Vol. 6: 83-107 <https://doi.org/10.15581/011.32742>
- Jimena Quesada, Luis. (2011). “Educación sexual y no discriminación en la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales”. *Revista Europea de los Derechos Fundamentales*. 17: 197-219.
- López-Muñiz, José. (2023). “La educación al servicio del interés superior del menor”. *Educationis Momentum*. 8. 7-29. 10.36901/em.v8i1.1465
- Marcos del Cano, Ana María (2020). “El derecho a la educación como base de una igualdad efectiva y real”. *Anuario de filosofía del derecho*. Nº 36: 65-86 <https://doi.org/10.53054/afd.vi36.2374>
- Navarro-Valls, Rafael y Javier Martínez-Torrón (2012). *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. Madrid: Iustel.
- Nuevo López, Pablo (2011). “Educación sexual y derechos fundamentales: Contribución a un debate necesario”. *Revista de Derecho Político*. Nº 80: 117-148.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio (1997). “Ética pública-ética privada”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Tomos XII-XIV: 531-544.
- Ramos, Pablo (2021). “El derecho a una educación en diversidad e igualdad: perspectiva frente a la censura educativa”. *Retos jurídicos de actualidad*. Marta Otero Crespo (coord.), Almudena Valiño Ces (coord.), Ana Rodríguez Álvarez (coord.) Dykinson: Madrid.
- Rivas Alberti, J., & Espinoza, A. (2024). “La educación diferenciada por sexo. Derecho a la igualdad y el pluralismo en la educación en España”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*. 26(52). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2025.52.19137>
- Rivas Alberti, Jhenny y Alexander Espinoza (2024). “La neutralidad ideológica del Estado y el derecho preferente de los padres en la educación de sus hijos. El caso de la formación ciudadana. Chile y España”. *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, 1(166), 235-269. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.166.18912>
- Ruano, Lourdes (2014). “El derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos conforme a sus convicciones, en la jurisprudencia del TEDH”. *Derecho y religión*. 9: 59-84.
- Ruiz Miguel, Alfonso (2009). “Educación para la ciudadanía y neutralidad estatal”. *Teoría y Derecho*. Nº: 6: 134-152.
- Ruiz Miguel, Alfonso (2010). “Educación para la ciudadanía: entre la neutralidad estatal y la objeción de conciencia”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Vol. 26: 107-146.
- Salguero, Manuel (1997). *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*. Barcelona: Ariel.
- Sánchez Ferriz, Remedios (2000). “Inserción de las cuestiones planteadas en nuestro marco constitucional”, en *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza*, Luis Cotino Hueso (coord.). Valencia. Secretaría de Gobernación (2020), “Pin Parental: restricciones al derecho de niñas, niños y adolescentes a la educación laica y a la educación en materia de salud sexual y reproductiva”. Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración. Ciudad de México.
- Souto, Beatriz (2011). “El Derecho De Los Padres A Educar a sus Hijos conforme a sus propias convicciones en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. 17: 245-268.
- Souto, José Antonio (2007). *Comunidad política y Libertad de Creencias*. Madrid: Marcial Pons.
- Suárez Pertierra, Gustavo (2004). “La enseñanza de la religión en el sistema educativo español”. *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*. Vol. 4: 225-247 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-J-2004-10022500248
- Tiana Ferrer, Alejandro (2008). “Objetivos del Ministerio de Educación y Ciencia para implantar la nueva asignatura de Educación para la Ciudadanía”, en De la Cierva y de Hoces, M.^a R./Serrano Oceja, J. M.^a, Educación para la ciudadanía, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Madrid, 118-144.

Valero Heredia, Ana. (2018). “Integración social y derecho a la educación: a propósito de la Sentencia de 10 de enero de 2017, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Estudios Políticos*, 180: 255-274. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.180.09>

Vidal Prado Carlos (2008). “Libertad de cátedra y organización de la docencia en el ámbito universitario”. *Revista española de derecho constitucional*. Nº 84: 61-103.

Vidal Prado, Carlos (2017). “El diseño constitucional de los derechos educativos ante los retos presentes y futuros”. *Revista de Derecho Político*. N.º 100: 739-766 DOI:10.5944/rdp.100.2017.20716.

Vidal Prado, Carlos (2021). “Educación y valores superiores del ordenamiento: igualdad y libertad”. *Igualdades* 4: 255-285. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.4.09>

LA PERSONA COMO CONCEPTO-GUÍA DE EN LA FORMACIÓN
DE LA CULTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
*THE PERSON AS A GUIDING CONCEPT IN THE FORMATION
OF THE CULTURE OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

Ignacio Rodríguez Fernández
Letrado del Tribunal Constitucional

RESUMEN

Sin negar que la proclamación constitucional de unos derechos del individuo fuera el producto de procesos revolucionarios concretos (y en tal sentido, de cambios traumáticos cargados de ingredientes accidentales y novedosos), en el presente artículo se sostiene que la cultura de los derechos solo puede comprenderse a partir de un particular ethos de la libertad que procede de épocas muy anteriores y que puede ser estudiado, desde la Antigüedad tardía hasta la Revolución americana, siguiendo el hilo conductor de la noción filosófica de persona. Esa revisión de la génesis intelectual de los derechos puede servir también para abordar la interpretación de nuestra Constitución vigente, que define los derechos fundamentales como titularidades inherentes a la dignidad de persona al servicio del libre desarrollo de la personalidad.

PALABRAS CLAVE

Persona, voluntarismo, nominalismo, personalismo, instrumentalización.

ABSTRACT

Without denying that the constitutional proclamation of individual rights was the product of specific revolutionary processes (and in this sense, of traumatic changes loaded with accidental and novel ingredients), this article argues that the culture of rights can only be understood on the basis of a particular ethos of freedom that comes from much earlier times and that can be studied, from Late Antiquity to the American Revolution, following the thread of the philosophical notion of person. This review of the intellectual genesis of rights can also serve to address the interpretation of our current Constitution, which defines fundamental rights as inherent entitlements to the dignity of the person at the service of the free development of the personality.

KEYWORDS

Person, voluntarism, nominalism, personalism, instrumentation.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.128>

LA PERSONA COMO CONCEPTO-GUÍA DE EN LA FORMACIÓN DE LA CULTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ignacio Rodríguez Fernández

Letrado del Tribunal Constitucional

Sumario: 1. Introducción. 2. La Antigüedad tardía: la persona y su voluntad. 2.1. Los orígenes de la *persona*. 2.2. El problema del mal: una nueva comprensión de la libertad. 2.3. Dos seres humanos, dos derechos. 3. La Edad Media: la persona y el *ius*. 3.1. La importancia del nominalismo filosófico. 3.2. De la *qualitas personalis* al *ius* subjetivo. 4. La Modernidad: la persona y sus derechos. 4.1. Un contractualismo no naturalista. 4.2. Dos tradiciones de pensamiento político separadas por el concepto de persona. 5. Hacia la revolución de los derechos. 5.1. La ruptura de la unidad religiosa como contexto crítico. 5.2. La creación de un marco institucional de protección de los derechos. 6. Epílogo para constitucionalistas.

1. INTRODUCCIÓN

La filosofía y el derecho europeos estuvieron durante largo tiempo imbuidos de la cosmovisión cristiana, como también lo estuvieron la arquitectura, las artes plásticas o la música. Finalizada la etapa de preeminencia de esta religión, perviven en nuestra cultura algunos conceptos que han trascendido su inicial asociación al credo cristiano y han adquirido autonomía. Es el caso de la noción de *persona*, que hoy entendemos como *dignidad* que corresponde a todo ser humano por el mero hecho de serlo.

La especulación filosófica sobre la noción de persona resulta, probablemente, inabarcable, sobre todo tras la revitalización del concepto experimentada desde finales del siglo

XIX. Sin salir de la tradición cristiana, las nociones de *persona* son muy diversas según la adscripción escolástica. Pero en la historia de las ideas puede identificarse una línea de pensamiento *personalista* caracterizada por un particular *ethos* de la libertad. Va desde la Antigüedad tardía hasta la filosofía política moderna y contribuye decisivamente, en mi opinión, a la proclamación de unos derechos naturales del individuo en las revoluciones burguesas. Mi propósito en este trabajo es recorrer someramente esa concreta rama del árbol genealógico de la *persona humana*, buscando en ella una explicación de los orígenes de la cultura de los derechos que resulte más completa que la que ofrece la tradicional referencia al cisma religioso, el movimiento ilustrado y el ulterior proceso de ruptura revolucionaria (cuyos ingredientes novedosos frente a la tradición anterior trataré, sin embargo, de poner de manifiesto).

El acotamiento del objeto de estudio a una concreta rama del pensamiento personalista supone, necesariamente, desocuparse de otras, en particular, de las que tienen que ver con la dimensión social o comunitaria del concepto. Al operar de ese modo me guío por una razón puramente histórica. No es que estas otras ramificaciones me parezcan menos valiosas o interesantes, sino que estamos, en mi opinión, ante alternativas que, o bien no cuajaron como fundamento intelectual de los derechos (como es el caso evidente de la concepción tomista), o bien han sido utilizadas para tratar de reconstruir *ex post*, en clave comunitaria, la operatividad técnica de los derechos fundamentales, con la intención manifiesta de neutralizar o debilitar su significado histórico como barreras de protección frente al poder coactivo del Estado.

La tarea que me propongo puede servir, en todo caso, para iluminar la interpretación de la Constitución vigente, que opta por una conceptualización de los derechos fundamentales en clave de retorno histórico, pues solo así puede comprenderse que sean configurados como titularidades inherentes a la *dignidad de persona* al servicio del *libre desarrollo de la personalidad* (art. 10.1 CE). Esto implica, en mi opinión, una determinada dinámica interpretativa que contempla el imperativo comunitario, esencial en un Estado social como el nuestro, como legítima restricción externa de los derechos, encomendada al legislador y necesitada de justificación específica, pero no como parte de los derechos mismos. Así lo trataré de exponer en un breve *epílogo para constitucionalistas*.

2. LA ANTIGÜEDAD TARDÍA: LA PERSONA Y SU VOLUNTAD

2.1. LOS ORÍGENES DE LA PERSONA

El mundo antiguo no conoció un concepto capaz de igualar jurídicamente a todos los seres humanos ni de otorgar a la voluntad de cada uno de ellos un valor normativo inmediato. No conoció, en particular, una noción ontológica (como la que imperó en la Europa cristiana hasta el kantismo) ni ética (como la inaugurada por Kant) de la persona y de su dignidad. La voz *persona* designaba un mero concepto funerario y dramático (Brouwer, 2019:19-29) mientras que la noción de dignidad, tal y como revela la etimología

indoeuropea de la palabra (Ruiz Miguel, 2002:282-284), denotaba cierta preeminencia o jerarquía en el orden político o social. Fuera de los ritos fúnebres y de los escenarios, el de la Antigüedad fue un mundo sin personas, en el que la pertenencia al grupo social determinaba la identidad y las expectativas de comportamiento. Por eso, al examinar la historia de la estimativa jurídica, Recasens (2013:502), tomando una clasificación de Radbruch (1959:70-80), situaba los órdenes jurídicos de la Antigüedad entre los *transpersonalistas* o *totalistas*, es decir, entre aquellos que subordinan enteramente el bien del individuo al interés superior de la colectividad.

Aunque el pensamiento filosófico griego elevó la idea del ser humano a nuevas cotas de valor, no introdujo una nueva mentalidad de tipo *individualista*. El individuo, aisladamente considerado, es, en la mentalidad griega, incapaz de ocupar su lugar en la naturaleza. Solo la *ciudad-estado*, como comunidad perfecta (autosuficiente), posee el atributo de la autonomía. La libertad se concibe, en consecuencia, como noción estrictamente *política* que designa la independencia decisoria de la *polis* frente a cualquier injerencia exterior, mientras que la *ciudadanía* es un estatus privilegiado que permite a unos pocos participar en la toma de decisiones colectivas y en la gestión de los asuntos públicos, siempre con subordinación al bien común. No parece, pues, exagerada la calificación de este orden social y político como transpersonalista. Es más, como señaló M. E. Mayer (2015:162) un transpersonalismo tan radical no volverá a verse en la Historia del pensamiento hasta que Hegel convierta al Estado en ideal ético supremo.

El debilitamiento de la *ciudad* como instancia decisoria colectiva conlleva la crisis de este modelo sociopolítico. Una vez que el eje del poder se desplaza a los imperios (primero macedónico, después romano), el culto a los dioses cívicos pierde fuerza y la espiritualidad se refugia en lo que Isaiah Berlin llamó la “ciudadela interior” (2002:220-226). El mundo mediterráneo va convirtiéndose, especialmente en su parte oriental, en una comunidad articulada en torno a la cultura y la lengua griegas (Jaeger, 2016:11-15), con amplia circulación de las ideas religiosas que los emigrantes llevan consigo y que van perdiendo progresivamente su carácter local (Brown, 2021:74). Las filosofías y religiones que ofrecen caminos de paz o de redención personal ganan atractivo, lo que se aplica tanto a formas de pensamiento de origen griego —como el estoicismo y las derivaciones místicas del pensamiento platónico— como a cultos religiosos de procedencia oriental que empiezan a dialogar con la cultura helena (Villey, 2003:60).

En el mercado mediterráneo de las ideas religiosas, una versión universal e igualitaria del judaísmo, practicada por los seguidores de Cristo, va ganando terreno, quizá precisamente porque cuestiona el orden social heredado y exalta el valor de los que no tienen la cualidad aristocrática de la *areté* (la virtud natural), de quienes forman, por utilizar la bella expresión de Melville, “la realeza de los sencillos”. Esta nueva religión consigue expresar con particular fuerza uno de los sentimientos característicos de la “revolución espiritual” de la Antigüedad tardía: la idea de que el individuo posee en su interior “algo infinitamente valioso que, dramáticamente, carece de conexión con el mundo externo” (Brown, 2021:74). Tal visión novedosa y trascendente del individuo cristaliza en un concepto hasta entonces circunscrito a espacios residuales de dramatización y rito. La *persona* deja de ser

la *máscara* que cubre el rostro del individuo (según un rol asignado desde fuera) y pasa a asociarse a lo que supuestamente se oculta tras la prisión corporal: una fuerza interior que conecta al individuo con el centro divino de las cosas.

Este nuevo concepto de *persona* se elabora, en un principio, para responder a problemas de cristología y teología trinitaria ligados a ciertas peculiaridades de la divinidad cristiana y no tanto a características definitorias del ser humano (Williams, 2019:52-54). Pero el legado principal de la noción es la elevación de categoría del individuo. Al convertir a cada ser humano en *persona*, el cristianismo le atribuye una dimensión espiritual trascendente que lo asimila (tendencialmente al menos) a los ángeles (como seres puramente intelectuales) y a la tríada de personas divinas. El ser humano es *persona* porque, al estar dotado de intelecto, puede elevarse sobre su materialidad física y adoptar decisiones que no se explican en términos de necesidad. El resto de las cosas creadas carece de un atributo trascendente que lo ligue directamente al espíritu divino; no es semejante a Dios, aunque puedan encontrarse en él las huellas del *Logos*. La noción nace, por tanto, con una dimensión bifronte. Tiene, de un lado, un fuerte componente intelectualista, pues se articula en torno al atributo distintivo de la razón (de suerte que la *persona* será definida, desde Boecio, como *sustancia racional individual*). Pero propugna, de otro lado, la separación radical del ser humano del resto de la naturaleza y su asimilación a la divinidad, lo que alimenta cierta pulsión irracionalista inherente al credo cristiano.

A diferencia de la teología griega —que es entendida como último eslabón del conocimiento filosófico—, la cristiana incluye numerosos aspectos que carecen de explicación racional aparente y que exigen que el ser humano los asuma. La Revelación y la Fe ocupan en esta religión, en línea con la tradición judía, el lugar que en el pensamiento griego tenían la Razón y la Inteligencia como cúspide del sistema teológico. Si el ser humano puede alcanzar la salvación, no es conduciéndose de un modo puramente racional, sino eligiendo el mensaje de la Revelación, que está más allá de todo conocimiento humano (según la máxima *reservare Deo*) y depende de la fe (Gilson, 2017:41-42). La libertad que da lugar a la más importante de las decisiones humanas, elegir el mensaje de Dios, no puede depender, por ello, del intelecto, al menos no enteramente. El atributo de la razón es necesario, en la mentalidad cristiana, pues solo un ser que, a semejanza de Dios, está dotado de intelecto puede constituir la causa de sus propias decisiones (y no el mero instrumento de un estímulo o fuerza externa). Pero no resulta suficiente para alcanzar el fin trascendente del individuo, ya que la salvación se sitúa más allá de lo racional.

El impulso irracionalista del concepto de persona es el que acaba imponiéndose en la comprensión de la capacidad decisoria del ser humano, que en última instancia el cristianismo atribuye a una conexión íntima con la divinidad que no es susceptible de escrutinio racional. La plasmación teórica de esta idea se produce a través de una configuración novedosa de la *voluntad*, en gran medida tributaria de la mentalidad cristiana (Clark, 1961:60-63). En la filosofía griega, la voluntad había tenido un papel subordinado. Era la fiel ejecutora de un pensamiento racional o la esclava del apetito instintivo, pero carecía, en todo caso, de la capacidad de dirigir por sí misma la actuación del individuo (Otto, 2007:57). El cristianismo pasa a concebirla como una potencia neutra con sustantividad

propia y la coloca en la misma posición intermedia entre lo espiritual y lo material que caracteriza a la *persona humana*. Es la *voluntad libre* la que permite al individuo obrar siguiendo una inclinación íntima, una fuerza interior que le conecta directamente con la divinidad y que actúa independientemente del intelecto. Un pensador gigantesco del África romana, Agustín de Hipona, protagoniza este cambio de paradigma. A ello le lleva una honda preocupación por un problema característico de su tiempo: el origen del mal.

2.2. EL PROBLEMA DEL MAL: UNA NUEVA COMPRESIÓN DE LA LIBERTAD

Para el intelectualismo antiguo, la existencia del mal no era un problema especialmente acuciante, pues la divinidad no tenía un rol creador. En la teología racional por excelencia, el platonismo, inspiración preferente de los primeros filósofos cristianos (y en particular del propio Agustín de Hipona), la divinidad no es causa de la materia; tampoco es, por ello, origen del mal. No hay contradicción entre la idea de un Dios que es la Suma Bondad y la evidencia empírica de que el mal existe en el mundo. Se trata de una simple cuestión de insuficiencia intelectual: solo aquellos que están dotados de un intelecto superior son capaces de vislumbrar la norma eterna de conducta y pueden comportarse de acuerdo con ella. Los que carecen de esa capacidad teórica están sometidos a lo material, que, por su ajenidad al principio espiritual divino, es algo informe, un *no-ser* al que la bondad divina ha tratado de atraer (a través de la forma) al orden, la medida y la proporción, que son los atributos del verdadero *ser*.

Los cristianos *gnósticos* (especialmente los maniqueos, a los que Agustín se había unido en su juventud) exploraron ese camino. Restando importancia a la Revelación, se consideraban depositarios de un conocimiento cristiano superior, de carácter reservado. Para ellos, el bien (identificado con el espíritu) procede del verdadero Dios (todo bondad) mientras que el mal (identificado con lo sensible) se asocia a ciertas manifestaciones parciales y degradadas de la divinidad, representadas como deidades menores o seres intermedios caídos (Markschies, 2002:37-38). Para los maniqueos, estamos, de hecho, ante dos principios originarios distintos, uno bueno y otro malo, en eterna lucha. No hay, por ello, libertad auténtica en el ser humano: su salvación queda determinada por la presencia predominante de uno de los dos principios. Solo los que forman parte de la élite de seres espirituales son capaces de alcanzar la *gnosis* y pueden, en definitiva, redimirse mediante la liberación intelectual de su parte estrictamente divina.

El cristiano más apegado a la Revelación —y a la idea de un Dios trascendente que es todo bondad y que ha creado *ex nihilo* todo cuanto existe— no puede sostener, en cambio, que el mal procede de un principio intrínseco a la materia sin mantener, al tiempo, que el mal procede de Dios. Agustín (2009: 348-352) busca, por ello, un camino distinto para explicar el problema del mal y lo encuentra en un entendimiento no intelectualista de la libertad. Si Dios es la suma bondad y ha creado todo cuanto existe de la nada, todas las cosas creadas han de ser, en su particular grado y medida, *bienes*. Estos bienes se encuentran, no obstante, jerarquizados al más puro estilo platónico, de suerte que lo intelectual supera en mucho a lo material. El mal no procede, por ello, de la materia, pues los cuerpos han

sido creados por Dios para que se haga un buen uso de ellos, esto es, un uso conforme con la posición subordinada o inferior que ocupan en el orden jerárquico de las cosas creadas. La capacidad del mal reside, en realidad, en una potencia pura, un bien intermedio del ser humano. La *persona* (como ser intermedio entre lo intelectual y lo sensible) manifiesta lo más íntimo de sí misma a través de ese bien intermedio, de esa facultad neutra que no se encuentra sujeta a las leyes de la necesidad y que le permite optar internamente por ascender a los bienes superiores (los espirituales) —y, en última instancia, hasta el Sumo Bien (Dios)— o descender hacia bienes inferiores (materiales), cayendo así en el pecado, esto es, en el mal que se genera al preferir voluntariamente los bienes sensibles frente a los del espíritu.

Aunque Agustín pretende realizar una demostración racional del libre arbitrio, su justificación de la libertad se basa, a la hora de la verdad, en la Revelación. El Dios de la tradición judeocristiana realiza su justicia mediante el premio y el castigo. El cristianismo anuncia la llegada definitiva del Verbo para juzgar a los hombres y castigar a los pecadores. Desde esa dimensión punitiva de la Revelación se llega a la demostración del libre arbitrio a través de un razonamiento circular: si no existiera la libertad no habría pecado y la justicia divina que castiga el pecado no sería justicia. El razonamiento de Agustín (2009:398-405) en *De Libero Arbitrio* es el siguiente: Dios castiga y, puesto que no se puede dudar de la justicia divina, Dios castiga justamente. La justicia del castigo ha de obedecer a la existencia de un pecado y solo puede existir el pecado si el ser humano actúa voluntariamente, esto es, si elige libremente pecar, sin que esto le venga impuesto necesariamente desde fuera. Luego el hombre es libre y la causa del pecado está en su voluntad, esto es, en querer el mal en lugar de querer el bien.

Es de la justicia del castigo divino de la que se infiere, por tanto, la existencia de una potestad dominativa del ser humano que le hace dueño de su comportamiento, convirtiéndole en un ser dotado de voluntad libre, no sometido a la necesidad. Ni los bienes superiores ni los inferiores ejercen una atracción irresistible. La persona tiene la facultad de elegir de acuerdo con la inclinación más íntima de su ser. La voluntad queda configurada, por ello, como una potencia autónoma, un poder dominativo que expresa lo más íntimo del ser humano, manifestado en aquello que quiere y desea. La fuerza motriz de ese deseo es un impulso interno, un anhelo que se expresa a través de la idea del *eros* o amor. La teología cristiana conecta aquí, una vez más, con el imprescindible bagaje que aporta la filosofía griega.

Si tomamos el *Simposio* de Platón como punto de partida, vemos que en él se caracteriza el *eros* como un anhelo. A través del discurso de Diótima, pronunciado por boca de Sócrates —tan bellamente comentado por Jaeger en su fascinante *Paideia* (1962:577-580)— Platón caracteriza al *eros* como el anhelo de algo que no se tiene, pero se quiere tener. El amor no es ni la belleza ni la sabiduría, sino algo intermedio que parte de la conciencia de que estas cosas superiores no se tienen del todo y se quiere llegar a ellas. Esta idea, vista desde la mente cristiana, expresa perfectamente la posición peculiar que ocupa el ser humano como *persona*, esto es, como ser intermedio entre la perfección de la divinidad, de lo espiritual y eterno, y la imperfección de lo sensible o perecedero. El *eros* se concibe como

una inclinación inherente a un ser que está en una posición de tránsito y siente el anhelo de aproximarse al bien supremo del que procede. La libertad de Agustín mira, en particular, a una instancia objetiva superior, a un bien supremo al que solo puede llegarse a través del principio fundamental de la religión cristiana: el amor a Dios.

Este sustrato teológico de la Antigüedad tardía, elaborado en una época dominada por el misticismo religioso y la purificación interior, quiebra por vez primera las bases del intelectualismo antiguo y abre el camino para que el individuo deje de estar concebido en función de su papel en la sociedad. La persona ha de actuar conforme a un anhelo interior que lo liga a la divinidad y que se expresa sintéticamente en el hermoso adagio de Agustín: *ama y haz lo que quieras*. De ese sustrato arranca, en última instancia, el pensamiento medieval que acaba dando un significado subjetivo a la noción de *ius*, como expresión de una fuerza o poder interno del individuo que tiene valor normativo. Pero ese giro semántico también obedece a la división que la patrística cristiana traza, de la mano del propio filósofo de Hipona, entre un hombre (originario) puro y otro hombre (histórico) deteriorado, sometidos a normas de conducta distintas, una regida por la voluntad personal y otra dictada por la voluntad de los gobernantes.

2.3. DOS SERES HUMANOS, DOS DERECHOS

Como se ha visto, para Agustín, la causa del pecado es, en definitiva, la voluntad libre. Pero con ello no queda todo respondido. Surge enseguida la siguiente pregunta: ¿cuál es la causa de que unos tengan una recta o buena voluntad (y no pequen) y otros tengan una mala voluntad (que utilizan para pecar)? Agustín no responde a este interrogante en *De Libero Arbitrio* con la excusa de que, si se adentrara en él, caería en una sucesión de causas *ad infinitum*. En su madurez se verá, sin embargo, obligado a indagar en ello.

En efecto, algunos pensadores cristianos pretendieron llenar el espacio vacío de la libre voluntad con la invocación de la vieja *areté*, esto es, de la virtud natural. Las élites romanas, que habían sido el último reducto de la religión oficial del Imperio, comenzaban a incorporarse a las filas cristianas arrojados por sus inmensas riquezas, pero, al hacerlo, reivindicaban para sí mismas una posición jerárquica privilegiada (Brown, 2016: 589-622). El círculo filosófico más grato a estas élites, el estoicismo, creía en la unidad radical del ser humano. Contemplaba un proceso decisorio único en el que el impulso emotivo tenía un papel tan importante como el juicio racional (Rist, 2017: 54-55). Uno y otro son inescindibles para el estoico, en cuanto expresan la constitución interior de quien obra, que lo inclina naturalmente hacia la virtud o hacia el vicio. La selección del comportamiento correcto no es, desde la perspectiva estoica, un problema de análisis racional sino de carácter. El énfasis cristiano en el plano no racional del comportamiento humano permitía poner en conexión la buena voluntad, esto es, el querer rectamente ordenado a los bienes superiores que conducen a la salvación, con una mejor naturaleza individual, con la presencia, en definitiva, de la virtud natural o *areté* en determinadas personas de especial calidad.

El cristianismo oficial, guiado por Agustín, rechaza esa reivindicación doctrinal de la vieja *areté*. Desde su perspectiva, a ningún hombre le basta el ejercicio de su virtud innata

(en última instancia imperfecta). El pecado original ha supuesto un deterioro abrupto e irreversible de la naturaleza humana. Modificado por el pecado, que lo ha convertido en una sombra de sí mismo, el hombre necesita en todo momento el apoyo divino. Por ello, del mismo modo que no puede existir, frente a la pretensión de los gnósticos, una aristocracia de la salvación fundada en el intelecto tampoco puede admitirse dentro de la Iglesia, como Agustín se encarga de defender frente los pelagianos, una aristocracia del libre arbitrio, esto es, una recuperación de la vieja *areté* que sitúe más cerca de la salvación a quienes, por nacimiento, educación o rango, tienen una mejor naturaleza, una calidad superior. Para él, igual que la bondad divina ha tratado de suplir la insuficiencia de nuestra razón a través de la Revelación, también ha tratado de compensar la insuficiencia de nuestra voluntad por medio de la gracia.

Las ideas agustinianas sobre el pecado original y la insuficiencia de la virtud natural propician una disociación entre un ser humano puro, previo al pecado, imaginado como una criatura cuasi angélica capaz ajustarse a patrones de conducta perfectos (como exige el idealismo platónico), y un ser humano deteriorado, producto del pecado, que se ha visto obligado a establecer nuevas reglas de comportamiento, adaptadas a las necesidades contingentes de su nueva naturaleza corrupta. Del pecado original (la soberbia) surgen la ignorancia y la concupiscencia. El hombre se reviste de una nueva forma material y es arrojado a un mundo sensible que antes, por su mayor cercanía a Dios, le era indiferente y que ahora, sin embargo, le impone sus exigencias. Surgen con ello dos derechos. El más puro (e idealista), que trata de retornar al estado primitivo de comunión con la inmutabilidad divina, y otro más mundano (y realista), que se resigna a buscar el mal menor entre las opciones que surgen en cada circunstancia de la vida.

Esa disociación produce en la mente cristiana una separación radical entre el *ius* que rige la vida social de los hombres y un *ius* originario, de legitimidad superior, que es el único que está orientado a lograr la salvación. Como resume Recasens (2007:29-30), la patristica distingue un derecho natural primario (originario y puro) y otro secundario (adaptado a la experiencia). Del *ius* originario y no corrompido, surgirá, en la Edad Media, la idea subjetiva del derecho como facultad de autodeterminación situada en un plano (interior) diverso al de las necesidades contingentes de los hombres (exterior) y que no se somete, por lo tanto, a un parámetro externo o común de racionalidad. La voluntad individual confiere un poder de autodeterminación que resulta, en principio, ilimitado y que permite al hombre santo y excepcional aproximarse a Dios mediante la privación del sustento, la mortificación personal y el aislamiento social (Wickham, 2010:65), esto es, mediante la negación sistemática de los imperativos de la naturaleza. Pero los hombres que retornan a la pureza humana originaria son muy pocos. La mayoría sucumbe ante el pecado. Esa realidad exige el establecimiento de nuevas normas de conducta, conformadas por mandatos apoyados en la coacción, con los que los gobernantes restringen el alcance de la voluntad individual. La disociación entre la libertad individual irrestricta (como *ius* originario sujeto a una norma ideal de conducta que el propio individuo determina internamente) y la intervención pública restrictiva (como *ius* limitador y armonizador de las diversas voluntades libres, que atiende a las circunstancias reales de la vida social) está apuntada.

Se trata, en realidad, de una modificación sustancial de una idea recurrente del mundo antiguo, presente ya en Hesíodo, que había influido en los propios estoicos. Entre los antiguos era frecuente aludir a una supuesta *edad de oro*, a un tiempo primitivo de abundancia (como fase transitoria del ciclo de la naturaleza). En él no era conocido el derecho ni la distribución de las cosas, pues todas las necesidades humanas quedaban cubiertas. En ese estado de abundancia, todas las cosas, por ser inagotables, eran comunes y todos tenían la misma libertad originaria, ya que el trabajo físico de los más necios no era requerido para liberar de la necesidad a los más sabios. El cristianismo da a este mito antiguo un tono distinto, de signo platonizante. No se trata ahora de que el mundo natural haya entrado en un nuevo ciclo de escasez. No es la naturaleza, sino el hombre mismo el que ha cambiado. La caída del ser humano en el pecado se asemeja, así, a la degradación de las almas platónicas como consecuencia de su apartamiento de la norma ideal de conducta. El hombre adquiere, por efecto del pecado original, una forma contaminada que le impide guiarse según los patrones divinos de comportamiento. Los dos derechos no son, en realidad, dos medidas de justicia distintas (adecuadas cada una a su propia circunstancia) que se proyectan sobre un mismo ser humano, sino dos medidas distintas de ser humano (el puro originario y el deteriorado por la caída en el pecado).

Con ello, como apuntó Michel Villey (2003:129-130), el paradigma de derecho cambia. El *ius naturale* no puede ser ya el del mundo antiguo, esto es, el que marca el orden natural de las cosas, el entorno físico, social y político en el que el ser humano se desenvuelve necesariamente para encontrar su lugar en el cosmos. El misticismo religioso que triunfa con el cristianismo conduce a un *ius* con una fuente de legitimación distinta, que trasciende a la Naturaleza y a sus leyes físicas o políticas. Ese *ius* procede directamente de Dios. La comunicación del ser humano con el Dios trascendente, superior a las leyes naturales, no se produce, además, en el ámbito del mundo externo, sino en el interior de la persona. No se manifiesta como una relación de necesidad donde el ser humano tenga que aceptar un rol que le viene indicado desde fuera. Cada individuo debe hallar la medida divina de las cosas, eterna e inmutable, en el interior de su conciencia; debe vencer, con su propia voluntad y con el auxilio de la Gracia, las necesidades impuestas por el entorno natural o social. La Historia de los derechos (en plural) comienza, en cierto modo, en este punto remoto en el que la *vieja libertad* (exterior o política) de los antiguos, subordinada al orden natural del cosmos, es sustituida por una *nueva libertad* (interior o mística), que habilita al ser humano para vencer las exigencias de la naturaleza (y sus leyes físicas y políticas) y elegir internamente la salvación.

3. LA EDAD MEDIA: LA PERSONA Y EL *IUS*

3.1. LA IMPORTANCIA DEL NOMINALISMO FILOSÓFICO

Manzano Moreno (2024:37, 244) llama *narración teleológica* al estudio histórico que toma un determinado *resultado* como meta y traza, acto seguido, un recorrido lineal para

llegar hasta a él. La Edad Media es un período particularmente vulnerable a este sesgo historiográfico, pues ya su nombre indica que estamos supuestamente ante un tiempo intermedio, un tránsito entre la Antigüedad y la Modernidad carente de sustantividad propia. La *narración teleológica* se materializa de forma singular en el Medioevo en una suerte de *narrativa de la modernidad* (Wickham, 2010:5) que tiende a explicar los hechos y las ideas medievales en función de su pretendida contribución al advenimiento de la época moderna. Esto ocurre también con el llamado *nominalismo* escolástico.

El nominalismo medieval se suele presentar al público como una escuela clarividente que habría asumido, de forma temprana, la imposibilidad de conocer la realidad del mundo exterior y habría situado la única fuente de conocimiento digno de ese nombre en el interior del ser humano, en particular en ciertas verdades *a priori* establecidas en la mente del individuo a partir de las cuales pueden establecerse razonamientos regidos por el principio de no contradicción. Se retrata, en definitiva, al nominalismo como a un agente precursor de la Modernidad, lo que conduce, con cierto automatismo, a atribuir a los pensadores adscritos a esta escuela una actitud progresista y secularizante, perfectamente ejemplificada en el detectivesco Guillermo de Baskerville, el célebre personaje de ficción de *El nombre de la rosa*.

Quizá sea más correcto afirmar que el nominalismo fue, en su origen, un movimiento particularmente preocupado por preservar los ingredientes irracionalistas de la fe cristiana, amenazados, a partir del siglo XII, por la recuperación del intelectualismo antiguo y, en particular, por la fascinación que produjo el redescubrimiento de la filosofía aristotélica (tamizada, eso sí, a través de fuentes intermedias, de estoicismo y averroísmo). En ese sentido, el nominalismo fue un dique intelectual que la ortodoxia cristiana quiso interponer frente a los intentos de un sector minoritario de conciliar la fe y la razón o, dicho al modo de Gilson (1943:27-30), de utilizar la razón para llegar a lo *Revelable*.

Al reivindicar la incompatibilidad radical de la fe con una cosmovisión filosófica racionalista, los nominalistas optaron por reforzar la concepción agustiniana de la libertad. Reafirmaron la capacidad (y el deber evangélico) del ser humano de autodeterminar su comportamiento individual al margen de todo imperativo racional externo. Para ellos, el mundo natural sigue siendo un entorno hostil al que el ser humano ha sido arrojado a consecuencia de su caída en el pecado y constituye, antes que nada, una fuente de tentaciones que han de ser combatidas con la libre voluntad individual y el amor a Dios. Esta visión favorece, a la larga y sin que este sea un objetivo originario de la escuela, una revolución científica (que niega acertadamente la existencia de las *sustancias* aristotélicas) pero también propicia (sin que este sea tampoco un objetivo inicialmente asumido) la formación un concepto de *ius* diferente al manejado por los juristas de la época.

Los juristas del siglo XII utilizan, en efecto, la noción de *ius* en varios sentidos. Vienen distinguiendo entre el *ius in re* y el mero *ius ad rem*, que es la facultad de reclamar algo que está en poder de otro, en particular el acceso a un cargo eclesiástico (Tuck, 1979:8-11). Pero la visión que tienen de estas facultades subjetivas no desborda los márgenes del derecho romano, que requiere siempre una *causa*, un título derivado de una relación jurídica más amplia que contempla la posición completa de todos los sujetos implicados. No

hay, para los juristas, facultades subjetivas que surjan sin más de la libertad natural del ser humano. Ese modo de concebir el derecho les habría resultado extraño y arbitrario, tal y como ha puesto de relieve Francisco Carpintero (2008:37-53).

Los textos justinianos hablan ciertamente de un tipo de *ius* denominado *naturale*, definido como un estado originario de libertad individual y de propiedad colectiva. Pero los juristas advierten que se trata de la evocación de un período de abundancia en el que no existían disputas sobre los bienes del mundo (la ya citada *edad de oro*). La igual libertad y la propiedad común cesaron cuando el contexto se volvió precario. El *derecho natural* de los tiempos de virtud y bonanza dejó entonces su sitio a un *derecho de gentes* adaptado por la razón humana a las nuevas circunstancias, más penosas. Así, aunque el *derecho natural* impone la libertad, el *derecho de gentes* admite la esclavitud para impedir que los vencidos en guerra sean masacrados. Aunque todas las cosas son comunes por naturaleza, el derecho de gentes ha impuesto la propiedad privada como única forma eficaz de sobrevivir y prosperar en un entorno adverso, regido por la escasez de bienes.

También los juristas de la Iglesia tropiezan con el *derecho natural*, que aparece en el frontispicio del *Decretum*, y genera en los intérpretes y comentaristas la necesidad de pronunciarse sobre los diversos sentidos de dicho concepto. Al margen de otros significados posibles, muchos decretistas entienden que dicho *ius* designa una facultad, una fuerza o un poder situado en el interior del individuo que le permite comportarse de forma objetivamente justa (Tierney, 2001:35-36). Pero ellos también se limitan a admitir ese significado subjetivo, sin darle un efecto normativo inmediato, pues solo una norma de derecho objetivo puede conferir verdadero *ius* (Megías Quirós, 2018:122-130).

El cambio de paradigma jurídico no se produce, por tanto, en el ámbito del derecho, sino por extraño que pueda parecer a los ojos del presente, en el de la teología.

3.2. DE LA *QUALITAS PERSONALIS* AL *IUS* SUBJETIVO

En el ámbito de la teología, un radicalismo religioso contrario a toda intelectualización de la fe alumbró un paradigma distinto de *ius*. La singularidad del ser humano y su oposición al mundo natural, presente en la noción de *persona*, es reivindicada por el sector escolástico mayoritario (nominalista), que se apoya precisamente en este concepto para cambiar radicalmente la concepción del individuo que había caracterizado al pensamiento griego.

Para los griegos, incluso para Aristóteles, lo verdaderamente determinante del individuo siempre fue la *forma* y, con ello, los criterios generales que rigen el proceso de individuación por razón de la materia. El ser humano concreto es concebido como una manifestación coyuntural de una forma humana impercedera. Los concretos miembros de la especie van desapareciendo, pero la forma humana universal les sobrevive y se perpetúa a través de la siguiente *generación* de individuos. Los nuevos miembros de la especie ocupan transitoriamente su puesto en el *cosmos* y desempeñan el papel que corresponde conjuntamente al género humano en el siguiente ciclo de la naturaleza.

Para el nominalismo cristiano, la noción del individuo es muy distinta. Este, en cuanto *persona*, tiene una forma propia y singular (*hacceitas*) que es el producto específico y deliberado de la voluntad divina y no una mera combinación de materia ajustada a un molde universal. Esa forma singular tiene, además, la vocación de ser eterna en su individualidad. La idea de *persona* expresa, con ello, la originalidad e insustituibilidad de cada individuo en la mente divina, lo que tiene un importante influjo en la capacidad decisoria, pues si lo individual tiene una forma propia, que no puede deducirse racionalmente de conceptos generales, tampoco las decisiones humanas, en cuanto proceden de esos individuos únicos e insustituibles, pueden ser predeterminadas a partir de ciertas ideas racionales de orden general. Como observara Welzel (1979:68-69), tal visión de la *persona* conduce al primado de la voluntad individual en el ámbito moral y jurídico. Cada ser humano debe mirar dentro de sí mismo y resolver en soledad el dilema moral de la rectitud de su obrar. Debe determinar internamente su voluntad. En esa introspección está la esencia de su libertad. Según señala Carmela Bianco (2017:21), esta concepción de la *persona* como *ultima solitudo* es la “novedad revolucionaria” del pensamiento de Juan Duns Escoto “en relación con la herencia del mundo clásico, que concebía al individuo estrictamente en función de la sociedad”.

El nominalismo sigue, en definitiva, la línea iniciada por Agustín en la Antigüedad tardía. Exalta el valor de la voluntad como puro querer, no predeterminado ni por un fin intelectualmente seleccionado ni por una mera inclinación *natural*. En la visión de Escoto, si la libertad dependiera de la razón, toda decisión libre podría ser explicada en términos de necesidad, como derivación racional puramente causal. La voluntad se concibe, por el contrario, como “la capacidad de apetito no sometida a ninguna necesidad” (Welzel, 1979:50). Es la potencia pura que permite al ser humano una audacia insólita: actuar de cierto modo a pesar de que no conoce de antemano las implicaciones o consecuencias de su obrar y aun cuando tal obrar no se le impone como medio racional con el que satisfacer una necesidad. El obrar, como producto puro de una voluntad humana singular, es, en sí mismo, lo valioso.

Esta visión de la condición o dignidad de *persona* como fuente legítima de normatividad se irá juridificando en el curso de las polémicas políticas medievales. En la llamada *disputa de la pobreza*, los franciscanos nominalistas (y, en particular, Guillermo de Ockham) defenderán la idea de un *ius poli* originario que permite al ser humano regir su conducta libremente sin someterse a (ni contaminarse con) las convenciones del derecho que ha sido creado por los hombres. El paradigma subjetivo de *ius* también es impulsado, más tarde, por los nominalistas adscritos al movimiento conciliarista. Juan Gerson sostendrá que el ser humano puede encontrar en su interior una indicación de conducta recta que le permite autodeterminar su comportamiento al margen de la maraña de normas contradictorias creadas por los hombres (Tuck, 1979:24-31). Finalmente, los autores nominalistas que dominan la enseñanza en la Universidad de París irán dando, a lo largo del siglo XV, forma definitiva a este paradigma subjetivo de *ius*, basado únicamente en la *qualitas personalis* del sujeto agente, esto es, en la facultad de autodeterminación que procede de su condición trascendente de *persona* (Carpintero, 2003:176-178).

La verdadera revolución jurídica se produce, en definitiva, en el ámbito de la teología y, lo que resulta aún más llamativo, de la mano de cierto integrismo religioso, que pretende ajustarse a normas de conducta más estrictas que las que emanan de las instituciones (incluidas las religiosas). El fenómeno se repetirá más tarde. También en la Modernidad un cierto fanatismo cristiano defenderá la libre autodeterminación individual para justificar la incompatibilidad de la fe personal con todo parámetro común de razón o justicia. Los puritanos serán, por ejemplo, grandes adalides de la libertad religiosa, pero usarán ese *derecho* personalísimo para establecer pequeñas comunidades regidas por una ortodoxia moral asfixiante. La visión kantiana de la libertad, muy influida por el luteranismo, es otro ejemplo válido, pues concibe la autonomía individual como un mecanismo de autodeterminación al servicio de la sumisión estricta al deber ético general (Rodríguez Fernández, 2022:208-209). El kantismo tratará, como críticamente advirtió Ihering (2011:28-29), de utilizar el camino de la libertad para llegar a la abnegación.

Hasta cierto punto, esa extraña dualidad tiene su preludeo en la Edad Media. Quienes pretenden combatir las laxitudes morales del intelectualismo (y rechazan la posibilidad de conciliar la religión con las inclinaciones naturales del ser humano y las exigencias del contexto físico y político) son los primeros *paladines* de los derechos individuales, pues para ellos la libertad humana es la vía para preservar el deber individual de ajustarse un canon de comportamiento moral más rígido, a una norma ideal de conducta que, contemplada desde una óptica racional, puede resultar muy poco convincente. La historia que lleva hacia los derechos fundamentales está marcada, como cualquier otra, por paradojas de este tipo, que siguen produciéndose en la actualidad, pues son los derechos fundamentales (y el relativismo moral que implican) los que permiten, por ejemplo, que un fanático religioso pueda rechazar legítimamente una transfusión de sangre necesaria para salvar su vida.

En la primera Modernidad se produce un movimiento intelectual, representado por la escolástica salmanticense, que trata de romper con esta visión subjetivista y reivindica una noción de *ius* de corte tomista (objetiva). Pero es la visión nominalista la que, en todo caso, acaba triunfando en la concepción moderna de los derechos.

4. LA MODERNIDAD: LA PERSONA Y SUS DERECHOS

4.1. UN CONTRACTUALISMO NO NATURALISTA

La visión nominalista del *ius* como facultad (inherente a la condición de persona) de autodeterminar el comportamiento individual relativiza la importancia de las necesidades colectivas como principio ordenador del derecho, lo que acaba influyendo en la filosofía política moderna. El entorno natural o social, que era lo relevante en la cosmovisión del mundo antiguo, no proyecta ninguna exigencia normativa inmediata a un ser humano que, por ser *persona*, puede ejercer libérrimamente sus potencias para alcanzar su fin trascendente individual. De ahí que los límites a la voluntad personal de un individuo solo

puedan proceder del juego contrapuesto de otras voluntades humanas, pues solo estas están dotadas de esa misma dignidad y trascendencia.

La relación recíproca de las voluntades libres está regida, en el pensamiento nominalista, por ciertas indicaciones divinas del comportamiento recto (*entia moralia*). Dios ha imprimido estas normas de conducta en la mente humana para que cada persona pueda conocerlas, pero ha optado, al tiempo, por preservar la libertad de seguirlas, por lo que el ser humano no tiene una inclinación natural a cumplir con estos mandatos (Carpintero, 2018:61-62). Cada individuo sabe, por ejemplo, que no debe agredir a otra persona, pero carece de una inclinación instintiva para actuar de ese modo, pues, de no ser así, no sería realmente *libre* para elegirlo. Debe optar internamente por la obediencia, en la soledad de su conciencia, no en función de su instinto o de su razón, sino utilizando esa potencia pura o neutra llamada *voluntad*.

Se concibe, así, una situación originaria de *estado natural* en la que el ser humano puede optar por seguir los mandatos divinos o por separarse de ellos. En tal situación, las decisiones dispares de las voluntades libres llevan inevitablemente a que choquen las unas con las otras, ya que no están innatamente inclinadas a comportarse justamente. Conforme al patrón agustiniano, se entiende que el ser humano está fuertemente deteriorado por su caída en el pecado y ya no es capaz de regir su comportamiento conforme al derecho natural puro y originario. El modelo de convivencia resultante es, por ello, sumamente defectuoso. Las voluntades libres se ven obligadas a llegar a acuerdos que disciplinen su relación mutua. Consienten someterse a reglas comunes por razones de necesidad. El personalismo nominalista conduce, con ello, a un *contrato social* desprovisto de toda explicación naturalista basada en una sociabilidad inherente al ser humano. Es un tránsito directo del estado de naturaleza (regido por un derecho natural vinculante, pero carente de vigencia real) a un estado político o civil (en el que se establece consensualmente una autoridad legítima a la que se otorga poder de coacción sobre las personas).

Este modelo de contrato social en “línea recta” (Carpintero, 2018:77) representa, en última instancia, el tránsito del *primer derecho* agustiniano, el puro y originario, regido únicamente por la buena voluntad de un ser humano aún no deteriorado por el pecado, al *segundo derecho*, que es el del hombre caído en el pecado, que se ve obligado a afrontar necesidades humanas contingentes a través de reglas coyunturales, que no responden a máximas ideales de justicia y que están respaldadas por la coacción.

Con ese trasfondo escolástico, en el siglo XVII se produce, tal y como notó Bobbio (2017:138-139), una discreta secularización de la distinción teológica entre un *status naturae integrum*, aquel en el que vive el hombre puro, no caído en el pecado, y un *status naturae lapsae*, que es el del hombre deteriorado por la *Caída*. En el *status naturae lapsae*, el ser humano se ve obligado a crear una potestad dominativa artificial que unos hombres (los gobernantes) han de ejercer sobre otros hombres (los gobernados). En palabras de Bobbio (2017:139), desde esta concepción del contrato social:

“Si los hombres fueran como tendrían que ser [como Dios los creó originalmente, antes de caer en el pecado], el estado de naturaleza sería el estado perfecto y no haría falta nada más; pero como los hombres son como son [pues se han corrompido tras la Caída en el pecado], el estado de naturaleza degenera

en estado de convivencia miserable y precaria y hace falta, no exactamente eliminarlo, pero por lo menos corregirlo”.

El estado de naturaleza de los iusnaturalistas modernos (salvo el caso particular de Hobbes, como se verá) entronca inequívocamente con este pensamiento teológico. Tiene, por ello, una caracterización “compleja”, casi bifronte: el estado de naturaleza puede ser bueno o malo, según se trate de la situación ideal que disfrutaba el *hombre puro originario* o del estado de incertidumbre constante en el que se encuentra el *hombre histórico*, condenado a malvivir como consecuencia de sus propias faltas.

En la teoría contractualista por excelencia, que es la de John Locke, el *status naturae* es, de hecho, una situación “positiva y negativa a la vez” (Bobbio, 2017:139). En él los seres humanos son capaces de discernir las reglas de conducta obligatorias. No suelen, sin embargo, ser jueces justos de sus propias causas. Las desventajas prácticas del estado de naturaleza resultan, por ello, no de las insuficiencias del derecho natural, sino de los defectos que han convertido a los seres humanos en arbitrarios y parciales.

La tradición nominalista se incorpora, en definitiva, a la Modernidad a través de un lenguaje distinto, pero ajustado, en última instancia, al patrón personalista de origen agustiniano. Los *dos derechos* agustinianos han dado lugar a la distinción entre el estado de naturaleza regido por el derecho natural, como norma de conducta ideal, y el estado político en el que se utiliza la coacción pública para ajustar la convivencia humana a las necesidades de la vida real. Como se verá a continuación, el principio determinante de la teoría política alumbrada por este contractualismo iusnaturalista es también producto de la tradición de pensamiento anterior y, en particular, de las implicaciones jurídicas de la noción metafísica de *persona*. Me refiero a la que podemos denominar *prohibición de instrumentalización*, es decir, a la prohibición, vigente en el estado de naturaleza, de tratar a quien tiene la dignidad de *persona* como si fuera un mero objeto o herramienta al servicio de nuestros intereses.

4.2. DOS TRADICIONES DE PENSAMIENTO POLÍTICO SEPARADAS POR EL CONCEPTO DE PERSONA

El pensamiento moderno que continúa la tradición del nominalismo filosófico mantiene en el núcleo de su cosmovisión política un principio metafísico de igualdad de los seres humanos ligado a la *qualitas personalis*. La libertad natural del ser humano es entendida, de acuerdo con el sesgo voluntarista de la tradición cristiana, como un poder dominativo inherente a la cualidad de *persona*. Como ser hecho a imagen y semejanza de Dios, la *persona humana* (expresión que, en la mentalidad cristiana, está muy lejos de constituir un pleonasma) está dotada de dos atributos, la razón y la voluntad, que permiten el ejercicio del dominio sobre las cosas. Ahora bien, el poder dominativo natural concedido al ser humano se proyecta exclusivamente sobre los bienes inferiores. El sometimiento coactivo de otros seres humanos, de otras *personas*, está prohibido en el estado de naturaleza. La relación legítima con los demás individuos se entabla a través del acuerdo de voluntades. La injerencia en la esfera ajena requiere, en definitiva, el consentimiento de quien, por tener la cualidad de persona, no puede ser sometido coactivamente.

La igualdad sustancial de todos los seres humanos genera, en definitiva, en las palabras que utilizará John Locke, un estado natural de libertad, pero no de *licencia*. Hay un derecho natural a servirse de los propios bienes, comenzando por el cuerpo, la mente y las capacidades físicas e intelectuales y acabando por las cosas de nuestra propiedad. Pero hay también una prohibición de servirse de otras personas como si fueran meros objetos o posesiones propias, una suerte de *prohibición de instrumentalización*, expresada por John Locke en el *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil* al señalar que los seres humanos no han sido hechos “para utilidad de otros, tal como fueron hechas las criaturas de rango inferior para que nos sirviéramos de ellas” (Locke, 1980:8). Como notará Kant (2003:40), culminación de la tradición iusnaturalista basada en la noción de *persona*, la prohibición de instrumentalización que exige tratar a todo ser humano como un fin en sí mismo (*honeste vive*) constituye el fundamento de la regla de comportamiento que prohíbe dañar a otro (*neminem laede*). Si no puedo ejercer la coacción sobre otro ser humano para mis propios fines, es porque estoy obligado a tratar a ese ser humano conforme a su cualidad de *persona* (entendida ahora por Kant como dignidad ética), que le hace dueño exclusivo de sus propios bienes, actos y decisiones.

De este pensamiento político personalista, heredero del nominalismo escolástico, surgen los derechos fundamentales como derivaciones de la prohibición de instrumentalización, esto es, como ámbitos de libre autodeterminación individual inmunes a la injerencia no consentida. El uso de la coacción en estas zonas de inmunidad personal supone convertir a un ser humano en mero objeto, instrumento o herramienta de otro. Esta línea de pensamiento dedica buena parte de su especulación teórica a dilucidar, partiendo de la noción de *persona* como ser dotado de autonomía y utilizando el principio de no contradicción, cuáles son los contenidos necesarios del contrato social por el que se constituye un poder político legítimo. En este punto, continúan una tradición política de pensamiento constitucional iniciada en la Edad Media.

En efecto, con raíces canonistas y con desarrollo especialmente intenso a partir del conciliarismo, existía ya en la tradición política medieval un pensamiento de corte constitucional que puede resumirse del siguiente modo (Rodríguez Fernández, 2022:31-37): el poder político reside originariamente en la comunidad política; esta lo confiere a través de un pacto político por el que establece un concreto sistema de gobierno; la comunidad política retiene, sin embargo, su poder originario superior, que le legitima para cambiar, en cualquier momento, los términos del mandato conferido a los gobernantes; por ello el poder de los gobernantes, constituido a través del pacto político, tiene naturaleza puramente fiduciaria y solo es legítimo en tanto se somete a las leyes y se orienta a la consecución del bien común; cuando los gobernantes quiebran el pacto del que resulta su potestad dominativa, y dejan de gobernar para conseguir el bien común, la legitimidad de su gobierno decae (circunstancia que legitimaba, para los conciliaristas como Gerson, la solución al Cisma de Occidente: la deposición de los dos Papas en pugna y la elección de un nuevo Papa legítimo por parte de un concilio que representase a toda la Cristiandad); en ese contexto, resulta legítimo el ejercicio de un derecho de resistencia violenta frente al tirano, derecho por el que se manifiesta el poder originario y superior de la comunidad política. El

pensamiento político moderno de raíz personalista conecta con esta tradición política medieval. El poder político se concibe como limitado y fiduciario, concepción que permitirá a los que combaten la monarquía absoluta (o, como se verá, a los que se oponen a un poder absoluto del parlamento) afirmar que en el pacto constitutivo originario se encuentra incluida la obligación de los gobernantes de respetar los derechos naturales de la persona.

Pero no todos los autores modernos de inspiración nominalista fundan su pensamiento político en la prohibición de instrumentalizar a los demás seres humanos ni asumen un estado natural regido por esa regla suprema que obliga a respetar la *qualitas personalis* de los otros. Un autor fascinante, Thomas Hobbes, lleva el nominalismo a su último grado de coherencia y enuncia un nuevo *iusnaturalismo científico*, tal y como certeramente lo denominó Carl Schmitt (2013:194-195). Para romper con la tradición anterior le basta con eliminar del silogismo contractualista la premisa metafísica de la condición del ser humano como ente de especial dignidad, esto es, como *persona*. Si lo que existe en el exterior no puede conocerse (tal y como enseña el nominalismo) y solo llega deformado a nuestra mente a través de los sentidos, desconocemos enteramente la naturaleza de lo que nos rodea, sin que pueda asumirse como presupuesto válido del pensamiento especulativo la existencia, en el mundo circundante, de lo que llamamos *personas*.

Al suprimir el reconocimiento del otro como *persona*, esto es, la aceptación de que todo ser humano tiene una especial dignidad que vincula normativamente a sus semejantes, Hobbes convierte la libertad natural en el poder de realizar el propio arbitrio allí donde no hay oposición o de vencer la resistencia externa allí donde esa oposición se encuentra. La cualidad metafísica del elemento que obstaculiza la realización de nuestro arbitrio resulta ya irrelevante. La distinción entre *cosa* y *persona* y la consiguiente *prohibición de cosificar a las personas* (de tratarlas como objetos), que hemos llamado *prohibición de instrumentalización*, ya no existe. Y si ya no hay diferencia entre cosa y persona, porque todo el mundo exterior es para nosotros incierto y desconocido, es obvio que la persona puede ser cosificada; en otras palabras: una vez que la noción metafísica de *persona* desaparece ya no hay límites normativos ni éticos a la libertad de acción que caracteriza al estado natural.

En consecuencia, Hobbes enuncia en su *Leviatán*, a mi juicio con énfasis deliberado, un principio general definitorio del estado de naturaleza que es radicalmente contrario del que sostiene el iusnaturalismo personalista. No hay una prohibición de instrumentalización, sino un derecho general a instrumentalizar, esto es, en las propias palabras del autor inglés, un “derecho natural de cada hombre sobre cada hombre”, de suerte que “cada hombre tiene derecho a todo, incluso a disponer del cuerpo de su prójimo” (Hobbes, 2009:120). Nadie puede renunciar a ejercer este derecho originario, pues solo instrumentalizando a los otros puede el ser humano asegurar su supervivencia. Quien controla más personas, quien consigue convertir a más individuos en herramientas de sus propios fines e intereses, es quien tiene mayores posibilidades de prevalecer en la famosa guerra de todos contra todos.

El establecimiento del poder político pretende justamente poner fin a esa situación de incertidumbre y peligro permanentes. No se constituye para asegurar la eficacia de unos derechos naturales preexistentes y vinculantes que se hallan en situación de peligro por la imperfección del ser humano. En tanto esferas salvaguardadas de la injerencia ajena, tales

derechos sencillamente no existen. Derechos de este tipo, que aseguren un espacio de realización del propio arbitrio frente a la violencia ajena, solo son imaginables como creación artificial de un soberano omnipotente. Solo ese *Leviatán*, dotado de un poder irresistible, puede poner fin a la guerra civil y establecer en su lugar un verdadero derecho.

5. HACIA LA REVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS

5.1. LA RUPTURA DE LA UNIDAD RELIGIOSA COMO CONTEXTO CRÍTICO

La continuación del pensamiento nominalista se desdobra en la Modernidad, como acaba de verse, en dos ramas de pensamiento político que conciben de modo radicalmente distinto los derechos del individuo. El iusnaturalismo que podemos llamar *personalista* lleva consigo la inherencia de los derechos a la dignidad humana y con ello su carácter previo y vinculante para el poder político constituido. Su consecuencia necesaria es la limitación constitucional del poder político. En cambio, el iusnaturalismo *cientificista* conduce a la omnipotencia originaria del poder político y al carácter puramente artificial de los derechos, como creaciones de ese poder, autolimitaciones contingentes que, en última instancia, solo son una promesa. Carl Schmitt (2013:194) lo resumía, con su característica agudeza, del siguiente modo: lo decisivo es qué se entiende por ilimitado en principio (la libertad o el poder estatal) y qué se concibe como limitado en principio (el poder estatal o la libertad).

Pero no estamos ante dos corrientes que se muevan en el plano puramente especulativo. Las guerras de religión son el contexto crítico en el que la reflexión intelectual y la acción política convergen irremediamente. Hay dos recetas para salir de la grave crisis generada por la destrucción de la unidad religiosa de la Cristiandad. Un sector propone la solución hobbesiana, que es la única que garantiza, en opinión de sus valedores intelectuales, una salida definitiva del contexto de guerra civil. Se trata de la plena publicación de la religión. El poder absoluto del monarca ha de extenderse al plano espiritual. El soberano debe establecer un credo oficial o público que asegure la paz política, sin perjuicio de que admita, en la práctica, un cierto nivel de tolerancia religiosa (el que no resulte dañino para el orden público). Si la lucha por la *verdad* genera indefectiblemente una matanza colectiva, la única solución posible es que la *verdad* sea oficializada e impuesta desde arriba, por un soberano cuyo poder político sea inatacable y que constituya la única conexión posible con la trascendencia divina y el axioma compartido de que *Dios es el Cristo*, según expresa el famoso *crystal de Hobbes* creado por Carl Schmitt (2014:179-181).

Las minorías religiosas reivindican, por su parte, la vieja idea nominalista de la libertad como ámbito de introspección en el que cada ser humano está legitimado para seguir libremente su recta voluntad sin someterse a escrutinio externo, todo ello con el fin de alcanzar su fin trascendente: la salvación. El paradigma teórico de la *persona* (como ser trascendente, dotado de capacidad de autodeterminar válidamente su conducta) encuentra, con ello, su primera plasmación normativa en su ámbito más genuino, que es la libre

autodeterminación religiosa. Se reivindica, en definitiva, esa facultad de elegir internamente a Dios que había conducido a la patrística cristiana a reelaborar el concepto de *libertad* en contraposición al intelectualismo antiguo. Este sector conecta, asimismo, con la vieja tradición medieval basada en la limitación originaria del poder y en el derecho de resistencia legítima frente al gobernante que, por rebasar los límites legales a los que está originariamente sometido, se vuelve tiránico. Trata de conseguir, con ello, que el credo religioso sea una zona puramente privada, inmune frente a la acción del poder político, un derecho de autodeterminación individual no sujeto a fiscalización externa, tampoco a la del monarca.

La tensión generada por la Reforma religiosa, en un contexto en el que el hombre corriente está dispuesto a morir y matar por su particular religión, obliga a tomar partido. Las opciones están claras: o se asume la monarquía de derecho divino o se alumbraba una estructura política alternativa que sea válida para el mundo real y no un mero constructo racionalista. Reivindicar los viejos tópicos sobre la limitación originaria y el carácter fiduciario del poder político, sin actualizarlos, equivale a condenar a los pueblos afectados por la disparidad religiosa al espectro permanente de la guerra civil, a una lucha por la imposición de la propia verdad. O la cultura política constitucional heredada se perfecciona (con nuevas cautelas o garantías distintas al puro derecho de resistencia legítima) o la única salida al problema generado por el cisma religioso será la teocracia estatal propugnada por Hobbes. Se comprende, en ese particular contexto de guerra civil europea fuertemente ideologizada —tan parecido al de guerra civil ideológica vivida en el siglo XX— que el viejo derecho de resistencia legítima no es suficiente. Ya no basta la reacción *a posteriori* frente al tirano, sea ese tirano el monarca o un parlamento que, tras deponer al rey, ha instaurado su propia autocracia. Se necesitan otras cautelas frente a la tiranía, especialmente en el ámbito religioso. Y es aquí donde las mentes europeas empiezan a aportar soluciones prácticas novedosas, que desarrollan los antiguos tópicos.

Uno de los tópicos de pensamiento tradicional de corte constitucional es la distinción entre poder originario de la comunidad política y poder fiduciario (y limitado) de los gobernantes, diferenciación que lleva *in fieri* la división entre poder constituyente y constituido. Esa tradición intelectual sostiene, como se ha dicho, que la comunidad puede en todo momento cambiar los términos del pacto cuando este resulta incumplido. El problema fundamental para los que consideran que en la limitación del poder está la solución de la encrucijada política es, en realidad, el siguiente: ¿cómo puede transitarse —utilizando, nuevamente, una terminología de Schmitt (2013:89)— de un *Estado de derecho estamental*, el medieval, en el que los garantes de la legalidad eran los cuerpos intermedios (un tipo de Estado que es, todavía, el que está en la mente de autores como Suárez, Altusio, los monarcómacos o Grocio, e incluso, más tarde, en el pensamiento político de un Montesquieu), a un *Estado de derecho institucional*, en el que el poder político no se canalice a través de los estamentos sino por el conducto de instituciones políticas?

5.2. LA CREACIÓN DE UN MARCO INSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

La experiencia política más extraordinaria (y, a la postre, productiva) es la que tiene lugar en el *Interregno* inglés. Son, en particular, los *levellers* o *niveladores* quienes, combatiendo la omnipotencia del Parlamento, aportan las claves que recogerán, después, los revolucionarios norteamericanos y que servirán a estos para construir un *Estado de derecho institucional*, dotado de cautelas efectivas para garantizar la limitación del poder constituido y la protección de los derechos. Siguiendo el axioma tradicional sobre la titularidad originaria del poder por parte de la comunidad y la consiguiente relación fiduciaria con los gobernantes, la facción política de los *niveladores* sostiene, en efecto, que el poder originario del pueblo es superior al del Parlamento mismo, pues los parlamentarios son agentes o representantes del pueblo. Los mandantes (el pueblo) pueden ejercer su poder constitutivo (*constituent power*) para restablecer la Constitución en una forma que impida que vuelva a ser ignorada (*set aside*) arbitrariamente. Esa forma es una Constitución escrita frente a todo tipo de gobierno arbitrario (*all Kinds of Arbitrary Government*).

Los niveladores conciben los *Agreement of the People* como el nuevo contrato social que ha de refundar el orden político perturbado por la Guerra Civil. Como señalaba Bernard Schwarz (1992:16), el *Agreement* de 1647 es el primer borrador sólido de Constitución escrita en la historia de la democracia. La gran contribución de los niveladores al constitucionalismo fue recoger la tradición de pensamiento anterior sobre la noción de la limitación del poder, aplicarla al propio Parlamento y exigir que fuera materializada a través de un documento escrito aceptado por el pueblo. Desaparecida la monarquía, la mayor amenaza era el abuso de poder por parte de un Legislativo omnipotente. Hay, en particular, tres nociones esenciales para el constitucionalismo que los *levellers* anticipan: (i) la Constitución escrita como norma de garantía, que ha de ser aprobada a través de una convención; (ii) la técnica de las materias constitucionalmente reservadas, que hasta el propio parlamento/legislador está obligado a respetar (materias entre las que se incluyen ciertas libertades individuales, muy particularmente la libertad religiosa); (iii) la consideración de que toda norma legal que se apruebe contradiciendo las garantías y cautelas de la Constitución escrita debe ser reputada “nula” y “sin valor” (*null and void*).

Solo los revolucionarios norteamericanos llevan, sin embargo, a término ese plan político de transición del viejo *Estado de derecho estamental* a un nuevo *Estado de derecho institucional*. Como también señala Schwartz (1992:18-20), la gran obra de los revolucionarios norteamericanos no es tanto llevar a la práctica, con más refinamiento, las propuestas, más rudimentarias, formuladas por los *levellers*. Su gran aportación es la sustitución del sistema de garantía jurídica estamental de primacía de una Constitución no escrita por un sistema de garantía jurídica institucional de una Constitución escrita. Ese nuevo mecanismo de garantía es el llamado *judicial review*, esto es, el control judicial de constitucionalidad que los tribunales ejercen frente al propio legislador (que no es, en modo alguno, soberano, sino una de las instituciones de gobierno establecidas por la Constitución). Esa es la auténtica aportación histórica del constitucionalismo norteamericano. Y ello sin renunciar, como recurso último, al mecanismo de garantía más tradicional: el de la resistencia violenta frente

al poder que se ha vuelto tiránico (resistencia que se trata de asegurar instrumentalmente con el derecho ciudadano a portar armas).

Solo con el *judicial review* se da, en definitiva, el tránsito trascendental del Estado de derecho estamental o corporativo, articulado a través del papel de garantía de los cuerpos intermedios, a un Estado de derecho institucional, donde ese papel de garantía es trasvasado al Poder Judicial y, muy particularmente, a ese Tribunal Supremo que tanto llamó la atención de Tocqueville como característica distintiva la democracia norteamericana. Ciertamente, como dice Fioravanti (2016:69-89), ese tránsito se dio allá donde los cuerpos intermedios no existían, en un continente nuevo. Los *levellers* son un buen ejemplo de la verdad que late tras esta afirmación. Estos fracasan en las luchas del Interregno inglés por la resistencia del “viejo mundo” a liquidar la función tutelar de los cuerpos intermedios. De ahí precisamente que sus contrarios les dieran, con matiz peyorativo, el nombre de “niveladores”, pues les acusaban de tratar de igualar a todos los individuos por abajo, suprimiendo las jerarquías. En cambio, esas ideas triunfan donde la resistencia de los cuerpos intermedios no puede ejercerse porque no existe una sociedad estratificada a imagen de la europea. Eso no le quita, sin embargo, mérito a los revolucionarios americanos, auténticos culminadores de la tradición de pensamiento del iusnaturalismo personalista.

Donde esa tradición se rompe, esto es, donde se siguen escrupulosamente, de la mano de la Ilustración, las consecuencias ligadas a la supresión hobbesiana del ingrediente irracionalista de la noción de *persona*, es en el continente europeo. La Ilustración, y en particular Rousseau, democratiza el pensamiento hobbesiano y concibe la ley como un instrumento omnipotente, una herramienta con la que el pueblo ilustrado, convertido en un sujeto unitario llamado *Estado*, ha de delimitar armónicamente los derechos de todos utilizando su voluntad general infalible. Con esas bases, el constitucionalismo continental del siglo XIX y el positivismo jurídico proclaman como soberano a un legislador omnipotente y convierten, en consecuencia, el catálogo de derechos fundamentales en el mero deber de la administración pública de sujetarse al principio de legalidad. Para esa tradición de pensamiento, la única persona originaria, cuya voluntad libre es fuente inmediata de normatividad, no es ya el ser humano individual, sino el *Estado-persona*, artífice y señor de los derechos (más ampliamente, Rodríguez Fernández, 2022:133-164).

6. EPÍLOGO PARA CONSTITUCIONALISTAS

La concepción de la *persona* que ha sido examinada en este trabajo para esbozar una suerte de *prehistoria* de los derechos fundamentales está cargada, desde su origen, de connotaciones metafísicas que carecen de cualquier posibilidad de demostración empírica. No obstante, condensa un ingrediente de nuestra cultura política actual (la de los derechos humanos) según el cual todos tenemos el mismo rango moral y, por ello, la misma capacidad de decidir cómo vivimos nuestra vida, aunque la elección que tomemos (el camino que sigamos para desarrollar nuestra personalidad) pueda parecer a los demás escandalosa, extravagante, aberrante, inútil, antisocial o *antinatural*. Nos permite sustituir, como máxima

inspiradora de nuestra democracia pluralista, el adagio agustiniano: *ama y haz lo que quieras* por el de *ama y vive como quieras*. Este es el particular *ethos* de la libertad que late tras la figura de los derechos fundamentales como instrumentos al servicio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

A los juristas, sin embargo, la idea de libertad nos parece, más bien, escurridiza. Maurizio Fioravanti (2016:17) acuña, por ejemplo, una distinción sugerente entre la *libertad en singular*, como concepto que pertenece al ámbito de la filosofía, y las *libertades en plural*, que sería el ámbito propio de los juristas. Tal distinción pone de relieve que a los que nos dedicamos al derecho (incluso al derecho constitucional) nos resulta inasequible (y escasamente útil) adentrarnos en el estudio de las infinitas elaboraciones filosóficas sobre el concepto de libertad. El propio Robert Alexy, al elaborar la teoría general más estructurada e influyente de nuestro tiempo sobre los derechos fundamentales, pone en cuarentena la utilidad jurídica de la noción de *libertad*, que considera inaprensible (2017:186).

Comparto estas prevenciones generales frente a los peligros inherentes a un concepto tan abierto y controvertido como el de libertad. Al fin y al cabo, estamos ante otra *carta ganadora*, por utilizar la expresión acuñada por Dworkin para los derechos, que todos tratan de utilizar a su antojo para salir airosos del debate público. Al tiempo, sin embargo, me parece innegable que las herramientas técnicas que dotan de operatividad práctica a los derechos fundamentales tienden a divergir en buena medida en función de una determinada *precomprensión* de las nociones de *libertad* y, detrás de ella, de *persona*, que no resultan, por ello, jurídicamente irrelevantes. No es lo mismo, por ejemplo, seguir una *teoría interna* de las restricciones de los derechos fundamentales (centrada en el descubrimiento de ciertos límites inmanentes que, de forma implícita, la Constitución impondría por sí misma, por razones de utilidad pública, al poder decisorio del individuo) o una *teoría externa* (que considera que esas limitaciones sociales a la libertad, si no están expresamente contempladas por la Constitución ni derivan del juego de otros derechos fundamentales, deben ser establecidas expresamente por el legislador, de acuerdo con el principio democrático). Ambas perspectivas (interna y externa) dependen, en última instancia, de un entendimiento previo de la *libertad*, bien como un poder decisorio interno, no sometido a fiscalización ajena, bien como una capacidad de elección que viene filtrada desde el principio por el tamiz de lo socialmente aceptable.

Abundando en el ejemplo, desde la teoría externa se concibe el derecho fundamental como un instrumento al servicio de la *persona* entendida como ser dotado de una autonomía o libertad que, en ciertas esferas de la vida, no está sometida al beneplácito de la comunidad política. El elemento comunitario entra en juego *a posteriori*, a la vista de las necesidades circunstanciales de cada momento, que son examinadas en el debate político parlamentario y plasmadas como *límites* en las leyes. En este caso, el juicio de ponderación es un instrumento que sirve para determinar la legitimidad de las restricciones que impone el legislador, un canon de evaluación de la constitucionalidad de las leyes dirigido a determinar si las razones que llevan al legislador a modificar la posición originaria de libertad, establecida en la Constitución, son suficientemente poderosas.

En cambio, la teoría interna lleva ya inserta la vocación comunitaria en la determinación del contenido constitucional del derecho mismo. Para ella, como diría Häberle (2003:28), el derecho fundamental sirve para enseñar al individuo a ser *persona*, concepto que implica, desde esta óptica, una vinculación y compromiso colectivos que han de determinar, desde el primer momento, qué decisiones vitales pueden considerarse legítimas. En este punto, la célebre apelación del Tribunal Constitucional Federal alemán a la *imagen de la persona en la Ley Fundamental* no es un ejercicio intelectual gratuito ni un adorno literario y tiene mucho que ver con la introducción de técnicas ponderacionistas en la determinación del contenido de los derechos fundamentales. La ponderación no sirve ya como pauta de enjuiciamiento de la legitimidad de las restricciones legislativas de la libertad sino como elemento determinante del alcance originario de la libertad misma, que la comunidad tutela desde el principio.

A la vista de las consecuencias tan sumamente diversas que una determinada *precomprensión* de la libertad y de la persona produce en la aplicación práctica de los derechos fundamentales, creo que puede matizarse la ya aludida distinción de Fioravanti y que cabe afirmar que, en cierta forma, los juristas no debemos, en efecto, enredarnos demasiado en la vastísima maraña filosófica sobre la persona y la libertad, pero sí debe ocuparnos y preocuparnos cuál sea el específico *ethos* de la libertad que está en el núcleo normativo último de los derechos fundamentales como emanaciones de la dignidad de persona (art. 10.1 CE). Lo cierto es que, parafraseando a Isaiah Berlin (2017:2020), basta con manipular convenientemente la noción de persona para alterar automáticamente el significado de la idea de libertad y, acto seguido, cambiar decisivamente el significado práctico de cualquiera de los derechos fundamentales contemplados en el catálogo constitucional. Esa fue, de hecho, la deriva autoritaria que caracterizó a la dogmática conservadora alemana de la Europa de Entreguerras. A través de este tipo de reelaboraciones conceptuales, que se apartaban del *ethos* histórico de los derechos fundamentales, dicha dogmática quiso convertir lo que habían sido hasta entonces barreras de protección del individuo frente al Estado (incluso en su entendimiento más pobre, ligado al principio de legalidad de la administración) en instrumento de fortalecimiento del poder estatal frente al individuo.

El recorrido histórico abordado en este trabajo se remonta a tiempos bastante remotos, lo que puede resultar chocante, pues, ciertamente, no es este un arco temporal al uso en la explicación histórica de los derechos fundamentales. No obstante, esa mirada de largo recorrido quizá pueda resultar útil para dilucidar por qué los textos constitucionales de nuestro tiempo (y, en particular, la Constitución española) acuden a la noción de *persona* como fundamento último de los derechos. Si mi opinión es correcta, una consecuencia ineludible del vínculo de los derechos fundamentales con la *persona* y el *libre desarrollo de la personalidad* (art. 10.1 CE) es que no tiene cabida en nuestro sistema constitucional una distinción *a priori* entre una *libertad verdadera* (la del buen ciudadano) socialmente valiosa, y una *libertad falsa o egoísta* (la del antivacunas, por ejemplo) que aparta al ser humano de su dimensión social, ya que todas las voluntades gozan de un mismo poder normativo originario en lo que se refiere a las cuestiones *iusfundamentales* (sin perjuicio de que el Estado las pueda limitar externamente por razones justificadas de interés general). Esto tiene

un evidente influjo en la hermenéutica constitucional y refuerza, en particular, el papel de los derechos fundamentales como protecciones técnicas de las minorías y el de la ley como expresión de una voluntad democrática sometida a límites.

BIBLIOGRAFÍA

- Agustín de Hipona (2009): *Obras Completas, III (obras filosóficas)*, Madrid: Biblioteca de autores cristianos.
- Alexy, Robert (2017): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Berlin, Isaiah (2017): *Sobre la libertad*, Madrid: Alianza.
- Bianco, Carmela (2017): *Ultima solitudo. La nascita del concetto moderno di persona in Duns Scotto*, Milán: Franco Angeli.
- Bobbio, Norberto (2017): *Locke y el Derecho Natural*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Brouwer, René (2019): “Funeral, Faces, and Hellenistic Philosophers. On the Origins of the Concept of Person in Rome”, en LoLordo, Antonia (ed.), *Persons. A History*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 19-45.
- Brown, Peter (2016): *Por el ojo de una aguja. La riqueza, la caída de Roma y la construcción del cristianismo en Occidente (350-550 d. C.)*, Barcelona: Acanalado.
- Brown, Peter (2021): *El mundo de la Antigüedad tardía. De Marco Aurelio a Mahoma*, Madrid: Taurus.
- Carpintero Benítez, Francisco (2003): “El desarrollo de la facultad individual en la escolástica”, en Carpintero Benítez, F., Megías Quirós, J.J., Rodríguez Puerto, M. J., y De Mora, E. V., *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz., 35-289.
- Carpintero Benítez, Francisco (2008): *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*, Madrid: Encuentro.
- Carpintero Benítez, Francisco (2018): *La crisis del Derecho en la escolástica española del siglo XVI*, Madrid: Sindéresis.
- Clark, Mary T. (1961): *San Agustín, filósofo de la libertad*, Madrid: Librería Editorial Augustinus.
- Fioravanti, Maurizio (2016): *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid: Trotta.
- Gilson, Étienne (1943): *El tomismo. Introducción a la filosofía de santo Tomás de Aquino*, Buenos Aires: Desclée.
- Gilson, Étienne (2017): *La filosofía medieval. Desde los orígenes patrísticos hasta el fin del siglo XIV*. Madrid: Gredos.
- Häberle, Peter (2003): *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson.
- Hobbes, Thomas (2009): *Leviatán o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, Madrid: Alianza.
- Ihering, Rudolph (2011): *El fin en el Derecho*, Granada: Comares.
- Jaeger, Werner (1962): *Paideia, los ideales de la cultura griega*. Méjico DF: Fondo de Cultura Económica.
- Jaeger, Werner (2016): *Cristianismo primitivo y paideia griega*. Méjico DF: Fondo de Cultura Económica.
- Kant, Immanuel (2003): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid: Encuentro.
- Locke, John (1980): *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid: Aguilar.
- Markshcies, Christoph (2002): *La gnosis*, Barcelona: Herder.
- Mayer, Max Ernst (2015): *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires/Montevidео: Bdef.
- Megías Quirós, José J. (2018): “Sobre el origen de los derechos naturales en los juristas del siglo XII”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 37, 2018, 115-133.
- Otto, Walter F. (2007): *Teofanía. El espíritu de la antigua religión griega*, Madrid: Sextopiso.

- Radbruch, Gustav (1959): *Filosofía del Derecho*, Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Recasens Siches, Luis (2007): *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La Filosofía del Derecho en el siglo XX*, Méjico DF: Ediciones Coyoacán.
- Recasens Siches, Luis (2013): *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Méjico DF: Porrúa.
- Rist, John Michael (2017): *La filosofía estoica*. Barcelona: Ariel.
- Rodríguez Fernández, Ignacio (2022): *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Madrid: Marcial Pons.
- Ruiz Miguel, Carlos (2002): “Human Dignity: History of an idea”, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 50, 281-299.
- Schmitt, Carl (2013): *Ensayos sobre la Dictadura (1916-1932)*, Madrid: Tecnos.
- Schmitt, Carl (2014): *El concepto de lo político*, Madrid: Alianza.
- Schwarz, Bernard (1992): *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, Lanham: Rowman & Littlefield.
- Tierney, Brian (1982): *Religion, Law and the growth of constitutional thought*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Tierney, Brian (1997) *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150-162*, Grand Rapids, Michigan/Cambridge, U.K.: William B. Eerdmans Publishing Company.
- Tuck, Richard (1981): *Natural rights theories. Their origin and development*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Villey Michel (2003): *La formation de la pensée juridique moderne*, París: PUF.
- Welzel, Hans (1979): *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y justicia material*, Madrid: Aguilar.
- Wickham, Chris (2010): *The Inheritance of Rome: A History of Europe from 400 to 1000*, Penguin.
- Williams, Scott M. (2019): “Persons in Patristic and Medieval Christian Theology”, en LoLordo, Antonia (ed.), *Persons. A History*, Oxford: Oxford University Press, 52-84.

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

<http://teoriayderecho.tirant.com>

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debates» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en n partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta n ; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta n , y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2...).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i)* la idoneidad temática; *ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii)* la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv)* la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es. Los autores deben mandar dos archivos diferenciados en formato Word o compatible. El primero de ellos será el texto original que deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al revisor/a conocer su autoría. En este mismo deberá aparecer el título, resumen y palabras clave en español e inglés. Asimismo, deberá suprimirse cualquier propiedad del archivo que haga referencia al autor o autora. El segundo documento debe contener título del texto, nombre y apellidos del autor, institución de origen, puesto que se ocupa en la actualidad, dirección de correo electrónico, así como los agradecimientos y referencias a proyectos de investigación en los que se enmarque la investigación del artículo.

Adjunto a los anteriores debe remitirse cumplimentado el formulario relativo a la gestión y protección de los datos personales por parte de la editorial de acuerdo con la normativa vigente. Dicho formulario puede encontrarse en la web de la revista: teoriayderecho.tirant.com.

También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, ²2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011*a*).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecorillado hay una expresión o un enunciado también entrecorillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

- Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula sólo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

- Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

- Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antilambdas y con punto después de la antilambda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Consulta: 12/06/2014.]

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. ÍNDICES DE CALIDAD Y BASES DE DATOS

Cumple todos los criterios de calidad de revistas establecidos por el Comité 9 CNEAI (sexenios) Journal Scholar Metrics. Revistas Españolas de Derecho

http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Index for de Humanities and the Social Sciences) La revista Teoría y derecho ha sido incluida en este índice en febrero de 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), Índice H de las revistas científicas españolas. La revista es la 81 de 148 posiciones.

CARHUS PLUS : valorada como A

RESH (Revistas españolas de ciencias sociales y humanidades).

Incluida en revistas jurídicas interdisciplinarias. La mejor valorada por los expertos

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Difusión y calidad editorial de las revistas españolas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas) <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.

ISOC: Sumarios Derecho

CIRC: Calificada como B

I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to maintain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in n sections, from 1 to n ; each subsection can also be divided from 1 to n , and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2...).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requirements mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), although the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropriate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writting-style corrections, if necessary.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Manuscripts should be sent to this e-mail address: teoria.derecho@uv.es

Authors must send two different files in Word (or compatible format). First the manuscript which must be completely blind. This is, no reference may let the reviewer know the authorship. In this one, the title, the abstract and the keywords must be include in English and Spanish. Moreover, all the properties of the file referring the author/s must be also erased. The second file should contain: the title, name and surname/s of the author/s, institution, current position, email address, and the acknowledgments and references to the research projects or so on within which the research has been developed.

Attached to the former ones, the form related to the personal data protection and its treatment should be submitted to the editorial, according to the current regulations. This form can be downloaded at the website of the journal: teoriayderecho.tirant.com

Manuscripts can be also sent through postal mail to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, ²2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferable to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compiler..., preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availability, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Date of reference: 12/06/2014.]

V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. SCIENTIFIC RANKINGS AND DATABASES

The Journal meets the quality criteria established by the “Comité 9 CNEAI” (six-year terms) Journal Scholar Metrics / Spanish Scientific Legal Journals
http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences). The Journal *Teoría & Derecho* has been indexed in February 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), H Index of Spanish Scientific Journals. The Journal is ranked 81 out of 148.

CARHUS PLUS : Position A

RESH (Spanish Journals of Social Sciences and Humanities). The journal is the highest ranked within the interdisciplinary scientific journals.

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Dissemination and editorial quality of the Spanish Scientific Journal of Humanities and Social and Legal Sciences)

<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: it meets 33 criteria out of 33.

ISOC: Abstracts in Law

CIRC: Position B

NORMAS
ÉTICAS Y
DECLARACIÓN
DE BUENAS
PRÁCTICAS

<http://teoriayderecho.tirant.com>

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico es una revista académica que publica trabajos científicos y asume un firme compromiso con el cumplimiento de los estándares éticos y buenas prácticas. Tirant lo Blanch, editor de la revista, y su Comité editorial son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la revista, y a que todas las partes involucradas acepten y respeten los principios que siguen.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden encontrarse en la página web de la Revista y que se incluyen en cada número.

Los autores se comprometen a presentar manuscritos que no estén sujetos a consideración o que hayan sido enviados previamente a otras publicaciones, y a someterlos a un proceso anónimo de revisión. La investigación debe haber sido desarrollada de acuerdo con estándares éticos e incluirse en la publicación, de modo que se aporte la suficiente información para permitir la réplica académica. Todos los autores deben mencionar las fuentes de financiación que les ha permitido llevar a cabo la investigación y alcanzar los resultados pertinentes, así como la posible influencia de estos en los mismos.

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales y, en el caso de que los autores hayan utilizado el trabajo y/o fragmentos de otros, estos deben ser citados de forma adecuada, según las indicaciones anteriormente referidas. Cualquier forma de plagio constituye una práctica contraria a estas buenas prácticas y no se aceptará bajo ninguna circunstancia. Los autores no deben plagiar, práctica por la que se entenderá una copia literal o casi literal, una paráfrasis del texto o de los resultados de la investigación de otros autores.

No es adecuado que un autor remita más de un trabajo en los que se describa una misma investigación, a menos que se trate de una remisión de un artículo rechazado para su publicación en otra revista.

En caso de conocer un error fundamental o una imprecisión relevante en los trabajos ya publicados, los autores deben comunicarlos a la revista.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores son responsables del cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, deben velar por asegurar la calidad científica y académica de *Teoría & Derecho*, y son los principales responsables de la legalidad en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio.

El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva. También es el responsable de garantizar a autores y revisores que los manuscritos serán sometidos a un proceso de revisión anónimo. La decisión última y la responsabilidad sobre la aceptación o rechazo de un original recaerá en el Comité editorial.

Es obligación de los editores buscar revisores, que serán escogidos por razón de su prestigio, conocimientos y buen juicio, y valorarán la calidad científica de los trabajos remitidos a la revista. No obstante, los trabajos pueden ser rechazados para su publicación sin revisión externa si, a juicio de los editores, el trabajo es inapropiado para ser publicado en la revista. Esta decisión deberá basarse en la inadecuación del trabajo al contenido y la línea de la revista, la ausencia de actualidad o de suficiente interés, la

incorrección formal, o cualquiera otra razón relacionada con el ámbito de la revista. Los artículos, por tanto, se valorarán únicamente con base en su contenido, con independencia de intereses comerciales y sin discriminación de tipo étnico, racial, ideológico, religioso, de género o cualquier otra hacia el autor.

Los editores deben comunicar el resultado de los informes de valoración a los autores sin revelar ningún tipo de información acerca de la identidad de los revisores, pero informarán de los criterios utilizados por estos a la hora de evaluar el trabajo de cara a su publicación.

Los miembros del Comité editorial y cualquier otro editor no deben desvelar ningún tipo de información sobre un original sometido a consideración a nadie más que aquellos a quienes se solicite asesoramiento académico o científico. La confidencialidad debe ser protegida en todo caso durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Los editores se abstendrán de participar de la evaluación y cualquier otro proceso editorial que incluya manuscritos en caso de tener algún conflicto de interés a causa de una posible relación competitiva, de colaboración o de otro tipo con cualquiera de los autores del manuscrito presentado.

La información no publicada, los argumentos o las interpretaciones contenidas en un original remitido a la revista no podrán ser utilizados en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, haciendo especial hincapié en el mantenimiento de la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores ayudan a los editores en la toma de decisiones y pueden asistir a los autores a la mejora de los trabajos.

El revisor advertirá al editor de cualquier similitud sustantiva entre el manuscrito bajo revisión y cualquier artículo o manuscrito similar enviado o publicado en cualquier otra revista o editorial.

Los revisores deben actuar de forma adecuada, remitiendo su informe de valoración en el plazo establecido, aun de modo aproximado. Cuando un revisor propuesto considere no que no es la persona idónea o apta para valorar de la investigación presentada o que sepa que no será posible cumplir los plazos para la revisión, deberá notificar al editor y excusarse tan pronto como sea posible.

Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial. Nunca deberá ser mostrado o discutido con terceros, salvo en casos excepcionales en los que podrá consultarse a personas que puedan asesorar científica o académicamente; en estos supuestos, las identidades de las personas consultadas deben ser reveladas al editor.

CORRECCIONES Y RETRACTACIÓN

En caso de reconocer algún dato o información publicado en la revista *Teoría & Derecho* como falso, erróneo, engañoso o fraudulento, los editores deberán informar a los autores de estas circunstancias y esperar una respuesta de los mismos antes de tomar una decisión editorial. En caso de no quedar satisfechos con la respuesta o si no hay ninguna, los editores podrán decidir retractarse de lo publicado previo acuerdo del Consejo editorial.

La revista *Teoría & Derecho* atenderá cualquier reclamación y queja sobre los contenidos publicados a través de la dirección teoria.derecho@uv.es. Los editores se comprometen a hacer un seguimiento y proceder a la revisión y, en su caso, retractación si estos son necesarios.

Cuando proceda una retractación o una corrección de lo publicado en la revista, los editores se guiarán por los principios contenidos en las Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico is an academic journal publishing scientific articles with a firm commitment with the meeting of these ethical standards and good practices. Tirant lo Blanch, as editor of the journal, and its Editorial Board have the responsibility to establish and maintain the guidelines to select and accept papers submitted to this journal, assuming those responsibilities arising from the publishing process. Also, they fully commit to ensure that all parties involved meet the ethics, scientific and scholar standards.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

The authors are expected to adhere to the following ethical guidelines and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included within each issue.

The authors commit to submit originals which are not submitted to another journals, and to submit them to a double blind review process. The research conducted should be developed according to ethical standards, including sufficient information in the article to allow an academic response. The authors should refer the funding resources to develop the research and achieve the results, as well as the possible influence of these resources in the results.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of other, that this has been appropriately cited. Plagiarism in all its forms constitutes unethical and publishing behavior and is not acceptable. Authors should not engage in plagiarism —verbatim or near— verbatim copying, or very close paraphrasing, of text or results from another's work.

It is improper for an author to submit manuscripts describing essentially the same research to more than one journal of primary publication, unless it is a resubmission of a manuscript rejected for or withdrawn from publication.

When a fundamental error or a relevant inaccuracy within already published articles is known, the authors should advertise it to the editors.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the journal *Teoría & Derecho*, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights.

The editor should respect the intellectual independence of authors and should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits. They are also in charge to ensure that authors and reviewers get involve in a double blind review process. The final decision and the responsibility for acceptance or rejection of a manuscript rests with the Editorial Board.

The editor is required to seek advice from reviewers, who will be chosen for their expertise and good judgment, as to the quality and reliability of manuscripts submitted for publication. However, manuscripts may be rejected without external review if considered by the editors to be inappropriate for the journal. Such rejections may be based on the failure of the manuscript to fit the scope of the journal, to be of current or sufficiently broad interest, to provide adequate depth of content, to be written properly, or other reasons related to the journal. Therefore, contributions may be reviewed solely according to their contents, regardless their commercial interest and without discrimination on the basis of racial, ideological, religious, gender, or any other feature of the author.

The editor should inform about the result of the assessment reports to the authors without disclosing any detail about the reviewers' identity, but the editor should provide the most detailed information about the criteria used by the reviewers to assess the submission.

Members of the Editorial Board and members of the editor's staff should not disclose any information about a manuscript under consideration to anyone other than those from whom professional advice is sought. Confidentiality shall be protected in any case during the peer-review process. The editor should refrain from participating in the review process in case of any conflict of interest due to a competitive or collaboration relation with the author/s of the submission.

Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor's own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should call to the editor's attention any substantial similarity between the manuscript under consideration and any published paper or any manuscript submitted concurrently to another journal.

The reviewer should inform the editor about any substantive similarity of the submission under review with any other submission or published article in any other journal or publication.

Reviewers should act promptly, submitting a report in a timely manner. A chosen reviewer who feels inadequately qualified to judge the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process as soon as possible.

A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document. It should neither be shown to nor discussed with others except, in special cases, to persons from whom specific advice may be sought; in that event, the identities of those consulted should be disclosed to the editor.

CORRECTIONS AND RETRACTION

In case of misconduct, inaccuracy or any fraudulent, false or misleading information published in the journal *Teoría & Derecho*, the editor should consult the author/s giving them the opportunity to respond to any allegations before taking an editorial decision. In case of insufficient or lack of response, the editor may decide to adopt a formal retraction or withdrawal of a publication from the journal, in conjunction with informing the head of the author or reviewer's department, Abstracting & Indexing services and the readership of the publication, with the agreement of the Editorial Board.

The journal *Teoría & Derecho* will take account of any claim and complaint about the published contents through the email teoria.derecho@uv.es. The editor is fully committed to follow them up and proceed to the review and, when applicable, to the retraction.

When a retraction or corrections proceed, the editor will follow the Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/